



selbstregulierung  
informationswirtschaft e.V.



ConPolicy  
Institut für Verbraucherpolitik

Prof. Dr. Gerald Spindler / Prof. Dr. Christian Thorun

# Eckpunkte einer digitalen Ordnungspolitik

Politikempfehlungen zur Verbesserung der  
Rahmenbedingungen für eine effektive Ko-Regulierung in der  
Informationsgesellschaft

Stand: 12. Juni 2015

## Studie im Auftrag von:

Selbstregulierung Informationswirtschaft e.V.  
Albrechtstraße 10B  
10117 Berlin

## Vorgelegt von:

ConPolicy GmbH  
Institut für Verbraucherpolitik  
Crellestr. 37  
10827 Berlin  
[www.conpolicy.de](http://www.conpolicy.de)

**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



# Zusammenfassung der Studienergebnisse

Die Digitalisierung unterschiedlichster Lebens- und Wirtschaftsbereiche wirft nicht nur die Frage auf, durch welche rechtlichen Leitplanken diese Entwicklungen flankiert werden sollten, sondern auch *mit welcher Art von Regulierung* diese Leitplanken entwickelt und *auf welche Art und Weise die Regelungen durchgesetzt* werden sollten. Bei diesen Fragen gehen die Meinungen auseinander. Während sich die einen für klassische staatliche Regulierungsansätze aussprechen, setzen sich andere für eine Ausweitung der Ko- und Selbstregulierung ein. Verfechter der Ko- und Selbstregulierung verweisen etwa darauf, dass klassische staatliche Regulierungsansätze gerade im Bereich der Informationsgesellschaft wegen der hohen Innovationsgeschwindigkeit und grenzüberschreitend angebotener Dienstleistungen an Grenzen stoßen. Sie heben die Stärken der Ko- und Selbstregulierung hervor: ein höheres Maß an Flexibilität, mehr Sachverstand und eine höhere Geschwindigkeit in der Rechtsetzung. Kritiker der Ko- und Selbstregulierung verweisen hingegen darauf, dass diese alternativen Regulierungsformen oft nicht viel mehr als „Feigenblätter“ und „Symbolpolitik“ darstellten.

Vor dem Hintergrund dieser kontrovers geführten Diskussion über adäquate Regulierungsansätze für die Informationsgesellschaft verfolgt diese Studie eine doppelte Zielsetzung: Zum einen soll sie einen Beitrag leisten, die Ko- und Selbstregulierung als Regulierungsansatz für die Gestaltung der Informationsgesellschaft zu *verorten*. Zum anderen sollen *Mindestanforderungen* und *Rahmenbedingungen* identifiziert werden, die für einen erfolgreichen Einsatz dieser alternativen Regulierungsformen notwendig sind.

Die Studie basiert im Kern auf Forschungsergebnissen zu Governancefragen, auf nationalen und internationalen Erfahrungen mit der Ko- und Selbstregulierung sowie einer Analyse der rechtswissenschaftlichen Literatur und Rechtsprechung.

Die Ergebnisse der Studie lassen sich in vier wesentlichen Themenbereichen zusammenfassen, die gleichzeitig auch der Struktur der Studie entsprechen:

## **i) Besonderheiten der Regulierung der Informationsgesellschaft und Anforderungen an die Regulierung in diesem Bereich**

Im 2. Kapitel werden die Besonderheiten der Regulierung der Informationsgesellschaft beleuchtet. Hierbei wird festgestellt, dass die Herausforderungen der Informationsgesellschaft klassische Regulierungsansätze vor spezifische Herausforderungen stellen. Das hat damit zu tun, dass die Informationsgesellschaft Charakteristika aufweist, die sich mit „herkömmlichen Mitteln“ nationaler staatlicher Regulierung nur schwer regulieren lassen. Zu diesen gehören beispielsweise: i) disruptive Geschäftsmodelle, eine veränderte Rolle von Verbraucherinnen und Verbrauchern sowie eine hohe Innovationsgeschwindigkeit; ii) immer divergierendere und heterogenere Nutzererwartungen sowie iii) grenzüberschreitend angebotene und genutzte Produkte und Dienstleistungen, die eine europäische und ggf. internationale Rechtsetzung und -durchsetzung notwendig machen.

In der Vergangenheit hat der Gesetzgeber auf diese Besonderheiten oft damit reagiert, dass er in Gesetzen relativ abstrakte und technikneutrale Regelungen erlassen hat. Diese haben jedoch den Nachteil, dass sie zumeist mit rechtlichen Grauzonen und Rechtsunsicherheit einhergehen. Diese sind sowohl für die Nutzer als auch für die Unternehmen problematisch.

Hieraus resultiert die Frage, ob auf die Besonderheiten der Informationsgesellschaft nicht mit anderen oder mit einer Kombination unterschiedlicher Regulierungsansätze besser reagiert werden könnte.

## ii) Stellenwert unterschiedlicher Regulierungsansätze

Das 3. Kapitel problematisiert daher unterschiedliche Regulierungsansätze. Die Analyse kommt zu den folgenden Ergebnissen:

Erstens kann den Herausforderungen der Informationsgesellschaft theoretisch mit vier idealtypischen Regulierungsansätzen begegnet werden: Der klassischen staatlichen Regulierung, der Ko-Regulierung, der Selbstregulierung sowie der Marktsteuerung. Diese unterschiedlichen Regulierungsformen können auf einem Kontinuum zwischen Staat und Markt abgebildet werden. Bei der Ko-Regulierung können unterschiedliche Ausprägungen unterschieden werden: So können staatliche Institutionen etwa die Regelungsziele, die im Rahmen der Ko-Regulierung erreicht werden sollen, gesetzlich vorgeben und deren Einhaltung kontrollieren. Sie können ferner Mindestanforderungen für die Standardsetzung und -durchsetzung definieren und auch selbst an der Ko-Regulierung mitwirken.

Zweitens gibt es nicht den besten Regulierungsansatz für jegliche Art von Marktversagen. So zeigt die Stärken-Schwächen-Analyse der vier Regulierungsansätze auf, dass jede Art von Regulierung spezifische Vor- und Nachteile aufweist. Daher teilt die Untersuchung die Einschätzung etwa der OECD, EU und der Bundesregierung, wonach es je nach Regulierungsmaterie darauf ankommt, im Rahmen der Gesetzesfolgenabschätzung abzuklären, welcher Regulierungsansatz bzw. welche Kombination von Regulierungsansätzen jeweils am sinnvollsten ist.

Drittens stellt die staatliche Regulierung in drei Fällen den angemessensten Regulierungsansatz dar: Wenn Grundrechte in einem schwerwiegenden Konflikt zueinander stehen; wenn politikfeld- bzw. branchenübergreifende Regelungen oder wenn Regelungen in Bereichen getroffen werden sollen, die politisch stark umstrittenen sind, dann ist die staatliche Regulierung zu bevorzugen. Denn sie genießt die höchste demokratische Legitimation. Auch zeigt die Erfahrung mit Ko-Regulierung, dass diese in den drei genannten Fällen wenig Aussicht auf Erfolg hat.

Viertens könnte in allen anderen Fällen, in denen die staatliche Regulierung nicht den besten Regulierungsansatz darstellt, die Ko-Regulierung eine sinnvolle Regulierungsalternative bzw. -ergänzung darstellen. Allerdings verweist die kontrovers geführte Debatte über diesen Regulierungsansatz darauf, dass die Ko-Regulierung nur dann sinnvoll eingesetzt werden kann, wenn *Mindestanforderungen* hinsichtlich der Standardsetzung und -durchsetzung eingehalten werden.

Fünftens wird aufgezeigt, dass strukturelle Hindernisse derzeit in Deutschland einem potentiellen sinnvollen Einsatz der Ko-Regulierung im Bereich der Informationsgesellschaft entgegenstehen. Hierzu zählen grundlegende

Dilemmata (wie die „Free-Rider“- und „Trittbrettfahrer“-Problematiken); unzureichende Rahmenbedingungen (insb. Rechtssicherheit); fehlende Anreize für Unternehmen, sich an der Ko-Regulierung zu beteiligen; eine unzureichende Bereitschaft der Wirtschaft, sich in die Ko-Regulierung einzubringen; und eine mangelnde Offenheit staatlicher Akteure, sich auf alternative Regulierungsansätze einzulassen.

Im Ergebnis kommt dieses Kapitel zu dem Zwischenfazit, dass alternative Regulierungsansätze wie die Ko-Regulierung als mögliche Regulierungsalternativen stärker als bislang berücksichtigt werden sollten. Allerdings gilt es hierfür, einen regulierten Rahmen zu entwickeln. Hierbei müssten *Mindestanforderungen an die Standardsetzung und -durchsetzung*, sowie *angemessene Rahmenbedingungen* geschaffen werden. In diesem Sinn wird in der Studie auch von einer *doppelten geteilten Verantwortung* gesprochen: Zum einen erhebt die Ko-Regulierung nicht den Anspruch, staatliche Regulierung zu ersetzen. Es geht ihr stattdessen um eine Ergänzung staatlicher Gesetzgebung in ausgewählten und insbesondere untergesetzlichen Bereichen sowie darum, diese Regelungen besser bzw. ergänzend durchzusetzen. Zum anderen ist eine effektive Ko-Regulierung selbst auf einen gesetzlich fixierten Rahmen angewiesen, um effektiv, legitim und glaubwürdig zu sein.

### **iii) Verfassungsrechtliche Anforderungen und nationale und internationale Lehren für die Ko-Regulierung**

Im 4. Kapitel geht es um die Frage, welche *Mindestanforderungen* hinsichtlich der *Standardsetzung* und *-durchsetzung* gelten sollten und welche *Rahmenbedingungen* geschaffen werden sollten, um Anreize für die Ko-Regulierung zu bieten.

Hinsichtlich der Mindestanforderungen wird argumentiert, dass je stärker die rechtliche Wirkung der Standards, die im Rahmen der Ko-Regulierung entwickelten wurden, sein soll, desto mehr müssen Standardsetzung und -durchsetzung *verfassungsrechtlichen Anforderungen* genügen.

Aus den verfassungsrechtlichen Anforderungen sowie aus Anforderungen, die sich aus internationalen und nationalen Standards und aus Kodizes wie den *EU-Principles for Better Self- and Co-Regulation* ergeben, leitet die Studie die folgenden **Mindestanforderungen** ab:

#### **Mindestanforderungen hinsichtlich der *Standardsetzung***

1. Mit gesetzlichen Vorgaben konsistente und klare Zielformulierungen, die einen Mehrwert versprechen
2. Partizipativer Ansatz, der eine Beteiligung wesentlicher Stakeholder gewährleistet
3. Beschlussfassung, die eine substantielle Mitwirkung und Mitsprache wesentlicher Stakeholder sicherstellt
4. Offener und transparenter Prozess
5. Finanzierung, die Unparteilichkeit gewährleistet

#### **Mindestanforderungen hinsichtlich der *Standarddurchsetzung***

1. Verbindliche Verpflichtungserklärungen der teilnehmenden Organisationen

2. Monitoring, Evaluierung und kontinuierliche Weiterentwicklung
3. Effektive Beschwerdemechanismen und Streitbeilegung
4. Wirksame Sanktionen

Hinsichtlich der **Rahmenbedingungen** argumentiert die Studie, dass es hierbei auf eine Reihe von aufeinander abgestimmten Maßnahmen ankommt: Erstens sollten staatliche Stellen eine aktive Rolle in der Ko-Regulierung spielen. Zum einen können sie *positive Anreize* etwa dadurch setzen, dass sie eine öffentliche Plattform für Multi-Stakeholderprozesse zur Verfügung stellen oder Ko-Regulierungsaktivitäten teilfinanzieren. Zum anderen können sie *negative Anreize* in der Form geben, dass sie mit einer staatlichen Regulierung drohen, sollte die Ko-Regulierung nicht die gewünschten Ergebnisse liefern. Allerdings stehen staatliche Stellen in Deutschland der Ko-Regulierung überwiegend skeptisch gegenüber oder sie flankieren Ko-Regulierungsprozesse nicht aktiv genug. Daher bedarf es eines „Kulturwandels“ bei staatlichen Institutionen. Um diesen „Kulturwandel“ anzustoßen, sollte eine interministerielle Arbeitsgruppe ins Leben gerufen werden, die nationale und internationale Erfahrungen mit der Ko-Regulierung auswertet und Lehren hieraus zieht. Als internationale gute Beispiele können etwa Erfahrungen aus den Niederlanden mit dem *Social and Economic Council* und aus Dänemark mit dem Richtlinien-Ansatz des *Dänischen Verbraucherombudsmanns* herangezogen werden. Die Ergebnisse dieses Review-Prozesses sollten in einer Richtlinie für effektive Ko-Regulierung der Bundesregierung münden.

Zweitens müssen Lösungsansätze für grundlegende Dilemmata, d.h. insbesondere die „Free-Rider“- und „Trittbrettfahrer“-Problematiken implementiert werden. Hierzu zählen Maßnahmen wie eine *Sicherstellung einer möglichst umfassenden Branchenabdeckung*, die *Gewährleistung exklusiver Vorteile für die an der Ko-Regulierung beteiligten Unternehmen*, oder aber auch *Differenzierungsmöglichkeiten am Markt* etwa durch ein Gütesiegelsystem für glaubwürdige Ko-Regulierung nach britischem Vorbild (Consumer Codes Approval Scheme). – Allgemeinverbindlichkeitserklärungen wie sie im Tarifvertragsrecht Anwendung finden, eignen sich hingegen nicht.

Drittens sind weitere förderliche Rahmenbedingungen zu schaffen. Hierzu zählen insbesondere die *Erhöhung der Rechtssicherheit durch eine Einführung einer Vermutungswirkung*, eine *effektive Umsetzung und Durchsetzung*, eine *staatliche Anerkennung und Akkreditierung*, eine *Aufgabenteilung mit Behörden*, sowie ein *verstärktes freiwilliges Engagement von Unternehmen im Rahmen ihrer gesellschaftlichen Verantwortung (CSR)*.

#### iv) Übertragung der Ergebnisse auf ausgewählte Rechtsbereiche

Im 5. Kapitel werden die Ergebnisse der Analyse auf ausgewählte beispielhafte Rechtsbereiche übertragen. Wesentliche Ergebnisse hierbei sind:

- das Datenschutzrecht kennt bereits im geltenden Recht in § 38a BDSG Vorgaben für eine Selbstregulierung. Rechtliche Wirkungen sind damit allerdings nicht verbunden. Hier bietet sich die Entwicklung von Kodizes an, die mit einer Selbstkontrolle verbunden sind, und die Überwachung durch den Staat wie im JMStV reduzieren bzw. effektuieren können.

- auch im UWG könnten Kodizes eine wesentlich stärkere rechtliche Bindungswirkung durch prima-facie-Beweise entfalten, um insbesondere den jeweiligen Besonderheiten in einer Branche besser Rechnung tragen zu können. Die Durchsetzung kann weiterhin den bewährten wettbewerbsrechtlichen Instrumenten überlassen bleiben.
- im IT-Sicherheitsrecht können im geplanten BSI-Gesetz die rechtlichen Wirkungen von vorgeschlagenen und anerkannten technischen Standards wesentlich verstärkt werden, wiederum – wie bereits im Gesetz im Ansatz angelegt – als prima-facie Beweis. Die Durchsetzung könnte hier Zertifizierungsverfahren überlassen bleiben.
- ferner könnten Standards für die Störerhaftung der Internetintermediäre dazu beitragen, dass die von der Rechtsprechung verlangten Prüfungs- und Kontrollpflichten rechtssicher ausgestaltet werden, wenn Gerichte im Rahmen von prima-facie-Beweisen die Standards berücksichtigen müssten. Die Durchsetzung kann den zivilrechtlichen Instrumenten überlassen werden.
- schließlich (aber nicht abschließend) könnten Standards dazu beitragen, die Informations- und Transparenzpflichten im E-Commerce einfacher und rechtssicherer handhabbar zu machen, etwa über die wesentlichen Eigenschaften einer Warte nach Art. 5 Abs. 1 a) Verbraucherrechts-Richtlinie. Auch hier könnten solche Standards mit einer prima-facie-Wirkung versehen dazu beitragen, dass die unbestimmten Rechtsbegriffe in der Praxis branchenspezifisch konkretisiert werden können, ohne dass Gerichte eine letzte Kontrollmöglichkeit verlören.

### Politische Handlungsempfehlungen

Die Studienergebnisse lassen sich in den folgenden politischen Handlungsempfehlungen zusammenfassen:

1. Die Ko-Regulierung sollte im Bereich der Informationsgesellschaft stärker als bislang als Regulierungsalternative berücksichtigt werden.
2. Die Ko-Regulierung bedarf eines regulierten Handlungsrahmens. Dieser sollte im Rahmen einer *interministeriellen Arbeitsgruppe* erarbeitet werden.
3. Dieser Handlungsrahmen muss eine Reihe von Aspekten berücksichtigen:
  - a. Mindestanforderungen an die *Standardsetzung*
  - b. Mindestanforderungen an die *Standarddurchsetzung*
  - c. *Allgemeine Rahmenbedingungen*

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass je stärker die rechtliche Wirkung der Standards, die im Rahmen der Ko-Regulierung entwickelt wurden, sein soll, desto mehr müssen Standardsetzung und -durchsetzung verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen.

4. Hinsichtlich der allgemeinen *Rahmenbedingungen* ist dafür Sorge zu tragen, dass insbesondere die Anreize für die Ko-Regulierung erhöht werden. Hierzu zählen insbesondere:

- a. ökonomische Anreize: Etwa indem Unternehmen, die sich an einer Ko-Regulierung beteiligen, ein Gütesiegel für glaubwürdige Ko-Regulierung verwenden können.
  - b. rechtliche Anreize in Form einer erhöhten Rechtssicherheit: Hierfür bedarf es sowohl einer Anerkennung der Kodizes als auch einer Einführung einer Vermutungswirkung.
  - c. Kulturwandel sowohl bei staatlichen Institutionen als auch bei Unternehmen: Bei staatlichen Stellen geht es darum, die Offenheit und das Verständnis für die Rolle von Ko-Regulierung zu fördern. Unternehmen sollten verstehen, dass Ko-Regulierung ein Instrument darstellt, wie sie ihrer gesellschaftlichen Verantwortung (CSR) nachkommen können.
5. Diese Rahmenbedingungen für eine wirkungsvolle Ko-Regulierung sollten insbesondere berücksichtigt werden im Datenschutzrecht, beim Verbraucherschutzrecht (u.a. UWG, BGB, TKG), im IT-Sicherheitsrecht, beim Urheberrecht und Telemedienrecht (z.B. Störerhaftung) sowie im Bereich des E-Commerce. Die in der Studie herausgearbeiteten Eckpunkte für eine effektive Ko-Regulierung können und sollten aber auch in anderen Rechtsbereichen Anwendung finden.

# Inhaltsverzeichnis

<b>1. Einleitung</b>	<b>13</b>
1.1. Hintergrund	13
1.2. Zielsetzung und Fragestellungen der Studie	14
1.3. Grundverständnis, Definitionen und Vorgehen	15
<b>2. Besonderheiten der Regulierung der Informationsgesellschaft und Anforderungen an die Regulierung in diesem Bereich</b>	<b>18</b>
2.1. Besonderheiten der Regulierung der Informationsgesellschaft	18
2.2. Anforderungen an Regulierungsansätze in der Informationsgesellschaft	20
<b>3. Stellenwert unterschiedlicher Regulierungsansätze</b>	<b>22</b>
3.1. Vier unterschiedliche Arten von Regulierungsansätzen	22
3.2. Stärken und Schwächen der unterschiedlichen Regulierungsansätze	27
3.3. Kriterien für die Verwendung unterschiedlicher Regulierungsansätze	30
3.4. Chancen, Risiken und Herausforderungen der Ko- und Selbstregulierung	31
3.4.1. Argumente für die Ko- und Selbstregulierung	32
3.4.2. Argumente gegen die Ko- und Selbstregulierung	34
3.4.3. Herausforderungen für die Ko- und Selbstregulierung	35
3.5. Zwischenfazit: Anforderungen an Ko- und Selbstregulierung	38
<b>4. Verfassungsrechtliche Anforderungen und nationale und internationale Lehren für die Ko-Regulierung</b>	<b>41</b>
4.1. Mindestanforderungen hinsichtlich der Standardsetzung	41
4.1.1. Grundsätze	41
4.1.2. Mit gesetzlichen Vorgaben konsistente und klare Zielformulierungen, die einen Mehrwert versprechen	45
4.1.3. Partizipativer Ansatz, der eine Beteiligung wesentlicher Stakeholder gewährleistet	46
4.1.4. Beschlussfassung, die eine substantielle Mitwirkung und Mitsprache wesentlicher Stakeholder sicherstellt	46
4.1.5. Offener und transparenter Prozess	47

4.1.6.	Finanzierung, die Unparteilichkeit gewährleistet	47
4.2.	Mindestanforderungen hinsichtlich der Standarddurchsetzung	48
4.2.1.	Verbindliche Verpflichtungserklärungen der teilnehmenden Organisationen	48
4.2.2.	Monitoring, Evaluierung und kontinuierliche Weiterentwicklung	49
4.2.3.	Effektive Beschwerdemechanismen und Streitbeilegung	50
4.2.4.	Wirksame Sanktionen	50
4.3.	Rahmenbedingungen	51
4.3.1.	Aktive Rolle staatlicher Institutionen	51
4.3.2.	Lösungsansätze für grundlegende Dilemmata	52
4.3.3.	Förderliche Rahmenbedingungen	54
4.3.3.1.	Erhöhung der Rechtssicherheit – Einführung einer Vermutungswirkung	55
4.3.3.2.	Kontinuierliche Evaluation von Standards und Kodizes	56
4.3.3.3.	Umsetzung und Durchsetzung (enforcement)	56
4.3.3.4.	Staatliche Anerkennung und Akkreditierung	58
4.3.3.5.	Aufgabenteilung mit Behörden	59
4.3.4.	Verstärktes Engagement von Unternehmen im Rahmen ihrer gesellschaftlichen Verantwortung (CSR)	59
<b>5.</b>	<b>Übertragung der Ergebnisse auf ausgewählte Rechtsbereiche</b>	<b>60</b>
5.1.	Datenschutzrecht (BDSG/TMG bzw. EU-Datenschutzgrund-VO)	60
5.2.	Unlauterer Wettbewerb (UWG)	62
5.3.	IT-Sicherheit	63
5.4.	Haftungsrecht bzw. Telemedienrecht (TMG)	64
5.5.	Bürgerliches Recht und Nebengebiete, insbesondere Verbraucherschutzrecht	65
	<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>67</b>

# Abkürzungsverzeichnis

B2B	Business-to-Business
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BEUC	Bureau Européen des Unions de Consommateurs
BFDI	Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
CEN	Europäisches Komitee für Normung
CENELEC	Europäisches Komitee für elektrotechnische Normung
CSR	Corporate Social Responsibility
DIN	Deutsches Institut für Normung
DRSC	Deutsches Rechnungslegungs-Standards Committee
DS-GVO	Datenschutz-Grundverordnung
EU	Europäische Union
EU-Kom	Europäische Kommission
EWSA	Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss
FEDMA	Federation of European Direkt Marketing
FSM	Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter
GGO	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien
HGB	Handelsgesetzbuch
ISO	International Standardisation Organisation
JMStV	Jugendmedienschutz-Staatsvertrag der Länder
JuSchG	Jugendschutzgesetz
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
OFT	Office of Fair Trading
ProdSG	Produktsicherheitsgesetz
RFID	Radio-Frequenz-Identifikation
TMG	Telemediengesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

## Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Darstellung unterschiedlicher Regulierungsansätze entlang des Kontinuums Staat - Markt	26
Abbildung 2: Entscheidungskriterien für den Einsatz staatlicher Regulierung	31

## Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Besonderheiten der Informationsgesellschaft und hieraus resultierende Anforderungen	21
Tabelle 2: Stärken und Schwächen unterschiedlicher Regulierungsansätze	29

# 1. Einleitung

## 1.1. Hintergrund

Die digitale Welt stellt Bürgerinnen und Bürger vor eine Vielzahl von Herausforderungen. Diese beziehen sich etwa auf den Datenschutz („Wem gehören meine Daten und was dürfen Unternehmen mit ihnen machen?“), die Datensicherheit („Wie kann ich sicherstellen, dass meine elektronische Kommunikation nicht abgehört wird?“) oder auch das Urheberrecht („Welche Rechte habe ich hinsichtlich der Nutzung, Verarbeitung und Weitergabe von Software, Bildern und Videos?“).

Die Bundesregierung hat angekündigt, sich in dieser Legislaturperiode mit diesen und einer Vielzahl weiterer Fragen im Rahmen ihrer *Digitalen Agenda* zu befassen.<sup>1</sup> Von der Regulierungsperspektive her betrachtet steht die Bundesregierung hierbei vor einer gravierenden Herausforderung: Klassische (nationale) Regulierungsansätze stoßen angesichts kurzer Innovationszyklen, grenzüberschreitend genutzter Produkte und Dienstleistungen und den hieraus resultierenden Schwierigkeiten auch beim Vollzug an Grenzen.

