



selbstregulierung  
informationswirtschaft e.V.

**Prof. Dr. Gerald Spindler**

# Nationale Umsetzung der Datenschutzgrundverordnung im Bereich der Ko-Regulierung

Politikempfehlungen zur Schaffung rechtlicher Anreize für die Wirtschaft zur  
Entwicklung und Implementierung von Verhaltensregeln und Zertifizierungen

Studie im Auftrag von:  
Selbstregulierung Informationswirtschaft e.V.  
Albrechtstraße 10B  
10117 Berlin

Stand: 14. Juni 2016

**HERAUSGEBER:**

Selbstregulierung Informationswirtschaft e.V.

Albrechtstraße 10 B

10117 Berlin

Telefon: +49 30.30878099-0

Telefax: +49 30.27576-409

[www.sriw.de](http://www.sriw.de)

[info@sriw.de](mailto:info@sriw.de)

Vorstandsvorsitzender:

Harald Lemke

Geschäftsführer:

Patrick von Braunmühl

## Executive Summary

Die EU-DSGVO enthält zahlreiche neue Regelungen zur Selbstregulierung in Gestalt von sog. Verhaltensregeln sowie von Zertifizierungsverfahren, regelt aber nicht unmittelbar deren Rechtsfolgen. Bei der Genehmigung von Verhaltensregeln ist nach allgemeinen Grundsätzen von der Selbstbindung der Verwaltung auszugehen, die aber nicht die Gerichte bindet. Auch im Zivilverfahrensrecht sowie im Wettbewerbsrecht haben die genehmigten Verhaltensregeln keine Bindungswirkungen. Daran ändert auch eine Allgemeingültigkeitserklärung durch die EU-Kommission nichts.

Andererseits enthält die EU-DSGVO an zahlreichen Stellen eine aktive Förderpflicht von Verhaltensregeln und Zertifizierungsverfahren für die Mitgliedstaaten und Aufsichtsbehörden.

Möglich erscheint daher die Einführung auf nationaler Ebene einer Vermutungswirkung, dass die Datenschutznormen eingehalten werden, wenn die Verhaltensregeln befolgt werden. Eine solche Norm würde dann auch gegenüber Gerichten sowohl im Verwaltungs- als auch Zivilverfahren eine gewisse Bindung herbeiführen, indem eine Vermutung dafür streitet, dass die von den Verhaltensregeln vorgesehenen Maßnahmen die in der EU-DSGVO enthaltenen Anforderungen konkretisieren.

Ausgeschlossen sind solche Vermutungswirkungen allerdings dort, wo die EU-DSGVO selbst konkrete Vorgaben für die Wirkung von Verhaltensregeln bzw. Zertifizierungen trifft, indem sie diese nur als einen „Faktor“ im Abwägungsprozess bezeichnet.

Vorgeschlagen wird die nachfolgende gesetzliche Regelung auf nationaler Ebene:

*„(1) Nach Art. 40 Abs. 5 EU-DSGVO von der Aufsichtsbehörde genehmigte Verhaltensregeln oder von der EU-Kommission nach Art. 40 Abs. 9 EU-DSGVO für allgemein gültig erklärte Verhaltensregeln begründen die widerlegliche Vermutung dafür, dass sie für die von den Verhaltensregeln erfassten Anwendungsbereiche die in der EU-DSGVO enthaltenen Anforderungen konkretisieren. Sie sind sowohl im Rahmen der Aufgaben und Befugnisse der Aufsichtsbehörden als auch im Rahmen von zivil- und wettbewerbsrechtlichen Verfahren, insbesondere Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüchen nach Art. 82 EU-DSGVO zu berücksichtigen.*

*(2) Ausgenommen von der widerleglichen Vermutungswirkung sind Verfahren nach Art. 24, 25, 28, 32, 35 EU-DSGVO.*

*(3) Ein Verstoß von Verantwortlichen gegen genehmigte Verhaltensregeln, denen sie unterliegen, begründet einen Rechtsbruch gem. § 3a UWG.*

*(4) Abs. 1 und Abs. 2 gilt entsprechend für genehmigte Zertifizierungsverfahren.“*

## Inhalt

I.	Einleitung .....	5
II.	Fragestellungen .....	5
III.	Gang der Untersuchung .....	6
IV.	Bestehende Anreize im Rahmen der EU-DatenschutzgrundVO .....	6
A.	Verhaltensregeln und Überwachungsstellen .....	6
1.	Verhaltensregeln .....	6
2.	Überwachungsstellen .....	9
B.	Zertifizierung .....	10
C.	Spezielle Regelungen für anerkannte Verhaltensregeln und Zertifikate .....	11
1.	Verhaltensregeln und Zertifizierungen .....	12
2.	Nur Verhaltensregeln .....	13
3.	Nur Zertifizierung .....	14
4.	Geldbußen .....	14
D.	Kohärenzverfahren für Verhaltensregeln .....	14
V.	Der rechtliche Handlungsspielraum: EU-DatenschutzgrundVO und nationales Verfahrensrecht .....	15
A.	Datenschutzrecht .....	15
1.	Verhältnis zum nationalen Verfahrensrecht .....	15
2.	Allgemeingültigkeitserklärung .....	17
3.	Kohärenzverfahren und Verhaltensregeln .....	20
4.	Bindungswirkung der Genehmigung von Verhaltensregeln .....	21
5.	Wirkung von Zertifizierungen .....	23
B.	Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht .....	24
1.	Haftungsrecht .....	24
2.	Unlauterer Wettbewerb und Schutz vor Abmahnungen .....	25
C.	Verbandsklagen und -beschwerden .....	27
VI.	Gesetzgebungsvorschläge .....	28
A.	Grundlagen .....	28
B.	Vorschlag .....	28

## I. Einleitung

Mit der Verabschiedung der EU-DatenschutzgrundVO, die im Juni 2018 in Kraft treten wird, gehen zahlreiche Änderungen im deutschen Datenschutzrecht übergreifend einher, die nicht nur das BDSG, sondern letztlich alle von der EU-DatenschutzgrundVO<sup>1</sup> erfassten Lebenssachverhalte und Rechtsgebiete betreffen. Im Rahmen der Verhandlungen über die EU-DSGVO fanden auch im wesentlich stärkerem Maße als in der Datenschutz-Richtlinie 1995 Überlegungen Eingang, die eine Stärkung der (regulierten) Selbstregulierung und von Zertifizierungsverfahren beabsichtigen, da zum einen die Aufsicht und die Durchsetzung des Datenschutzrechts durch solche Maßnahmen verbessert werden kann, zum anderen eine filigranere Steuerung und Konkretisierung der oftmals abstrakten Interessenabwägungen vorgenommen werden kann.<sup>2</sup>

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob und inwieweit dem nationalen Gesetzgeber noch Spielräume verbleiben, um Selbstregulierungen weiter zu effektuieren und um Anreize für Marktteilnehmer, Verbände, Verbraucher und anderen Beteiligten zu setzen, um an solchen Kodizes und ggf. deren Vollzug mitzuwirken.<sup>3</sup>

Der Verein zur Selbstregulierung der Informationswirtschaft e.V. (SRIW) hat daher den Verfasser gebeten, folgende Fragestellungen einer gutachterlichen Prüfung zu unterziehen:

## II. Fragestellungen

- Welchen rechtlichen Handlungsspielraum hat der nationale Gesetzgeber bei der Schaffung von Anreizen zur Entwicklung und Implementierung für Verhaltensregeln/Zertifizierungen im Sinne der Datenschutzgrundverordnung?
- Welche Anreize ergeben sich bereits aus den vorhandenen Gesetzen (insb. auch aus allgemeinen Rechtsinstituten wie der Selbstbindung der Verwaltung)?
- Welche regulatorischen Maßnahmen sollte der Gesetzgeber im Rahmen seines rechtlichen Handlungsspielraums ergreifen, um weitere Anreize entsprechend den Vorschlägen der Studie „Eckpunkte einer digitalen Ordnungspolitik“ für die Entwicklung und Implementierung von Verhaltensregeln/Zertifizierungen im Sinne der Datenschutzgrundverordnung zu schaffen?

---

<sup>1</sup> Im Folgenden als EU-DSGVO abgekürzt.

<sup>2</sup> Näher dazu *Spindler/Thorun*, MMR 2016, Beil. 6; *Spindler/Thorun*, Eckpunkte einer digitalen Ordnungspolitik, 2015, S. 30 f., 58 f. abrufbar unter [http://sriw.de/images/pdf/Spindler\\_Thorun-Eckpunkte\\_digitale\\_Ordnungspolitik\\_final.pdf](http://sriw.de/images/pdf/Spindler_Thorun-Eckpunkte_digitale_Ordnungspolitik_final.pdf); *Krings/Mammen* RDV 2015, 231 (232); generell zu Marktanreizen *Hornung/Hartl* ZD 2014, 219 ff.; allgemein auch *Schröder* ZD 2012, 418 ff. mwNachw zu verschiedenen Anläufen der Selbstregulierung im Datenschutzrecht; für andere Rechtsgebiete *Leyens*, AcP 215 (2015), 611 (613 ff.) mwNachw.

<sup>3</sup> Zu dem möglichen Kanon an Anreizen s. *Spindler/Thorun*, Eckpunkte einer digitalen Ordnungspolitik, 2015, S. 20 ff. aaO.

### III. Gang der Untersuchung

Entsprechend diesen grundlegenden Fragestellungen sollen im Folgenden zunächst die Strukturen und Vorgaben der EU-DSGVO näher beleuchtet werden, insbesondere die Anforderungen an die Selbstregulierung, in der EU-DSGVO Verhaltensregeln genannt (IV.A.), sowie an die Zertifizierungsverfahren (IV.B.). Sodann sind die Wirkungen der Verhaltensregeln zu erörtern, insbesondere im Hinblick auf eine mögliche Allgemeingültigkeitserklärung durch die EU-Kommission, ebenso die Auswirkungen der Zertifizierungsverfahren im Rahmen der Aufsicht (IV.C.). Ergänzend ist auf die Verbesserungen der Rechtssicherheit durch das Kohärenzverfahren einzugehen, bei dem ebenfalls Verhaltensregeln und Zertifizierungsverfahren Berücksichtigung finden (IV.D.).