Es verwundert daher nicht, dass derzeit eine Vielzahl unterschiedlicher Regulierungsansätze diskutiert wird, um Leitplanken für die Digitalisierung unserer Lebenswelt einzuführen. Das Spektrum reicht von klassischen Regulierungsansätzen etwa in Form der geplanten Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO),<sup>2</sup> einer Ausweitung der Ko- und Selbstregulierung<sup>3</sup> bis hin zur Entwicklung eines Digitalen Codex im Sinne eines Gesellschaftsvertrags.<sup>4</sup>

In dieser Diskussion wird insbesondere der Stellenwert von Ko- und Selbstregulierung kontrovers debattiert. Auf der einen Seite verweisen die Befürworter dieser Regulierungsansätze darauf, dass mithilfe einer „regulierten Selbstregulierung“ schneller und flexibler auf die Herausforderungen der digitalen Welt reagiert werden könnte und gleichzeitig bürokratische Hürden und Markteintrittsbarrieren vermieden und der Vollzug gestärkt werden könnten.<sup>5</sup> Auf der anderen Seite werden diese Ansätze als „Feigenblatt“ kritisiert, mit dessen

---

<sup>1</sup> *BReg*, Digitale Agenda, 2014, abrufbar unter <http://www.digitale-agenda.de/> (zul. abgerufen 13.04.2015).

<sup>2</sup> *EU Kommission*, Vorschlag für die Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) vom 25.01.2012, KOM(2012) 11 endgültig.

<sup>3</sup> *SRIW*, Positionspapier: Chancen und Voraussetzungen effektiver Selbst- und Ko-Regulierung zur Förderung des Verbraucherschutzes und des Datenschutzes in der digitalen Welt, 2014, abrufbar unter [http://www.sriw.de/images/pdf/Broschueren/140521\\_SRIW\\_Positionspapier\\_Selbst-\\_und\\_Ko-Regulierung\\_v03.pdf](http://www.sriw.de/images/pdf/Broschueren/140521_SRIW_Positionspapier_Selbst-_und_Ko-Regulierung_v03.pdf) (zul. abgerufen 13.04.2015).

<sup>4</sup> *DIVSI - Deutsches Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet*, Braucht Deutschland einen Digitalen Kodex? Verantwortung, Plattformen und soziale Normen im Internet, 2014, abrufbar unter <https://www.divsi.de/wp-content/uploads/2013/08/DIVSI-Braucht-Deutschland-einen-Digitalen-Kodex.pdf> (zul. abgerufen 13.04.2015) und *Kammer*, Regeln für das Netz, Süddeutsche Zeitung, 10. Mai 2014.

<sup>5</sup> Siehe hierzu auch Abschnitt 3.4.1.

Hilfe Unternehmen notwendige gesetzliche Regulierung verhindern wollen. Kritisiert werden insbesondere lasche Regelungen, die nicht einmal unter Beteiligung wesentlicher Stakeholder erarbeitet wurden, die nicht oder nur marginal über die gesetzlichen Mindestanforderungen hinausreichen würden und denen es an Sanktionen gegen Unternehmen, die gegen die Regelungen verstoßen, mangle.<sup>6</sup> Überdies verweisen selbst Befürworter dieser Ansätze auf grundlegende Herausforderungen für die Ko- und Selbstregulierung. Hierzu zählen unklare Rahmenbedingungen, überhöhte Forderungen von Aufsichtsbehörden, fehlende Anreize für Unternehmen und einen Mangel an Kooperationskultur zwischen den unterschiedlichen Stakeholdern.<sup>7</sup>

Trotz dieser unterschiedlichen Positionen und der skizzierten grundlegenden Herausforderungen hat das Thema gerade auf europäischer Ebene an Bedeutung gewonnen. Hier wird das Thema Ko- und Selbstregulierung erstens in der *Community of Practices for Better Self- and Co-regulation* als Teil der *Digitalen Agenda für Europa* behandelt.<sup>8</sup> Die Community hat im September 2014 Prinzipien für eine bessere Ko- und Selbstregulierung veröffentlicht.<sup>9</sup> Zweitens wird es im Rahmen des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses (EWSA) diskutiert.<sup>10</sup> Drittens wird im Rahmen der geplanten DS-GVO konkret auf die Ko- und Selbstregulierung verwiesen (Art. 38 DS-GVO).

## 1.2. Zielsetzung und Fragestellungen der Studie

Mit dieser Studie werden zwei wesentliche Ziele verfolgt: Zum einen soll mit ihr ein Beitrag für die *Verortung* der Ko- und Selbstregulierung als Regulierungsansätze für die Gestaltung der Informationsgesellschaft geleistet werden. Zum anderen sollen *Mindestanforderungen* und *Rahmenbedingungen* für einen erfolgreichen Einsatz dieser Regulierungsansätze identifiziert werden. Hierdurch sollen im Ergebnis *Eckpunkte einer digitalen Ordnungspolitik* aufgestellt werden, die den Besonderheiten der digitalen Wirtschaft Rechnung tragen und das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in digitale Produkte und Dienstleistungen fördern.

Um diese Ziele zu erreichen, werden die folgenden Themenkomplexe und Fragestellungen adressiert:

### i) Ausgangslage

- Welche Besonderheiten existieren in der Regulierung der Herausforderungen der Informationsgesellschaft?
- Welche spezifischen Anforderungen an eine effektive Regulierung in der Informationsgesellschaft resultieren aus diesen Besonderheiten?

---

<sup>6</sup> Siehe hierzu auch Abschnitt 3.4.2.

<sup>7</sup> Siehe hierzu auch Abschnitt 3.4.3.

<sup>8</sup> Siehe hierzu etwa: <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/community-practice-better-self-and-co-regulation-0> (zul. abgerufen 13.04.2015).

<sup>9</sup> *EU Kommission*, Principles for Better Self- and Co-Regulation, 2014, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/information\\_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?action=display&doc\\_id=1628](http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?action=display&doc_id=1628) (zu. abgerufen 13.04.2015).

<sup>10</sup> Siehe hierzu etwa: <http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.en.self-and-co-regulation> (zul. abgerufen 13.04.2015).

## **ii) Stellenwert unterschiedlicher Regulierungsansätze unter besonderer Berücksichtigung der Ko- und Selbstregulierung**

- Welche Regulierungsansätze existieren grundsätzlich, um Leitplanken für die Informationsgesellschaft einzuziehen? Welche Formen der Ko- und Selbstregulierung können unterschieden werden?
- Welche Vor- und Nachteile weisen diese Regulierungsansätze jeweils auf? Inwieweit sollten die Regulierungsansätze ineinandergreifen?
- Können Kriterien identifiziert werden, nach denen sich der Einsatz bestimmter Regulierungsansätze richten sollte? Wenn ja, welche sind es?

## **iii) Verfassungsrechtliche Anforderungen und nationale und internationale Lehren für Ko- und Selbstregulierung**

- Welchen Mindestanforderungen müssen Ansätze der Ko- und Selbstregulierung aus verfassungsrechtlichen Gründen genügen? Welche Mindestanforderungen sollten für die Entwicklung, den Inhalt und die Durchsetzung von Ko- und Selbstregulierung gelten?
- Welche Anreize und Rahmenbedingungen müssen für eine erfolgreiche Anwendung dieser Ansätze existieren?
- Welche Erfolgsfaktoren können aus nationalen und internationalen Erfahrungen für eine erfolgreiche Anwendung von Ko- und Selbstregulierung identifiziert werden? Welche Rolle spielen hierbei staatlich vorgegebene Rahmenbedingungen? Welche Rolle spielt hierbei das Konzept der Corporate Social Responsibility (CSR)?

## **iv) Übertragung der Ergebnisse auf ausgewählte Rechtsgebiete**

- Welche konkreten Regulierungsempfehlungen hinsichtlich des Rechtsrahmens (insb. BDSG, UWG, IT-Sicherheit, TMG und Verbraucherschutzrecht) resultieren aus den Analyseergebnissen?
- Inwieweit liegen im deutschen und europäischen Recht Ausschlussgründe oder Einschränkungen für eine Ko- und Selbstregulierung im Bereich der Informationsgesellschaft vor? Inwieweit existieren im deutschen und europäischen Recht Anknüpfungspunkte und ein konkreter Anpassungsbedarf?

## 1.3. Grundverständnis, Definitionen und Vorgehen

Die wissenschaftliche und politische Diskussion über eine angemessene und effektive Regulierung wird heute unter den Begriffen „bessere Regulierung“, „moderne Regulierung“ oder auch „wirksam regieren“ geführt. Hierbei geht es um die „Prozesse, Formen und Wirkungsweisen von Regulierung“ und wie sich diese vor dem Hintergrund einer sich wandelnden Interaktion zwischen staatlichen und nicht-staatlichen Organisationen sowie der Diskussion über Regulierungsqualität, Entbürokratisierung und De- und Re-Regulierung

verändern.<sup>11</sup> – Diese Diskussion hat mit den Finanz- und Staatsschuldenkrisen sowie mit globalen Herausforderungen wie dem globalen Klimawandel eine neue Dringlichkeit und Bedeutung erhalten.<sup>12</sup>

Regulierung wird in dieser Studie in Anlehnung an *Baldwin/Cave* in einem weiten Sinn<sup>13</sup> verstanden als „Form der sozialen Steuerung oder Beeinflussung, wobei sämtliche verhaltensbeeinflussende Mechanismen inkludiert sind, egal ob sie von staatlichen oder nicht-staatlichen Akteuren gesetzt werden.“<sup>14</sup>

Im Hinblick auf die Begriffe der Ko- und Selbstregulierung ist darauf hinzuweisen, dass diese bislang unscharf definiert sind. So wird als Selbstregulierung etwa eine „individuelle oder kollektive Verfolgung von Privatinteressen in Wahrnehmung grundrechtlicher Freiheiten zum legitimen Eigennutz“ angesehen<sup>15</sup> oder die vom Staat unbeeinflusste Verständigung von Handelnden zur Erreichung eines bestimmten Regelungsziels<sup>16</sup> – was allerdings einen denkbar weiten Rahmen spannt. Sinnvoller erscheint die Definition der Selbstregulierung als „Rechtsetzung durch private Rechtssubjekte“.<sup>17</sup> Kennzeichnend für die Selbstregulierung, wie sie hier verstanden wird, sind mithin die 1) Rechts- und Standardsetzung durch nicht-staatliche Stellen, die 2) auch auf privater Basis durch- und umgesetzt wird. Dieses Grundverständnis liegt dieser Studie zugrunde.

Hinsichtlich des Vorgehens basiert die Studie im Wesentlichen auf drei Quellen. Erstens wird die nationale und internationale Forschung zu Regulierungsansätzen (Governance) und insbesondere zu Fragen der Ko- und Selbstregulierung ausgewertet. Zweitens werden internationale und nationale Erfahrungen mit diesen Regulierungsansätzen analysiert. Hierbei wird aufgrund von Restriktionen bei den zur Verfügung stehenden Ressourcen keine Primärforschung betrieben, sondern auf bereits durchgeführte Analysen zurückgegriffen. Drittens wird der deutsche und europäische Rechtsrahmen mit

---

<sup>11</sup> *Wegrich*, Better Regulation? Grundmerkmale moderner Regulierungspolitik im internationalen Vergleich, 2009, S. 10-14. Siehe hierzu etwa auch: *Brok/Dieckmann*, „Better Regulation“ in Deutschland und der EU, Deutsche Bank Research EU-Monitor 2007 (47), abrufbar unter [https://www.dbresearch.de/PROD/DBR\\_INTERNET\\_DE-PROD/PROD000000000213933/%22Better+Regulation%22+in+Deutschland+und+der+EU++Ze.PDF](https://www.dbresearch.de/PROD/DBR_INTERNET_DE-PROD/PROD000000000213933/%22Better+Regulation%22+in+Deutschland+und+der+EU++Ze.PDF) (zul. abgerufen 13.04.2015) und *BReg, Arbeitsprogramm Bessere Rechtsetzung 2014*, 2014, abrufbar unter [http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/Buerokratieabbau/2014/04-06/Anlagen/2014-06-04-arbeitsprogramm%20bessere%20Rechtsetzung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/Buerokratieabbau/2014/04-06/Anlagen/2014-06-04-arbeitsprogramm%20bessere%20Rechtsetzung.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zul. abgerufen 13.04.2015).

<sup>12</sup> *OECD*, Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation, 1995, C(95)21/FINAL; *OECD*, OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance, 2005; *Lodge/Wegrich*, in: *Lodge/Wegrich/Stanig/Wise (Hrsg.)*, The Governance Report 2014, 2014, S. 15, 16.

<sup>13</sup> Für eine Darstellung und Diskussion unterschiedlicher Regulierungsdefinitionen siehe auch: *Wegrich*, Better Regulation? Grundmerkmale moderner Regulierungspolitik im internationalen Vergleich, 2009, S. 16-20.

<sup>14</sup> *Baldwin/Cave/Lodge*, Understanding Regulation, 2011, S. 2.

<sup>15</sup> *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 1997, 160, 162 f.

<sup>16</sup> *Schulz*, in: *Berg/Fisch/Schmitt Glaeser et. al. (Hrsg.)*, Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates, S. 101, 104; ähnlich: *Leisner*, in: *Kloepfer (Hrsg.)*, Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich, 1998, S. 151, 152, Staat als Nachtwächter, der die Einhaltung äußerster Rahmen überwacht.

<sup>17</sup> S. dazu *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S.14 f. mwNachw, dort auch zu weiteren – allerdings wenig weiterführenden – Definitionsversuchen.

rechtswissenschaftlichen Methoden auf Ausschlussgründe, Anknüpfungspunkte und Anpassungsbedarfe hin analysiert.

Die Studie gliedert sich in vier wesentliche Abschnitte: Im 2. Kapitel werden die *Besonderheiten der Regulierung der Informationsgesellschaft* herausgearbeitet. Vor dem Hintergrund dieser Besonderheiten werden im 3. Kapitel *unterschiedliche Regulierungsansätze* dargestellt und problematisiert. Im 4. Kapitel werden *verfassungsrechtliche Anforderungen und nationale und internationale Lehren für die Ko-Regulierung abgeleitet*. Im abschließenden 5. Kapitel werden die Ergebnisse der Studie auf ausgewählte Rechtsgebiete übertragen.

## 2. Besonderheiten der Regulierung der Informationsgesellschaft und Anforderungen an die Regulierung in diesem Bereich

Um die Ko- und Selbstregulierung als Regulierungsansätze für die Informationsgesellschaft zu verorten, ist es notwendig, die Besonderheiten der Regulierung von Herausforderungen in diesem Bereich herauszuarbeiten. Hierauf aufbauend können dann Anforderungen an Regulierungsansätze, die in diesem Bereich angewendet werden sollten, abgeleitet werden. Diese doppelte Zielsetzung wird in den folgenden beiden Abschnitten verfolgt.

### 2.1. Besonderheiten der Regulierung der Informationsgesellschaft

Die Besonderheiten der Informationsgesellschaft stellen klassische Regulierungskonzepte vor spezifische Herausforderungen. Dies hat damit zu tun, dass die Informationsgesellschaft Charakteristika aufweist, die sich mit „herkömmlichen Mitteln“ nur schwer regulieren lassen.<sup>18</sup> Zu diesen gehören die folgenden Merkmale, die sich in drei Rubriken untergliedern lassen:

**i) Disruptive Geschäftsmodelle, eine veränderte Rolle von Verbraucherinnen und Verbrauchern und eine hohe Innovationsgeschwindigkeit führen zu einem großen zeitlichen Druck, sachgerecht auf Veränderungen in Märkten zu reagieren und Leitplanken zu definieren**

- **Es finden tiefgreifende Veränderung unserer Lebenswelt und von Geschäftsmodellen statt:** Die Digitalisierung ermöglicht neue Geschäfts- und Vertriebsmodelle in unterschiedlichen Bereichen wie Kommunikation, Konsum, Gesundheit, Bildung und Innovation. Hierdurch werden Angebote geschaffen, die es in dieser Form noch nicht gegeben hat.

Viele dieser Geschäftsmodelle basieren auf einer neuen „Währung“. Personenbezogene Daten stellen den „Preis“ dar, den Verbraucherinnen und Verbraucher für die Nutzung dieser Angebote zunehmend zahlen müssen. Auf Grundlage dieser Daten können Unternehmen Nutzer- und Gewohnheitsprofile erstellen, die bislang unbekannte Ausmaße annehmen. Wie diese disruptiven Geschäftsmodelle am besten reguliert werden soll, ist umstritten.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> „Das Netz lässt sich mit herkömmlichen Mitteln schwer regulieren“ Interview mit Till Kreutzer auf *mediapolitik.net*, abrufbar unter <http://www.medienpolitik.net/2014/05/das-netz-lasst-sich-mit-herkommlichen-mitteln-schwer-regulieren/> (zul. abgerufen 13.04.2015).

<sup>19</sup> DIVSI - Deutsches Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet, DIVSI U25-Studie: Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene in der digitalen Welt, 2014, S. 8, 10, abrufbar unter

- **Die Rolle von Verbraucherinnen und Verbrauchern als passive Konsumenten verändert sich hin zu Prosumenten. Wie die Spielregeln in diesen neuen Märkten aussehen sollen, ist umstritten:** Während Verbraucherinnen und Verbraucher in der „analogen Welt“ Waren und Dienstleistungen zumeist konsumierten, nutzen sie in der „digitalen Welt“ Plattformen, um *ihre* Inhalte zu teilen oder *ihre* Produkte und Dienstleistungen anzubieten. Hierdurch werden sie zu *Prosumenten* in einer *Sharing Economy*. So bieten immer mehr Verbraucherinnen und Verbraucher ihre Wohnungen, Fahrzeuge oder Werkzeuge in Tauschbörsen an. Wie die Konflikte zwischen analogen und digitalen Anbietern bei Angeboten wie *airbnb* und *uber* exemplarisch zeigen, sind die „Spielregeln“ für solche kollaborativen Angebote, in denen die Verbraucherinnen und Verbraucher als Prosumenten agieren, umstritten und noch nicht ausreichend entwickelt.<sup>20</sup>
- **Immer kürzer werdende Innovationszyklen erschweren es, die Spielregeln zeitgemäß weiterzuentwickeln:** Die Innovationsgeschwindigkeit und die Geschwindigkeit, mit der sich neue Technologien verbreiten, haben in den letzten Jahrzehnten immer weiter zugenommen. Während es 18 Jahre dauerte, bis jeder zweite US-Haushalt einen PC besaß, dauerte es lediglich sechs Jahre, bis in jedem zweiten US-Haushalt ein MP3-Spieler zu finden war.<sup>21</sup> Hieraus resultiert die Regulierungsherausforderung, den Entwicklungen nicht „hinterher zu laufen“ und die Regulierung so zügig zu erlassen, dass sie beim Inkrafttreten noch relevant ist.

## ii) Die Verbrauchererwartungen bei Digitalen Produkten und Dienstleistungen verändern sich – es zeigen sich divergierende und heterogene Nutzererwartungen

- Mobile Endgeräte führen dazu, dass viele Verbraucherinnen und Verbraucher – und insbesondere Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene – nicht mehr online gehen, sondern permanent online sind. Überdies verändert sich deren Unrechtsempfinden. Erlaubt ist zunehmend nicht das, was gesetzlich zulässig ist, sondern, was „alle anderen machen“.<sup>22</sup> Auch verändern sich Erwartungen an den Schutz der Privatsphäre. So existieren bei Jugendlichen und jungen Erwachsenen beispielsweise kaum Vorbehalte gegenüber personalisierter Werbung. Im Gegenteil, sie sehen in dieser durchaus Vorteile.<sup>23</sup> Diese sich verändernden Erwartungen stellen die Politik vor

---

<https://www.divsi.de/wp-content/uploads/2014/02/DIVSI-U25-Studie.pdf> (zul. abgerufen 13.04.2015).

<sup>20</sup> *Haucap*, Wirtschaftsdienst 2015, 91.

<sup>21</sup> *Thierer/Eskelsen*, Media Metrics: The True State of the Modern Media Marketplace, 2008, abrufbar unter <http://www.pff.org/mediametrics/Media%20Metrics%20%5BVersion%201.0%5D.pdf> (zul. abgerufen am 13.04.2015).

<sup>22</sup> *DIVSI - Deutsches Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet*, DIVSI U25-Studie: Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene in der digitalen Welt, 2014, S. 68-69, 138-139 abrufbar unter <https://www.divsi.de/wp-content/uploads/2014/02/DIVSI-U25-Studie.pdf> (zul. abgerufen am 13.04.2015).

<sup>23</sup> *Ibid.* S. 121.



die Herausforderung, Regelungen zu treffen, die auf Akzeptanz bei sehr unterschiedlichen Verbrauchergruppen treffen.

### iii) Grenzüberschreitend angebotene und genutzte Produkte und Dienstleistungen machen eine europäische und ggf. internationale Rechtsetzung und -durchsetzung notwendig

- **Grenzüberschreitend angebotene und genutzte Produkte machen europäische und internationale Lösungsansätze notwendig:** Viele digitale Dienste und Produkte, die die Verbraucherinnen und Verbraucher nutzen, werden nicht in Deutschland bereitgestellt, sondern grenzüberschreitend in der EU und insbesondere in den Vereinigten Staaten von Amerika (USA). Diese Besonderheit erfordert es, Regelungen für digitale Produkte und Dienste zu entwickeln, die auch über die nationalen Grenzen hinweg Gültigkeit haben. Das bedeutet, dass europäische und gerade auch internationale Normen entwickelt werden müssen.<sup>24</sup> – Sofern nationale Sonderregelungen getroffen werden, besteht die Gefahr, dass Unternehmen mit zusätzlichen Kosten für die Rechtsbefolgung konfrontiert sind, die sie letztlich an die Nutzer weiterreichen. Überdies leiden diese Unternehmen ggf. unter einem Wettbewerbsnachteil gegenüber ausländischen Unternehmen, die diese Regelungen nicht befolgen müssen.
- **Grenzüberschreitender Vollzug ist notwendig, damit Rechte nicht nur auf dem Papier existieren:** Eng mit dem vorherigen Punkt verbunden ist die Frage, wie nationales Recht EU-weit oder gar international durchgesetzt werden kann. In der Vergangenheit ist es immer wieder dazu gekommen, dass nationales Recht nicht EU-weit durchgesetzt werden konnte und einige Anbieter gezielt die unterschiedlichen Durchsetzungsniveaus in EU-Mitgliedstaaten zu ihren Gunsten ausgenutzt haben. Mit dem Marktortprinzip im Rahmen der geplanten DS-GVO soll der grenzüberschreitende Vollzug verbessert werden. Gleichwohl wird der grenzüberschreitende Vollzug auch nach Einführung des Marktortprinzips eine Herausforderung bleiben.<sup>25</sup>

## 2.2. Anforderungen an Regulierungsansätze in der Informationsgesellschaft

Der Gesetzgeber hat in den vergangenen Jahren zumeist versucht, auf diese Herausforderungen in den Bereichen Datenschutz, IT-Sicherheit, Haftung und Verbraucherschutz mithilfe staatlicher Regulierung zu reagieren. Um die Technikneutralität zu gewährleisten, hat er hierbei oft abstrakte Regelungen getroffen. Diese sind jedoch in der Regel mit Rechtsunsicherheit verbunden, da

---

<sup>24</sup> von Braunmühl, in: Baums/Scott (Hrsg.), Kompendium Digitale Standortpolitik. Vom 1x1 zum 3x3, 2013, S. 80, 81; BReg, Digitale Agenda, 2014, abrufbar unter <http://www.digitale-agenda.de/> (zul abgerufen 13.04.2015).

<sup>25</sup> „Die Autonomie des Nutzers darf nicht wegbrechen“, Interview mit Johannes Caspar, in: DIVSI - Deutsches Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet, Braucht Deutschland einen Digitalen Kodex? Verantwortung, Plattformen und soziale Normen im Internet, 2014, S. 78 abrufbar unter <https://www.divsi.de/wp-content/uploads/2013/08/DIVSI-Braucht-Deutschland-einen-Digitalen-Kodex.pdf> (zul. abgerufen 13.04.2015).

Graubereiche entstehen, in denen unklar ist, was Recht ist. Rechtsunsicherheit ist nicht nur für die Nutzerinnen und Nutzer problematisch, da sie nicht genau wissen, worin ihre Rechte bestehen, sondern auch für die Unternehmen.

Die Kernfrage ist daher, ob die Besonderheiten der Informationsgesellschaft durch andere oder durch eine Kombination unterschiedlicher Regulierungsansätze besser adressiert werden können. Hierbei müssten sie eine Reihe von Anforderungen erfüllen. Diese werden in der folgenden Tabelle 1 zusammengefasst.