## IV. Bestehende Anreize im Rahmen der EU-DatenschutzgrundVO

### A. Verhaltensregeln und Überwachungsstellen

#### 1. Verhaltensregeln

Die EU beabsichtigt mit Art. 40 EU-DSGVO explizit gem. Erwägungsgrund Nr. 28 „Verbände oder andere Vereinigungen, die bestimmte Kategorien von Verantwortlichen oder Auftragsverarbeitern vertreten“ zu ermutigen, „Verhaltensregeln auszuarbeiten, um eine wirksame Anwendung dieser Verordnung zu erleichtern, wobei den Besonderheiten der in bestimmten Sektoren erfolgenden Verarbeitungen und den besonderen Bedürfnissen der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen Rechnung zu tragen ist.“ Vor allem die Pflichten der Datenverarbeiter und Auftragsdatenverarbeiter sollen gem. Erwägungsgrund Nr. 28 S. 2 hier näher ausgearbeitet werden. Flankiert wird dies von einer expliziten Pflicht der Aufsichtsbehörden nach Art. 57 Abs. 1 m) EU-DSGVO „die Ausarbeitung von Verhaltensregeln gemäß Artikel 40 (zu) fördern und zu diesen Verhaltensregeln, die ausreichende Garantien im Sinne des Artikels 40 Absatz 5 bieten müssen, Stellungnahmen abgeben und sie billigen“. Damit wird ausdrücklich eine Förderungspflicht statuiert, die sich nicht auf eine reine Genehmigungstätigkeit beschränken kann, sondern eine aktive Mitwirkung etc. erfordert.

Aus deutscher (verfassungs-)rechtlicher Sicht ist eine Beteiligung von sog. Stakeholdern, also Vertretern anderer Interessen als derjenigen der Verbandsmitglieder, bei der Ausarbeitung von Kodizes erforderlich, um ihnen eine stärkere rechtliche Wirkung beizumessen.<sup>4</sup> Nach Erwägungsgrund 29 sollen jedoch andere Interessenträger lediglich konsultiert und deren Eingaben

---

<sup>4</sup> Näher dazu BVerwGE 77, 285, 291 f.; BVerwGE 79, 254, 264; BVerwGE 81, 197, 203 ff.; BGH NJW 1987, 2222 ff. – Komposthäckler; *Denninger*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht, 1990, Rn. 177 ff.; *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 166 ff. mwNachw; *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 270 ff.; *Brennecke*, Normsetzung durch private Verbände, 1996, S. 176; *Spindler/Thorun*, Eckpunkte einer digitalen Ordnungspolitik, 2015, S. 39 ff. mwNachw, aaO.

etc. berücksichtigt werden – eine stärkere Beteiligung sieht die EU-DSGVO jedoch nicht vor, insbesondere nicht Minderheitsrechte oder zwingende unmittelbare Partizipation an der Erarbeitung der Verhaltensregeln.

Art. 40 Abs. 1 EU-DSGVO bezieht sich auf die „Besonderheiten der einzelnen Verarbeitungsbereiche und der besonderen Bedürfnisse von Kleinstunternehmen sowie kleinen und mittleren Unternehmen“. Hieraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass Verhaltensregeln für einzelne Verarbeitungsbereiche ausschließlich möglich werden, wenn hier Kleinstunternehmen oder kleine oder mittlere Unternehmen betroffen wären; denn die Einfügung der Konjunktion „und“ beabsichtigt hier nur, dass diese Interessen besondere Berücksichtigung im Rahmen der einzelnen Verarbeitungsbereiche finden. Es wäre schwer einsichtig, wenn größere Unternehmen von vornherein keine Verhaltensregeln für bestimmte Verarbeitungsbereiche innerhalb ihrer Verbände entwickeln dürften. Der EU-DSGVO lassen sich auch keine diesbezüglichen restriktiven Anhaltspunkte entnehmen.

Die Verhaltensregeln können sich grundsätzlich auf alle Anwendungsbereiche der EU-DSGVO erstrecken, die Tatbestände des Art. 40 Abs. 2 EU-DSGVO enthalten nur einen Beispielskatalog, wonach die Anwendung der EU-DSGVO für folgende Bereiche präzisiert werden soll:

- a) „faire und transparente Verarbeitung;
- b) die berechtigten Interessen des Verantwortlichen in bestimmten Zusammenhängen;
- c) Erhebung personenbezogener Daten;
- d) Pseudonymisierung personenbezogener Daten;
- e) Unterrichtung der Öffentlichkeit und der betroffenen Personen;
- f) Ausübung der Rechte betroffener Personen;
- g) Unterrichtung und Schutz von Kindern und Art und Weise, in der die Einwilligung des Trägers der elterlichen Verantwortung für das Kind einzuholen ist;
- h) die Maßnahmen und Verfahren gemäß den Artikeln 24 und 25 und die Maßnahmen für die Sicherheit der Verarbeitung gemäß Artikel 32;
- i) die Meldung von Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten an Aufsichtsbehörden und die Benachrichtigung der betroffenen Person von solchen Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten;
- j) die Übermittlung personenbezogener Daten an Drittländer oder an internationale Organisationen oder
- k) außergerichtliche Verfahren und sonstige Streitbeilegungsverfahren zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen Verantwortlichen und betroffenen Personen im Zusammenhang mit der Verarbeitung, unbeschadet der Rechte betroffener Personen gemäß den Artikeln 77 und 79.“

Reine Verhaltensregeln bzw. Kodizes mit nur materiellem Gehalt genügen allerdings nicht den Anforderungen der EU-DSGVO. Denn Art. 40 Abs. 4 EU-DSGVO verlangt, dass die Einhaltung der Verhaltensregeln von einer nach Art. 41 EU-DSGVO akkreditierten Stelle (mit Fachwissen etc.) überwacht werden – was allerdings an den Befugnissen der Aufsichtsbehörden nichts ändert (Art. 40 Abs. 4 aE EU-DSGVO).

Bieten die Verhaltensregeln nach Auffassung der Aufsichtsbehörde „ausreichend geeignete Garantien“ nach Art. 40 Abs. 5 EU-DSGVO genehmigt die Aufsichtsbehörde die Verhaltensregeln – wobei unklar ist, ob die Aufsichtsbehörde hier ein Ermessen genießt oder eine gebundene Entscheidung geregelt wird. Die Wendung „ausreichend geeignete Garantien“ spricht für eine gerichtlich voll überprüfbare Entscheidung, die Betonung der „Auffassung“ der Aufsichtsbehörde streitet dagegen für ein Ermessen oder einen Beurteilungsspielraum. Offen gelassen werden von der EU-DSGVO auch die Rechtsfolgen, die an eine Genehmigung der Verhaltensregeln geknüpft werden.

Bei rein national wirkenden Verhaltensregeln veröffentlichen die Aufsichtsbehörden die genehmigten Verhaltensregeln in einem Verzeichnis, Art. 40 Abs. 6 EU-DSGVO. Handelt es sich dagegen um länderübergreifende Verhaltensregeln wird nach Art. 40 Abs. 7 EU-DSGVO zunächst eine Stellungnahme des Europäischen Datenschutzausschusses nach Art. 63 EU-DSGVO eingeholt, auf dessen Grundlage die EU-Kommission in Gestalt eines Durchführungsrechtsaktes die Verhaltensregeln als „allgemein gültig“ erklärt, Art. 40 Abs. 9 EU-DSGVO. Die Kommission soll alsdann „Sorge“ dafür tragen, dass die für allgemein gültig erklärten Verhaltensregeln publiziert werden, Art. 40 Abs. 10 EU-DSGVO, was durch eine offenbar zusätzliche Veröffentlichung durch den Ausschuss und die Eintragung in ein Register flankiert wird, Art. 40 Abs. 11 EU-DSGVO.

Unklar ist allerdings, wie sich diese Allgemeingültigkeitserklärung zur Genehmigung nach Art. 40 Abs. 5 EU-DSGVO verhält, insbesondere ob sich mit dieser Erklärung weitere Rechtsfolgen verbinden. Schon die unterschiedliche Wortwahl legt nahe, dass es sich um verschiedene Handlungsformen handeln muss. Auch entspricht der Durchführungsrechtsakt der EU-Kommission als (ermächtigter) legislativer Akt nicht dem Verwaltungsakt „Genehmigung“, sondern scheint eher (nach deutscher Terminologie) Verordnung zu ähneln, die für alle unmittelbare Rechtsfolgen erzeugt und nicht nur einen Einzelfall regelt. Darauf wird später noch zurückzukommen sein.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> S. unten V.A.2.



## 2. Überwachungsstellen

Wie bereits erwähnt, müssen die Verhaltensregeln Verfahren zu deren Überwachung durch eine nach Art. 41 EU-DSGVO akkreditierte Stelle enthalten, die über das nötige Fachwissen, aber auch über Unabhängigkeit verfügen muss. Die EU-DSGVO führt dabei nicht näher aus, was unter der unabhängigen Stellung dieser Überwachungsstelle zu verstehen ist. Elementarer Bestandteil dieser Unabhängigkeit ist jedoch die Neutralität der Überwachungsstelle, die keinen Interessenkonflikten unterliegen darf, wie Art. 41 Abs. 2 d) EU-DSGVO verdeutlicht. Vergleicht man hiermit zudem die Ausgestaltung der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden, Art. 51 EU-DSGVO, wird ersichtlich, dass auch die Überwachungsstellen zwar in einen Verband, der die Verhaltensregeln konzipiert hat, integriert sein können, aber dieser nicht weisungsbefugt gegenüber der Überwachungsstelle sein darf. Ferner wird die nötige Finanz- und Personalausstattung zu verlangen sein.

Zu den Aufgaben dieser Überwachungsstelle gehören die regelmäßige Überprüfung der Einhaltung der Verhaltensregeln durch die Verantwortlichen und Auftragsdatenverarbeiter, Art. 41 Abs. 2 b) EU-DSGVO. Allerdings beschränkt sich die Überwachung auf die Datenverarbeitung durch Private, da Art. 41 Abs. 6 EU-DSGVO ausdrücklich die Verarbeitung durch Behörden und öffentliche Stellen vom Anwendungsbereich des Art. 41 EU-DSGVO ausschließt. Da aber die Verhaltensregeln nach Art. 40 Abs. 4 EU-DSGVO als zwingenden Teil Verfahren zur Ermöglichung der Überwachung nach Art. 41 einschließen müssen, ergibt sich daraus mittelbar für die Verhaltensregeln, dass diese nur für den privaten Bereich genehmigt werden können.

Welche Sanktionen die Überwachungsstelle vorsehen kann, regelt die EU-DSGVO nicht unmittelbar, sondern spricht nur von geeigneten Maßnahmen; Erwähnung findet nur am Rande als Beispiel, dass als Sanktion auch der Ausschluss aus den Verhaltensregeln vorgesehen sein müsse, Art. 41 Abs. 4 S. 1 EU-DSGVO.