<b>Besonderheiten der Informationsgesellschaft</b>	<b>Hieraus resultierende Anforderung an Regulierungsansätze</b>
i) Disruptive Geschäftsmodelle, eine veränderte Rolle von Verbraucherinnen und Verbrauchern und eine hohe Innovationsgeschwindigkeit	1) Regelsetzung muss flexibel und in der Lage sein, sich kurzfristig an verändernde Sachverhalte anzupassen 2) Die Regeln müssen so schnell in Kraft treten, dass sie noch relevant und nicht von neuen Entwicklungen überholt sind 3) Regelsetzung muss die sich verändernden Rollen von Verbraucherinnen und Verbrauchern berücksichtigen
ii) Die Verbrauchererwartungen bei Digitalen Produkten und Dienstleistungen verändern sich	4) Hohes Maß an Einbeziehung der unterschiedlichen Stakeholder, um deren Erwartungen einzubeziehen und um Legitimität sicherzustellen
iii) Grenzüberschreitend angebotene und genutzte Produkte und Dienstleistungen	5) Regelungen müssen – wenn möglich – EU-weit entwickelt werden und eine EU-weite Geltung haben 6) Ein Vollzugsregime muss EU-weit greifen

Tabelle 1: Besonderheiten der Informationsgesellschaft und hieraus resultierende Anforderungen

## 3. Stellenwert unterschiedlicher Regulierungsansätze

In diesem 3. Kapitel werden unterschiedliche Regulierungsansätze, die für die Regulierung der Informationsgesellschaft in Frage kommen, dargestellt, ihre Vor- und Nachteile aufgezeigt und Kriterien aufgestellt, nach denen sich der Einsatz der jeweiligen Ansätze richten sollte. Zentrales Zwischenfazit hierbei ist, dass es *den* idealen Ansatz für jedwede regulatorische Herausforderung nicht gibt. Stattdessen kommt es darauf an, je nach Herausforderung den geeigneten Ansatz zu identifizieren bzw. unterschiedliche Ansätze miteinander zu kombinieren. So sollten bei bestimmten Problemlagen die klassische staatliche Steuerung mit Ansätzen der Ko- und Selbstregulierung kombiniert werden. Da die letztgenannten Regulierungsansätze jedoch stark in der Kritik stehen, werden diese vertieft diskutiert und weiterführende Fragestellungen für diese Studie abgeleitet. Dabei soll gerade dem oft beklagten Defizit Rechnung getragen werden, dass es keine Leitlinien bzw. Theorien zum Verhältnis zwischen Gesetz und Ko- und Selbstregulierung gebe.<sup>26</sup>

### 3.1. Vier unterschiedliche Arten von Regulierungsansätzen

Betrachtet man die derzeitige gesellschaftliche Diskussion über die Regulierung der Informationsgesellschaft fällt auf, dass hier unterschiedliche Regulierungsansätze genannt werden. So werden in der Digitalen Agenda der Bundesregierung und in der Debatte über diese etwa ein „Völkerrecht des Netzes“, die geplante DS-GVO, Ko-Regulierung sowie diskursive bzw. gesamtgesellschaftlich-partizipatorische Maßnahmen angesprochen.<sup>27</sup>

Diese unterschiedlichen Ansätze lassen sich auf einem Kontinuum zwischen Staat und Markt idealtypisch abbilden und den folgenden vier Grundtypen von Regulierungsansätzen zuordnen:<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> So *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 30.

<sup>27</sup> *BReg*, Digitale Agenda, 2014, S. 14, 15, 32, 36, abrufbar unter <http://www.digitale-agenda.de/> (zul. abgerufen 13.04.2015); *SRIW*, Positionspapier: Chancen und Voraussetzungen effektiver Selbst- und Ko-Regulierung zur Förderung des Verbraucherschutzes und des Datenschutzes in der digitalen Welt, 2014, abrufbar unter [http://www.sriw.de/images/pdf/Broschueren/140521\\_SRIW\\_Positionspapier\\_Selbst-\\_und\\_Ko-Regulierung\\_v03.pdf](http://www.sriw.de/images/pdf/Broschueren/140521_SRIW_Positionspapier_Selbst-_und_Ko-Regulierung_v03.pdf) (zul. abgerufen 13.04.2015) und *DIVSI - Deutsches Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet*, Braucht Deutschland einen Digitalen Kodex? Verantwortung, Plattformen und soziale Normen im Internet, 2014, abrufbar unter <https://www.divsi.de/wp-content/uploads/2013/08/DIVSI-Braucht-Deutschland-einen-Digitalen-Kodex.pdf> (zul. abgerufen 13.04.2015).

<sup>28</sup> *Latzer/Just/Saurwein/Slominski*, Selbst- und Ko-Regulierung im Mediamatiksektor - Alternative Regulierungsformen zwischen Staat und Markt, 2002, Abschnitt 2.1; Siehe überdies: *Wegrich*, Better Regulation? Grundmerkmale moderner Regulierungspolitik im internationalen Vergleich, 2009, S. 20 ff. und *Ofcom*, Identifying appropriate regulatory solutions: principles for analysing self- and co-regulation, 2008, abrufbar unter <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/coregulation/statement/statement.pdf> (zul. abgerufen 13.04.2015).

**Staatliche Regulierung:** Bei der staatlichen Regulierung handelt es sich um die klassische Form der „command and control“-Regulierung. Hier erfolgt die Regulierung durch die staatlichen Verfassungsorgane Legislative, Exekutive und Judikative bzw. durch Institutionen, die den staatlichen Organen gegenüber weisungsgebunden sind (insb. Behörden wie das Bundeskartellamt, die Bundesnetzagentur oder die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht). Die durch diese Organe erlassenen Regelungen sind für die Bürgerinnen und Bürger und alle weiteren Akteure verbindlich. Staatliche Regulierung kann auf internationaler, europäischer und nationaler Ebene sowie auf Ebene der Länder erlassen werden. Ein „Völkerrecht des Netzes“ sowie die geplante DS-GVO fallen somit in diesen Typus von Regulierung.

**Ko-Regulierung:** Ko-Regulierung bezeichnet eine kooperative Regulierungsform, bei der private Akteure innerhalb eines gesetzlichen Rahmens bzw. auf rechtlicher Grundlage selbst-regulierend tätig werden.<sup>29</sup> Oftmals sind die durch Selbstregulierung formulierten privaten Standards verzahnt mit der staatlichen Rechtsetzung und ihrer Durchsetzung, etwa durch staatliche Anerkennungsakte. Diese Art der Regulierung wird auch synonym als regulierte Selbstregulierung, Co-Regulierung oder Koregulierung bezeichnet.

#### Beispiele für Ko-Regulierung in Deutschland und der EU

Beispiele für Ko-Regulierung finden sich in Deutschland etwa im System der Kammern und Berufsgenossenschaften oder aber auch im Tarifvertragsrecht.<sup>30</sup>

Auf europäischer Ebene ist dieses Instrument gerade bei technischen Standards verbreitet. Unter dem „New Approach“-Ansatz beschränkt sich die EU in ihren Richtlinien darauf, wesentliche Anforderungen an Produkte zu definieren. Detailregelungen werden dann im Rahmen von privaten Normungsprozessen gefunden. Die Anwendung dieser Normen ist in der Regel freiwillig. Indem gesetzlich im Rahmen einer widerleglichen Vermutung (prima-facie-Beweis) allerdings angenommen wird, dass mit der Befolgung der Norm auch die Vorgaben der jeweiligen EU-Richtlinie erfüllt werden, wird den Unternehmen ein wirkungsvoller Anreiz gegeben, die Norm zu befolgen.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> OECD, Report: Alternatives to Traditional Regulation, 2009, S. 35; Schulz/Held, Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens - Im Auftrag des Bundesbeauftragten für Angelegenheiten der Kultur und der Medien, 2002, S. A-4 f., abrufbar unter [https://www.hans-bredow-institut.de/webfm\\_send/53](https://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/53) (zul. abgerufen 13.04.2015).

<sup>30</sup> OECD, Report: Alternatives to Traditional Regulation, 2009, S. 37; für eine EU-weite Übersicht siehe überdies: European Economic and Social Committee, *The Current State of Co-Regulation and Self-Regulation in the Single Market*, EESC Pamphlet Series, 2005, S. 13-17 abrufbar unter [http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/2018\\_cahier\\_en\\_smo\\_def.pdf](http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/2018_cahier_en_smo_def.pdf) (zul. abgerufen 13.04.2015); Reip, Die Selbstregulierung im Internet - unter besonderer Betrachtung der Standardsetzung und des Domain Name Systems, 2002, S. 20 f., abrufbar unter <http://www.db-thueringen.de/servlets/DerivateServlet/Derivate-1372> (zul. abgerufen 13.04.2015).

<sup>31</sup> European Economic and Social Committee, *The Current State of Co-Regulation and Self-Regulation in the Single Market*, EESC Pamphlet Series, 2005, S. 21 abrufbar unter [http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/2018\\_cahier\\_en\\_smo\\_def.pdf](http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/2018_cahier_en_smo_def.pdf) (zul. abgerufen 13.04.2015); Franzius, Regieren durch 'besseren' Instrumenteneinsatz: Zur Idee der Koregulierung im Regierungsweißbuch der Kommission, 2002, S. 8-11 abrufbar unter <http://www.europawissenschaften-berlin.de/media/pdf/Publikationen/Koregulierung.pdf> (zul. abgerufen 13.04.2015); Zubke-von Thünen, Technische Normung in Europa, 1999, S. 800 f.



Denn sowohl die nationalen Aufsichtsbehörden als auch die nationalen Gerichte sind an die harmonisierenden Normen weitgehend gebunden.<sup>32</sup>

Legt man ein weites Begriffsverständnis der Ko-Regulierung zugrunde, können auch die außerhalb dieses harmonisierten Produktsicherheitsbereichs formulierten technischen Standards zur Ko-Regulierung gerechnet werden. Denn sie werden von der Rechtsprechung oft als quasi Konkretisierungen der im Verkehr üblichen und erforderlichen Sorgfalt begriffen (§ 276 BGB), was gerade im Deliktsrecht, insbesondere der Produzentenhaftung,<sup>33</sup> oftmals Verwendung findet.<sup>34</sup> Allerdings entfalten sie keine Bindungswirkung für die Gerichte, sondern dienen nur als Indizien bzw. erster Anschein für die erforderliche Sorgfalt und die einzuhaltenden Pflichten im Rahmen des Standes der Technik.<sup>35</sup>

Auch andere privat gesetzte Standards werden oft durch Gerichte rezipiert, etwa im Sport(delikts)recht die Regeln des Internationalen Skiverbands (FIS), die von der zivilgerichtlichen Rechtsprechung als Konkretisierung der erforderlichen Sorgfalt (§ 276 BGB) angesehen werden.<sup>36</sup> Allerdings ist anders als bei DIN-Normen die Rechtsgrundlage ihrer faktischen Geltung nach wie vor unklar, da sie nicht als Gewohnheitsrecht angesehen werden können, da gerade die FIS-Regeln auch geändert wurden.<sup>37</sup>

Andererseits indiziert die Einhaltung einer technischen Norm nur dann auch die Gewährleistung des Sicherheitsstandards, wenn die technische Norm die jeweiligen Gefahren ausreichend berücksichtigt hat, also z. B. auch besonders gefährdete Verkehrskreise einbezog.<sup>38</sup> Ebenso bewahrt die Befolgung der Norm nicht vor dem Rechtswidrigkeitsvorwurf, wenn eine technische Norm nicht dem Stand der Technik entspricht, insbesondere wenn die technische Regel falsch oder unzureichend ist.<sup>39</sup>

Ferner ist die Verwendung von technischen Regeln im öffentlichen Recht als Wiedergabe der allgemein anerkannten Regeln der Technik (deutlich etwa im früheren § 6 Abs. 1 ProdSG a.F.) oder dem Stand der Technik (§ 7 Abs. 1 ProdSG a.F.) weithin bekannt.<sup>40</sup>

<sup>32</sup> *Röthel*, JZ 2007, 755, 759; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2011, S. 160 f.; *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 170 f. erwägen sogar eine Bindung der Zivilgerichte – was aber gerade im Hinblick auf den öffentlich-rechtlichen Charakter der Normung im Rahmen der Produktsicherheit als Mindeststandard fehl geht.

<sup>33</sup> BGHZ 114, 273, 276 = NJW 1991, 2021, 2022; BGHZ 103, 338, 341 f. = NJW 1988, 2667, 2668; BGH NJW 2008, 3778.

<sup>34</sup> Ausführlicher dazu *Spindler*, in: BeckOKBGB, § 823 Rn. 279; 488.

<sup>35</sup> Dazu BGH VersR 1984, 270 – Flachmeißel; s. auch BGHZ 103, 338, 341 f.; BGHZ 114, 273, 277; BGH NJW 1997, 582, 583; *Marburger*, VersR 1983, 597, 602 f.; wNachw bei *Spindler* in: BeckOKBGB § 823 Rn. 488.

<sup>36</sup> BGHZ 58, 40, 42 ff.; BGHZ NJW 1985, 620, 621; wNachw bei *Spindler*, in: BeckOKBGB, § 823 Rn. 396; zum Thema „Lex Sportiva“ auch *Röthel*, JZ 2007, 755, 757.

<sup>37</sup> S. dazu *Heermann/Götze*, NJW 2003, 3253, 3253 f.

<sup>38</sup> Vgl. BGH NJW 1987, 372 – Zinkspray für Technische Regeln für Druckgase TRG 300 vom Mai 1978; OLG Zweibrücken NJW 1977, 111 f.

<sup>39</sup> BGH NJW 1987, 372, 373 – Zinkspray; BGH NJW 1984, 801 – Eishockeystadion;

<sup>40</sup> Eingehend *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 269 ff; zur Verwendung technischer Regeln im Wasserhaushaltsgesetz *Sanden*, in: BeckOK UmweltR, WHG § 62 Rn. 34; *Göbl*, in: *Sieder/Zeitler*, WHG § 62 Rn. 141; ausführlich zum Verhältnis des „Standes der Technik“ zu „allgemein anerkannten Regeln der Technik“ *Seibel*, NJW 2013, 3000.

Zu nennen ist ferner das Bilanzrecht im Bereich der (internationalen) Konzernrechnungslegung: Hier übernimmt seit 1998 das Deutsche Rechnungslegung Standardisierungs-Committee (DRSC) eine wichtige Aufgabe im Rahmen von § 342 HGB, da es aufgrund eines Standardisierungsvertrag mit der Bundesrepublik Deutschland ähnlich den DIN-Normen Empfehlungen zur Anwendung der Grundsätze über die Konzernrechnungsregelung abgibt. Hier wird allerdings oftmals kritisiert, dass dem Verein DRSC die demokratische Legitimation fehle, verbindliche Regelungen aufzustellen.<sup>41</sup> Für die vom DRSC bzw. DSR aufgestellten Regeln<sup>42</sup> greift nach § 342 Abs. 2 HGB eine widerlegliche Vermutung dafür, dass sie die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung wiedergeben.<sup>43</sup> In vergleichbarer, aber nicht identischer Weise, inkorporiert die International Accounting Standards-VO der EU<sup>44</sup> die von dem International Accounting Standards Board jeweils definierten Regeln in EU-Recht. Allerdings findet hier ein formeller Rezeptionsakt durch die EU-Kommission statt, was im Wege des Komitologieverfahrens durch spezielle Verordnungen stattfindet (dem Endorsement).<sup>45</sup>

Wie diese Beispiele verdeutlichen, können verschiedene Arten der Ko-Regulierung unterschieden werden: So können staatliche Institutionen etwa die Regulierungsziele, die im Rahmen der Ko-Regulierung erreicht werden sollen, gesetzlich vorgeben und deren Einhaltung kontrollieren. Sie können ferner Mindestanforderungen für die Standardsetzung und -durchsetzung definieren und auch selbst unmittelbar an der Ko-Regulierung mitwirken.<sup>46</sup> Das heißt, dass das Ausmaß staatlicher Einflussnahme auf die Ko-Regulierung sehr unterschiedlich ausgeprägt sein kann: So könnten sich die privaten Akteure (auf gesetzlicher Grundlage) selbst Regeln setzen und deren Einhaltung kontrollieren oder aber die privaten Akteure kontrollieren „lediglich“ die Einhaltung staatlich gesetzter Normen.<sup>47</sup>

Bei all den unterschiedlichen Ausprägungen der Ko-Regulierung ist ihnen eines gemein: Das grundlegende Merkmal dieses Regulierungsansatzes besteht darin, dass staatlich „bindende“ Rechtsetzungs- und Regelungstätigkeit mit Maßnahmen der Hauptbeteiligten unter Nutzung ihrer praktischen

<sup>41</sup> Hommelhoff/Schwab, BFuP 1998, 38 f.; Ebke/Paal, in: MüKoHGB § 342 Rn. 4 mwNachw.

<sup>42</sup> Zum Verfahren näher Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 129 ff. mwNachw.

<sup>43</sup> S. dazu Hellemann, NZG 2000, 1097, 1098 ff.; Ebke, ZIP 1999, 1193, 1202 f.; s. auch Förtschle, in: Beck Bil-Komm., HGB § 342, Rn. 19.

<sup>44</sup> Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 vom 19.7.2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards ABl. EG Nr. L 243 vom 11.9.2002, S. 1 ff.

<sup>45</sup> S. dazu Köndgen, AcP 2006, 478, 492; Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 140 f. mwNachw.

<sup>46</sup> Krüger, Internet Governance: Eine Herausforderung für liberale Demokratien?, 2014, S. 61; Schulz/Held, Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens - Im Auftrag des Bundesbeauftragten für Angelegenheiten der Kultur und der Medien, 2002, abrufbar unter [https://www.hans-bredow-institut.de/webfm\\_send/53](https://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/53) (zul. abgerufen 13.04.2015), S. A-10, 11; Latzer/Saurwein in: Schulz/Held (Hrsg.), Mehr Vertrauen in Inhalte, 2008, S. 96-106.

<sup>47</sup> Schulz/Held, Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens - Im Auftrag des Bundesbeauftragten für Angelegenheiten der Kultur und der Medien, 2002, abrufbar unter [https://www.hans-bredow-institut.de/webfm\\_send/53](https://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/53) (zul. abgerufen 13.04.2015), S. A-5.

Erfahrungen<sup>48</sup> kombiniert werden. Dies unterscheidet die Ko-Regulierung von der Selbstregulierung und erklärt, warum die Ko-Regulierung auch als *regulierte* Selbstregulierung bezeichnet wird. Daher sollte die Ko-Regulierung auch nicht mit einer De-Regulierung verwechselt werden. Ko-Regulierung stellt eine andere Form der Regulierung dar.<sup>49</sup>

**Selbstregulierung:** Selbstregulierung ist dadurch gekennzeichnet, dass eine private Organisation (wie ein Einzelunternehmen) oder eine Gruppe (wie ein Branchenverband) selbst einen Handlungskodex entwirft, sich diesem freiwillig unterwirft und dessen Einhaltung eigenständig überwacht und gegen Verstöße vorgeht. Im Unterschied zur Ko-Regulierung findet die Selbstregulierung auf keiner expliziten Gesetzesgrundlage und ohne einen besonderen gesetzlichen Handlungsrahmen statt. Ebenso wenig werden die so formulierten Standards von einer staatlichen Behörde oder einem Gericht rezipiert.

**Marktsteuerung:** Hierbei wird die Steuerung dem Markt überlassen. Ausgangspunkt für diesen Regulierungsansatz ist die Annahme, dass Verbraucherinnen und Verbraucher in einer Marktwirtschaft über einen Zugang zu konkurrierenden Produkten und Dienstleistungen verfügen und daher die Angebote auswählen können, die ihren Präferenzen am besten entsprechen. Durch den Kauf eines bestimmten Produkts, einen Konsumverzicht oder durch einen Anbieterwechsel können Verbraucherinnen und Verbraucher ihre Konsumentensouveränität ausüben. Erwünschtes Verhalten der Unternehmen wird auf diese Weise honoriert und unerwünschtes Verhalten wird sanktioniert. Hierdurch werden unerwünschte Marktangebote vom Markt verdrängt.

In der folgenden Abbildung 1 werden diese vier Regulierungsansätze entlang des Kontinuums zwischen Staat und Markt illustriert.



Abbildung 1: Darstellung unterschiedlicher Regulierungsansätze entlang des Kontinuums Staat - Markt

Wie dieses Kontinuum bereits suggeriert, sind die Grenzen zwischen den Ansätzen fließend und unterschiedliche Ansätze können miteinander kombiniert werden. Als Beispiel hierfür dient der Deutsche Corporate Governance Kodex im Bereich des Rechts der börsennotierten Aktiengesellschaften. Er stellt einen zwischen staatlich beeinflusster Selbstregulierung und Marktsteuerung angesiedelten Mechanismus dar:<sup>50</sup> Das Gremium, das diesen Kodex aufstellt, wird vom Bundesjustizministerium berufen, ohne dass es jedoch hierfür

<sup>48</sup> Hinterplattner, Internet Governance, 2007, S. 26, abrufbar unter [http://issuu.com/quadres/docs/hinterplattner\\_diplomarbeit\\_final\\_korr](http://issuu.com/quadres/docs/hinterplattner_diplomarbeit_final_korr) (zul. abgerufen 13.04.2015).

<sup>49</sup> European Economic and Social Committee, *European Self- and Co-Regulation*, 2013, S. 2 abrufbar unter [http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/auto\\_coregulation\\_en--2.pdf](http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/auto_coregulation_en--2.pdf) (zul. abgerufen 13.04.2015).

<sup>50</sup> S. dazu auch *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 97 ff.; *Seidel*, ZIP 2004, 285, 289; anders aber *Köndgen*, AcP 2006, 478, 496: rule-making in the shadow of law.

irgendeine Rechtsgrundlage gibt. Der Kodex entfaltet jedoch mittelbare Wirkung, indem börsennotierte Aktiengesellschaften nach § 161 AktG erklären müssen, ob sie sich den Kodexregelungen unterwerfen oder warum sie hiervon abweichen wollen („comply-or-explain“). Damit sollen über den Kapitalmarkt entsprechende freiwillige Regelungen honoriert und dadurch ein „sanfter“ Druck ausgeübt werden, den Kodex zu befolgen.

Eine rein private Selbstregulierung liegt hier demnach nicht vor, da eine gewisse staatliche Aufsicht über die Berufung in das Gremium sowie die Veröffentlichung des Kodex in den Amtsblättern erfolgt – wengleich auch hier eine explizite Rechtsgrundlage fehlt, so dass die verfassungsrechtliche Kritik hieran nicht verwundert.<sup>51</sup>

### 3.2. Stärken und Schwächen der unterschiedlichen Regulierungsansätze

Die Existenz dieser unterschiedlichen Regulierungsansätze wirft die Frage auf, über welche Stärken und Schwächen sie jeweils verfügen. Die Stärken *staatlicher Regulierung* bestehen insbesondere darin, dass sie die höchste demokratische Legitimität genießen und grundsätzlich auch dafür geeignet sind, Regelungsmaterien zu adressieren, die über einen Sektor hinausreichen und politisch umstritten sind. Überdies existiert bei diesen ein Sanktionsregime (insbesondere über Aufsichtsbehörden und den Rechtsweg).

Kritiker staatlicher Regulierung verweisen jedoch darauf, dass die staatliche Regulierung auch gravierende Schwächen aufweist. Hierzu zählen etwa: Die Trägheit und Langwierigkeit demokratischer Entscheidungsprozesse führen dazu, dass die Politik den Problemen hinterherläuft, bzw. Regelung erlässt, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bereits wieder veraltet sind. Wissens- und Kompetenzdefizite bei den staatlichen Entscheidungsträgern führen dazu, dass die getroffenen Regelungen „an den eigentlichen Problemen“ vorbeiführen oder teils gravierende (unintendierte) Nebenwirkungen haben. Über staatliche Regulierung können nur begrenzt oftmals notwendige sektorspezifische Regelungen erlassen werden. Überdies werden Eigeninitiative, Innovation und Verantwortungsbewusstsein bei den Steuerungsobjekten nicht nur gehemmt, sondern durch die imperative Steuerung werden erst Widerstände ausgelöst.<sup>52</sup>

Befürworter der *Ko- und Selbstregulierung* führen als grundsätzliche Stärken dieser Ansätze an, dass mit ihnen flexibler auf sich verändernde Anforderungen reagiert werden könne und für die jeweiligen Felder angemessenere und damit zielführendere Regelungen getroffen werden können. Auch könnten diese Regelungsansätze in einzelnen Sektoren „ausprobiert“ und getestet werden. Durch die stärkere Berücksichtigung der Stakeholderinteressen und -

---

<sup>51</sup> Statt vieler s. *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, AktG § 161 Rn- 11 ff. mwNachw; für Verfassungsgemäßheit OLG München, WM 2008, 645, 648.

<sup>52</sup> *Schulz/Held*, Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens - Im Auftrag des Bundesbeauftragten für Angelegenheiten der Kultur und der Medien, 2002, abrufbar unter [https://www.hans-bredow-institut.de/webfm\\_send/53](https://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/53) (zul. abgerufen 13.04.2015), S. A-8; *Reip*, Die Selbstregulierung im Internet - unter besonderer Betrachtung der Standardsetzung und des Domain Name Systems, 2002, S. 35, 36.

kompetenzen könnten sachgerechtere Lösungen gefunden werden. Eigeninitiative und damit die Kooperationsbereitschaft der eigentlichen Regelungsobjekte würden hierdurch gefördert – mithin ein wesentliches Merkmal einer freien, liberalen und wettbewerblich organisierten sozialen Marktwirtschaft.

Kritiker hingegen argumentieren, dass durch diese Ansätze eine „Privatisierung des Rechts“ erfolgen würde, indem private Akteure sich selbst ihre „Spielregeln“ setzen. Wirtschaftliche Interessen würden Anliegen des Gemeinwohls an den Rand drängen. Überdies würden diese Ansätze letztlich von Wirtschaftsaktoren als „Feigenblatt“ und als „Symbolpolitik“ genutzt, um sinnvolle Regulierung zu verhindern.

Befürworter der *Marktsteuerung* sehen in diesem Ansatz die geeignetste Möglichkeit, die Grundzüge einer freiheitlich-liberalen Grundordnung zu verteidigen. Staatliche Regulierung würde hingegen in das freie Spiel von Angebot und Nachfrage eingreifen.

Kritiker der *Marktsteuerung* verweisen auf vier wesentliche Schwächen dieses Ansatzes. Erstens könne ein Mangel an Wettbewerb – wie auf Monopol- oder auch auf Oligopolmärkten – das freie Spiel zwischen Angebot und Nachfrage einschränken. In diesen Fällen haben Verbraucherinnen und Verbraucher keinen oder lediglich einen unzureichenden Zugang zu Wahlalternativen. Zweitens setzt das freie Spiel voraus, dass Verbraucherinnen und Verbraucher über einen Zugang zu wesentlichen Informationen über Produkte und Dienstleistungen verfügen. Wie die Informationsökonomik zeigt, ist dies jedoch oft nicht der Fall.<sup>53</sup> Drittens wird Verbraucherinnen und Verbraucher ein Anbieterwechsel etwa durch lange Vertragslaufzeiten oder einen Mangel an Interoperabilität schwer bis unmöglich gemacht (Lock-In-Effekt). Viertens ist selbst in Märkten, die durch professionelle Marktteilnehmer gekennzeichnet sind, wie etwa Finanz- und Kapitalmärkte, oft fraglich, ob Regulierungen tatsächlich als preisbildender Faktor wahrgenommen werden; spielen diese aber keine Rolle, verpufft der beabsichtigte Effekt. So ist bis heute fraglich, ob die erwarteten Marktreaktionen im Rahmen des Corporate Governance Kodex (s. oben 3.1) tatsächlich eingetreten sind; empirische Untersuchungen nähren Zweifel daran, dass dieser Mechanismus überhaupt funktioniert.<sup>54</sup>

Die Ergebnisse dieser Diskussion sind in der folgenden Tabelle zusammengefasst.

---

<sup>53</sup> *Akerlof*, Quarterly Journal of Economics 1970, 488; *Hagen/Wey*, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung 2009, 230; *Oehler/Reisch*, Behavioral Economics - eine neue Grundlage für die Verbraucherpolitik?, 2008.

<sup>54</sup> *Bernhardt*, BB 2008, 1686, 1690; *Nowak/Rott/Mahr*, ZGR 2005, 252, 279.

	Stärke	Schwäche
<b>Regulierung</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Hohe demokratische Legitimität</li> <li>- Möglichkeit, sektorübergreifende Regelungen zu treffen</li> <li>- Fähigkeit, auch politisch umstrittene Themen zu regeln</li> <li>- Existenz eines Sanktionsregimes</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Trägheit und Langwierigkeit der Entscheidungsfindung</li> <li>- Eingeschränkte Regelungsqualität aufgrund unzureichender Sachkenntnisse</li> <li>- Eingeschränkte Fähigkeit, notwendige sektorspezifische Regelungen in Form von Gesetzen vorzunehmen</li> <li>- Eigeninitiative der Stakeholder wird gehemmt</li> <li>- Bei Steuerungsobjekten wird tendenziell Widerstand ausgelöst</li> </ul>
<b>Ko- und Selbstregulierung</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Möglichkeit, spezifische Regelungen für einzelne Sektoren zu finden</li> <li>- Flexibilität und Schnelligkeit</li> <li>- Möglichkeit, Regelungen „auszuprobieren“</li> <li>- Sachgerechtere Lösungsansätze</li> <li>- Förderung der Eigeninitiative und Kooperationsbereitschaft</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- „Privatisierung des Rechts“</li> <li>- Wirtschaftliche Interessen dominieren Gemeinwohlinteressen</li> <li>- „Feigenblatt“-Ansätze und Gefahr, dass hierdurch sinnvolle Gesetze verhindert werden</li> </ul>
<b>Marktsteuerung</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Möglichst geringer Eingriff in das Wechselspiel von Angebot und Nachfrage</li> <li>- Grundzüge der freiheitlich-liberalen Grundordnung werden gewahrt</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Oft verfügen Verbraucherinnen und Verbraucher über keine Wahlalternativen</li> <li>- Macht- und Informationsasymmetrie verhindert Interaktion auf „Augenhöhe“</li> <li>- Verbraucher sind an Verträge gebunden (Lock-In)</li> <li>- Marktsteuerung versagt, wenn Regulierung nicht als preisbildender Faktor wahrgenommen wird</li> </ul>

Tabelle 2: Stärken und Schwächen unterschiedlicher Regulierungsansätze

Allen diesen Regelungsansätzen gemein ist überdies, dass sie vor der Herausforderung stehen, auf die Globalisierung und deren Begleiterscheinungen reagieren zu müssen. Hierzu zählen insbesondere die Gefahren, die aus dem sogenannten Forumshopping resultieren. Hierbei suchen sich Akteure jeweils die Länder mit den niedrigsten Steuern, mit den niedrigsten (Umwelt- oder Verbraucherschutz-) Standards oder mit der geringsten Vollzugsdichte. Hierdurch unterlaufen sie nicht nur nationale Regulierungen, sondern weichen diese auf (Race-to-the-bottom-Problematik).

Diese Ausführungen zeigen auf, dass es *den* idealen Regulierungsansatz für jeglichen Regelungssachverhalt nicht gibt. Im Gegenteil kommt es darauf an, je nach Regelungsmaterie den geeignetsten Regulierungsansatz auszuwählen oder aber auch unterschiedliche Ansätze sinnvoll miteinander zu kombinieren.

Dieses Zwischenfazit wird auch von internationalen, europäischen und nationalen Akteuren geteilt: In ihren *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance* argumentiert die OECD, dass die OECD Mitgliedstaaten im Rahmen von Gesetzesfolgenabschätzungen auch Alternativen zu klassischen „command and control“-Ansätzen berücksichtigen, die jeweiligen Vor- und Nachteile abschätzen und dann den jeweils zielführendsten Ansatz auswählen sollten.<sup>55</sup> Die Europäische Kommission erläutert, dass sie es im Rahmen ihres Programms zur Gewährleistung der

<sup>55</sup> OECD, *Recommendations of the Council on Regulatory Policy and Governance*, 2012, S. 4, 26. Siehe hierzu auch: OECD, *Report: Alternatives to Traditional Regulation*, 2009, S. 15.

Effizienz und Leistungsfähigkeit der Rechtsetzung (REFIT) für eine gute Verwaltungspraxis erachtet, wenn „Vorschläge, die im legislative Verfahren keine Fortschritte machen, [zurückgezogen werden], um einen neuen Anlauf zu ermöglichen oder nach *Alternativen zu suchen*, um den beabsichtigten Zweck zu erreichen.“<sup>56</sup>

Auf nationaler Ebene finden sich entsprechende Regelungen etwa in der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO) sowie im Gesetz zur Einrichtung des Normenkontrollrates. In der GGO heißt es in § 43 Abs. 1 (3) hinsichtlich der Vorbereitung von Gesetzesvorlagen, dass in der Gesetzesbegründung darzustellen ist, „ob andere Lösungsmöglichkeiten bestehen und ob eine Erledigung der Aufgabe durch Private möglich ist“. In Anlage 5 zur GGO werden überdies Prüfkriterien zur Feststellung von Selbstregulierungsmöglichkeiten aufgelistet.

Hinsichtlich des Normenkontrollrates heißt es in § 4 Abs. 2 des Gesetzes zur Einrichtung eines nationalen Normenkontrollrates in ähnlicher Weise wie in der GGO, dass dieser „Erwägungen zu anderen Lösungsmöglichkeiten“ prüfen kann.

### 3.3. Kriterien für die Verwendung unterschiedlicher Regulierungsansätze

Die Diskussion der Stärken und Schwächen der unterschiedlichen Regulierungsansätze führt zu der Frage, welcher Ansatz wann eingesetzt werden sollte. Die wissenschaftliche Diskussion zeigt, dass staatliche Regulierung in drei Fällen den angemessensten Regulierungsansatz darstellt:<sup>57</sup>

1. Ein erstes Entscheidungskriterium stellt die Frage dar, ob dem zu regelnden Sachverhalt unterschiedliche Grundrechte zugrunde liegen, die in einem schweren Konflikt zueinander stehen. Da demokratische Entscheidungsprozesse, die durch die Verfassungsorgane und gemäß der in der Verfassung vorgegebenen Anforderungen erlassen werden, die höchst mögliche Legitimität haben, stellt die staatliche Regulierung in diesen Fällen den angemessenen Regulierungsansatz dar.<sup>58</sup>
2. Als zweites Entscheidungskriterium ist die Frage relevant, ob es sich um eine branchen- bzw. politikfeldübergreifende Herausforderung handelt, die adressiert werden soll oder nicht. Wenn es sich um branchen- oder politikfeldübergreifende Regelungssachverhalte handelt, spricht vieles für eine staatliche Regulierung. Denn dadurch, dass die Erfahrung mit der Ko- und Selbstregulierung zeigen, dass diese Ansätze zumeist nur

---

<sup>56</sup> *EU Kommission*, Programm zur Gewährleistung der Effizienz und Leistungsfähigkeit der Rechtsetzung (REFIT): Bestandsaufnahme und Ausblick, 2014, (COM(2014) 368 final), S. 11. Hervorhebung durch die Autoren der Studie.

<sup>57</sup> Siehe hierzu auch: *EU Kommission*, European Governance - A White Paper, 2001, (COM(2001) 428 final), S. 21.

<sup>58</sup> Siehe hierzu auch: *OECD*, Recommendations of the Council on Regulatory Policy and Governance, 2012, S. 4. Metz, Verbraucher und Recht, 2012, 85; European Economic and Social Committee, *The Current State of Co-Regulation and Self-Regulation in the Single Market*, EESC Pamphlet Series, 2005, S. 23, abrufbar unter [http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/2018\\_cahier\\_en\\_smo\\_def.pdf](http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/2018_cahier_en_smo_def.pdf) (zul. abgerufen 13.04.2015).

branchen- oder sektorbezogen funktionieren, scheiden diese Ansätze im Falle von branchen- bzw. politikfeldübergreifenden Regulierungen in der Regel aus.

3. Drittes Entscheidungskriterium ist die Frage, ob es sich bei dem Regulierungssachverhalt, um ein politisch umstrittenes Thema handelt. Auch in diesem Fall ist eine staatliche Regulierung das geeignetere Instrument. Da eine Entscheidung in diesem Fall auf ein hohes Maß an Legitimität angewiesen ist.<sup>59</sup>

Die Abbildung 2 fasst die Essenz dieser Überlegungen zusammen.

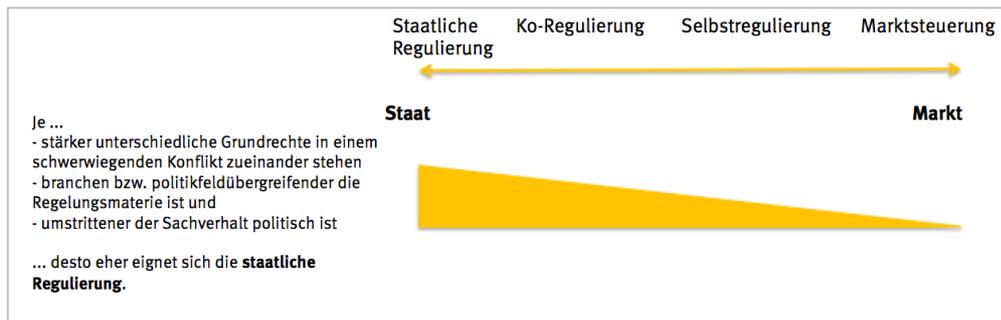


Abbildung 2: Entscheidungskriterien für den Einsatz staatlicher Regulierung

Diese Überlegungen führen im Umkehrschluss dazu, dass in den Fällen, in denen Grundrechte nicht in einem schwerwiegenden Konflikt zueinander stehen, oder in denen es sich um sektorspezifische Regelungsmaterien handelt, die politisch nicht hoch umstritten sind, die staatliche Regulierung nicht zwingend den besten Regelungsansatz darstellt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn abstrakte gesetzliche Regelungen (sektorspezifisch) konkretisiert werden sollen.

Beispiele hierfür sind etwa Anforderungen, die zu einer Vereinfachung und besseren Verständlichkeit von Datenschutzerklärungen führen könnten, Verfahren zur Anonymisierung und Pseudonymisierung von Daten, oder auch Konkretisierungen, was abstrakte Prinzipien wie „Privacy by design“ und „Privacy by default“<sup>60</sup> etwa im Mobilitätsbereich oder bei Wearables bedeuten. In Betracht kämen ferner branchenspezifische Anforderungen für die Transparenz von Angeboten im E-Commerce (Button-Lösung).<sup>61</sup>

### 3.4. Chancen, Risiken und Herausforderungen der Ko- und Selbstregulierung

Ko- und Selbstregulierungsansätze könnten in den Fällen, in denen sich eine staatliche Regulierung aus den im Abschnitt 3.3 genannten Gründen nicht automatisch anbietet, theoretisch sinnvolle Regulierungsansätze darstellen. Es

<sup>59</sup> Franzius, Regieren durch 'besseren' Instrumenteneinsatz: Zur Idee der Koregulierung im Regierungsweißbuch der Kommission, 2002, S. 3, 4, abrufbar unter <http://www.europawissenschaften-berlin.de/media/pdf/Publikationen/Koregulierung.pdf> (zul. abgerufen 13.04.2015).

<sup>60</sup> Siehe dazu die abstrakten Vorgaben in Art. 23 ff. der geplanten DS-GVO.

<sup>61</sup> Siehe dazu Spindler/Thorun/Blom, MMR 2015, 3, 6.

überrascht daher auch nicht, dass eine Vielzahl von politischen, gesellschaftlichen und wissenschaftlichen Akteuren im Hinblick auf Regulierungsansätze für die Informationsgesellschaft zum Schluss kommt, dass klassische Regulierungsansätze in diesem Bereich um alternative Ansätze ergänzt werden müssten.<sup>62</sup> Hierbei wird u.a. auch eine stärkere Rolle von Ko- und Selbstregulierung eingefordert.<sup>63</sup>

Während demnach auf der einen Seite viel dafür spricht, stärker als bisher gerade im Bereich der Informationsgesellschaft Ansätze der Ko- und Selbstregulierung als Regulierungsansätze in Kombination mit klassischer staatlicher Steuerung einzusetzen, stehen diese auf der anderen Seite in der Kritik.

Ziel dieses Abschnitts ist es daher, die Vor- und Nachteile sowie grundsätzlichen Herausforderungen dieser Ansätze näher zu analysieren. Vor diesem Hintergrund werden dann Leitfragen abgeleitet, die auf Grundlage nationaler und internationaler Erfahrungen im 4. Kapitel näher untersucht werden.

### 3.4.1. Argumente für die Ko- und Selbstregulierung

Befürworter der Ko- und Selbstregulierung argumentieren, dass klassische staatliche Regulierungsansätze aus den in den Abschnitten 2.1 und 3.2 genannten Gründen insbesondere im Bereich der Informationsgesellschaft an Grenzen stoßen. Denn gerade in diesem Bereich ist ein hohes Maß an Geschwindigkeit und Fachwissen erforderlich, um flexibel, sachgerecht und ohne ungewollte Nebenwirkungen zu verursachen, auf neue Herausforderungen reagieren zu können.

Die Befürworter führen daher die folgenden Argumente für die Ko- und Selbstregulierung an:<sup>64</sup>

- Ein hohes Maß an Flexibilität und Anpassungsfähigkeit etwa hinsichtlich sich verändernder Marktbedingungen.

<sup>62</sup> DIVSI - Deutsches Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet, Braucht Deutschland einen Digitalen Kodex? Verantwortung, Plattformen und soziale Normen im Internet, 2014, S. 46, abrufbar unter <https://www.divsi.de/wp-content/uploads/2013/08/DIVSI-Braucht-Deutschland-einen-Digitalen-Kodex.pdf> (zul. abgerufen 13.04.2015); Hirsch, Seattle University Law Review 2011, 34(2), 439, 479.

<sup>63</sup> Für eine Darstellung der unterschiedlichen Regulierungsphilosophien cyberlibertarian school, cyberpaternalism und network communitarian school siehe: Murray, in: Levi-Faur (Hrsg.), Handbook on the Politics of Regulation, 2011, S. 267 ff.

<sup>64</sup> Siehe hierzu etwa: OECD, Report: Alternatives to Traditional Regulation, 2009, S. 6. und SRIW, Positionspapier: Chancen und Voraussetzungen effektiver Selbst- und Ko-Regulierung zur Förderung des Verbraucherschutzes und des Datenschutzes in der digitalen Welt, 2014, abrufbar unter [http://www.sriw.de/images/pdf/Broschueren/140521\\_SRIW\\_Positionspapier\\_Selbst-\\_und\\_Ko-Regulierung\\_v03.pdf](http://www.sriw.de/images/pdf/Broschueren/140521_SRIW_Positionspapier_Selbst-_und_Ko-Regulierung_v03.pdf) (zul. abgerufen 13.04.2015), S. 1, 2.; aus rechtswissenschaftlicher Sicht zusammenfassend Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 217 ff. mwNachw; Schuppert, in: Berg/Fisch/Schmitt Glaeser et al, Regulierte Selbstregulierung als Steuerkonzept des Gewährleistungsstaats, 2001, S. 201 ff.; Thoma, Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht, 2008, S. 70 ff.; Puppis/Künzler/Schade/Donges et al., Selbstregulierung und Selbstorganisation, S. 58 ff.

- Im Gegensatz zu gesetzlichen „One size fits all“-Lösungen ermöglichen sie es, auf die jeweils spezifischen Marktgegebenheiten einzugehen und spezifische Regelungen zu finden.
- Ein höheres Maß an Rechtssicherheit für Unternehmen und Verbraucher, da durch Verhaltenskodizes rechtliche Anforderungen konkretisiert werden.
- Potentiell niedrigere Compliance- und Bürokratiekosten für die Unternehmen. Überdies können gerade für junge Start-Ups, Markteintrittsbarrieren vermieden werden.
- Da die Selbstregulierung von den jeweils Beteiligten getragen wird, basieren die Regelungen auf einem hohen Maß an Sachverstand. Hierdurch verringert sich das Risiko, ungewollte Nebeneffekte zu kreieren. Die Regulierungsqualität steigt demnach.
- Dieses Instrument kann als ein „Experimentierfeld“ betrachtet werden, um Regelungsansätze „auszuprobieren“, die später von der Politik in rechtliche Regelungen umgesetzt werden – hierdurch könnten legislatorische Schnellschüsse vermieden werden.<sup>65</sup>
- Eigeninitiative wird gefördert, die Akzeptanz der Regulierung wird bei den beteiligten Akteuren erhöht und die freiheitlich-liberale Grundordnung gestärkt. Auch können Marktakteure eingebunden werden, die grenzüberschreitend tätig sind. Hierdurch kann ein Beitrag geleistet werden, den Herausforderungen in Rechtsetzung und -durchsetzung im grenzüberschreitenden Handel zu begegnen.
- Klassische Instrumente der Rechtsdurchsetzung (wie etwa durch die behördliche Marktaufsicht oder Verbandsklagen) können durch die freiwillige Selbstkontrolle ergänzt werden.
- Auch Anbieter aus Drittstaaten können so „gezwungen“ werden, höhere Standards einzuhalten.

Überdies wird argumentiert, dass staatliche Regulierung keine „Einbahnstraße“ darstellt, in der öffentliche Organe vollends regeln könnten, wie sich die Regulierungsobjekte verhalten. Im Gegenteil, die Regulierungsobjekte können auch zum handelnden Subjekt werden, etwa indem sie der staatlichen Regulierung ausweichen und Schlupflöcher suchen oder indem sie politischen Druck mobilisieren, um gegen eine Regulierungsinitiative vorzugehen.<sup>66</sup> Schulz/Held zeigen auf, dass eine staatliche Regulierung daher aus diesem Grund auch nicht „um so effektiver ist, je strikter die Regulierung etwa im Hinblick auf die drohende Sanktion beschaffen ist“.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> Metz, Verbraucher und Recht 2012, 85, 86; siehe hierzu auch: European Economic and Social Committee, *European Self- and Co-Regulation*, 2014, S. 17 abrufbar unter [http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/auto\\_coregulation\\_en--2.pdf](http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/auto_coregulation_en--2.pdf) (zul. abgerufen 13.04.2015).

<sup>66</sup> Schulz/Held, Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens - Im Auftrag des Bundesbeauftragten für Angelegenheiten der Kultur und der Medien, 2002, abrufbar unter [https://www.hans-bredow-institut.de/webfm\\_send/53](https://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/53) (zul. abgerufen 13.04.2015), S. A-10.

<sup>67</sup> Ibid, S. A-9.

Als positive Beispiele verweisen die Befürworter der Ko- und Selbstregulierung etwa auf:<sup>68</sup>

- das in Deutschland etablierte System von Kammern und Berufsgenossenschaften,
- die Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia (FSM) im Jugendmedienschutz,
- die Wettbewerbszentrale als Rechtsdurchsetzungsinstrument der Wirtschaft gegen Verstöße gegen das Gesetz gegen Unlauteren Wettbewerb,
- den Datenschutzkodex Geodatendienste,
- den Europäischen PIA Framework zu RFID und
- den Rat für Datenschutz in der Online-Werbung.

### 3.4.2. Argumente gegen die Ko- und Selbstregulierung

Die Ko- und Selbstregulierung stehen jedoch auch in der Kritik. So werden die folgenden Aspekte an diesen Ansätzen moniert:<sup>69</sup>

- Die fundamentalste Kritik gegen Ansätze der Ko- und Selbstregulierung verweist auf die Gefahr einer „Privatisierung des Rechts“. Denn durch Ko- und Selbstregulierung würden demokratische Prozesse umgangen. Da die Ko- und Selbstregulierung zumeist von finanzkräftigen wirtschaftlichen Interessen getragen würde, würden gesellschaftliche Interessen überdies an den Rand gedrängt und diese Akteure würden sich ihre eigenen „Spielregeln“ setzen.<sup>70</sup>
- Die Ko- und Selbstregulierung verläuft oft wenig transparent und offen. So bleiben wesentliche Stakeholder in der Standardsetzung oft unberücksichtigt.
- Da die Ko- und Selbstregulierung zumeist nicht alle Akteure einer bestimmten Branche umfasst, wird auch keine vollständige Branchenabdeckung erreicht. Dies führt nicht nur dazu, dass die Wirksamkeit der Ko- und Selbstregulierung für die Verbraucherinnen und Verbraucher ausbleibt bzw. eingeschränkt ist, sondern dies führt auch zu Wettbewerbsverzerrungen („Free-Rider“ oder auch „Trittbrettfahrer“-Problematiken<sup>71</sup>). Denn die Unternehmen, die sich einer Selbstregulierung unterwerfen, haben einen komparativen Nachteil (höhere Compliancekosten oder auch Einschränkungen bei der Produktgestaltung, Werbung und Vermarktung) gegenüber den Unternehmen („schwarzen Schafen“), die sich dieser nicht gegenüber verpflichtet sehen, aber dennoch von ihrer Wirkung (wie z.B. die Verhinderung einer gesetzlichen Regelung) profitieren.

<sup>68</sup> Baums/von Braunmühl, in: Baums/Scott (Hrsg.), Kompendium Digitale Standortpolitik. Vom 1x1 zum 3x3, 2013, S. 156; BITKOM, Förderung der Selbstregulierung im Datenschutz durch Bund und EU - Privacy Breakfast, S. 7.

<sup>69</sup> Metz, Verbraucher und Recht, 2012, 85; Brown, Internet Self-Regulation and Fundamental Rights, Index on Censorship, 1, 2010, S.98; OECD, Alternatives to Traditional Regulation, 2006, S. 6.; aus rechtswissenschaftlicher Sicht s. die Zusammenfassung bei Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 229 ff. mwNachw.

<sup>70</sup> OECD, Recommendations of the Council on Regulatory Policy and Governance, 2012 S. 26.

<sup>71</sup> Siehe dazu etwa Kirchner/Ehrlicke AG 1998, 105, 108 für den früheren Übernahmekodex in Deutschland; Augsberg, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft, 2003, S. 284.

- In den Kodizes, die durch die Selbstregulierung entwickelt werden, finden sich zumeist nur Regelungen, die den gesetzlichen Status Quo entsprechen.
- Oft fehlt es Selbstregulierungsansätzen an wirksamen Sanktionen bei Verstößen, einem Beschwerdemechanismus und einer systematischen und unabhängigen Evaluation.<sup>72</sup>
- Selbstregulierungsansätze können von den beteiligten (Wirtschafts-) Akteuren dazu missbraucht werden, kartellwidrige Absprachen zu treffen oder Markteintrittsbarrieren einzurichten.<sup>73</sup>
- ferner können Selbstregulierungen dazu tendieren, allgemeine öffentliche (nicht in den Verfahren artikulierte) Interessen zu ignorieren.<sup>74</sup>

Im Ergebnis führen diese Defizite dazu, dass Ansätze der Ko- und Selbstregulierung oft als „symbolische Vorhaben von Dach- oder Zentralverbänden“ und als Feigenblätter angewendet und letztlich nur dafür genutzt werden, „Gesetzgebung abzuwenden“.<sup>75</sup>

Als Negativbeispiele werden hier etwa freiwillige Vereinbarungen zur unerlaubten Faxwerbung, zum Recht auf ein Girokonto (bei der trotz einer „Empfehlung“ der Kreditwirtschaft keine Rechtsansprüche der Verbraucher bestehen, selbst wenn eine Bank hiermit wirbt), oder aber auch der gescheiterte Versuch, einen Verhaltenskodex für die Anbieter sozialer Netzwerke zu etablieren, genannt.<sup>76</sup>

### 3.4.3. Herausforderungen für die Ko- und Selbstregulierung

Überdies verweisen selbst Befürworter der Ko- und Selbstregulierung auf strukturelle Herausforderungen, die einer verstärkten Anwendung dieser Ansätze derzeit in Deutschland entgegenstehen. Diese Herausforderungen können in fünf Kategorien zusammengefasst werden:<sup>77</sup>

#### i) Grundlegende Dilemmata

Die oben bereits skizzierten „Free-Rider“- und „Trittbrettfahrer“-Problematiken stellen ein grundlegendes Dilemma für die Ko- und Selbstregulierung dar. Denn die Unternehmen, die sich einem Kodex anschließen, müssen nicht nur die Selbstregulierung finanzieren und sich an die Anforderungen der

<sup>72</sup> Frenz, Selbstverpflichtungen der Wirtschaft, 2001, S. 59; Bachmann, Private Ordnung, 2006, S. 54; Thoma, Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht, 2008, S. 76; Schmidt-Preuß VVDStRL 56 (1997), S. 160, 219 f.