Ferner muss die Überwachungsstelle Beschwerdemöglichkeiten und –verfahren vorsehen, die für die betroffenen Personen und die Öffentlichkeit „transparent“ zu machen sind, Art. 41 Abs. 2 c) EU-DSGVO. Zwar verwendet die EU-DSGVO hier einen anderen Begriff als der Veröffentlichung, so dass theoretisch es auch genügen werde, wenn die Überwachungsstelle auf Anfrage die Beschwerdeverfahren offenlegt; doch ist der Regelfall die Publikation, etwa auf einer Internetseite, der Verfahrensstrukturen der Beschwerde.

Hinsichtlich der Kriterien für die Akkreditierung bindet die EU-DSGVO den Europäischen Datenschutzausschuss (Art. 41 Abs. 3 EU-DSGVO) in Gestalt des Kohärenzverfahrens nach Art. 63 EU-DSGVO ein, um eine europaweit einheitliche Politik der Akkreditierung zu erreichen.

## B. Zertifizierung

Neben der Genehmigung von Verhaltensregeln stärkt die EU-DSGVO im Rahmen des Vollzugs und der Überwachung die Einschaltung Privater in Gestalt der Zertifizierung. Nach Art. 42 Abs. 1 EU-DSGVO werden die Mitgliedstaaten, die Aufsichtsbehörden, der Europäische Datenschutzausschuss und die Kommission ausdrücklich dazu angehalten „insbesondere auf Unionsebene die Einführung von datenschutzspezifischen Zertifizierungsverfahren“ zu fördern. Erwägungsgrund 100 EU-DSGVO bestätigt dies nochmals, verbunden mit dem Ziel, die „Transparenz zu erhöhen und die Einhaltung dieser Verordnung zu verbessern“. Die aktive Förderpflicht wird nochmals hinsichtlich der Aufsichtsbehörden im Rahmen ihrer Aufgabenumschreibung nach Art. 57 Abs. 1 n) EU-DSGVO bekräftigt, wonach die Behörden „die Einführung von Datenschutzzertifizierungsmechanismen und von Datenschutzsiegeln und -prüfzeichen nach Artikel 42 Absatz 1 anregen und Zertifizierungskriterien nach Artikel 42 Absatz 5 billigen“ müssen. Ähnlich den Verhaltensregeln müssen die Behörden hier aktiv werden und können sich nicht auf ihre Aufsichtstätigkeiten etc. beschränken.

Mit diesen Zertifizierungsverfahren soll der Nachweis geführt werden können, dass die Anforderungen der EU-DSGVO eingehalten werden, Art. 42 Abs. 1 S. 2 EU-DSGVO. Gleichzeitig sollen diese Zertifizierungen auch zum Nachweis der Einhaltung des adäquaten Datenschutzniveaus beim Transfer von Daten in Drittstaaten dienen, Art. 42 Abs. 2 EU-DSGVO.

Ein Zwang zur Zertifizierung besteht allerdings nicht, diese ist stets freiwillig, Art. 42 Abs. 3 EU-DSGVO.

Auch wenn die Zertifizierung dem Nachweis der Einhaltung der Vorschriften der EU-DSGVO dient, hält Art. 42 Abs. 4 EU-DSGVO *expressis verbis* fest, dass die Zertifizierung weder die Verantwortlichen oder der Auftragsverarbeiter von ihrer Verantwortung entlastet noch die Aufgaben und Aufsichtsbefugnisse der Aufsichtsbehörden berührt werden.

Die Zertifizierung selbst kann dabei sowohl durch Zertifizierungsstellen, die nach Art. 43 EU-DSGVO akkreditiert werden müssen, oder durch die Aufsichtsbehörden selbst, wie etwa in Deutschland durch das ULD Schleswig-Holstein, geschehen, Art. 42 Abs. 5 EU-DSGVO. Auch eine länderübergreifende Zertifizierung kann bei vom Europäischen Datenschutzausschuss genehmigten Kriterien durchgeführt werden, sog. gemeinsame Zertifizierung, Art. 42 Abs. 6 EU-DSGVO.

Die Gültigkeit des Zertifikats beträgt höchstens 3 Jahre mit Verlängerungsmöglichkeiten, Art. 42 Abs. 7 EU-DSGVO, kann aber auch bei Entfallen der Voraussetzungen jederzeit widerrufen werden. Auch diese Verfahren werden in einem vom Europäischen Datenschutzausschuss geführten Register aufgenommen und publiziert.

Wird die Zertifizierung über eine sog. Zertifizierungsstelle (und nicht durch eine Aufsichtsbehörde) durchgeführt, muss diese die Aufsichtsbehörde vor der Zertifizierung unterrichten, damit diese ggf. selbst Maßnahmen oder Untersuchungen ergreifen kann, Art. 43 Abs. 1 S. 1 EU-DSGVO. Auch muss die Zertifizierungsstelle Gründe für die Erteilung oder den Widerruf der Zertifizierung der Aufsichtsbehörde mitteilen, Art. 43 Abs. 5 EU-DSGVO. Dass die Zertifizierung nicht die Befugnisse der Aufsichtsbehörde verdrängt, sondern nur dem erleichterten Nachweis dient, zeigt auch Art. 58 Abs. 2) h) EU-DSGVO, der der Behörde die Befugnis verleiht, die Zertifizierungsstelle zum Widerruf der Zertifizierung anzuweisen oder erst gar keine Zertifizierung zu erteilen.

Weitere Vorgaben für das Zertifizierungsverfahren enthält die EU-DSGVO selbst nicht, sondern überantwortet die nähere Konkretisierung der Kommission im Rahmen von delegierten Rechtsakten, Art. 43 Abs. 8 EU-DSGVO. Gleiches gilt für technische Standards im Rahmen von Zertifizierungsverfahren, Art. 43 Abs. 9 EU-DSGVO.

Um akkreditiert zu werden, müssen die Zertifizierungsstellen nach Art. 43 Abs. 2 EU-DSGVO ihre Unabhängigkeit und ihr Fachwissen nachweisen, die Verfahren zur Zertifizierung festlegen (ohne dass die EU-DSGVO hier Vorgaben treffen würde) und schließlich Beschwerdemöglichkeiten und –verfahren vorsehen. Ähnlich den Überwachungsstellen im Rahmen der Verhaltensregeln gilt auch hier, dass die Zertifizierungsstelle keinen Interessenkonflikten unterliegen darf, Art. 43 Abs. 2 e) EU-DSGVO. Auch ohne dass die EU-DSGVO hier nähere Vorgaben treffen würde, ist etwa eine vorherige Beratungstätigkeit der Zertifizierungsstelle schädlich, da niemand Richter in eigener Sache sein darf und Interessenkonflikte unausweichlich wären.

Die Akkreditierung wird nach Art. 43 Abs. 1 S. 2 EU-DSGVO durch die Aufsichtsbehörde oder eine nationale Akkreditierungsstelle nach VO (EG) Nr. 765/2008<sup>6</sup> (mit zusätzlichen Anforderungen durch die Aufsichtsbehörde) durchgeführt und wird für eine Höchstdauer von 5 Jahren gewährt, Art. 43 Abs. 4 S. 2 EU-DSGVO, flankiert (und wiederholt) durch die Befugnisregelungen in Art. 58 Abs. 3 EU-DSGVO zum Widerruf von Akkreditierungen.

### C. Spezielle Regelungen für anerkannte Verhaltensregeln und Zertifikate

Etlliche Regelungen in der EU-DSGVO berücksichtigen explizit die Einhaltung von Verhaltensregeln und Zertifizierungen, teilweise aber auch nur von Verhaltensregeln oder nur von Zertifizierungen. Kennzeichnend für alle hier zu besprechenden Regelungen ist, dass die EU-DSGVO

---

<sup>6</sup> Verordnung (EG) Nr. 765/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Juli 2008 über die Vorschriften für die Akkreditierung und Marktüberwachung im Zusammenhang mit der Vermarktung von Produkten und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 339/93 des Rates (ABl. L 218 vom 13.8.2008, S. 30).

die Einhaltung der genehmigten Verhaltensregeln oder der genehmigten Zertifizierungsverfahren „als Gesichtspunkt“ oder „als Faktor“ bezeichnet, der herangezogen werden „kann“, um die Erfüllung der Pflichten nachzuweisen.

## 1. Verhaltensregeln und Zertifizierungen

### a) Maßnahmen des Verantwortlichen (Artikel 24)

Eine der zentralen Normen, bei denen die Einhaltung der Verhaltensregeln oder Zertifizierungsverfahren zu berücksichtigen ist, betrifft die „geeignete(n) technische(n) und organisatorische(n) Maßnahmen“ zur Sicherstellung der Verarbeitung der Daten nach den Vorgaben der EU-DSGVO, Art. 24 Abs. 1 EU-DSGVO. Allerdings sieht Art. 24 Abs. 3 EU-DSGVO lediglich vor, dass die Einhaltung der genehmigten Verhaltensregeln oder der Zertifizierungsverfahren „ein Gesichtspunkt“ ist, der herangezogen werden „kann“ – eine Pflicht zur Berücksichtigung oder erst recht eine Bindungswirkung sieht Art. 24 Abs. 3 EU-DSGVO nicht vor.

### b) Auftragsdatenverarbeitung (Art. 28 EU-DSGVO)

In ähnlicher Weise erleichtert die Einhaltung von Verhaltensregeln oder Zertifizierungsverfahren den Nachweis für den Verantwortlichen im Rahmen der Auftragsdatenverarbeitung, dass hinreichende Garantien dafür bestehen, dass die Verarbeitung im Einklang mit der EU-DSGVO steht. Wiederum spricht Art. 28 Abs. 5 EU-DSGVO aber nur davon, dass die Einhaltung „als Faktor“ herangezogen werden „kann“, um hinreichende Garantien nachzuweisen. Im gleichen Sinne bzw. Wortlaut äußert sich Erwägungsgrund 81 S. 2 EU-DSGVO. Auch hier kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Einhaltung der Verhaltensregeln bzw. Zertifizierungen die Aufsichtsbehörde bindet, die selbst bei Berücksichtigung diese nur als einen Gesichtspunkt heranziehen muss, nicht aber als entscheidenden Faktor.

### c) Sicherheit der Verarbeitung (Art. 32 EU-DSGVO)

Mit gleichem Wortlaut sieht Art. 32 Abs. 3 EU-DSGVO die Berücksichtigung der Einhaltung der genehmigten Verhaltensregeln oder Zertifizierungsverfahren als „Faktor“ für die Einhaltung der Pflichten zur Sicherheit der Verarbeitung vor, etwa geeigneter technischer oder organisatorischer Maßnahmen.