<sup>73</sup> Franzius, Regieren durch 'besseren' Instrumenteneinsatz: Zur Idee der Koregulierung im Regierungsweißbuch der Kommission, 2002, S. 7, 8.; Bachmann, Private Ordnung, 2006, S. 54, 362.

<sup>74</sup> Thoma, Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht, 2008, S. 76; Bachmann, Private Ordnung, 2006, S. 66 ff.; Schuppert, in: Berg/Fisch/Schmitt Glaeser et al., Regulierte Selbstregulierung als Steuerkonzept des Gewährleistungsstaats, 2001, S. 201, 229; Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 231 ff. mwNachw.

<sup>75</sup> Metz, Verbraucher und Recht 2012, 85.

<sup>76</sup> Ibid.

<sup>77</sup> SRIW, Positionspapier: Chancen und Voraussetzungen effektiver Selbst- und Ko-Regulierung zur Förderung des Verbraucherschutzes und des Datenschutzes in der digitalen Welt, 2014, S. 2, 3, abrufbar unter [http://www.sriw.de/images/pdf/Broschueren/140521\\_SRIW\\_Positionspapier\\_Selbst-\\_und\\_Ko-Regulierung\\_v03.pdf](http://www.sriw.de/images/pdf/Broschueren/140521_SRIW_Positionspapier_Selbst-_und_Ko-Regulierung_v03.pdf) (zul. abgerufen 13.04.2015).

Selbstregulierung halten. Sie können gleichzeitig oft nicht verhindern, dass die „schwarzen Schafe“ von den indirekten positiven Wirkungen der Regulierung (wie z.B. die Verhinderung einer gesetzlichen Regelung) profitieren. Denn bei dieser handelt es sich um ein „öffentliches Gut“.

Überdies stehen den realen Kosten, die aus der Befolgung der Selbstregulierung resultieren, oft nur schwer greifbare Vorteile, die aus einem möglichen Reputationsgewinn, Kundenvertrauen oder Rechtssicherheit resultieren, entgegen.

Um glaubwürdig zu sein, müssen Selbstregulierungsansätze überdies in ihren Anforderungen über die gesetzlichen Bestimmungen hinausgehen bzw. gesetzliche Bestimmungen in wesentlichen Aspekten konkretisieren. Aus Sicht der Unternehmen gehen weiterführenden Anforderungen, die etwa im Bereich des Datenschutzes von Seiten der Aufsicht gefordert werden, oft zu weit. D.h., dass eine gravierende praktische Herausforderung darin besteht, ein inhaltliches Regelungsniveau zu treffen, das die Interessen der unterschiedlichen Stakeholder ausreichend berücksichtigt.

### **ii) Unzureichende Rahmenbedingungen**

Es fehlen derzeit Mindestanforderungen für die Entwicklung, den Inhalt und die Durchsetzung von Verhaltenskodizes. Auch mangelt es an Mindestanforderungen für die Akkreditierung von Einrichtungen der freiwilligen Selbstkontrolle.

Ferner besteht ein Defizit an Rechtssicherheit, ob die im Rahmen der Selbstregulierung getroffenen Regeln vor Gericht Bestand haben. Ebenso wenig herrscht Klarheit darüber, wann und wie Standards aufgrund von Selbstregulierungen rechtliche Wirkung vor Behörden und Gerichten entfalten.

### **iii) Unzureichende Anreize**

Es mangelt in Deutschland bislang an Anreizen für Unternehmen, Ansätze der Ko- und Selbstregulierung einzusetzen. Hierzu zählen etwa eine staatliche Anerkennung von Verhaltenskodizes im Verbraucherschutzbereich (z.B. durch das Bundesamt für Verbraucherschutz, Gütesiegel für anerkannte Kodizes oder eine Berücksichtigung dieser bei der Vergabe öffentlicher Aufträge) oder auch durch eine Privilegierung von Mitgliedern einer anerkannten freiwilligen Selbstkontrolle durch Zurückhaltung von Aufsichtsbehörden (Selbstbindung der Verwaltung analog zum Jugendmedienschutz (siehe hierzu etwa § 18 Abs. 8 JuSchG und § 20 Abs. 5 JMStV (siehe hierzu auch Abschnitt 4.3.3.3)). In diesem Zusammenhang wird beispielsweise auch § 38a BDSG kritisiert. Zwar legt dieser Paragraph eine Grundlage für die Selbstregulierung beim Datenschutz. Allerdings ist umstritten, inwieweit die Entscheidung der zuständigen Aufsichtsbehörde auch für andere Aufsichtsbehörden bindend ist. Überdies ist unklar, ob die Regelungen über die gesetzlichen Anforderungen hinausgehen müssen oder sie „lediglich“ konkretisieren müssen.<sup>78</sup> Schließlich führt auch die Anerkennung als Kodex durch eine Aufsichtsbehörde nicht zu entsprechenden

---

<sup>78</sup> Dehmel, in: *Baums und Scott (Hrsg.)*, Kompendium Digitale Standortpolitik. Vom 1x1 zum 3x3, 2013, S. 162.

rechtlichen Erleichterungen, sondern lediglich zu einer verbindlichen, amtlich bestätigten Interpretationshilfe bei der Auslegung des Datenschutzrechtes.<sup>79</sup>

#### **iv) Unzureichende Bereitschaft der Wirtschaft, sich an der Ko- und Selbstregulierung zu beteiligen**

Eine glaubwürdige und effektive Ko- und Selbstregulierung setzt voraus, dass die Wirtschaftsakteure diese Ansätze nicht nur defensiv anwenden, um eine gesetzliche Regelung zu verhindern, sondern dass sie dieses Instrument auch als eine Chance und als einen Beitrag ihrer gesellschaftlichen Verantwortung betrachten. Eine solche Herangehensweise findet sich jedoch heute noch zu selten. Stattdessen scheinen Unternehmen eher Angst zu haben, durch Selbstregulierung erst einen Anlass für eine gesetzliche Regelung zu schaffen („schlafende Hunde zu wecken“).

#### **v) Unzureichende Offenheit staatlicher Akteure für alternative Regulierungsformen**

Trotz der im Abschnitt 3.2 aufgezeigten staatlichen Bekundungen, alternative Regulierungsansätze im Rahmen der Gesetzesfolgenabschätzung stärker zu würdigen, konstatieren Organisationen wie die OECD, dass eine Kultur öffentlicher Akteure, „staatlich regulieren zu wollen“, diesem Ansinnen oft entgegen steht. Diese Kultur, „staatlich regulieren zu wollen“, speist sich aus einer Reihe von Faktoren:

Erstens kann eine Regierung der Öffentlichkeit gegenüber Handlungsfähigkeit und -willen mit einer staatlichen Intervention demonstrieren.<sup>80</sup>

Zweitens sind alternative Regulierungsformen für staatliche Akteure mit einem höheren Risiko verbunden als klassische „command and control“-Ansätze. So verweist die OECD beispielsweise darauf, dass die Verantwortlichen bei einem alternativen Regulierungsversuch, der scheitert, mit größeren negativen Folgen zu rechnen haben, als wenn ein klassischer staatlicher Regulierungsversuch scheitert.<sup>81</sup>

Drittens herrscht Unkenntnis über den Einsatz alternativer Regulierungsansätze. Staatliche Akteure sind zumeist vertrauter mit dem Einsatz klassischer, denn mit dem Einsatz alternativer Regulierungsansätze. Dieses Problem wird auch noch dadurch verschärft, dass es eine Vielzahl unterschiedlicher Gestaltungsoptionen der Ko- und Selbstregulierung gibt und die Selbstregulierung teils zu Recht in die Kritik geraten ist.<sup>82</sup>

Daher folgert die OECD, dass sich Regierungen aktiv gegen Beharrungsvermögen, Risikoaversion und eine Kultur des „erst einmal regulieren, Fragen kommen später“ einsetzen müssten.<sup>83</sup>

<sup>79</sup> *Vomhof*, PinG 2014, 209, 215; *Bizer*, in: *Simitis*, BDSG, §38a Rn. 3, 40.

<sup>80</sup> Siehe hierzu etwa: *OECD*, *Alternatives to Traditional Regulation*, 2006, S. 10.

<sup>81</sup> Siehe hierzu etwa: *ibid*, S. 11.

<sup>82</sup> Siehe hierzu etwa: *ibid*, S. 11, 12.

<sup>83</sup> *OECD*, *Recommendations of the Council on Regulatory Policy and Governance*, 2012, S. 26.

## 3.5. Zwischenfazit: Anforderungen an Ko- und Selbstregulierung

Die wesentlichen Ergebnisse dieses 3. Kapitels, in dem es um den Stellenwert unterschiedlicher Regulierungsansätze geht, lassen sich in sechs Punkten zusammenfassen:

**1) Die Herausforderungen der Informationsgesellschaft können grundsätzlich mit vier idealtypischen Regulierungsansätzen begegnet werden:** Diese Regulierungsansätze lassen sich entlang eines Kontinuums zwischen Staat und Markt abbilden: Staatliche Regulierung, Ko-Regulierung, Selbstregulierung und Marktsteuerung.

**2) Es gibt nicht den besten Regulierungsansatz für jegliche Art von Marktversagen:** Eine Analyse der Stärken und Schwächen der vier Regulierungsansätze zeigt, dass jeder Ansatz für sich Vor- und Nachteile aufweist. Es kommt demnach darauf an, je nach Regulierungsmaterie den geeignetsten Regulierungsansatz auszuwählen bzw. unterschiedliche Ansätze sinnvoll zu kombinieren. Diese Schlussfolgerung wird grundsätzlich auch auf internationaler, europäischer und nationaler Ebene geteilt. So fordern eine Vielzahl von Empfehlungen der OECD, EU und der Bunderegierung zur „better regulation“, alternative Regelungsansätze im Rahmen der Gesetzesfolgenabschätzung zu prüfen.

**3) Staatliche Regulierung stellt in drei Fällen den angemessensten Regulierungsansatz dar:** Staatliche Regulierung stellt in den Fällen die geeignetste Form der Regulierung dar, in denen es einen schwerwiegenden Konflikt zwischen Grundrechten gibt und in denen politikfeldübergreifende Regelungen in politisch umstrittenen Bereichen getroffen werden müssen.

Im Umkehrschluss bedeutet das, dass in allen anderen Bereichen die staatliche Regulierung nicht zwingend die beste Regulierungsalternative darstellt. Daher gilt es, die jeweiligen Stärken und Schwächen bei der Auswahl eines Regulierungsansatzes zu berücksichtigen.

**4) In allen anderen Fällen könnte die Ko-Regulierung eine sinnvolle Regulierungsalternative bzw. -ergänzung darstellen:** Ko- und Selbstregulierungsansätze stellen Regulierungsalternativen dar. Allerdings sind diese Regulierungsansätze umstritten. Wie die Debatte für und wider der Ko- und Selbstregulierung zeigt, richtet sich die Hauptkritik jedoch gegen halbherzig umgesetzte Selbstregulierungsaktivitäten. In diesen Fällen ist die Kritik zumeist durchaus gerechtfertigt. Allerdings dürfen Selbst- und Ko-Regulierungsaktivitäten nicht „in einen Topf“ geworfen werden. Wie die Forschung zeigt, können gerade Ko-Regulierungsinitiativen, die auf einer gesetzlichen Grundlage erfolgen und Mindestanforderungen berücksichtigen, staatliche Regulierung sinnvoll ergänzen.

Bei den *Mindestanforderungen* geht es insbesondere darum, Anforderungen für die folgenden Aspekte aufzustellen:

- den Prozess der Entwicklung von Kodizes
- die Anforderungen an die Einbeziehung wesentlicher Stakeholder
- die öffentliche Kommunikation über die Kodizes

- ihrer Durchsetzung, inkl. Sanktionsmechanismen
- Monitoring-, Evaluierungs- und Beschwerdeverfahren

**5) In Deutschland existieren strukturelle Hindernisse, die einem erfolgreichen Einsatz von Ko-Regulierung im Bereich der Informationsgesellschaft entgegenstehen:** Damit Ko-Regulierung funktioniert, müssen Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass dieser Ansatz erfolgreich eingesetzt werden kann. Hierbei geht es insbesondere darum, die folgenden Grundvoraussetzungen zu schaffen:<sup>84</sup>

i) Grundlegende Dilemmata entschärfen

- Lösungsansatz für die „Free-Rider“- und „Trittbrettfahrer“-Problematiken finden

ii) Förderliche Rahmenbedingungen entwickeln

- Möglichkeiten für die Akkreditierung für Einrichtungen der freiwilligen Selbstkontrolle schaffen
- Rechtsicherheit darüber erhöhen, ob die im Rahmen der Selbstregulierung getroffenen Regelungen vor Gericht Bestand haben

iii) Anreize ausbauen

- Ermächtigungen schaffen, dass staatliche Aufsichtsbehörden Selbstregulierung anstoßen können
- Anerkennung von Verhaltenskodizes (z.B. durch die Behörden). Ggf. die Schaffung eines Anspruchs von Branchenverbänden, eine Genehmigung für einen Kodex durch die zuständigen Behörden innerhalb einer angemessenen Frist zu erhalten, sofern die gesetzlichen Anforderungen eingehalten wurden
- Einführung von Gütesiegeln für anerkannte Kodizes (Registrierung der Kodizes bei staatlichen Stellen)
- Berücksichtigung dieser Kodizes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge
- Reduktion des Risikos von Sanktionen durch die Aufsichtsbehörden durch Beitritt zu einer anerkannten freiwilligen Selbstkontrolle
- Einheitliche Rechtsauslegung durch die unterschiedlichen zuständigen Datenschutzaufsichtsbehörden
- Rechtliche Möglichkeiten des Regulierers im Fall des Versagens von Ko-Regulierung

iv) Bereitschaft der Wirtschaft, sich an der Ko- und Selbstregulierung zu beteiligen, fördern

---

<sup>84</sup> SRIW (2014), Chancen und Voraussetzungen effektiver Selbst- und Ko-Regulierung zur Förderung des Verbraucherschutzes und des Datenschutzes in der digitalen Welt, S. 3, 4; BITKOM, Stellungnahme: Verankerung von Selbstregulierung im Datenschutz in der EU-Datenschutz-Grundverordnung, 2013, S. 2, 4 abrufbar unter [http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM\\_und\\_SRIW\\_Stellungnahme\\_Selbstregulierung\\_DS-VO\\_final.pdf](http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM_und_SRIW_Stellungnahme_Selbstregulierung_DS-VO_final.pdf) (zul. abgerufen 13.04.2015; Dehmel, in: Baums/Scott (Hrsg.), Kompendium Digitale Standortpolitik. Vom 1x1 zum 3x3, 2013, S. 162, 164.

- Maßnahmen treffen, um die Bereitschaft der Unternehmen für einen Einsatz von Ko- und Selbstregulierung zu fördern
- v) Offenheit staatlicher Akteure für alternative Regulierungsformen fördern
- Offenheit staatlicher Akteure für alternative Regulierungsformen erhöhen

**6) Zwischenfazit: Alternative Regulierungsansätze wie die Ko-Regulierung sollten als mögliche Regulierungsalternativen stärker als bislang berücksichtigt werden. Allerdings bedürfen sie eines regulierten Rahmens, um wirksam zu sein. Diesen gilt es, im Rahmen der Digitalen Agenda der Bundesregierung und darüber hinaus zu entwickeln:** Alternative Regulierungsansätze wie die Ko-Regulierung stellen demnach einen sinnvollen ergänzenden Weg für die staatliche Regulierung dar. Die Ko-Regulierung zeichnet sich gerade vor dem Hintergrund der Herausforderungen der Informationsgesellschaft dadurch aus, dass sie flexibel und anpassungsfähig ist, die Möglichkeit bietet, Detailregelungen für bestimmte Sektoren und Handlungsfelder zu erlassen und diese Regelungen „auszuprobieren“, die Expertise der jeweiligen Stakeholder berücksichtigt und insgesamt die Eigeninitiative der Stakeholder fördert.

Gleichwohl zeigt die Diskussion, dass dieser Ansatz nur wirksam werden kann, wenn er in einen Regulierungsrahmen eingebettet ist. Ein solcher Regulierungsrahmen muss sowohl *Mindestanforderungen an die Standardsetzung und -durchsetzung* definieren als auch *angemessene Rahmenbedingungen* schaffen. In diesem Sinn kann von einer **doppelten geteilten Verantwortung** gesprochen werden: Zum einen erhebt die Ko-Regulierung nicht den Anspruch, staatliche Regulierung zu ersetzen. Es geht ihr stattdessen um eine Ergänzung staatlicher Regelsetzung in ausgewählten und insbesondere untergesetzlichen Bereichen sowie darum, diese Regelungen besser durchzusetzen. (Im Rahmen von Rechtsetzungsprozessen auf EU-Ebene könnte die Ko-Regulierung auch als alternatives Instrument zu delegierten Rechtsakten oder Durchführungsbestimmungen der Kommission in Betracht kommen.<sup>85</sup>) Zum anderen ist eine effektive Ko-Regulierung selbst auf einen gesetzlich fixierten Rahmen angewiesen, um effektiv, legitim und glaubwürdig zu sein.

Im Kern geht es demnach darum, die Selbstregulierung zu regulieren und ihr einen gesetzlichen Handlungsrahmen zu geben. Im Folgenden wird der Fokus daher auf die Ko-Regulierung und nicht mehr auf die Selbstregulierung gelegt.

---

<sup>85</sup> Vorschlag der Bundesregierung für eine neue Fassung von Artikel 38 (Verhaltensregeln) und für einen neuen Artikel 38a (Einrichtungen der Freiwilligen Selbstkontrolle) der Datenschutz-Grundverordnung (Entwurf), 2013, S. 1.

## 4. Verfassungsrechtliche Anforderungen und nationale und internationale Lehren für die Ko-Regulierung

In diesem Kapitel geht es zum einen um die Frage, welchen verfassungsrechtlichen Anforderungen die Ko-Regulierung genügen muss. Zum anderen wird analysiert, was aus nationalen und internationalen Erfahrungen hinsichtlich der Regulierung der Ko-Regulierung gelernt werden kann. Welche Mindestanforderungen müssen hinsichtlich der *Standardsetzung* gelten? Welchen Mindestanforderungen muss die *Standarddurchsetzung* genügen? Welche allgemeinen Rahmenbedingungen sollten geschaffen werden, um Anreize für die Ko-Regulierung zu bieten?

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die (rechts-) wissenschaftliche Aufarbeitung der Ko- und Selbstregulierung je nach betroffener Teildisziplin unterschiedlich vorangeschritten ist: Während das öffentliche Recht bereits früh verfassungs- und verwaltungsrechtliche Anforderungen an die Ko- und Selbstregulierung und ihre rechtliche Anerkennung formuliert hat, wird für das Privatrecht noch im Jahr 2010 konstatiert, dass es an einem übergreifenden System fehle.<sup>86</sup> Es gibt jedoch zahlreiche sowohl im öffentlichen als auch im privaten Recht eingreifende Selbstregulierungen (vom Bank- und Versicherungsrecht über das Presse- und Rundfunkrecht,<sup>87</sup> das Bilanzrecht<sup>88</sup> bis hin zum Wettbewerbsrecht (UWG)<sup>89</sup>), die im Rahmen der vorliegenden Studie jedoch nicht alle systematisch aufgegriffen werden können.

### 4.1. Mindestanforderungen hinsichtlich der Standardsetzung

Wenn privat gesetzte Standards mehr als ein Gütesiegel im freien Wettbewerb sein sollen, sondern zumindest begrenzte rechtliche Wirkungen herbeiführen sollen (rechtsgebietsübergreifend mit entsprechenden Modifikationen je nach Rechtsnorm), bedarf der Prozess der Standardsetzung einer gewissen Institutionalisierung, bei der Mindestanforderungen eingehalten werden.

#### 4.1.1. Grundsätze

Zwar stehen der Verwendung von privaten oder im Rahmen einer Ko-Regulierung gesetzten Standards keine grundlegenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber. So hat das BVerfG betont, dass bei möglichst flexiblen und kontinuierlichen Anpassungen im Rahmen einer komplexen Materie vom

---

<sup>86</sup> *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 6 f.

<sup>87</sup> S. etwa *Gottzmann*, Möglichkeiten und Grenzen der freiwilligen Selbstkontrolle in der Presse und der Werbung, 2005, passim; *Ullrich*, MMR 2005, 743 ff.

<sup>88</sup> Die International Financial Standards of Reporting (früher IAS) sind das Kardinalbeispiel, s. dazu *Köndgen*, AcP 2006, 478, 491 f., s. auch oben S. 19

<sup>89</sup> S. etwa *Teubner*, Standards und Direktiven in Generalklauseln, 1971, S. 94 f.

Gesetzgeber die Anforderungen nicht selbst formuliert werden könnten.<sup>90</sup> Gerade im technischen Sicherheitsrecht darf sich der Gesetzgeber auf unbestimmte Rechtsbegriffe beschränken, da deren Offenheit Raum lässt für einen dynamischen Grundrechtsschutz.<sup>91</sup> Jedoch muss der Legitimationsverlust privat gesetzter Standards durch eine Sicherung demokratischer Strukturen des Normungsprozesses selbst kompensiert werden. Gerade die intensive Diskussion in den neunziger Jahren führte zur Erkenntnis, dass der Verlust an Publizität, Transparenz und öffentlicher Diskussion durch organisatorische und verfahrensmäßige Vorkehrungen und Anforderungen an die pluralistische Zusammensetzung der Gremien aufgefangen werden muss.<sup>92</sup> Damit ist nicht eine Forderung nach Demokratisierung der Verbände, sondern der Normsetzungen verbunden, die zwar außerhalb der staatlichen Sphäre stattfinden, aber vom Staat faktisch zu Normen umgesetzt werden. Neben den für Sachverständigengremien und für die Entwicklung sowie Festlegung von Normen üblichen Kriterien der Objektivität, des Sachverständes des Gremiums, der Unabhängigkeit sowohl hinsichtlich Trägerschaft als auch der Mitglieder des Gremiums, der Neutralität, der Ausgewogenheit hinsichtlich der verschiedenen Vertreter, der Dokumentation der Entscheidungsfindung und der Festlegung von Verfahrensgrundsätzen, müsste der Gesetzgeber aufgrund der damit verbundenen Zielkonflikte vor allem folgende Fragen entscheiden:<sup>93</sup>

- die Festlegung und Abgrenzung der Verfahrensbeteiligten,
- die Sicherung der Subjektstellung der Beteiligten oder Minderheitenrechte im Verfahren,
- die Gewährleistung vollständiger und unverzerrter Informationsströme,
- die Berücksichtigung des Zeitfaktors und
- die Sach- und Gemeinwohlrichtigkeit.

So attestiert das BVerwG etwa den Normenausschüssen des DIN zwar den benötigten Sachverstand und die Verantwortlichkeit für das allgemeine Wohl, doch verweist das Gericht auf die Angehörigkeit der Vertreter bestimmter Branchen und Unternehmen, die ihre eigenen Interessenstandpunkte vertreten, so dass die Ergebnisse ihrer Beratungen nicht unkritisch als geronnener

---

<sup>90</sup> BVerfGE 49, 89 (134 ff) – Kalkar; vgl. zur Wesentlichkeitslehre auch BVerfGE 40, 237, 248 ff.; BVerfGE 68, 1, 108 ff.; *Stern*, Staatsrecht, Bd. II, 1980, S. 572 ff. mwNachw.

<sup>91</sup> BVerfGE 49, 89 (135 f) – Kalkar; *Trute*, DVBl. 1996, 950, 956 f.

<sup>92</sup> So *Lübbe-Wolff*, ZG 1991, 219, 234, 242 ff., die als Vorbild die Verfahrensregelungen in den USA zur Ausarbeitung von agency regulations durch den Administrative Procedure Act (APA) 1946, heranzieht; *Trute*, DVBl. 1996, 950, 956; *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 1997, 160, 205 f.; vgl. auch die rechtspolitischen Vorschläge von *Battis/Gusy*, Technische Normen im Baurecht, 1988, Rn. 482–560, die z. B. die Entsendung von Vertretern des öffentlichen Interesses (Rn. 508 ff), die Vorgabe von rechtlichen Kriterien für die Normung in den jeweiligen Gesetzen (Rn. 518 ff) sowie die Erlangung eigenen technischen Sachverständes (Rn. 523 ff); anders *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 467, der sich gegen eine Pluralisierung wendet, aber mangelnde Transparenz der Verfahren einräumt.