### d) Internationaler Datentransfer außerhalb der EU

Einen besonderen Stellenwert nehmen Verhaltensregeln und Zertifizierungsverfahren schließlich im Rahmen der Übermittlung von Daten in Staaten außerhalb der EU ein. Nach Art. 40 Abs.

3 EU-DSGVO können gerade die Dritten als Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter, die nicht in der EU ansässig sind, mithilfe der Einhaltung von Verfahrensregeln die Einhaltung des adäquaten Datenschutzniveaus nachweisen. Allerdings gilt dies ausweislich des Wortlauts nur für Verhaltensregeln, die nach Art. 40 Abs. 9 EU-DSGVO von der Kommission für allgemein gültig erklärt worden sind. Von nationalen Aufsichtsbehörden genehmigte Verhaltensregeln fallen nach der Systematik des Art. 40 EU-DSGVO offensichtlich nicht darunter.

Allerdings entspricht dieser Systematik nicht Art. 46 Abs. 2 e) EU-DSGVO, der gerade die Anforderungen an einen zulässigen Datentransfer in Drittstaaten und die möglichen Abhilfen zum Nachweis des adäquaten Datenschutzniveaus regelt. Denn hiernach können die nötigen Garantien (ohne gesonderte erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde) zur Einhaltung des angemessenen Datenschutzniveaus auch in „genehmigten Verhaltensregeln gemäß Artikel 40 zusammen mit rechtsverbindlichen und durchsetzbaren Verpflichtungen des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters in dem Drittland zur Anwendung der geeigneten Garantien, einschließlich in Bezug auf die Rechte der betroffenen Personen“ bestehen. Art. 46 Abs. 2 e) EU-DSGVO nimmt keinen expliziten Bezug auf Art. 40 Abs. 9 EU-DSGVO bzw. die für allgemein gültig erklärten Verhaltensregeln.

Dieser scheinbare Widerspruch lässt sich allerdings dadurch auflösen, dass man die Adressaten der Verhaltensregeln in Art. 40 Abs. 5, 9 EU-DSGVO und in Art. 46 Abs. 2 e) EU-DSGVO näher beleuchtet: Während für die allgemein gültigen Verhaltensregeln offenbar Verantwortliche oder Auftragsdatenverarbeiter in Drittstaaten in den Blick genommen werden, bezieht sich Art. 46 Abs. 2 e) EU-DSGVO auf die Verantwortlichen offenbar in der EU, da die Verhaltensregeln hier gerade in Kombination mit „rechtsverbindlichen und durchsetzbaren Verpflichtungen des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters in dem Drittland“ angesprochen werden. Mithin legt Art. 40 Abs. 5, 9 EU-DSGVO den Nachweis des adäquaten Datenschutzniveaus der Drittstaat-Verantwortlichen mit Hilfe der allgemein gültigen Verhaltensregeln fest, Art. 46 Abs. 2 e) EU-DSGVO dafür die Verhaltensregeln für die Verantwortlichen innerhalb der EU plus zusätzlicher Garantien der Drittstaaten-Verantwortlichen.

## 2. Nur Verhaltensregeln

Vereinzelte Regelungen nehmen nur Bezug auf die genehmigten Verhaltensregeln, nicht dagegen auf Zertifizierungsverfahren. So sollen im Rahmen der nach Art. 35 EU-DSGVO erforderlichen Datenschutz-Folgeabschätzung nach Abs. 8 die Einhaltung genehmigter Verhaltensregeln „bei der Beurteilung der Auswirkungen der von diesen durchgeführten Verarbeitungsvorgänge, insbesondere für die Zwecke einer Datenschutz-Folgenabschätzung, gebührend“ berücksichtigt werden, was auch Erwägungsgrund 77 ebenfalls kurz erwähnt. Die EU-DSGVO verwendet hier

nicht die Begriffe „Faktor“ oder „Gesichtspunkt“, ohne dass aber ersichtlich wäre, dass hiermit eine andere Aussage verbunden wäre. Eine Bindung an Verhaltensregeln sieht Art. 35 Abs. 8 EU-DSGVO nicht vor.

### 3. Nur Zertifizierung

Umgekehrt sieht die EU-DSGVO vereinzelt Regelungen vor, die sich nur auf Zertifizierungsverfahren beziehen – nicht aber auf genehmigte Verhaltensregeln. So können (!) für die Pflichten nach Art. 25 zum Datenschutz durch Technikgestaltung („privacy by design“) gem. Art. 25 Abs. 3 EU-DSGVO wiederum die genehmigten Zertifizierungsverfahren „als Faktor“ herangezogen werden, um die Erfüllung der Anforderungen nachzuweisen. Verhaltensregeln werden hier nicht genannt. Auch entspricht die Regelungstechnik wiederum den bereits oben angeführten Beispielen zur Berücksichtigung als „Faktor“ oder „Gesichtspunkt“, ebenfalls ohne eine Pflicht, sondern als Ermessen ausgestaltet.

### 4. Geldbußen

Schließlich soll bei der Verhängung von Geldbußen unter anderem auch die Einhaltung von Verhaltensregeln oder Zertifizierungsverfahren gem. Art. 83 Abs.2 j) EU-DSGVO berücksichtigt werden.

#### D. Kohärenzverfahren für Verhaltensregeln

Wie bereits erwähnt, werden Verhaltensregeln, die sich grenzüberschreitend auswirken, dem Kohärenzverfahren nach Art. 64 ff. EU-DSGVO (hier: Art. 64 Abs. 1 b) EU-DSGVO) insbesondere hinsichtlich der Stellungnahmen des Ausschusses unterworfen, wenn die Aufsichtsbehörde einen diesbezüglichen Beschluss treffen will. In ähnlicher Weise soll der Ausschuss Stellung beziehen zu Kriterien für die Akkreditierung einer Überwachungsstelle (nach Art. 41 Abs. 3 EU-DSGVO) oder einer Zertifizierungsstelle (Art. 43 Abs. 3 EU-DSGVO).

Zu den Aufgaben des Ausschusses gehört ferner unter anderem explizit nach Art. 70 Abs. 1 n) EU-DSGVO „die Förderung der Ausarbeitung von Verhaltensregeln und der Einrichtung von datenschutzspezifischen Zertifizierungsverfahren (...)“, sowie nach Abs. 1 p) die „Präzisierung der in Artikel 43 Absatz 3 genannten Anforderungen im Hinblick auf die Akkreditierung von Zertifizierungsstellen gemäß Artikel 42 EU-DSGVO.“

## V. Der rechtliche Handlungsspielraum: EU-DatenschutzgrundVO und nationales Verfahrensrecht

Inwieweit genehmigte und/oder für allgemein gültig erklärte Verhaltensregeln sowie Zertifizierungsverfahren über die in der EU-DSGVO enthaltenen Bestimmungen hinaus herangezogen werden können, um für mehr Rechtssicherheit zu sorgen, insbesondere durch Vermutungsregelungen,<sup>7</sup> hängt von der Reichweite der EU-DSGVO und der Auslegung der mit Art. 40 ff. und den spezifischen Regelungen der EU-DSGVO entscheidend ab. Dabei ist zwischen dem originär öffentlich-rechtlichen Datenschutz(aufsichts)recht und den zivilrechtlichen Regelungen zu unterscheiden:

### A. Datenschutzrecht

#### 1. Verhältnis zum nationalen Verfahrensrecht

Ausgangspunkt der Überlegungen muss das Verhältnis der EU-DSGVO zum nationalen Verwaltungsverfahrens- und -prozessrecht sein. Denn Vermutungswirkungen oder gar Bindungswirkungen können sowohl materiell-rechtlich als auch prozess- bzw. verfahrensrechtlich implementiert werden, wobei sie ineinander übergehen können – aus dem Zivilrecht ist seit langem bekannt, dass Darlegungs- und Beweislastverteilung an der Schnittstelle zwischen Verfahrensrecht und materiellem Recht angesiedelt sind.<sup>8</sup>

Die EU-DSGVO enthält zwar an vielen Stellen Vorgaben für das Verfahren der Datenschutzaufsichtsbehörden; doch handelt es sich nur um punktuelle Regelungen, das nationale Verwaltungsverfahrens- und erst recht das Verwaltungsprozessrecht werden damit nicht harmonisiert bzw. der VO in ihrer Geltung unterworfen. Dem nationalen Gesetzgeber steht es außerhalb der von der VO spezifisch geregelten Vorgaben weiterhin frei, eigene Regelungen einzuführen, sofern die Regelungsziele der VO damit nicht unterlaufen werden.

Allgemein hat der EuGH für das Verhältnis von nationalem Verfahrensrecht zu europäischem Recht, insbesondere für Verordnungen, das Prinzip der Äquivalenz und der Effektivität entwickelt.<sup>9</sup> Dies gilt auch für Beweisregeln.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> S. zu diesem Ansatz *Spindler/Thorun*, Eckpunkte einer digitalen Ordnungspolitik, 2015, S. 53 ff., 58 ff. mwNachw, aaO.

<sup>8</sup> Eingehend dazu *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, 1975, S. 133 f. mwNachw; *MüKo-ZPO/Prütting* 4. Aufl. 2013 § 286 Rn. 137 ff.; *Stein/Jonas/Leipold ZPO* 22. Aufl. 2008, § 286 Rn. 78 ff., je mwNachw.

<sup>9</sup> Im Überblick *Hindelang* in: *Leible/Terhechte* (Hrsg.), *Enzyklopädie Europarecht*, Bd. 3, 2014, § 33 Rn. 18 ff. mwNachw.

<sup>10</sup> EuGH, Urt. v. 25.5.2000, Rs. C-424/98 *Kommission/Iralien* Slg. 2000, 1-4001, Rn. 34.