<sup>93</sup> Katalog nach *Denninger*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht, 1990, Rn. 177 ff.; *Steinberg*, in: *Steinberg (Hrsg.)*, Reform des Atomrechts, 1994, S. 82, 96 ff.; *Kloepfer/Elsner*, DVBl. 1996, 964, 971.

Sachverstand oder als Forschungsergebnisse verstanden werden dürften. Es dürfe nicht verkannt werden, dass es sich um Vereinbarungen interessierter Kreise handele, die eine bestimmte Einflussnahme auf das Marktgeschehen bezweckten, und die daher den Anforderungen an einen gerichtlichen Sachverständigen, etwa Neutralität und Unvoreingenommenheit, nicht genügen. Erst recht sei Zurückhaltung geboten, wenn die Aussagen nicht als außerrechtliche Fachfragen eingestuft werden könnten, sondern Bewertungen entgegengesetzter Interessen einschlossen, die an sich einer demokratisch legitimierten politischen Entscheidung in der Form einer Rechtsetzung bedürften. Das Gericht räumt den DIN-Normen jedoch im Rahmen der Gesamtwürdigung des Einzelfalles Indizienwirkung ein, lehnt jedoch eine weitergehende Bedeutung ab.<sup>94</sup>

Auch die zivilrechtliche Rechtsprechung (BGH) stellt Mindestanforderungen an technischen Normen, insbesondere unterwirft sie sie einer Kontrolle, inwieweit sie noch den Stand der Technik wiedergeben und nicht veraltet sind oder nur die Interessen einer bestimmten Industriegruppe wiedergeben.<sup>95</sup> Private Standards, die im Wesentlichen von einer bestimmten Interessengruppe gesetzt werden, sind kaum dazu geeignet, rechtliche Wirkung herbei zu führen. In allen Rechtsgebieten hat die Rechtsprechung seit jeher wegen der Einwirkung auf die Grundrechte Dritter davon abgesehen, einseitigen Standardsetzungen rechtliche Wirkung beizumessen. Dies gilt umso mehr, wenn es nicht nur um rein naturwissenschaftlich-technisches Expertenwissen geht, das sich in Standards niederschlägt, sondern wenn auch Wertungen im Rahmen von Standards im Vordergrund stehen. Bekannte Beispiele solcher Standards durch private oder halb-staatliche Gremien sind etwa die TA Lärm und die TA Luft. Daher ist eine möglichst weitgehende Berücksichtigung verschiedener Interessen erforderlich.<sup>96</sup> (Im Falle eines staatlichen Anerkennungsaktes einer privaten Norm, wie etwa im Produktsicherheitsrecht oder im Bilanzrecht, ersetzt dieser Rechtsakt die sonst u.U. fehlende Legitimation der Standards.)

Dementsprechend werden etwa zur Berücksichtigung von technischen Normen verschiedene Kriterien aufgestellt, die erfüllt sein müssen:<sup>97</sup>

- die Norm muss den Sachverhalt erfassen;
- sie darf nicht überholt sein; sie muss durch Sachverstand geprägt sein;
- die Standardsetzer müssen objektiv und neutral sein;
- insbesondere müssen die betroffenen Verkehrskreise an der Normsetzung beteiligt sein<sup>98</sup> und

---

<sup>94</sup> BVerwGE 77, 285, 291 f.; BVerwGE 79, 254, 264; BVerwGE 81, 197, 203 ff.; BVerwG NVwZ 1991, 884, 885; BVerwG UPR 1997, 101, 102; Gusy, VerwArch 1988, 68 ff.

<sup>95</sup> S. etwa BGH Urt. 10.3.1987 – VI ZR 144/86 NJW 1987, 2222 ff. – Komposthäcksler.

<sup>96</sup> Köndgen AcP 2006, 477, 522 f.: anders als Demokratieprinzip (Mehrheitsprinzip), Einbeziehung der Stakeholder; Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 278 f.

<sup>97</sup> S. zusammenfassend 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.

<sup>98</sup> BGH NJW 1987, 2222 ff. – Komposthäcksler.

- schließlich muss die Standardsetzung transparent und publik sein.<sup>99</sup>

Überdies finden sich Mindestanforderungen auch in internationalen und nationalen Standards (wie etwa dem ISO/IEC Guide 59 (Code of Good Practice for Standardization), dem *ISEAL Code of Good Practice*<sup>100</sup> oder der DIN 820), EU-Verordnungen und Richtlinien (wie etwa der Richtlinie 2009/125/EG zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte) oder anderen Kodizes. Von besonderer Bedeutung hierbei sind die *EU-Principles for Better Self- and Co-Regulation*.<sup>101</sup> Hierbei handelt es sich um Mindestanforderungen an Selbst- und Ko-Regulierung, die in den letzten Jahren im Rahmen eines Multistakeholderprozesses auf EU-Ebene entwickelt wurden.<sup>102</sup>

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen und die Anforderungen, die sich aus internationalen und nationalen Standards und Kodizes ergeben, stehen in folgendem Verhältnis zueinander: Je stärker die rechtliche Wirkung der im Rahmen der Ko-Regulierung gesetzten und durchgesetzten Standards sein soll, desto mehr müssen die Standardsetzung und -durchsetzung den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen. Das heißt im Umkehrschluss, dass Ko-Regulierungsansätze nicht zwingend allen im Folgenden genannten Anforderungen genügen müssen – sofern sie keine oder nur schwache rechtliche Bindungswirkungen entfalten wollen. Unterschreiten sie jedoch die dort genannten Anforderungen, leidet die Legitimität der Ko-Regulierung und damit wird auch deren rechtliche Wirkung hinfällig oder zumindest geschmälert. Dies kann sich wiederum negativ auf den Anreiz für Organisationen auswirken, sich an der Ko-Regulierung zu beteiligen. Möglich ist aber eine nachträgliche Heilung von Defiziten im Standardsetzungsverfahren, wenn eine Behörde den Standard anerkennt.

Aufbauend auf diesen rechtlichen Anforderungen und den Referenzdokumenten werden im Folgenden Mindestanforderungen für die Standardsetzung abgeleitet. Diese beziehen sich auf die folgenden Aspekte der Standardsetzung:

- Mit gesetzlichen Vorgaben konsistente und klare Zielformulierung, die einen Mehrwert versprechen
- Partizipativer Ansatz, der eine Mitwirkung wesentlicher Stakeholder gewährleistet
- Beschlussfassung, die eine substantielle Mitwirkung und Mitsprache wesentlicher Stakeholder sicherstellt
- Offenheit und Transparenz

<sup>99</sup> Müller-Foell, Die Bedeutung technischer Normen zur Konkretisierung von Rechtsvorschriften, 1997, S. 81 ff.

<sup>100</sup> ISEAL Alliance, Code of Good Practice for Setting Social and Environmental Standards, Rev. 2014.

<sup>101</sup> EU Kommission, Principles for Better Self- and Co-Regulation, 2014, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/information\\_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?action=display&doc\\_id=16](http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?action=display&doc_id=16) (zul. abgerufen 13.04.2015).

<sup>102</sup> Überdies siehe: Verbraucherkommission Baden-Württemberg, Vom Labelmissbrauch zu Vertrauenslabels, 2011.

- Finanzierung, die Unparteilichkeit gewährleistet

#### 4.1.2. Mit gesetzlichen Vorgaben konsistente und klare Zielformulierungen, die einen Mehrwert versprechen

Soll ein Sachverhalt mithilfe der Ko-Regulierung geregelt werden, ist es in einem ersten Schritt notwendig, die Ziele klar zu definieren. Hierbei sind drei Aspekte hervorzuheben:

Erstens ist sicherzustellen, dass die Ziele der Ko-Regulierung mit gesetzlichen Vorgaben konsistent sind und öffentliche Interessen mit diesem Ansatz erreicht werden. So argumentiert die OECD etwa, dass: „An effective self or co-regulatory regime [...] be well integrated and consistent with other existing legislation“<sup>103</sup> sein sollte. Hierfür ist es sinnvoll, zu Beginn des Standardsetzungsprozesses *Terms of Reference* zu erstellen, in denen der Gegenstandsbereich und die Ziele definiert werden und in denen erläutert wird, warum diese Ziele mithilfe der Ko-Regulierung erreicht werden sollen.<sup>104</sup>

Zweitens sind die Ziele klar und eindeutig zu definieren. Um die Wirksamkeit der Ko-Regulierung (ex-post) messbar machen zu können, ist es notwendig, sowohl den Ausgangspunkt zu bestimmen (d.h. die Baseline) als auch die Ziele, die sich die Teilnehmer der Ko-Regulierung gesetzt haben. Auf der Grundlage der Baseline und der Ziele können dann Zwischenziele und dazugehörige Indikatoren abgeleitet werden.<sup>105</sup>

Drittens ist bei der Zielformulierung Wert darauf zu legen, dass diese einen „Mehrwert“ liefert.<sup>106</sup> Dieser Mehrwert kann auf unterschiedliche Arten geleistet werden. So kann der Mehrwert darin liegen, dass

1. für einen Sachverhalt, der bis dahin noch völlig unregelt ist, eine Regulierung geschaffen wird.
2. für Themenfelder, in denen es bereits eine Regulierung gibt, diese aber Graubereiche aufweist, eine untergesetzliche Konkretisierung vorgenommen wird.
3. für einen Sachverhalt, der bereits reguliert ist, eine Regelung getroffen wird, die freiwillige über das gesetzliche Niveau hinausgehende Anforderungen vorsieht.

<sup>103</sup> OECD, *Alternatives to Traditional Regulation*, 2006, S. 42; Siehe hierzu auch: OECD, *Recommendations of the Council on Regulatory Policy and Governance*, 2012, S. 26; EU Kommission, *Principles for Better Self- and Co-Regulation*, 2014, 1.5 Legal Compliance, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/information\\_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?action=display&doc\\_id=16](http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?action=display&doc_id=16) (zul. abgerufen 13.04.2015).

<sup>104</sup> Siehe hierzu auch: *ISEAL Alliance*, *Code of Good Practice for Setting Social and Environmental Standards*, Clause 5.1.

<sup>105</sup> EU Kommission, *Principles for Better Self- and Co-Regulation*, 2014, 1.4 Objectives, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/information\\_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?action=display&doc\\_id=16](http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?action=display&doc_id=16) (zul. abgerufen 13.04.2015), und Anhang VIII Punkt 4 der Richtlinie 2009/125/EG.

<sup>106</sup> Siehe hierzu: Anhang VIII Punkt 2 der Richtlinie 2009/125/EG. *Verbraucherkommission Baden-Württemberg*, *Vom Labelmissbrauch zu Vertrauenslabels*, 2011, S. 2.

#### 4.1.3. Partizipativer Ansatz, der eine Beteiligung wesentlicher Stakeholder gewährleistet

Vor dem Hintergrund der Zielformulierung sind dann die relevanten Stakeholder zu identifizieren und in den Standardsetzungsprozess einzubeziehen. Gemäß ISO 26.000 können Stakeholder als Akteure definiert werden, die ein Interesse an den Entscheidungen und Aktivitäten einer Organisation haben oder von den Entscheidungen und Aktivitäten der Organisation betroffen sind.<sup>107</sup> Zu den Stakeholdern zählen demnach sowohl Akteure, die ein Eigeninteresse an der Ko-Regulierung haben als auch solche, die von der Ko-Regulierung (direkt oder indirekt) betroffen wären. – Im Bereich der Informationsgesellschaft zählen hierzu insbesondere: Unternehmen und deren Verbände, Verbraucher- und Bürgerrechtsorganisationen, Repräsentanten aus Exekutive und Legislative sowie Aufsichtsbehörden.

Die Einbeziehung der Stakeholder sollte überdies so erfolgen, dass sich auch solche, die sich nicht gleich von Beginn an einbringen konnten, zu einem späteren Prozessschritt noch einbringen können.<sup>108</sup>

In der Praxis stellt sich bei der Stakeholderintegration oft die Frage, zu welchem Zeitpunkt die Gesamtheit der Stakeholder eingebunden werden sollte. Prinzipiell werden zwei Varianten angewendet. Zum einen können alle Stakeholder von Anbeginn in die Standardsetzung eingebunden werden. Zum anderen könnte eine Kerngruppe mit der Standardsetzung beginnen und den erweiterten Kreis (gerade auch kritischer) Stakeholder zu einem späteren Zeitpunkt einbinden. Entscheidend bei der zweiten Variante ist jedoch, dass der erweiterte Kreis von Stakeholdern eine substantielle Möglichkeit erhalten muss, Einfluss auf die Standardsetzung zu nehmen. Dies betrifft insbesondere auch die Beschlussfassung (siehe nächster Punkt).

Das britische Office of Fair Trading (OFT) hatte diesbezüglich eine Richtlinie veröffentlicht. Diese sieht vor, dass eine Behörde, die ein Gütesiegel für Ko-Regulierung („approval scheme“) betreibt, die für den jeweiligen Sachverhalt relevanten Stakeholder identifiziert. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass die Ko-Regulierung auch tatsächlich für Bürger und Verbraucher relevante Ergebnisse produziert.<sup>109</sup>

#### 4.1.4. Beschlussfassung, die eine substantielle Mitwirkung und Mitsprache wesentlicher Stakeholder sicherstellt

Um eine substantielle Mitwirkung und Mitsprache aller Stakeholder zu gewährleisten, sollte die Standardsetzung möglichst einstimmig und bei Mehrheitsbeschlüssen nicht gegen die Interessen einer relevanten Minderheit, etwa der Verbraucherschutzverbände, erfolgen. So hat der BGH einer DIN-Norm

---

<sup>107</sup> ISO 26000: Guidance on social responsibility, 2010, S. 4.

<sup>108</sup> *EU Kommission*, Principles for Better Self- and Co-Regulation, 2014, 1.1 Participants, abrufbar unter

[http://ec.europa.eu/information\\_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?action=display&doc\\_id=16](http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?action=display&doc_id=16) (zul. abgerufen 13.04.2015).

<sup>109</sup> *Office of Fair Trading*, Consumer Codes Approval Scheme - Core criteria and guidance, 2013, S. 11.

die Anerkennung versagt, weil sie einseitig die Interessen des entsprechenden Industriezweigs widerspiegelte und gegen die Stimmen der Stiftung Warentest und der Verbraucherschutzverbände durchgesetzt wurde.<sup>110</sup> Daher sind qualifizierte Mehrheitsvorgaben erforderlich, so dass die Standardsetzung unter Berücksichtigung auch von Minderheitsinteressen erfolgt.<sup>111</sup>

Dieses qualifizierte Mehrheitsprinzip findet man etwa auch in der internationalen Normung. Hier wird ein Konsens definiert als: „General agreement, characterised by the absence of sustained opposition to substantial issues by any important stakeholder group.“<sup>112</sup>

#### 4.1.5. Offener und transparenter Prozess

Zu den erforderlichen Elementen einer Ko-Regulierung, die erfüllt werden müssen, um eine rechtliche Wirkung entfalten zu können, gehören ferner Anforderungen an die Transparenz und Publizität des Verfahrens und der beschlossenen Standards.<sup>113</sup>

Das heißt insbesondere, dass:<sup>114</sup>

- öffentlich über den Standardsetzungsprozess informiert wird,
- Zwischenstände des Standardsetzungsprozesses publik gemacht werden, sodass Externe auch eine Stellungnahme abgeben können. Hierfür kann es sinnvoll sein, eine öffentliche Konsultation vorzusehen,<sup>115</sup>
- die beschlossenen Standards publiziert werden, so dass jedermann die Regelungen einsehen kann,
- die Verfahren bis hin zur Beschlussfassung dokumentiert werden, einschließlich der Interessenabwägungen, die zur Standardsetzung führen, um nachvollziehen zu können, von welchen Erwägungen sich das Gremium leiten ließ.

Als ein mögliches Vorbild hierfür kann die DIN 820-4 zur Normungsarbeit dienen, die detailliert das Verfahren der Normung bis hin zur Beschlussfassung regelt.<sup>116</sup>

#### 4.1.6. Finanzierung, die Unparteilichkeit gewährleistet

Eng mit der pluralen Besetzung von standardsetzenden Gremien verbunden ist die Frage nach ihrer Finanzierung. Häufig wird bemängelt, dass Normungs- und Standardisierungsgremien von bestimmten Interessengruppen finanziell abhängen, etwa wenn Sekretariate für Normungen von einem bestimmten

---

<sup>110</sup> BGH NJW 1987, 2222 ff. – Komposthäcksler.

<sup>111</sup> S. auch *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 287 f.

<sup>112</sup> ISO/IEC Guide 2:2004.

<sup>113</sup> *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 110 f., 272 f.; *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 1997, 160, 205f.; *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 283 ff.

<sup>114</sup> *Müller-Foell*, Die Bedeutung technischer Normen für die Konkretisierung von Rechtsvorschriften, 1987, S. 99 ff.; *Hommelhoff/Schwab*, in: FS Kruse, 2001, S. 693, 708; *Augsberg*, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft, 2003, S. 208 f.; *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 289 f.

<sup>115</sup> *ISEAL Alliance*, Code of Good Practice for Setting Social and Environmental Standards, Rev. 2014, Clause 5.4.

<sup>116</sup> Derzeitiger Stand DIN 820-4:2014-06.

Unternehmen „gestellt“ bzw. finanziert werden. Die plurale Interessenvertretung kann in der Praxis etwa schon an simplen Fragen der Reisekostenübernahme von Stakeholdern scheitern. Umgekehrt ist auch eine rein staatliche Finanzierung fraglich, da hier wiederum der Charakter der privaten Selbstregulierung in den Hintergrund treten würde.<sup>117</sup> Daher bietet sich als Ideallösung die Gründung einer Stiftung an, die die Arbeit eines solchen Gremiums finanzieren könnte. Hierdurch sollte insbesondere auch sichergestellt werden, dass zivilgesellschaftliche Organisationen finanziell etwa durch die Übernahme von Reisekosten befähigt werden, an Gremiensitzungen teilzunehmen.

Über die Finanzierung ist in jedem Fall öffentlich Rechenschaft abzulegen.

## 4.2. Mindestanforderungen hinsichtlich der Standarddurchsetzung

Für eine erfolgreiche Regulierung kommt es ferner darauf an, dass Regelungen auch effektiv durchgesetzt werden.<sup>118</sup> Es überrascht daher nicht, dass die Frage einer angemessenen Standarddurchsetzung im Rahmen der Ko-Regulierung einen festen Bestandteil sowohl der Rechtsprechung als auch nationaler und internationaler guter Praxis darstellt.

Wesentlich für eine effektive Standarddurchsetzung sind die folgenden Elemente:<sup>119</sup>

- Verbindliche Verpflichtungserklärungen der teilnehmenden Organisationen
- Monitoring, Evaluierung und kontinuierliche Weiterentwicklung
- Effektive Beschwerdemechanismen und Streitbeilegung
- Wirksame Sanktionen

### 4.2.1. Verbindliche Verpflichtungserklärungen der teilnehmenden Organisationen

Damit die Ko-Regulierung wirken kann, müssen sich die teilnehmenden Organisationen dazu verpflichten, sich an die im Standard niedergelegten Ziele zu halten und diese umzusetzen. Organisationen können eine solche Selbstverpflichtung etwa durch Pressemitteilungen zum Beitritt einer Ko-Regulierungsinitiative oder auch durch eine Berücksichtigung in den organisationsinternen Kodizes zum Ausdruck bringen. Auch müssen die teilnehmenden Organisationen sicherstellen, dass die für die Umsetzung

---

<sup>117</sup> S. schon *Hommelhoff/Schwab* BFuP 1998, 38, 51; *Hommelhoff/Schwab*, in: FS Kruse, 2001, S. 693, 711 f.; zum Ganzen *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 282 f.

<sup>118</sup> *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 278, dazu auch *Augsberg*, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft, 2003, S. 229; *Brennecke*, Normsetzung durch private Verbände, 1996, S.169.

<sup>119</sup> Siehe hierfür auch: *European Economic and Social Committee*, Self-regulation and co-regulation in the Community legislative framework (DRAFT), 2014, Abschnitte 1.6 und 5.22; *European Economic and Social Committee*, European Self- and Co-Regulation, 2014, S. 23-29.

notwendigen personellen und finanziellen Ressourcen vorhanden sind und bereitgestellt werden.<sup>120</sup>

#### 4.2.2. Monitoring, Evaluierung und kontinuierliche Weiterentwicklung

Im Abschnitt 4.1.2 wurde aufgezeigt, dass im Rahmen der Standardsetzung Ziele, Zwischenziele und Indikatoren definiert werden müssen. Diese gilt es, im Rahmen eines Monitorings und einer Evaluierung zu überwachen.

Der Monitoring und Evaluierungs-Prozess sollte den folgenden Anforderungen genügen:<sup>121</sup>

- Die Trägerorganisation muss eine Methodik für das Monitoring entwickeln. Hierbei sind die unterschiedlichen Stakeholder – wie auch bei der Standardsetzung – zu involvieren.<sup>122</sup> Die Methodik muss gewährleisten, dass die Wirkungen der Ko-Regulierung hinsichtlich der Ziele überprüft werden kann. In der Methodik sollten auch die Grenzen des Monitorings klar benannt werden.
- Wesentliche Daten, die im Monitoring auf jeden Fall berücksichtigt werden sollten, sind Informationen über Zufriedenheits- und Bekanntheitswerte, Beschwerden und der Umgang mit Beschwerden. Auch können – je nach Anwendungsgebiet – Mystery-Shopping-Ergebnisse sinnvolle Daten liefern.
- Die Trägerorganisation hat dafür Sorge zu tragen, dass die für das Monitoring benannten Personen entsprechend qualifiziert und mit den für das Monitoring notwendigen Ressourcen ausgestattet sind.
- Auf der Grundlage der Ergebnisse des Monitorings muss die Trägerorganisation die Zielerreichung der Ko-Regulierung in regelmäßigen Abständen überprüfen. Hierbei geht es um die Fragen, ob die Standards weiterentwickelt werden müssen, ob die Standarddurchsetzung angepasst werden muss, ob un intendierte Nebeneffekte eintreten oder ob die Zielerreichung insgesamt verbessert werden kann.
- Die Evaluationsergebnisse sind zu veröffentlichen. Die Ergebnisse sollten mit den Stakeholdern diskutiert und gemeinsame Schlussfolgerungen abgeleitet werden.<sup>123</sup>
- Gerade wenn es an einem öffentlichen Vertrauen in die Ko-Regulierung mangelt, sollte in regelmäßigen Abständen (jährlich oder zweijährlich) eine durch unabhängige Dritte durchgeführte Evaluierung vorgenommen werden.

---

<sup>120</sup> *Office of Fair Trading*, Consumer Codes Approval Scheme - Core criteria and guidance, 2013, S. 9-10.

<sup>121</sup> *EU Kommission*, Principles for Better Self- and Co-Regulation, 2014, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/information\\_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?action=display&doc\\_id=16](http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?action=display&doc_id=16), S. 2 (zul. abgerufen 13.04.2015); *OECD*, Alternatives to Traditional Regulation, 2006, S. 43-45; *ISEAL Alliance*, Assessing the Impacts of Social and Environmental Standards System, 2014; *EU Kommission*, Guidelines on the self-regulation measures concluded by industry under the Ecodesign Directive 2009/125/EC, 2013, S. 5.

<sup>122</sup> *EU Kommission*, Guidelines on the self-regulation measures concluded by industry under the Ecodesign Directive 2009/125/EC, 2013, S. 12.

<sup>123</sup> Anhang VIII Punkt 5 der Richtlinie 2009/125/EG.



- Je nachdem, ob ein externes Gremium bzw. eine Aufsichtsbehörde für die Standarddurchsetzung (mit-)verantwortlich ist, sollte eine Berichtspflicht der Trägerorganisation gegenüber diesem Gremium bzw. der Aufsichtsbehörde eingeführt werden. Im Rahmen dieser Pflicht sollte die Trägerorganisationen jährlich über die folgenden Aspekte informieren: Änderungen am Standard, Beschwerden von Dritten und deren Beilegung, die Ergebnisse des Monitorings und der Evaluierung sowie Sanktionsmaßnahmen. Es wäre sinnvoll, wenn diese Informationen von einem unabhängigen Dritten erstellt würden und um Handlungsvorschläge ergänzt wären.<sup>124</sup>

#### 4.2.3. Effektive Beschwerdemechanismen und Streitbeilegung

Meinungsverschiedenheiten und Streitigkeiten können sowohl zwischen den Stakeholdern der Trägerorganisation als auch zwischen der Trägerorganisation und Dritten entstehen. Interne Meinungsverschiedenheiten sollten nach internen Verfahrensregeln gelöst werden, die insbesondere auch die Regeln zur Beschlussfassung, die im Abschnitt 4.1.4 behandelt wurden, berücksichtigen.