In einer Leitentscheidung formuliert der EuGH:

„18 Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes sind die Bestimmung der zuständigen Gerichte und die Ausgestaltung von gerichtlichen Verfahren, die den Schutz der dem Bürger aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, mangels einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung dieses Bereiches Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten; diese Verfahren dürfen jedoch nicht ungünstiger gestaltet sein als bei entsprechenden Klagen, die das innerstaatliche Recht betreffen (Grundsatz der Gleichwertigkeit), und sie dürfen die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Grundsatz der Effektivität) (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 16. Dezember 1976 in der Rechtssache 33/76, Rewe, Slg. 1976, 1989, Randnr. 5, in der Rechtssache 45/76, Comet, Slg. 1976, 2043, Randnrn. 13 und 16, vom 14. Dezember 1995 in den Rechtssachen C430/93 und C431/93, Van Schijndel und Van Veen, Slg. 1995, I4705, Randnr. 17, vom 10. Juli 1997 in der Rechtssache C261/95, Palmisani, Slg. 1997, I4025, Randnr. 27, vom 11. Dezember 1997 in der Rechtssache C246/96, Magorrian und Cunningham, Slg. 1997, I7153, Randnr. 37, und vom 15. September 1998 in den Rechtssachen C279/96 bis C281/96, Ansaldo Energia u. a., noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 16).“<sup>11</sup>

In späteren Verfahren hat der EuGH dies bekräftigt:

„50 Als Erstes ist darauf hinzuweisen, dass es nach ständiger Rechtsprechung mangels einer einschlägigen Regelung der Union Sache des innerstaatlichen Rechts der einzelnen Mitgliedstaaten ist, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und die Verfahrensmodalitäten für Klagen zu regeln, die den Schutz der dem Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, wobei die Mitgliedstaaten allerdings für den wirksamen Schutz dieser Rechte in jedem Einzelfall verantwortlich sind (vgl. Urteil vom 15. April 2008, Impact, C-268/06, Slg. 2008, I-2483, Randnrn. 44 und 45, und Urteil Mono Car Styling, Randnr. 48).

51 Dabei dürfen nach gefestigter Rechtsprechung die Verfahrensmodalitäten für Klagen, die den Schutz der den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, nicht weniger günstig ausgestaltet sein als die für entsprechende innerstaatliche Klagen (Grundsatz der Äquivalenz) und die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Grundsatz der Effektivität) (vgl. Urteil Impact, Randnr. 46 und die dort angeführte Rechtsprechung).

---

<sup>11</sup> EuGH Urt. v. 1.12.1998 Rs. C-326/96 – Levez, ECLI:EU:C:1998:577; s. ferner EuGH ECLI:EU:C:2009:178 Danske Slagterrier Rn 41; ECLI:EU:C:2000:247 Preston Rn 55 ff.



Diese Erfordernisse in Bezug auf die Äquivalenz und Effektivität sind Ausdruck der allgemeinen Verpflichtung der Mitgliedstaaten, den gerichtlichen Schutz der dem Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte zu gewährleisten. Sie gelten sowohl für die Bestimmung der Gerichte, die für die Entscheidung über auf dieses Recht gestützte Klagen zuständig sind, als auch für die Bestimmung der Verfahrensmodalitäten (vgl. Urteil Impact, Randnrn. 47 und 48, und Urteil vom 29. Oktober 2009, Pontin, C63/08, Slg. 2009, I0000, Randnr. 44).<sup>12</sup>

Demgemäß ist für jede einzelne Regelung in der EU-DSGVO zu prüfen, ob und inwieweit im nationalen Verfahrensrecht den Verhaltensregeln und/oder Zertifizierungsverfahren eine größere Bindungswirkung als in der EU-DSGVO beigemessen werden kann. Dabei dürfte das Prinzip der Äquivalenz keine größere Rolle spielen, da – soweit ersichtlich – die nationalen Verwaltungs- und Zivilverfahrensvorschriften ausländische Betroffene nicht anders als deutsche Betroffene behandeln. Entscheidend ist daher, ob der Grundsatz der Effektivität eingehalten wird, insbesondere ob den Betroffenen die Geltendmachung ihrer Rechte übermäßig erschwert würde.

Zuvor ist jedoch der Rechtscharakter der in Art. 40 Abs. 9 EU-DSGVO enthaltenen Allgemeingültigkeitserklärung von Verhaltensregeln durch die Kommission zu analysieren:

## 2. Allgemeingültigkeitserklärung

Wie oben bereits erwähnt, wirft die in Art. 40 Abs. 9 EU-DSGVO vorgesehene Allgemeingültigkeitserklärung in Gestalt eines Durchführungsrechtsaktes der EU-Kommission etliche Fragen auf. Die EU-DSGVO enthält an keiner Stelle einen weiteren Verweis auf diese besondere Form der „Genehmigung“ von allgemeinen Verhaltensregeln, insbesondere nicht welche Rechtswirkungen damit verbunden sein sollen. Einzig im Rahmen des Datentransfers in Drittstaaten wird die Allgemeingültigkeitserklärung in Bezug genommen; hier entfaltet die Allgemeingültigkeitserklärung besondere Wirkung hinsichtlich der Sicherstellung der Adäquanz des Datenschutzniveaus beim Transfer in Drittstaaten. Art. 40 Abs. 5 EU-DSGVO bleibt der einzige Bezug der EU-DSGVO auf die Allgemeingültigkeitserklärung, indem auch Verantwortliche in Drittstaaten durch die Einhaltung der für allgemeingültig erklärten Verhaltensregeln den Nachweis der Adäquanz führen können. Dies ist offensichtlich mit einer „normalen“ Genehmigung von rein national wirkenden Verhaltensregeln nicht möglich, da diese nur im Territorium der genehmigenden Aufsichtsbehörde die Adäquanz der Verhaltensregeln mit der EU-DSGVO festlegen können.

---

<sup>12</sup> EuGH ECLI:EU:C:2010:146 Rn 50 ff – Allasani.

Fraglich ist daher, ob der Allgemeingültigkeitserklärung eine Bindungswirkung über die Selbstbindung der Verwaltung bzw. der Aufsichtsbehörden hinaus erzeugt, insbesondere ob die so für allgemein gültig erklärten Verhaltensregeln auch die Verwaltungs- und Zivilgerichte binden können.

Gegen eine solche Auslegung der Allgemeingültigkeitserklärung sprechen jedoch mehrere Gesichtspunkte:

Zunächst lässt sich eine solche konkretisierende, auch Gerichte bindende Wirkung nicht in Einklang bringen mit den oben skizzierten spezifischen Normen der EU-DSGVO, die die Verhaltensregeln als einen „Faktor“ oder „Gesichtspunkt“ erklären – da hiermit die Verhaltensregeln zwar eine gewichtige Rolle, aber keineswegs der einzige „Faktor“ sind, können die Verhaltensregeln offensichtlich zumindest für die betroffenen Normen keine Bindungswirkung entfalten. Andernfalls würde das Gebot der besonderen Berücksichtigung keinen Sinn machen. Denkbar wäre allenfalls, dass die Berücksichtigung als „Faktor“ sich dann auf die sonstigen genehmigten Verhaltensregeln bezöge, bei für allgemein gültig erklärten Verhaltensregeln jedoch von vornherein eine Bindungswirkung einträte. Dann ist aber nicht verständlich, warum die EU-DSGVO nicht einmal in den Erwägungsgründen eine solche Differenzierung andeutet.

Gegen eine Bindungswirkung, die über die Wirkung einer Genehmigung im Sinne der Selbstbindung der Verwaltung hinausgehen würde, spricht auch die Entstehungsgeschichte des Art. 40 EU-DSGVO: Während der Kommissionsentwurf im damaligen Art. 38 Abs. 4 nur von einer „general validity“ sprach, ohne die Rechtsfolgen zu präzisieren, sah der LIBE-Entwurf des Parlaments in Art. 38 Abs. 4 vor, dass:

„Those delegated acts shall confer enforceable rights on data subjects.“

Demgemäß hatte das Parlament zum einen den Rechtscharakter des Rechtsaktes der Kommission von einem Durchführungsrechtsakt in einen delegierten Rechtsakt verändert; zum anderen wollte das Parlament offensichtlich die Allgemeingültigkeitserklärung mit konkreten Rechtsfolgen in Gestalt von Rechten der Betroffenen verbinden.

Diese Fassung wurde jedoch nach Streichungen durch den Rat endgültig in der Trilog-Fassung wieder zugunsten der ursprünglichen Formulierung der Kommission aufgegeben, verbunden mit einer Rückkehr zum Durchführungsrechtsakt.

Auch die Einstufung der Allgemeingültigkeitserklärung als Durchführungsrechtsakt spricht eher für die Qualifizierung als verwaltungsrechtliche Maßnahme mit Selbstbindungswirkung als allseits bindende rechtliche Wirkung gegenüber Gerichten (oder Außenseitern). So differenziert seit dem Lissabonner Vertrag der AEUV zwischen delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten gem. Art. 290, 291 AEUV. Die Durchführungsrechtsakte durch Kommission (oder

auch dem Rat) sollen dann ergriffen werden, wenn aufgrund der unionsweiten Wirkung eine einheitliche Durchführung eines europäischen Rechtsaktes (VO oder Richtlinie) der gemeinschaftsweite Durchführungsrechtsakt ratsam ist, Art. 291 Abs. 2, 3 AEUV.<sup>13</sup> Er substituiert dann quasi die Durchführung des europäischen Rechtsakts auf Mitgliedstaatsebene. Demgegenüber ist der delegierte Rechtsakt der Rechtsetzung vorbehalten, wenn europäische Rechtsakte (Richtlinien, Verordnungen) ergänzt werden, Art. 290 AEUV.<sup>14</sup> Hält man sich die eher der verwaltungsrechtlichen Ebene zugeordnete Qualität der Durchführungsrechtsakte vor Augen, spricht daher auch die Einstufung der Allgemeingültigkeitserklärung als ein solcher Durchführungsrechtsakt für die Gleichstellung mit der Genehmigung durch die nationale Aufsichtsbehörde. So betreffen zahlreiche Durchführungsrechtsakte in der EU-DSGVO Einzelheiten der jeweiligen Verfahren, etwa Art. 47 Abs. 3, 61 Abs. 9, 67 EU-DSGVO. Zu den Durchführungsrechtsakten zählt aber auch nach Art. 45 Abs. 3 EU-DSGVO die Festlegung der Adäquanz der Datenschutzvorschriften in einem Drittstaat, was wiederum einem Verwaltungsakt nach nationalem Verständnis entspräche. Einzuräumen ist allerdings, dass europarechtlich die theoretisch klar zu treffende Unterscheidung zwischen delegiertem Rechtsakt und Durchführungsrechtsakt in der Praxis auf erhebliche Probleme trifft, da auch Rechtssetzung durch Durchführungsrechtsakte nach Art. 291 AEUV möglich ist, so dass sich aus der Trennung von delegiertem Rechtsakt und Durchführungsrechtsakt keine vollständig eindeutige Aussage ableiten lässt.<sup>15</sup>

Näher als eine allgemeine Verbindlichkeitserklärung liegt daher insgesamt die Auslegung der Allgemeingültigkeitserklärung als einer europaweiten Genehmigung der Verhaltensregeln, indem deren Konformität mit der EU-DSGVO grenzüberschreitend für alle Aufsichtsbehörden anerkannt wird. Die Rechtsfolgen weichen dann aber nicht von der „normalen“ rein national wirkenden Genehmigung ab, die die Aufsichtsbehörde ansonsten erteilt. Denkbar bzw. vertretbar ist angesichts der Unsicherheiten in den Formulierungen der EU-DSGVO aber auch eine andere Interpretation dergestalt, dass eine normative Wirkung der Allgemeingültigkeitserklärung angenommen wird; aus Sicht des Verfassers sprechen jedoch die überwiegenden Argumente eher für eine Auslegung im Sinne einer unionsweiten Selbstbindung der Verwaltung.