Ein unabhängiger Beschwerdeausschuss sollte sich mit Beschwerden Dritter befassen. Die Beschwerden Dritter sollten im Monitoring und der Evaluierung berücksichtigt und veröffentlicht werden.<sup>125</sup>

#### 4.2.4. Wirksame Sanktionen

Verstöße von Mitgliedern gegen den Standard sind zu sanktionieren. Fehlende Sanktionen werden von einigen Autoren auch als „Todsünde“ der Selbstregulierung angesehen.<sup>126</sup> Hierfür sind Verfahren zu entwickeln, die sowohl unabhängig als auch fair sind und ein abgestuftes Vorgehen vorsehen.<sup>127</sup> Unabhängig bedeutet, dass mindestens die Hälfte der Mitglieder des Gremiums, das für die Sanktionen zuständig ist, aus Personen bestehen sollte, die nicht mit der Trägerorganisation und der beschuldigten Organisation in Verbindung stehen. Fair bedeutet, dass die beschuldigte Organisation ein Anrecht hat zu erfahren, worin der Vorwurf besteht und seinen Standpunkt vortragen kann. In den Abstufungen können vorgesehen werden: Warnungen, Bußgelder bis hin zu einem Entzug der Mitgliedschaft.

Die Entscheidungen des Gremiums sind zu veröffentlichen.

---

<sup>124</sup> *Office of Fair Trading*, Consumer Codes Approval Scheme - Core criteria and guidance, 2013, S. 35.

<sup>125</sup> *EU Kommission*, Principles for Better Self- and Co-Regulation, 2014, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/information\\_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?action=display&doc\\_id=16](http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?action=display&doc_id=16), S. 2 (zul. Abgerufen 13.04.2015).

<sup>126</sup> *Schulz/Held*, Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens - Im Auftrag des Bundesbeauftragten für Angelegenheiten der Kultur und der Medien, 2002, abrufbar unter [https://www.hans-bredow-institut.de/webfm\\_send/53](https://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/53) (zul. abgerufen 13.04.2015), S. D-4.

<sup>127</sup> *Verbraucherkommission Baden-Württemberg*, Vom Labelmissbrauch zu Vertrauenslabeln, 2011, S. 3; *Office of Fair Trading*, Consumer Codes Approval Scheme - Core criteria and guidance, 2013, S. 39.

## 4.3. Rahmenbedingungen

Neben den materiellen und prozeduralen Mindestanforderungen an die Standardsetzung und -durchsetzung, die sich aus den verfassungsrechtlichen Anforderungen sowie aus nationalen und internationalen Erfahrungen ergeben, ist eine erfolgreiche Ko-Regulierung auf eine Reihe von Rahmenbedingungen angewiesen. Wie im Abschnitt 3.4.3 gezeigt wurde, müssen Antworten auf eine Reihe von Herausforderungen gefunden werden. Hierzu zählen etwa Lösungsansätze für grundlegenden Dilemmata der Ko-Regulierung (insb. der „Free-Rider“ und „Trittbrettfahrer“-Problematiken), förderliche Rahmenbedingungen (wie Möglichkeiten für eine Akkreditierung und eine Erhöhung der Rechtssicherheit), einen Ausbau von Anreizen (Behörden ermächtigen, eine Ko-Regulierung anzustoßen, die öffentliche Anerkennung von Verhaltenskodizes, Einführung von Gütesiegeln für anerkannte Kodizes, etc.) und die Bereitschaft von Unternehmen erhöhen, sich an der Ko-Regulierung zu beteiligen.

Aufbauend auf verfassungsrechtlichen Erwägungen und nationalen und internationalen Erfahrungen werden diese Aspekte in den folgenden Abschnitten adressiert.

### 4.3.1. Aktive Rolle staatlicher Institutionen

Nationale und internationale Erfahrungen mit der Ko-Regulierung zeigen, dass diese nur dann erfolgreich sein kann, wenn staatliche Institutionen die Ko-Regulierungsaktivitäten aktiv flankieren.<sup>128</sup> Hierbei sind positive und negative Anreize zu unterscheiden. Die *positiven Anreize* reichen von der Bereitstellung einer öffentlichen Plattform, auf der sich die Stakeholder austauschen können über eine finanzielle Teilförderung von Ko-Regulierungsansätzen gerade in der Anfangsphase (wie es etwa beim Forum Nachhaltiges Palmöls in Deutschland der Fall war), gesetzlich verpflichtende Ko-Regulierungen bis hin zu Fragen einer Erhöhung der Rechtssicherheit. – Diese Aspekte werden im Abschnitt 4.3.3 vertieft behandelt.<sup>129</sup>

Überdies sollten staatliche Institutionen die Ko-Regulierung auch durch *negative Anreize* fördern. So kommen *Schulz und Held* etwa zu dem Urteil, „dass es der Androhung imperativer Steuerung für den Fall des Versagens der Selbstregulierung bedarf, um die Ziele der Regulierung zu sichern und um die Unternehmen zur Kooperation zu motivieren.“<sup>130</sup> Das heißt, dass staatliche Institutionen klare Erwartungen hinsichtlich der Ko-Regulierung formulieren und die Zielerreichung evaluieren sollten. Sollten die Ziele nicht erreicht werden, sollten die staatlichen Stellen – sofern dies inhaltlich möglich ist – damit drohen,

---

<sup>128</sup> *Ofcom*, Initial assessment of when to adopt self- or co-regulation, 2008; Anhang VIII Punkt 9 der Richtlinie 2009/125/EG.

<sup>129</sup> Siehe hierzu auch: *Bertelsmann Stiftung*, Fostering Corporate Responsibility through Self- and Co-Regulation, 2013, Kapitel 3.

<sup>130</sup> *Schulz/Held*, Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens - Im Auftrag des Bundesbeauftragten für Angelegenheiten der Kultur und der Medien, 2002, abrufbar unter [https://www.hans-bredow-institut.de/webfm\\_send/53](https://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/53) (zul. abgerufen 13.04.2015), S. 3.

notfalls staatlich zu regulieren und diese Drohung im Zweifelsfall in die Tat umsetzen.

Diese Überlegungen zeigen, dass die Art und Weise wie staatliche Stellen die Ko-Regulierung flankieren, bereits einen wesentlichen Erfolgsfaktor darstellen. Wie im Abschnitt 3.2 gezeigt, bieten sowohl die GGO als auch das Gesetz zur Einrichtung eines nationalen Normenkontrollrates erste Anknüpfungspunkte hierfür. Gleichwohl sollten diese Anknüpfungspunkte ausgebaut werden. Hierbei gilt es, die „Kultur“ zur staatlichen Regulierung, wie sie von der OECD angedeutet wird, zu durchbrechen (siehe hierzu auch Abschnitt 3.4.3).

Um diesen „Kulturwandel“ anzustoßen, sollte eine interministerielle Arbeitsgruppe eingerichtet werden. Ziel dieser Gruppe wäre es, nationale Erfahrungen mit der Ko-Regulierung auszuwerten, Lehren zu ziehen und Handlungsempfehlungen abzuleiten. Hierbei sollten Erfahrungen aus der Ko-Regulierung im Umweltbereich (TA-Luft, Ökodesign), Kapitalmarkt, Medienbereich oder auch dem nachhaltigen Konsum (Bündnisse wie das Textilbündnis oder das Forum Nachhaltiges Palmöl) sowie Erfahrungen mit der Ko-Regulierung von Seiten der Bundesbehörden berücksichtigt werden.

Auch sollten hier internationale Erfahrungen betrachtet werden. Interessante Beispiele finden sich auf der einen Seite in den Niederlanden. Der *Social and Economic Council*, der sich aus Vertretern der Wirtschaft, Zivilgesellschaft und Politik zusammensetzt, ist dort u.a. dafür zuständig, Selbstregulierungsaktivitäten im Bereich des Verbraucherschutzes zu fördern. Auf Initiative des Rates wurden beispielsweise Kodizes zum Labelling sowie Allgemeinen Geschäftsbedingungen entwickelt.<sup>131</sup>

Auf der andern Seite sollte das Beispiel des *Dänischen Verbraucherombudsmanns* betrachtet werden. Gemäß Abschnitt 24 des dänischen Marketing Practices Acts ist der Ombudsman dazu befugt, Richtlinien herauszugeben, die im Rahmen von Multi-Stakeholder-Prozessen entwickelt werden. Diese Richtlinien sollen insbesondere dann eingesetzt werden, wenn es eine Vielzahl von Verbraucherbeschwerden zu einem bestimmten Sachverhalt gibt oder die Unternehmen selbst um eine Regelung bitten. Mit den Richtlinien wird dann das Ziel verfolgt, für mehr Rechtssicherheit und eine bessere Rechtsdurchsetzung zu sorgen.<sup>132</sup>

Dieser Review-Prozess könnte vom Referat für ein Wirksames Regieren im Bundeskanzleramt flankiert bzw. koordiniert werden. Die Ergebnisse dieses Prozesses sollten u.a. in der Weiterentwicklung einer Methodik für die Gesetzesfolgenabschätzung<sup>133</sup> sowie in einer Richtlinie für effektive Ko-Regulierung der Bundesregierung münden.

#### 4.3.2. Lösungsansätze für grundlegende Dilemmata

Wie die Ausführungen in Abschnitt 3.4.3 zeigen, besteht eine der größten grundsätzlichen Herausforderungen der Ko-Regulierung darin, Antworten auf die „Free-Rider“- bzw. „Trittbrettfahrer“-Problematiken zu finden. Die

<sup>131</sup> van Mierlo, Self-regulation in the consumer field: the Dutch approach, 2011.

<sup>132</sup> Oe, Self- and co-regulation: The Danish Consumer Ombudsman's Experience, 2014.

<sup>133</sup> Siehe hierzu etwa: OECD, Report: Alternatives to Traditional Regulation, 2009, S. 17.

Herausforderung besteht hierbei darin, dass die Ko-Regulierung für die Unternehmen, die sich an ihr beteiligen, mit Kosten verbunden ist (sowohl für die Standardsetzung und -durchsetzung als auch für die Compliance mit dem Standard). Gleichzeitig ist es oft so, dass auch Unternehmen, die sich nicht an der Ko-Regulierung beteiligen, einen Vorteil durch die Ko-Regulierung haben – etwa durch die Verhinderung einer „harten“ Regulierung oder durch die positiven Reputationseffekte einer erfolgreichen Ko-Regulierung.

Die Kernfrage lautet also, durch welche Maßnahmen die „Free-Rider“- bzw. „Trittbrettfahrer“-Problematiken am besten entschärft werden können. Grundsätzliche kommen hierfür drei Maßnahmen infrage:

- **Sicherstellung einer möglichst umfassenden Branchenabdeckung:** Zum einen können diese Problematiken dadurch entschärft werden, dass eine Ko-Regulierung primär in solchen Sektoren eingeführt wird, in denen Verbände mit einer möglichst umfassenden Branchenabdeckung existieren. Die Verbände müssten dann im Zuge der Umsetzung der Ko-Regulierung die eigenen Mitglieder zu einer Teilnahme an der Ko-Regulierung verpflichten. Die Ökodesign-RL sieht etwa vor, dass die Ko-Regulierung mindestens 70% des Gesamtmarktes abdecken sollte.<sup>134</sup> – Hierbei ist allerdings darauf zu achten, dass nicht gegen Wettbewerbsbestimmungen verstoßen wird.<sup>135</sup>
- **Gewährleistung exklusiver Vorteile für die an der Ko-Regulierung teilnehmenden Unternehmen:** Der Anreiz für Unternehmen, sich an einer Ko-Regulierung zu beteiligen, steigt in dem Maße, in dem die aus der Ko-Regulierung resultierenden Vorteile *exklusiv* für die Teilnehmer an der Ko-Regulierung sind. Daher sollten die Ko-Regulierungsinitiativen ihren Mitgliedern exklusive Dienstleistungen anbieten: etwa Fachveranstaltungen in dem jeweiligen Themengebiet oder Austausch von Best Practices.
- **Gütesiegelsystem für glaubwürdige Ko-Regulierung:** In Großbritannien wurden gute Erfahrungen mit einem Verfahren gemacht, in dem glaubwürdige Ko-Regulierungen durch ein staatliches förmlich ausgezeichnet werden. Ursprünglich von der britischen Wettbewerbs- und Verbraucherschutzbehörde (OFT) ins Leben gerufen, wird das *Consumer Codes Approval Scheme* heute vom Trading Standards Institute betrieben. Die Idee hinter dem Programm ist, dass Selbstverpflichtungen, die den Mindestanforderungen des Programm genügen, das Label „TSI approved code“ tragen dürfen. Dieses Label darf von den Unternehmen werblich verwendet werden. Hierdurch können Unternehmen ihren Kunden gegenüber signalisieren, dass sie auf freiwilliger Basis Anforderungen genügen, die über das gesetzlich geforderte Mindestniveau hinausgehen.<sup>136</sup> Die Mindestanforderungen umfassen die Bereiche: Organisationsanforderungen, Vorbereitung,

---

<sup>134</sup> *Oftcom*, Initial assessments of when to adopt self- or co-regulation, 2008, S. 11. Siehe hierzu auch: *EU Kommission*, Guidelines on the self-regulation measures concluded by industry under the Ecodesign Directive 2009/125/EC, 2013, S. 4.

<sup>135</sup> *ibid.* und Anhang VIII Punkt 3 der Richtlinie 2009/125/EG.

<sup>136</sup> Siehe hierzu insbesondere: <http://www.tradingstandards.gov.uk/advice/Areyouabusiness.cfm> (zuletzt abgerufen am 13.04.2015).

### Inhalte der Selbstverpflichtungen, Beschwerdemanagement, Monitoring, Durchsetzung und Transparenz.<sup>137</sup>

Von einigen werden überdies Allgemeinverbindlichkeitserklärungen wie sie im TVG Anwendungen (§ 5 Abs. 1 TVG) finden ins Spiel gebracht. Allerdings können diese nicht ohne weiteres auf andere Selbstregulierungen übertragen werden. Denn die Allgemeinverbindlichkeitserklärung setzt ein öffentliches Interesse voraus, insbesondere um drohende wesentliche Nachteile für eine erhebliche Zahl von Arbeitnehmern abzuwenden.<sup>138</sup> So soll das öffentliche Interesse nach der Rechtsprechung des BVerfG gegeben sein, wenn durch die Allgemeinverbindlichkeitserklärung der Arbeitsfrieden gesichert werden kann, der sonst durch die Aushöhlung des Tarifvertrags gefährdet wäre.<sup>139</sup> Nicht dem öffentlichen Interesse unterfällt es aber, wenn die Allgemeinverbindlichkeitserklärung dem Schutz vor dem Wettbewerb durch Außenseiter dienen soll.<sup>140</sup> Im Rahmen der erst 2014 eingefügten Regelbeispiele des § 5 Abs. 1 S. 2 TVG soll das öffentliche Interesse vorliegen, wenn der Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen überwiegende Bedeutung erlangt hat oder wenn zur Absicherung der Wirksamkeit der tariflichen Normsetzung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklungen eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung erforderlich ist. Die Reichweite dieses zweiten Beispiels ist allerdings weitgehend ungeklärt;<sup>141</sup> sie darf jedenfalls nicht zum Schutz gegenüber Free-Ridern herangezogen werden, sondern nur zum Schutz vor Arbeitnehmern.

Aus diesen Gründen dürften Allgemeinverbindlichkeitserklärungen von Kodizes in anderen Rechtsbereichen erst recht kaum zur Anwendung gelangen, da allein der Schutz vor Konkurrenten schon aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG) nicht als Rechtfertigung genügen dürfte.

#### 4.3.3. Förderliche Rahmenbedingungen

Wie bereits mehrfach angedeutet, spielt das Problem der „Free-Rider“ eine erhebliche Rolle für die Akzeptanz durch Unternehmen. Dies lässt sich nur dadurch bewältigen, dass diejenigen, die Standards setzen und sie auch umsetzen bzw. sich der entsprechenden Kontrolle unterziehen, rechtliche Vorteile gegenüber den „Free-Ridern“ genießen können. Nur auf diese Weise erhalten die an der Standardsetzung und -durchsetzung beteiligten Unternehmen ausreichende Anreize.

Umgekehrt muss den oben dargelegten Geboten der Standardsetzung Rechnung getragen werden, um rechtliche Konsequenzen zu ermöglichen, insbesondere hinsichtlich der Beachtung durch Gerichte und Behörden.

---

<sup>137</sup> *Trading Standards Institute*, Consumer Codes Approval Scheme: Core criteria and guidance, 2013.

<sup>138</sup> *Franzen*, in: Erfurter Kommentar Arbeitsrecht, TVG § 5, Rn. 11.

<sup>139</sup> BVerfG, AP TVG, § 5 Nr. 15.

<sup>140</sup> *Franzen*, in: Erfurter Kommentar Arbeitsrecht, TVG § 5, Rn. 13.

<sup>141</sup> S. dazu *Franzen*, in: Erfurter Kommentar Arbeitsrecht, TVG § 5, Rn. 14a.

#### 4.3.3.1. Erhöhung der Rechtssicherheit – Einführung einer Vermutungswirkung

Werden Standards durch Ko-Regulierung gesetzt und genießen sie aufgrund der Ausgestaltung des Verfahrens eine erhöhte Legitimation, können sie auch rechtliche Wirkungen entfalten. In Betracht kommt vor allem die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe, indem branchen- und funktions-/dienstspezifische Standards entwickelt werden können, die dann durch Gerichte und Behörden beachtet werden, sei es im Zivilrecht oder im Öffentlichen Recht. Dabei muss die Konkretisierung im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht dahin gehen, dass Gerichte und Behörden abschließend an die Standards gebunden wären (sofern nicht bereits ein staatlicher Rezeptionsakt vorliegt, wie etwa im Bilanzrecht).

So hat die Rechtsprechung schon aufgrund der in ihnen enthaltenen technischen Expertise seit jeher den DIN-Normen (und ihrer Einhaltung) eine Bedeutung im Rahmen der Beweiswürdigung zugesprochen.<sup>142</sup> Im Produktsicherheitsrecht werden die von der EU akzeptierten CEN-Normen als Konkretisierung der Sicherheitsstandards verstanden, die von den Aufsichtsbehörden zugrunde zu legen sind und auch die Gerichte binden. Noch weiter geht etwa das Umweltrecht hinsichtlich der Normen TA Luft und TA Lärm, indem die Rechtsprechung diesen Normen eine sog. normkonkretisierende Wirkung beilegt, binden sie ebenfalls die Gerichte hinsichtlich der dort getroffenen Wirkungen.<sup>143</sup>

Diese bislang nur punktuell geltenden Wirkungen könnten generell fortgeschrieben und mit einer **gesetzlich verankerten Vermutungswirkung** wie im Produktsicherheitsrecht versehen werden. Dementsprechend könnten Unternehmen, die sich der Selbstregulierung angeschlossen haben, damit rechnen, dass zumindest im Wege des ersten Anscheins (prima-facie-Beweis) ein Gericht oder eine Behörde davon auszugehen hätte, dass das Unternehmen, das die Standards in seiner Branche einhält, sich auch gesetzeskonform verhält. Umgekehrt könnten in Einzelfällen, wenn ein begründeter Verdacht besteht, dass die Standards veraltet sind, nicht den oben entwickelten Kriterien entsprechen oder im Einzelfall strengere Maßstäbe gelten müssen, staatliche Instanzen (Gerichte, Behörden) höhere Anforderungen stellen, so dass auch aus verfassungsrechtlichen Gründen die staatliche Kontrolle nicht aufgegeben, sondern nur zurückgenommen wäre.

Damit derartige Standards die geschilderte Wirkung einer Vermutung rechtskonformen Verhaltens entfalten können, bedarf es jedoch eines rechtlichen Rahmens, der Vorgaben für die Standardsetzung entsprechend den in Abschnitt 4.1 beschriebenen Kriterien festlegt, und die staatliche Anerkennung regelt. Vorbild für derartige staatliche Anerkennungsakte ist hier der JMStV und die Anerkennung der freiwilligen Kontrolle nach § 20 JMStV (dazu sogleich).

Eine andere indirekte rechtliche Wirkung können Standards im Rahmen des Wettbewerbsrechts (UWG) als Gütesiegel entfalten, indem etwa die unzulässige Verwendung von solchen Auszeichnungen (vor dem Hintergrund eines

---

<sup>142</sup> S. dazu oben bei Fn. 32.

<sup>143</sup> Sog. normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften, s. BVerwG, DVBl 2007, 1564 = BVerwGE 129, 209.

Standards) einen Wettbewerbsverstoß in Gestalt irreführender Werbung darstellt.

#### 4.3.3.2. Kontinuierliche Evaluation von Standards und Kodizes

Erforderlich ist aber auch eine fortgesetzte, kontinuierliche Überprüfung der Standards und Kodizes im Hinblick auf Erfahrungen in der Praxis oder wirtschaftlichen sowie technologischen Neuentwicklungen. Eine solche kontinuierliche Evaluation ist nicht gleichzusetzen mit der Durchsetzung von Kodizes oder Standards, sondern findet quasi auf der Zwischenebene zwischen Standardsetzung einerseits und Durchsetzung andererseits statt, da sie ein stetiges Lernen und Überprüfen erfordert – ganz im Sinne eines Qualitätssicherungsmanagementsystems. Nur auf einer solchen Grundlage gesammelter Informationen und Erfahrungen können Standards und Kodizes fortentwickelt und à jour gehalten werden, was auch einer Forderung der Rechtsprechung entspricht, um rechtliche Wirkungen der Standards anzuerkennen.

Derartige Prozesse sollten idealerweise in Institutionen verankert werden, die unmittelbar sowohl mit der Standardsetzung als auch deren Durchsetzung verbunden sind – aber nicht notwendigerweise diese auch durchführen. So kann die Evaluationsaufgabe etwa auch von derjenigen Institution übernommen werden, die auch die Standards setzt, wie dies etwa beim DIN der Fall ist; umgekehrt können aber auch die Institutionen, die gleichzeitig Aufgaben der Durchsetzung und Beobachtung übernommen haben, diese Weiterentwicklung leisten, wie etwa im Fall des JMStV oder wie sie etwa der SRIW für den Geodatschutzkodex übernommen hat. Allein die Durchsetzung oder auch eine Zertifizierung reichen hierfür nicht aus, da sie keine Rückwirkungen auf den Kodex bzw. einen Standard haben, und daher dazu führen können, dass der Standard irgendwann veraltet oder nicht mehr passend ist. Wichtig ist, dass ein unabhängiges Gremium über Sanktionen und Beschwerden entscheidet (siehe auch Abschnitt 4.2.3 und Ziff. 2.4 der EU-Principles) und nicht etwa die Unterzeichner eines Kodex selbst.

#### 4.3.3.3. Umsetzung und Durchsetzung (enforcement)

Die Wirkung von Standards muss sich nicht nur auf eine Vermutungswirkung hinsichtlich unbestimmter Rechtsbegriffe beschränken. Wenn mit der Standardsetzung gleichzeitig die Einrichtung entsprechender Schlichtungsstellen verbunden ist, die auch über Befugnisse der Sanktionierung verfügen, können derartige private Durchsetzungsmechanismen dazu genutzt werden, die Intensität staatlicher Überwachung zu senken – und den Staat damit einerseits zu entlasten, andererseits eine branchenspezifische, mit hoher Fachkompetenz verbundene Überwachung zu ermöglichen.

So sieht etwa § 58e BImSchG für den Immissionsschutz Erleichterungen in der Aufsicht vor, wenn ein Unternehmen die Öko-Audit-VO erfüllt. Denn mit der Öko-Audit-VO sind Zertifizierungen bzw. Prüfungen durch Private (hier Öko-Audit-Zertifizierer, oftmals TÜV aber auch andere) verbunden.

In ähnlicher Weise kann die Aufsicht über die Produktsicherheit durch Zertifizierungen gegen entsprechende Standards (CEN, CENELEC) erfüllt werden. Auch hier werden die Produkte durch Zertifizierer geprüft und mit

entsprechenden Siegeln versehen, die gegenüber der Aufsichtsbehörde rechtliche Wirkung dergestalt entfalten, dass die Überwachungsintensität erheblich reduziert wird.<sup>144</sup>

Schließlich ist gerade für die Internetwirtschaft die Regelung des § 20 Abs. 5 JMStV beispielgebend, der die direkte Eingriffsmöglichkeit der staatlichen Aufsicht gegenüber einem Telemedienanbieter reduziert. Denn wenn dieser Mitglied in einer anerkannten Einrichtung der Freiwilligen Selbstkontrolle (wie der FSM) ist, so ist bei einem möglichen Verstoß zunächst eine Entscheidung der Selbstkontrolle einzuholen. Maßnahmen der Aufsicht sind dann nicht zulässig (§ 20 Abs. 5 S. 2 JMStV).<sup>145</sup>

Allen diesen Instrumenten ist jedoch gemein, dass die ko-regulierten Standards bzw. deren Institutionen Maßnahmen vorsehen müssen, die für eine entsprechende Umsetzung und Kontrolle der Einhaltung der Standards sorgen. Ohne eine effektive Durchsetzung kann eine Selbstregulierung nicht erfolgreich sein. Ebenso wenig können private Standards ohne Sanktionierung eine staatliche Aufsicht ersetzen bzw. ergänzen. Dabei ist zwischen der Kontrolle der Standards, den Streitschlichtungsmechanismen und den Sanktionen zu unterscheiden:

- Für eine **Kontrolle privater Standards** kann auf das Vorbild der Produktsicherheit zurückgegriffen werden, indem Zertifizierer, die ihrerseits akkreditiert sind, Prüfungen durchführen. In Bereichen, in denen sich derartige Kontrollen nicht anbieten, da es etwa keiner laufenden Aufsicht bedarf, sondern eine anlassbezogene Überwachung genügt, kann aber auch auf andere Kontrollmechanismen zurückgegriffen werden, z.B. die Einrichtung von (online) Beschwerde- und Meldestellen wie im Bereich des Jugendmedienschutzrechts. Die Wahl des Kontrollmittels hängt zum einen von der Relevanz der geschützten Rechtsgüter ab (je höherrangiger, desto eher laufende Kontrollen), zum anderen von den Besonderheiten des zu überwachenden Gegenstands bzw. Branche oder Dienst ab.
- die Formen der **Sanktionierung** privat gesetzter Standards sind vielfältig:<sup>146</sup> Sie können von einer reinen Prangerwirkung („naming and shaming“)<sup>147</sup> über Vertragsstrafen, die verbandsrechtlich dann verankert werden, bis zur Sanktionierung am Markt („comply-or-explain“)<sup>148</sup> reichen. In der Regel dürfte die Sanktionierung nur durch Marktmechanismen bei den meisten in Rede stehenden Rechtsgebieten nicht ausreichen, da sonst der Markt selbst schon für die Verbesserung bzw. Beseitigung von Defiziten gesorgt hätte; oftmals reagieren Marktteilnehmer nicht auf entsprechende Signale. Welche Sanktionen dagegen sonst zu verhängen sind, hängt wiederum von dem Rang der geschützten Rechtsgüter sowie den Besonderheiten einer Branche ab. Oftmals

---

<sup>144</sup> S. dazu *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2011, S. 499.