---

<sup>13</sup> Einzelheiten bei Grabitz/Hilf/Nettesheim/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt Stand 2016, Art. 291 AEUV Rn. 28 ff.; Calliess/Ruffert/Ruffert, EUV/AEUV 4. Aufl. 2011, Art. 291 AEUV Rn. 6.

<sup>14</sup> S. dazu Calliess/Ruffert/Ruffert, EUV/AEUV 4. Aufl. 2011, Art. 290 AEUV Rn. 6 f.

<sup>15</sup> Grabitz/Hilf/Nettesheim/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt Stand 2016, Art. 290 AEUV Rn. 19 ff.; s. schon Möllers EuR 2002, 484 (492 f.).

In diesem Rahmen ist die Kommission weitgehend frei, wie sie den Durchführungsrechtsakt ausgestaltet;<sup>16</sup> er könnte etwa auch als Vermutungswirkung formuliert werden, indem dieser als ein Minus gegenüber der stärkeren Selbstbindung der Verwaltung zu qualifizieren ist.

Teilweise wird vertreten, dass durch die Allgemeingültigkeitserklärung auch Unternehmen bzw. Verantwortliche an die für allgemein gültig erklärten Verhaltensregeln gebunden würden, die sich nicht freiwillig den Verhaltensregeln unterworfen haben<sup>17</sup>– verknüpft mit der Selbstbindung der Aufsichtsbehörden, hier dann auch im Verhältnis zu Verantwortlichen ohne Verbandsmitgliedschaft. Hiergegen sprechen allerdings erhebliche Bedenken: Zum einen lässt sich der EU-DSGVO nicht entnehmen, warum Dritte an diese Verhaltensregeln gebunden sein sollen. Zum anderen zeigt auch der Charakter als Durchführungsrechtsakt, der im Prinzip nur auf europäischer Ebene die Genehmigung auf nationaler Ebene substituiert, dass damit keine weitergehenden Rechtsfolgen gemeint sein können, zumal die Erwägungsgründe hierzu schweigen, was angesichts der erheblichen Wirkungen sonst nahegelegen hätte. Dies wird dadurch untermauert, dass die EU-DSGVO für die Verhaltensregeln fordert, dass sichergestellt sein soll, dass Überwachungsstellen die Einhaltung der Verhaltensregeln kontrollieren können. Im Falle eines Außenseiters bleibt aber völlig unklar, wie ein Verband mangels Mitgliedschaft/Anerkennung etc. des der Verhaltensregel nicht unterliegenden Verantwortliche überwacht und sanktioniert werden soll. Entsprechende privatrechtliche Sanktionen und Kontrollmöglichkeiten scheiden hier von vornherein aus.

### 3. Kohärenzverfahren und Verhaltensregeln

Von der Allgemeingültigkeitserklärung zu trennen ist das vorgeschaltete Kohärenzverfahren: Nach Art. 40 Abs. 9 EU-DSGVO kann die Kommission nach Durchführung des Verfahrens, insbesondere der Stellungnahme des Europäischen Datenschutzausschusses die Verhaltensregeln für allgemein gültig erklären, sie muss es aber nicht – einen Anspruch auf die Erklärung der Allgemeingültigkeit sieht die EU-DSGVO nicht vor.

Folglich stellt sich die Frage, welche Rechtswirkungen die Durchführung des Kohärenzverfahrens und eine positive Stellungnahme des Europäischen Datenschutzausschusses für die Verhaltensregeln haben. Zwar wird das Kohärenzverfahren nur durchgeführt, wenn die beantragte Verhaltensregel über den jeweiligen Mitgliedstaat hinausreichende Wirkungen zeitigt; indes fehlt

---

<sup>16</sup> Nach Art. 291 Abs. 2 AEUV besteht eine relativ große Bandbreite an möglichen Durchführungsinstrumenten, s. Grabitz/Hilf/Nettesheim/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt Stand 2016, Art. 291 AEUV Rn. 21 ff.

<sup>17</sup> Krings/Mammen RDV 2015, 231 (234).

es jenseits der Allgemeingültigkeitserklärung an einer weiteren Rechtsfolge für eine positive Stellungnahme des Europäischen Datenschutzausschusses. Die EU-DSGVO sieht nicht etwa eine Art Herkunftslandprinzip für die Verhaltensregeln vor, indem eine Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde Wirkung für jeden anderen Mitgliedstaat entfalten würde, wenn der Europäische Datenschutzausschuss sie als adäquat mit den Vorgaben der EU-DSGVO eingestuft hat. Demgemäß kann eine nationale Aufsichtsbehörde trotz Kohärenzverfahrens nicht andere Aufsichtsbehörden in anderen Mitgliedstaaten binden. Mit anderen Worten erlangt trotz positiver Stellungnahme die Genehmigung einer solchen Verhaltensregel keine Wirkung in anderen Mitgliedstaaten, es bleibt der rein auf den Mitgliedstaat beschränkten Rechtsfolge der Selbstbindung der Verwaltung.

#### 4. Bindungswirkung der Genehmigung von Verhaltensregeln

Aber auch für die nach Art. 40 Abs. 5 EU-DSGVO genehmigten Verhaltensregeln gibt die EU-DSGVO nicht vor, welche Rechtsfolgen einer solchen Genehmigung beizumessen sind. Lediglich den bereits erwähnten Spezialregelungen, die explizit die Berücksichtigung der Verhaltensregeln vorsehen, lässt sich die Bindung der Verwaltung an die Verhaltensregeln im Rahmen ihrer Ermessensausübung entnehmen. Wie gezeigt, beschränken sich die Verhaltensregeln aber nicht auf den Anwendungsbereich dieser besonderen (allerdings auch wichtigen) Vorschriften, sondern können für den gesamten Bereich der EU-DSGVO verabschiedet werden.

Da die EU-DSGVO bis auf die beschriebenen Spezialregelungen keine Vorgaben verfahrensrechtlicher Natur enthält, ist fraglich, ob sich dem Schweigen der EU-DSGVO außerhalb dieser Spezialregelungen entnehmen lässt, dass die Verhaltensregeln dann keine Berücksichtigung finden sollen. Eine solche Regel würde allerdings der in der EU-DSGVO mehrmals betonten Förderung von Verhaltensregeln explizit widersprechen, da sie sonst nur im Rahmen der Spezialregelungen eine Rolle spielen würden. Ebenso wenig wäre der lediglich als Beispieldkatalog formulierte, mithin sehr weitgehende Tatbestand des Art. 40 Abs. 2 EU-DSGVO unverständlich, da die Verhaltensregeln sich dann doch auf die zwar wichtigen, aber nur selektiven Spezialregelungen beschränken würden. Wozu dann Art. 40 Abs. 2 EU-DSGVO umfassend mögliche Konkretisierungen aufführt, dies nicht mal abschließend, wäre kaum nachvollziehbar.

Mangels weiterer Vorgaben kann daher außerhalb des Regelungsbereichs der Spezialnormen das nationale Verfahrensrecht gerade im Hinblick auf die von der EU-DSGVO angeordnete Förderpflicht von Verhaltensregeln eine (stärkere) Berücksichtigung der Verhaltensregeln vorsehen. Allerdings kann das nationale Verfahrensrecht keine unmittelbare Bindungswirkung der Verhaltensregeln gegenüber Aufsichtsbehörden oder Gerichten vorsehen, da die EU-DSGVO selbst nicht solche rechtliche Konkretisierungen durch Verhaltensregeln kennt.

Auch ohne besondere nationale Umsetzungsnormen erzeugt die Genehmigung von Verhaltensregeln bereits rechtliche Wirkung, da die Aufsichtsbehörden sich mit dem Genehmigungsakt selbst binden.<sup>18</sup> Nach einer solchen Genehmigung kann bei Einhaltung der Verhaltensregeln eine Aufsichtsbehörde im Rahmen ihrer Ermessensausübung sich nicht auf den Standpunkt stellen, dass die Verhaltensregeln keinen adäquaten Datenschutz vorsähen.<sup>19</sup> Nur dann, wenn es sich um besonders gelagerte Fälle handelt, die nicht von der Verhaltensregel erfasst werden, oder wenn die Verhaltensregel überholt ist, kann die Aufsichtsbehörde eine Datenschutzverletzung annehmen, wobei auch hier zunächst ein Widerruf der Genehmigung der Verhaltensregel erfolgen müsste. Naturgemäß erzeugt diese Selbstbindung der Verwaltung keinerlei Wirkungen gegenüber einem (Verwaltungs-) Gericht; dieses bleibt frei in der Einschätzung der Datenschutzrechtslage und etwaigen Verletzungen.

Diese Bindungswirkung ist allerdings – im Gegensatz zu den für allgemein gültig erklärten Verhaltensregeln – beschränkt auf diejenigen Verantwortlichen, die im Rahmen des Verbandes sich der Geltung der Verhaltensregeln unterworfen haben. Für Außenstehende greifen die Bindungswirkungen nicht ein.

De lege ferenda könnte der nationale Gesetzgeber hier einen Schritt weiter gehen und vergleichbar dem Produktsicherheitsrecht prima-facie bzw. Vermutungswirkungen implementieren, indem bei Einhaltung einer Verhaltensregel nicht nur die Aufsichtsbehörde, sondern auch ein Gericht zunächst davon auszugehen hätte, dass das erforderliche Datenschutzniveau durch die Verhaltensregel konkretisiert wird. Eine solche prima-facie Regel schliesse den Gegenbeweis nicht aus, verlagert allerdings die Darlegungs- und Beweislast zu Lasten desjenigen, der einen Datenschutzverstoß behauptet. Eine solche Regel würde auch nicht gegen die EU-DSGVO verstoßen, da diese – wie bereits erwähnt – explizit die Förderung der Verhaltensregel zur Aufgabe der Mitgliedstaaten und der Aufsichtsbehörden macht.

Auch verstoßen solche Regelungen nicht gegen die vom EuGH – wie gezeigt – aufgestellten Maßstäbe der Äquivalenz und Effektivität: Während solche Regelungen von vornherein sowohl für In- als auch Ausländer Anwendung fände, das Prinzip der Äquivalenz von vornherein gewahrt ist, gilt auch für die Effektivität, dass derartige Vermutungsregeln nicht die Rechte der Betroffenen einschränken. Denn sie werden zuvor von den Aufsichtsbehörden auf Adäquanz geprüft, spiegeln also das Niveau der EU-DSGVO wider und beschneiden nicht die Rechte der Betroffenen, etwa Beschwerden etc.

---

<sup>18</sup> Davon gehen für Zertifizierungen offenbar auch *Krings/Mammen* RDV 2015, 231 (233) aus; für § 38a BDSG *Kranich/Peintinger* ZD 2014, 3 (4).

<sup>19</sup> Ebenso für § 38a BDSG *Kranich/Peintinger* ZD 2014, 3 (4).

Lediglich in den Bereichen, die – wie gezeigt – explizit die Berücksichtigung der Verhaltensregeln als einen „Faktor“ vorsehen, ließe sich eine solche Regel nicht implementieren. Denn sie würde die Aufsichtsbehörde ebenso wie ein Gericht stärker binden als es die spezielle Norm vorsieht, die zwar der Verhaltensregel ein Gewicht beimisst, nicht aber davon ausgeht, dass bei Einhaltung der Verhaltensregel bereits eine Vermutung eingreift. Eine nationale verfahrensrechtliche Norm würde hier dem Wortlaut der EU-DSGVO widersprechen, eine solche Vermutungsregel hätte dann in der EU-DSGVO geregelt werden müssen. Daran ändert auch die Genehmigung von Verhaltensregeln nichts, da sonst in den Spezialregelungen eine entsprechende Ausnahme oder Berücksichtigung der Selbstbindung hätte geregelt werden müssen. Die Vorgaben in den Spezialregelungen entfalten hier insoweit eine Sperrwirkung.

Auch im Bereich des Vollzugs bzw. der Überwachung kann das nationale Verfahrensrecht keine Beschränkung der Überwachungs- und Aufsichtsbefugnisse zugunsten von selbstregulierten Überwachungsstellen nach Art. 41 EU-DSGVO festlegen. Zwar sind diese notwendiger Bestandteil der Verhaltensregeln; doch sieht die EU-DSGVO keine Einschränkung der Überwachung aufgrund einer selbstregulierten Überwachungsstelle vor. Vielmehr hält Art. 40 Abs. 4 EU-DSGVO explizit fest, dass die Überwachungsbefugnisse der Aufsichtsbehörden unberührt bleiben. Dies ändert indes nichts an der materiell-rechtlichen Bindung durch die Selbstbindung der Verwaltung bzw. im Falle einer prima-facie-Regelung der Vermutung der Einhaltung der Datenschutzregeln.

## 5. Wirkung von Zertifizierungen

Wie oben dargelegt, spricht sich Art. 42 Abs. 4 EU-DSGVO explizit gegen eine Entlastung der Verantwortlichen durch eine Zertifizierung aus. Ebenso wenig werden die Aufgaben und die Aufsichtsbefugnisse der Aufsichtsbehörden tangiert, mithin auch nicht reduziert. Nationales Verfahrensrecht kann diese Vorgaben nicht modifizieren, indem es eine solche Entlastung bei Zertifizierungen anordnen würde. Gleichwohl tritt auch hier bei Genehmigung einer Zertifizierung eine Selbstbindung der Verwaltung ein,<sup>20</sup> zumal die EU-DSGVO ausdrücklich in Art. 42 Abs. 1 S. 2 EU-DSGVO davon ausgeht, dass der Nachweis der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Anforderungen mit einer Zertifizierung geführt werden kann. Auch in etlichen Spezialvorschriften spricht die EU-DSGVO expressis verbis die Zertifizierungsverfahren an – allerdings wiederum nur als ein „Faktor“. In diesen Fällen bzw. bei solchen Spezialregelungen kann auch das

---

<sup>20</sup> Ebenso im Ansatz, aber ohne nähere Begründung *Krings/Mammen* RDV 2015, 231 (233).

nationale Verwaltungsverfahrensrecht keine weitergehenden Vermutungswirkungen etc. einführen, da hier das Abwägungs- und Untersuchungsprogramm der Aufsichtsbehörde explizit unberührt bleibt.

Für die verbleibenden Normen der EU-DSGVO ergibt sich daher in gewisser Weise ein Widerspruch, da einerseits mit Art. 42 Abs. 1 S. 2 der Nachweis der Einhaltung mit der Zertifizierung erbracht werden können soll, andererseits diese aber nicht den Verantwortlichen entlasten können soll, Art. 42 Abs. 4 EU-DSGVO. Ein falsches Zertifikat würde daher den Verantwortlichen nicht entbinden. Umgekehrt würde es der EU-DSGVO aber nicht widersprechen, wenn der nationale Gesetzgeber im Rahmen der Umsetzung der EU-DSGVO die Zertifizierung mit einer prima-facie Vermutungswirkung versehen würde, da damit gerade der Nachweischarakter betont würde, ohne den Verantwortlichen aus seiner Verantwortung zu entlassen.

Nicht zu leugnen ist in diesem Zusammenhang auch der weitere latente Widerspruch der Annahme einer Selbstbindung der Verwaltung zur Befugnis der Aufsichtsbehörde, die Zertifizierungsstelle anzuweisen, eine Zertifizierung zu widerrufen oder nicht zu erteilen, Art. 58 Abs. 2) h) EU-DSGVO. Eine solche Befugnis setzt gerade eine fehlende (Selbst-) Bindung voraus, da sonst der Behörde eine solche Weisung aufgrund Verstoßes gegen die Selbstbindung untersagt wäre.

## B. Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht

### 1. Haftungsrecht

Die EU-DSGVO enthält nicht nur Regelungen des durch Behörden zu vollziehenden Datenschutzrechts, sondern auch zivilrechtliche Vorschriften einschließlich der Klagebefugnisse von Verbänden, auf die noch gesondert einzugehen ist. Allerdings legt die EU-DSGVO in Art. 82 nur Ansprüche auf Schadensersatz fest einschließlich der gesamtschuldnerischen Haftung und der Möglichkeit des Regresses; weitere Aussagen zur Konkretisierung der Ansprüche enthält die EU-DSGVO nicht. Erst recht regelt sie nicht Fragen der gerichtlichen Durchsetzung der Ansprüche, insbesondere nicht der Darlegungs- und Beweislast.

Dennoch können sich auch zivilrechtlich genehmigte Verhaltensregeln auswirken, da sie – wie oben dargelegt – die datenschutzrechtlichen Anforderungen konkretisieren würden. Allerdings ist hier zu differenzieren: Ohne eine entsprechende Vermutungswirkung im Verfahrensrecht würde die Konkretisierung nur im Rahmen der Selbstbindung der Verwaltung eingreifen, eine weiterreichende Konkretisierungswirkung gegenüber Gerichten wäre ausgeschlossen. Dies gilt insbesondere für Zivilgerichte, da die Genehmigung der Verhaltensregelungen nicht wie eine (nationale) Verordnung die Interessenabwägungen und Anforderungen spezifizieren könnte –



auch wenn die jeweilige Aufsichtsbehörde die Verhaltensregeln ihrer Tätigkeit zu Grunde zu legen hätte.

Eine weitergehende Konkretisierungswirkung vor allem gegenüber Gerichten erfordert daher eine weitergehende verfahrensrechtliche Vorschrift, die wie zuvor als prima-facie Vermutungswirkung ausgestaltet sein sollte, so dass einem Betroffenen die Möglichkeit bliebe, in Ausnahmefällen trotz Einhaltung der Verhaltensregel das Gegenteil darzulegen und zu beweisen, einschließlich des Beweises, dass die Genehmigungsvoraussetzungen für die Verhaltensregel nicht vorlagen. Damit wäre gesichert, dass veraltete Verhaltensregeln oder nicht auf den spezifischen Fall passende Verhaltensregeln auch im Zivilprozessrecht überwunden werden können – wiederum vergleichbar dem Produktsicherheits- und –haftungsrecht.<sup>21</sup> Dies gilt auch für die Wirkung von Zertifikaten, die zwar nicht grundsätzlich von der Haftung entlasten können, aber geeignet sind als Nachweis für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Anforderungen, so dass auch Vermutungswirkungen an sie geknüpft werden können.

Für die speziell geregelten Tatbestände, in denen Verhaltensregeln als ein „Faktor“ zu berücksichtigen sind, gilt dies – wie schon oben – naturgemäß nicht, da hier die Verhaltensregel nicht die Pflichten abschließend oder auch nur als Vermutung konkretisieren kann, sondern nur einen Abwägungsfaktor darstellt, der aber auch vom Zivilgericht gebührend zu berücksichtigen ist.

## 2. Unlauterer Wettbewerb und Schutz vor Abmahnungen

Zu Fragen des unlauteren Wettbewerbs enthält die EU-DSGVO keinerlei Aussagen. Den Normen zum Haftungsrecht lässt sich nicht im Umkehrschluss eine Sperrwirkung dergestalt entnehmen, dass Wettbewerber keine Klagebefugnisse gegen andere Unternehmer bei Datenschutzverletzungen besäßen. Es bleibt daher dem nationalen Gesetzgeber überlassen, wie er Datenschutzverletzungen lauterkeitsrechtlich einordnet.

Zwar findet sich auch im Wettbewerbsrecht der Gedanke der Selbstregulierung wieder:<sup>22</sup> So erkennt § 2 Abs. 1 Nr. 5 UWG bzw. Art 2 Buchst. f) der UGP-Richtlinie die codes of conduct als Ausprägung der Selbstregulierung ausdrücklich an.<sup>23</sup> Dennoch spielen die codes of conduct wie

---

<sup>21</sup> S. dazu *Spindler/Thorun*, Eckpunkte einer digitalen Ordnungspolitik, 2015, S. 55 f., aaO.

<sup>22</sup> Ausführlicher zum Folgenden *Spindler FS Fezer* 2016, S. 849 ff.

<sup>23</sup> Die Vorschrift wurde im Zuge des UWG 2008 in den Definitionskatalog aufgenommen, um ein richtlinienkonformes Verständnis des auf Verhaltenskodizes bezogenen § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 UWG sicherzustellen: *GroßKom-UWG/Peukert*, 2. Aufl., 2013 § 2 Rn. 525.

etwa die Verhaltensregeln bzw. Grundregeln des Deutschen Werberats<sup>24</sup> bislang eher ein Mau-erblümchen-Dasein in der Praxis der Gerichte. Die Selbstregulierung erzeugt keine Rechtswir-kungen – weder binden sie in irgendeiner Form Gerichte noch kann bei Verstößen gegen einen Kodex von einem Rechtsbruch im Sinne von § 3a UWG (bzw. § 4 Nr. 11 UWG a.F.) ausgegan-gen werden.<sup>25</sup> Dies gilt auch dann, wenn der Kodex von einer Behörde anerkannt wurde, denn ihm fehlt nach wie vor die Rechtsnormqualität, was der BGH in der FSA-Kodex Entscheidung eindeutig bekräftigt hat.<sup>26</sup>

Rechtsprechung<sup>27</sup> und Teile der Rechtswissenschaft<sup>28</sup> wollen allerdings den Kodizes „indizielle“ Wirkung für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung beimessen. Allerdings lehnt der BGH aus den genannten verfassungsrechtlichen Bedenken es ab, einem Kodex von vornherein konkretisie-rende Bedeutung beizumessen.<sup>29</sup> Diese „Indiz“wirkung ist jedoch zu Recht auf Kritik gestoßen,<sup>30</sup> da sie weitgehend offenlässt, wie diese Indizien herangezogen werden sollen, ob auf einer ma-teriell-rechtlichen oder prozessualen Ebene; dabei spricht eine „indizielle“ Wirkung eher für Fra-gen der Beweiswürdigung, was aber gerade einer lauterkeitsrechtlichen Konkretisierung – selbst als Hilfestellung – widerspräche. Aber auch die Auffassung, die die Verhaltenskodizes im Rahmen der „beruflichen Sorgfalt“ heranziehen, wohl aber jegliche rechtliche Bindung bzw. Prä-zisierung ablehnen will,<sup>31</sup> sieht sich ähnlicher Kritik ausgesetzt, da es sich letztlich wiederum nur

---

<sup>24</sup> S. z.B. die „Verhaltensregeln des Deutschen Werberats für die Werbung mit und vor Kindern in Hörfunk und Fern-sehen“ und die „Verlautbarung des Deutschen Werberats zur Werbung mit Prominenten“, abrufbar unter <https://www.werberat.de/verhaltensregeln> (zul. abgerufen 12.08.2015).

<sup>25</sup> BGH, 09.09.2010, I ZR 157/08 – FSA-Kodex I, GRUR 2011, 431 Rn. 11; *Köhler*, in: FS Lorenz, S. 831, 833; Groß-KommUWG/*Peukert*, § 2 Rn. 532, 535; *Schmidhuber*, Verhaltenskodizes im neuen UWG, WRP 2010, 593, 595; *Alexander*, GRUR-Int. 2012, 965, 971.

<sup>26</sup> BGH, 09.09.2010, I ZR 157/08 – FSA-Kodex I, GRUR 2011, 431 Rn. 11; schon früher s. BGH, 08.11.1990, I ZR 48/89 – Wettbewerbsrichtlinien der Privatwirtschaft, GRUR 1991, 462, 463; BGH, 03.12.1998, I ZR 112/96 – Steuer-beraterwerbung auf Fachmessen, GRUR 1999, 748, 749; BGH, 07.02.2006, KZR 33/04 – Probeabonnement, GRUR 2006, 773; zust. die ganz h.M., *Alexander*, GRUR-Int. 2012, 965, 971 m.w.N.

<sup>27</sup> BGH, 09.09.2010, I ZR 157/08 – FSA-Kodex I, GRUR 2011, 431, Rn. 14; BGH, 13.07.2006, I ZR 234/03, – Warn-hinweise II, GRUR 2006, 953, 954 ; aus kartellrechtlicher Sicht BGH, 07.02.2006, KZR 33/04 – Probeabonnement, GRUR 2006, 773, Rn. 19.

<sup>28</sup> GroßKommUWG/*Peukert*, § 2 Rn. 534; allenfalls erstes Indiz, jedoch nur, „wenn sich die aus dem festgestellten Kodexverstoss abgeleitete Regelwidrigkeit des betreffenden Verhaltens gerade auch als eine wettbewerbsbezogene, d.h. von den Schutzzwecken des UWG erfasste Unzulässigkeit erweist“: *Kocher*, GRUR 2005, 647, 651; *Balitzki*, Werbung mit ökologischen Selbstverpflichtungen, GRUR 2013, 670, 672; *Dohrn*, Die Generalklausel über unlautere Geschäftspraktiken – ihre Interpretation und Umsetzung, 2008, S. 166.

<sup>29</sup> BGH, 09.09.2010, I ZR 157/08 – FSA-Kodex I, GRUR 2011, 431 Rn. 14.

<sup>30</sup> *Alexander*, GRUR-Int 2012, 965, 971 f.; *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rn. 1048.

<sup>31</sup> So maßgeblich *Alexander*, GRUR-Int 2012, 965, 972; in diese Richtung auch *Fezer/Fezer*, § 2 UWG Rn. 35 f.

um einen „tatsächlichen Anhaltspunkt“ handelt, um die Sorgfaltspflichten zu ermitteln;<sup>32</sup> dass indes jede Bestimmung einer Sorgfaltspflicht wertende – und damit rechtlich relevante – Elemente enthält, bleibt dabei unberücksichtigt.

Um hier klarere Regeln und größere Rechtswirkungen zu erzeugen, müsste der Gesetzgeber der Einhaltung von Verhaltensregeln Vermutungswirkung für die Frage eines Wettbewerbsverstoßes konkretisierende Wirkungen beimessen. Umgekehrt wäre es auch möglich, die Verletzung von Verhaltensregeln als UWG-Verstoß einzuordnen, der entsprechend verfolgt werden könnte.<sup>33</sup> Dementsprechend würde die Einhaltung von Verhaltensregeln auch – mittelbar – vor entsprechenden Abmahnungen schützen.

### C. Verbandsklagen und -beschwerden

Nach Art. 80 Abs. 1 EU-DSGVO kann jede Person einen Verband, der die Voraussetzungen des Art. 80 Abs. 1 EU-DSGVO erfüllt, mit der Einlegung von Beschwerden und Rechtsbehelfen beauftragen, je nach Mitgliedstaatsrecht auch mit der Wahrnehmung von Schadensersatzansprüchen. Auch unabhängig von einem solchen Auftrag können die Mitgliedstaaten diesen Verbänden das Recht zugestehen, Beschwerden einzulegen und die Rechte nach Art. 78, 79 EU-DSGVO wahrzunehmen – nicht jedoch unabhängig vom Auftrag eines Betroffenen Schadensersatz geltend zu machen, Erwägungsgrund 142 S. 3 EU-DSGVO.

Die Bundesrepublik Deutschland hat mit der jüngsten Reform des UKlaG ein solches Verbandsklagerecht nach Art. 80 Abs. 2 EU-DSGVO eingeführt, das sich auf Unterlassungs- und Beseitigungsklagen beschränkt.<sup>34</sup>

Die Einhaltung von Verhaltensregeln hat auf die Tätigkeiten von Verbänden nur mittelbar einen Einfluss, da die Verhaltensregeln die materiell-rechtliche Pflichtenkonkretisierung betreffen. Bei einer prima-facie-Regel im Verfahrensrecht wären naturgemäß auch die Verbände im Rahmen der Verbandsklage gebunden und müssten ihrerseits den Datenschutzverstoß nachweisen, da die Vermutung für den Verantwortlichen streitet, sofern er die Einhaltung der Verhaltensregeln nachweist. Gleiches gilt für die Einhaltung von Zertifizierungsverfahren.

Gleiches gilt im Fall der Zertifizierung: Auch hier könnte eine entsprechende Vermutungsregel eingreifen mit der Folge, dass ein Zertifikat den Verantwortlichen zwar nicht per se entlastet, aber doch die Darlegungs- und Beweislast zu seinen Gunsten verändert.

---

<sup>32</sup> So denn auch *Alexander*, GRUR-Int 2012, 965, 972.

<sup>33</sup> S. dazu *Spindler* FS Fezer 2016, S. 849 ff.

<sup>34</sup> Näher dazu *Spindler* ZD 2016, 114 ff.

## VI. Gesetzgebungsvorschläge

### A. Grundlagen

Entschließt man sich, eine prima-facie bzw. Vermutungswirkung in die Umsetzung der EU-DSGVO einzuführen, so bieten sich zwei Wege an: Entweder man trifft eine allgemeine Regelung, die sowohl im eigentlichen Aufsichts- bzw. Verwaltungsrecht als auch im Zivilrecht gilt, oder es werden bereichsspezifische Regelungen getroffen. Dabei sprechen die überwiegenden Gründe für eine allgemeine Regelung im Rahmen eines EU-DSGVO Umsetzungsgesetzes, da etwa auch im BDSG zivilrechtliche Regelungen enthalten sind.

Gleichzeitig sollte eine entsprechende Regelung möglichst schlanker Natur sein.

Probleme werfen ausländische Verhaltensregeln auf, die nicht in Deutschland genehmigt wurden, die aber auch nicht für allgemein gültig erklärt wurden. Mangels eines Herkunftslandprinzips können ausländische Genehmigungen keine entsprechenden Rechtsfolgen in Deutschland entfalten, erst recht nicht eine Selbstbindung der deutschen Verwaltung begründen. Dies gilt selbst für ein zuvor durchgeführtes Kohärenzverfahren, da nur die die Genehmigung erteilende Aufsichtsbehörde gebunden wäre. Daher kann eine national eingeführte Vermutungswirkung sich auch nur auf die in Deutschland genehmigten Regeln beziehen oder auf die von der EU-Kommission für allgemein gültig erklärten Verhaltensregeln.

### B. Vorschlag

#### § XYZ

(1) Nach Art. 40 Abs. 5 EU-DSGVO von der Aufsichtsbehörde genehmigte Verhaltensregeln oder von der EU-Kommission nach Art. 40 Abs. 9 EU-DSGVO für allgemein gültig erklärte Verhaltensregeln begründen die widerlegliche Vermutung dafür, dass sie für die von den Verhaltensregeln erfassten Anwendungsbereiche die in der EU-DSGVO enthaltenen Anforderungen konkretisieren. Sie sind sowohl im Rahmen der Aufgaben und Befugnisse der Aufsichtsbehörden als auch im Rahmen von zivil- und wettbewerbsrechtlichen Verfahren, insbesondere Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüchen nach Art. 82 EU-DSGVO zu berücksichtigen.

(2) Ausgenommen von der widerleglichen Vermutungswirkung sind Verfahren nach Art. 24, 25, 28, 32, 35 EU-DSGVO.

(3) Ein Verstoß von Verantwortlichen gegen genehmigte Verhaltensregeln, denen sie unterliegen, begründet einen Rechtsbruch gem. § 3a UWG.

(4) Abs. 1 und Abs. 2 gilt entsprechend für genehmigte Zertifizierungsverfahren.