<sup>145</sup> Einzelheiten dazu bei *Erdemir*, in: *Spindler/Schuster*, JMStV § 20, Rn. 26 ff.

<sup>146</sup> S. den Überblick bei *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 291 ff. mwNachw.

<sup>147</sup> S. dazu *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 35; *Heimann*, Der Pressekodex im Spannungsfeld zwischen Medienrecht und Medienethik, 2009, S. 255 f.

<sup>148</sup> S. dazu oben S. 23.

wird eine Prangerwirkung sogar eine größere Bedeutung haben als ein im Vergleich zu erzielten Gewinnen oder Umsätzen geringes Bußgeld bzw. einer Vertragsstrafe; gerade hier kann der Vorteil einer Selbstregulierung liegen.

- für die **Streitschlichtung** kommen wiederum verschiedene Institutionen in Betracht, etwa eines Ombudsmannes, wie er etwa erfolgreich im Bankenbereich eingesetzt wird, oder einer staatlich anerkannten Schlichtungsstelle wie in der Energiewirtschaft (§ 111a ff. EnergiewirtschaftsG). Ebenso können diese Institutionen in eine Online Dispute Resolution<sup>149</sup> eingebettet werden, müssen es aber nicht. Entscheidend ist nur, dass Verfahrensgrundsätze aufgestellt werden, die ein faires Verfahren unter Einhaltung der anerkannten Grundsätze für rechtsstaatliche Verfahren garantieren, ohne dass es einer ausgefeilten Prozessordnung wie der ZPO etc. bedürfte. Vorbild kann hier das Schiedsverfahrensrecht oder die von der Alternative Dispute Resolution Richtlinie<sup>150</sup> aufgestellten Grundsätze sein.

#### 4.3.3.4. Staatliche Anerkennung und Akkreditierung

Wie dargelegt, bedarf es für rechtliche Wirkungen von privat gesetzten Standards ebenso wie deren Durchsetzung eines staatlichen Anerkennungsaktes. Hier kann wiederum das Vorbild des § 20 JMStV herangezogen werden (der aber durchaus Parallelen in anderen Rechtsgebieten findet): Erforderlich ist eine Anerkennung durch eine staatliche Behörde, die die Einhaltung der oben dargelegten Kriterien der Standardsetzung prüft.

Damit einhergehend – aber gedanklich davon zu trennen – ist die Anerkennung der Kontrolle durch die Selbstregulierungsinstanzen: Hier kann für gewichtige Kontrollen auf das Modell der Akkreditierung zurückgegriffen werden, wie es aus dem Produktsicherheitsrecht bekannt ist<sup>151</sup> und in Deutschland im Akkreditierungsstellengesetz<sup>152</sup> verankert ist. Ferner sind hier die ISO/IEC 17011:2005 und die Normungen EN 45011–45013 zu nennen. Allerdings muss nicht notwendigerweise auf diese recht aufwendigen Verfahren zur Akkreditierung von Zertifizierern oder privaten Überwachungsstellen zurückgegriffen werden, die in erster Linie auf eine laufende Überwachung abstellen: bei anlassbezogener Überwachung, z.B. bei online Beschwerdestellen wäre ein solches Verfahren unverhältnismäßig. Hier ist nur durch entsprechende Vorgaben sicherzustellen, dass Beschwerden unverzüglich weitergeleitet werden, inhaltlich erfasst und auch dokumentiert werden.

---

<sup>149</sup> Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR), ABI. L 165 vom 18.6.2013, S. 1 ff.

<sup>150</sup> Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, ABI. L 165 vom 18.6.2013, S. 63 ff.

<sup>151</sup> Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, 2011, S. 313 ff.

<sup>152</sup> AkkStelleG vom 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2625; s. dazu auch Tiede/Ryczewski/Yang, NVwZ 2012, 1212 ff.

#### 4.3.3.5. Aufgabenteilung mit Behörden

Entsprechend den oben vorgestellten Modellen des JMStV oder des BImSchG kann eine sinnvolle Aufgabenteilung zwischen staatlicher Überwachung und privater Durchsetzung darin bestehen, dass sich die Aufsichtsbehörden auf gravierende Verstöße beschränken, § 20 Abs. 5 JMStV. Nur Verstöße gegen § 4 Abs. 1 JMStV werden damit unmittelbar von der Aufsichtsbehörde verfolgt – vorausgesetzt die Selbstregulierung hält die Verfahrensgrundsätze und die Grenzen des Beurteilungsspielraums ein. In ähnlicher Weise teilt § 58e BImSchG die Aufgaben zwischen Umweltaufsichtsbehörde und privaten Kontrolleuren auf.

Mit anderen Worten nimmt sich die staatliche Aufsicht damit auf eine Art Rechtsaufsicht gegenüber der Selbstregulierung zurück, allerdings mit der Möglichkeit des Einschreitens bei Versagen der Selbstregulierung.

#### 4.3.4. Verstärktes Engagement von Unternehmen im Rahmen ihrer gesellschaftlichen Verantwortung (CSR)

Ein weiterer wesentlicher Erfolgsfaktor für die Ko-Regulierung stellt die Haltung der Unternehmen selbst dar. Wenn diese Ko-Regulierung primär als ein Instrument betrachten, um „harte“ Regulierung zu verhindern, wird die Ko-Regulierung nicht erfolgreich sein können.

Stattdessen sollten Unternehmen Ko-Regulierung als eine Möglichkeit betrachten, ihrer gesellschaftlichen Verantwortung (CSR) nachzukommen. So verweisen etwa die OECD Guidelines for Multinational Enterprises an verschiedenen Stellen auf den Zusammenhang zwischen der gesellschaftlichen Verantwortung von Unternehmen und Ko- und Selbstregulierungsaktivitäten. So heißt es dort etwa, „Enterprises should [...] develop and apply effective self-regulatory practices and management systems that foster a relationship of confidence and mutual trust between enterprises and the societies in which they operate.“<sup>153</sup>

Das Thema einer gesellschaftlichen Verantwortung der Unternehmen hat inzwischen insbesondere für Großunternehmen durch die Verabschiedung einer EU-Richtlinie zur Publizität neuen Auftrieb bekommen.<sup>154</sup> Demgemäß müssen alle größeren Unternehmen mit mehr als 500 Mitarbeitern regelmäßig Rechenschaft über ihre nicht-kommerziellen Aktivitäten ablegen. In diesem Rahmen kann die Beteiligung an Ko-Regulierungen eine bedeutende Rolle spielen. So sieht der neue Art. 19a Abs. 1 d) vor, dass berichtspflichtige Unternehmen über Risiken, deren wahrscheinliche negative Auswirkungen und wie sie diese *handhaben* wollen, informieren müssen. Die Teilnahme an Ko-Regulierungsaktivitäten kann hierbei eine solche Maßnahme darstellen, um Risiken zu managen.

---

<sup>153</sup> OECD, Guidelines for Multinational Enterprises, 2011, S. 19.

<sup>154</sup> Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen, ABl. vom 15.11.2014, L 330, S. 1 ff.

## 5. Übertragung der Ergebnisse auf ausgewählte Rechtsbereiche

In diesem Kapitel werden die Ergebnisse des 4. Kapitels auf ausgewählte Rechtsbereiche, die für die Informationsgesellschaft maßgeblich sind, übertragen. Hierzu zählen: Datenschutzrecht, unlauterer Wettbewerb, IT-Sicherheit, Haftungsrecht bzw. Telemedienrecht und bürgerliches Recht, insb. Verbraucherschutzrecht. Hierbei handelt es sich um eine beispielhafte, nicht abgeschlossene Auflistung von Rechtsbereichen. Die hier angewendeten Prinzipien können prinzipiell auch auf andere Rechtsbereiche übertragen werden.

### 5.1. Datenschutzrecht (BDSG/TMG bzw. EU-Datenschutzgrund-VO)

Im geltenden Recht besteht bereits in Gestalt von § 38a BDSG eine Grundlage für die Anerkennung von privat gesetzten Standards, die ihrerseits auf Art. 27 der Datenschutz-Richtlinie beruht. Allerdings entfaltet § 38a BDSG keinerlei Rechtswirkung im Hinblick auf Gerichte oder Behörden; vielmehr findet sich im einschlägigen Schrifttum der etwas dürre Hinweis, dass diese Kodizes als „amtlich bestätigte Interpretationshilfe“ herangezogen werden könnten;<sup>155</sup> eine Bindungswirkung oder eine Vermutungswirkung begründet dies gerade nicht. Die praktische Bedeutung des Überprüfungsverfahrens nach § 38a BDSG ist wohl auch aus diesem Grunde bisher gering.<sup>156</sup> Mit dem „Code of Conduct Datenschutz“<sup>157</sup> des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) existieren seit 2012 soweit ersichtlich die ersten durch die Datenschutzaufsichtsbehörden in dem Verfahren nach § 38a BDSG angenommenen Verhaltensregeln. Andere entsprechende Versuche sind bisher gescheitert.<sup>158</sup> Das Datenschutzrecht im TMG sieht zudem keinerlei Ansätze für eine Berücksichtigung der Selbstregulierung vor.

Auf europäischer Ebene sieht Art. 27 der Datenschutz-Richtlinie ein entsprechendes Verfahren unter Einbeziehung der Art. 29-Gruppe vor. Allerdings hat es wohl bislang nur einen Fall gegeben. Hierbei handelte es sich um den von der FEDMA (Federation of European Direkt Marketing) vorgelegten und von der Art. 29-Gruppe im Jahr 2003 akzeptierten Ehrenkodex für die Verwendung personenbezogener Daten in der Direktwerbung sowie dem im Jahr

---

<sup>155</sup> So etwa *Gola/Schomerus*, BDSG § 38a Rn. 2.

<sup>156</sup> *Schaar*, Selbstregulierung im Datenschutz – Chancen, Grenzen, Risiken, 2013, abrufbar unter <https://www.divsi.de/selbstregulierung-im-datenschutz-chancen-grenzen-risiken/> (zul. abgerufen 13.04.2015).

<sup>157</sup> [http://www.gdv.de/wp-content/uploads/2013/03/GDV\\_Code-of-Conduct\\_Datenschutz\\_2012.pdf](http://www.gdv.de/wp-content/uploads/2013/03/GDV_Code-of-Conduct_Datenschutz_2012.pdf) (zul. abgerufen 13.04.2015).

<sup>158</sup> *Vomhof*, PinG 2014, 209; *Schaar*, Selbstregulierung im Datenschutz – Chancen, Grenzen, Risiken, 2013, abrufbar unter <https://www.divsi.de/selbstregulierung-im-datenschutz-chancen-grenzen-risiken/> (zul. abgerufen 13.04.2015).

2010 akzeptierte Anhang hierzu.<sup>159</sup> Im Bereich des Cloud Computing liegt ein Code of Conduct for Cloud Service Provider vor, der mit Unterstützung der EU entwickelt wurde und der Art. 29-Gruppe vorgelegt werden soll.<sup>160</sup>

Art. 38 (1) des LIBE-Vorschlags der EU-Datenschutzgrund-VO führt diesen Ansatz fort und präzisiert ihn – Rechtswirkungen werden den Kodizes trotz ihrer im Art. 38 vorgesehenen Anerkennungsprozedur nicht beigemessen. Dies gilt auch für den am 30. Juni 2014 vorgelegten (allerdings noch nicht abgestimmten) ersten Entwurf der Ratspräsidentschaft.<sup>161</sup> Die hier vorgesehenen Art. 38 ff. verfeinern zwar das Konzept der Kodizes – allerdings stets unbeschadet der Kompetenzen der Aufsichtsbehörden und offenbar ohne entsprechende Bindungswirkungen. Dies gilt auch für die in Art. 38a vorgesehene Kontrolle der Einhaltung der Kodizes, für die Art. 38a Abs. 1, 2 ausdrücklich Unabhängigkeit und Fachkunde sowie eine Akkreditierung durch die zuständige Aufsichtsbehörde vorsieht – hier sind ebenfalls keine unmittelbaren rechtlichen Wirkungen vorgesehen, insbesondere bleiben die Kompetenzen der Aufsichtsbehörden unberührt.

Auch – und gerade – im Datenschutzrecht könnten wie in anderen Rechtsbereichen auch Vermutungswirkungen für die Einhaltung des Datenschutzrechts in Betracht kommen, einschließlich der Konkretisierung der häufig unbestimmten Begriffe im Datenschutzrecht. Denn gerade der (ursprüngliche) Vorschlag der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung und die dort vorgesehenen zahlreichen Ermächtigungen für die EU-Kommission zeigen mehr als deutlich, dass ein generelles Rahmen-Datenschutzrecht unbedingt der Konkretisierung auf einer untergesetzlichen Ebene bedarf. So können Fragen des Profiling nicht mit denen von Big Data oder des Scoring in einen Topf geworfen werden, sondern bedürfen der Präzisierung auf einer unterhalb der Verordnungs- bzw. Gesetzesebene angesiedelten Stufe. Im Hinblick auf stets neue Geschäftsmodelle und Technologien können gerade ko-regulierte Standards hier für mehr Rechtssicherheit sorgen, indem spezifisch für bestimmte Problemstellungen und Branchen maßgeschneiderte Standards entwickelt werden können, zumal die Standardsetzung von den spezifischen IT-Kenntnissen der Beteiligten profitieren kann. Ein Beispiel für eine gewisse branchenspezifische Konkretisierung stellt der Code of Conduct for Cloud Service Provider dar.

Hinsichtlich der Überwachung könnte ein gemischtes System aus Beschwerden und aus anlassloser Kontrolle durch anerkannte Organisationen, die gleichzeitig auch die standardsetzenden Institutionen sein können, wie etwa der SRIW e.V., die Aufsicht durch die Datenschutzbehörden reduzieren, vergleichbar den Vorgaben im JMStV. Schon jetzt besteht etwa im Kodex zum Geodatenschutz neben dem Beschwerdemanagement die stichprobenartige, anlaßlose Kontrolle durch den SRIW. Ein möglicher Ansatz wäre zudem die Differenzierung nach

---

<sup>159</sup> S. dazu Art.29-Gruppe WP 77 sowie WP 174 zur Neufassung 2010, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm).

<sup>160</sup> S. dazu <http://cloudindustryforum.org/code-of-practice/cop> (zul. abgerufen 13.04.2015).

<sup>161</sup> Council of the European Union, 30. June 2014, Interinstitutionale File 2012/0011 (COD) – 11028/14.

Selbsteinschätzungsmodellen und Zertifizierungen durch Dritte, wie sie etwa im Code of Conduct for Cloud Service Provider Verwendung findet – und die nach außen auch durch unterschiedliche Labels kenntlich gemacht werden. Allerdings wird eine staatliche Aufsicht allein aufgrund einer Selbsteinschätzung eines Unternehmens nicht reduziert werden können; hier kommen nur die Kontrollen durch Dritte in Betracht.

## 5.2. Unlauterer Wettbewerb (UWG)

Auch im unlauteren Wettbewerb können selbstgesetzte Standards eine erhebliche Wirkung entfalten. Zwar kennt das Recht des unlauteren Wettbewerbs schon auf europäischer (und damit auch auf deutscher) Ebene Verhaltenskodizes als Element der Selbstregulierung. So bestimmt Art. 2 f) der UGP-Richtlinie<sup>162</sup>

„Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck ... f) „Verhaltenskodex“ eine Vereinbarung oder einen Vorschriftenkatalog, die bzw. der nicht durch die Rechts- und Verwaltungsvorschriften eines Mitgliedstaates vorgeschrieben ist und das Verhalten der Gewerbetreibenden definiert, die sich in Bezug auf eine oder mehrere spezielle Geschäftspraktiken oder Wirtschaftszweige auf diesen Kodex verpflichten;“

Dazu hält Erwägungsgrund 20 der UGP-RL fest:

„Es ist zweckmäßig, die Möglichkeit von Verhaltenskodizes vorzusehen, die es Gewerbetreibenden ermöglichen, die Grundsätze dieser Richtlinie in spezifischen Wirtschaftsbranchen wirksam anzuwenden. In Branchen, in denen es spezifische zwingende Vorschriften gibt, die das Verhalten von Gewerbetreibenden regeln, ist es zweckmäßig, dass aus diesen auch die Anforderungen an die berufliche Sorgfalt in dieser Branche ersichtlich sind. Die von den Urhebern der Kodizes auf nationaler oder auf Gemeinschaftsebene ausgeübte Kontrolle hinsichtlich der Beseitigung unlauterer Geschäftspraktiken könnte die Inanspruchnahme der Verwaltungsbehörden oder Gerichte unnötig machen und sollte daher gefördert werden. Mit dem Ziel, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu erreichen, könnten Verbraucherverbände informiert und an der Ausarbeitung von Verhaltenskodizes beteiligt werden.“

Demgemäß haben sich etliche Institutionen gebildet, die derartige Kodizes für den Bereich der Werbung aufgestellt werden, etwa die Werberichtlinien des ZAW<sup>163</sup> oder die Regelungen der Freiwilligen Selbstkontrolle Film (FSK) oder der Multimedia-Dienstleister (FSM) etc.

Allerdings beschränkt sich die Rechtswirkung bislang allenfalls auf indizielle Wirkungen für das Vorliegen bestimmter lauterkeitsrechtlicher

---

<sup>162</sup> Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. L 149 vom 11.6.2005, S. 22 ff.

<sup>163</sup> [www.zaw.de](http://www.zaw.de), [www.werberat.de](http://www.werberat.de)

Grundanforderungen.<sup>164</sup> Ob eine Zuwiderhandlung gegen das UWG vorliegt, soll ohne Rücksicht auf die Regelungen eines Kodex zu beurteilen sein.<sup>165</sup> Natürlich kann die Werbung eines Unternehmens mit einem Kodex, dem das Unternehmen nicht angehört oder den das Unternehmen tatsächlich nicht einhält, als irreführend nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 UWG qualifiziert werden<sup>166</sup> – weitere Rechtswirkungen entfalten aber die entsprechenden Selbstregulierungen nicht.

Daher kommt hier ebenso wie für andere Rechtsgebiete die Einführung einer Vermutungswirkung in Betracht, um bestimmte Geschäftspraktiken als unlauter zu kennzeichnen – wiederum vorausgesetzt, dass die Standardsetzung nicht unter Verfolgung einseitiger Interessen erfolgt und den oben entwickelten Geboten entspricht. Damit wäre gleichzeitig auch ein erheblicher Gewinn an Rechtssicherheit gewonnen gegenüber den stark auslegungsbedürftigen unbestimmten Rechtsbegriffen im Unlauteren Wettbewerb, einerlei ob es sich um Werbeformen im E-Commerce oder um Formen der Übernahme fremder Leistung handelt.

Die Durchsetzung bedarf im Rahmen des UWG keiner besonderen Regelungen, da hier wirkmächtige Instrumente durch die Klagemöglichkeiten der Wettbewerber einerseits, sowie von Verbraucher- und Wettbewerbsschutzverbände andererseits bestehen.

### 5.3. IT-Sicherheit

Im Bereich der IT-Sicherheit existierten bislang kaum spezielle Regelungen.<sup>167</sup> Inzwischen hat die Bundesregierung den Regierungsentwurf eines IT-Sicherheitsgesetzes beschlossen und die parlamentarischen Beratungen eingebracht.<sup>168</sup> Eine der zentralen Bestimmungen betrifft nach § 8a Abs. 1 BSI-Gesetz die Pflicht der Betreiber kritischer Infrastrukturen

„angemessene organisatorische und technische Vorkehrungen zur Vermeidung von Störungen der Verfügbarkeit, Integrität, Authentizität und Vertraulichkeit ihrer informationstechnischen Systeme, Komponenten oder Prozesse zu treffen, die für die Funktionsfähigkeit der von ihnen betriebenen Kritischen Infrastrukturen maßgeblich sind. Dabei ist der Stand der Technik zu berücksichtigen.“

In diesem Rahmen sieht etwa § 8a Abs. 2 des BSI-Gesetzes vor:

„(2) Betreiber Kritischer Infrastrukturen und ihre Branchenverbände können branchenspezifische Sicherheitsstandards zur Gewährleistung der Anforderungen nach Absatz 1 vorschlagen. Das Bundesamt stellt auf Antrag

---

<sup>164</sup> BGH GRUR 2006, 773 Rn. 19 – Probeabonnement; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG § 2 Rn. 115; Kocher, GRUR 2005, 647, 651; Balitzki, GRUR 2013, 670, 672.

<sup>165</sup> BGH GRUR 2011, 631 Rn. 11 – FSA-Kodex.

<sup>166</sup> Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG § 2 Rn. 117.

<sup>167</sup> S. dazu den Überblick bei Spindler, Verantwortlichkeiten von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären, Studie im Auftrag des BSI, 2007, abrufbar unter [http://www.bsi.bund.de/cae/servlet/contentblob/486890/publicationFile/30962/Gutachten\\_pdf.pdf](http://www.bsi.bund.de/cae/servlet/contentblob/486890/publicationFile/30962/Gutachten_pdf.pdf) (zul. abgerufen 13.04.2015).

<sup>168</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme (IT-Sicherheitsgesetz), BT-Drucks. 18/4096.

fest, ob diese geeignet sind, die Anforderungen nach Absatz 1 zu gewährleisten. Die Feststellung erfolgt

1. im Benehmen mit dem Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe,
2. im Einvernehmen mit der zuständigen Aufsichtsbehörde des Bundes oder im Benehmen mit der sonst zuständigen Aufsichtsbehörde.“

Der Begründung zu § 8a IT-Sicherheitsgesetz ist zu entnehmen, dass mit diesen Branchenstandards ähnlich den DIN-Normen in einem geregelten Normungsprozess der Stand der Technik wiedergegeben werden soll, ohne dass Betreiber zwingend daran gebunden wären, sondern auch andere Maßnahmen ergreifen können. Allerdings soll das BSI – wie dargelegt in § 8a Abs. 2 – eine „Feststellung“ treffen, ob diese Standards geeignet sind, die Anforderungen zu gewährleisten. Eine konkrete Rechtsfolge verbindet das Gesetz jedoch nicht damit; man kann eine Art Vermutungswirkung hier in das Gesetz hineinlesen, wogegen jedoch spricht, dass der Gesetzgeber ansonsten wie im Produktsicherheitsrecht eine solche Vermutung explizit hätte statuieren können. Daher wird es wohl bei der faktischen Vermutungswirkung bleiben, die aber rechtlich (nicht völlig) abgesichert ist.

Daher könnte auch in diesem Bereich die Selbstregulierung und ihre rechtliche Verankerung stärker ausgebaut werden. Dies gilt erst recht im Hinblick auf die Erfüllung der Pflichten und ihrer Kontrolle, die nach § 8a Abs. 3 BSI-Gesetz (RegE) durch Zertifizierungen oder andere Sicherheitsaudits stattfinden soll.

## 5.4. Haftungsrecht bzw. Telemedienrecht (TMG)

Gleiches gilt für die (Störer-)Haftung von Internetintermediären. Bekanntlich entwickelt hier die Rechtsprechung ein von Fall zu Fall unterschiedliches Spektrum an Prüfungspflichten, das kaum noch zu überschauen ist und stark zwischen einzelnen Diensten und Providern bzw. Geschäftsmodellen unterscheidet.<sup>169</sup> Die Bundesregierung hat inzwischen ein zweites Telemedienänderungsgesetz vorgelegt, das gerade die Störerhaftung für offene WLANs in den Blick nehmen will.<sup>170</sup> Allerdings enthält der Referentenentwurf entgegen der erklärten Absicht, Rechtssicherheit zu schaffen, neben Regelbeispielen für die zumutbaren Maßnahmen der WLAN-Betreiber keine weiteren Konkretisierungen, so dass die Frage der Zumutbarkeit für alle anderen

---

<sup>169</sup> S. dazu den Überblick bei *Spindler*, in: FS Köhler, 2014, S. 695, 698 ff. und bei *Nolte/Wimmers*, GRUR-Beil. 2014, 58, 59 ff. sowie bei *Leistner*, ZUM 2012, 722, 724 ff.; ausdrücklich zu den notwendigen Differenzierungen nach verschiedenen Diensten und Geschäftsmodellen zul. BGH GRUR 2013, 1030, 1032 f., Rn. 30 ff.- File-Hosting-Dienst; zur Differenzierung nach Gefahrgeneigtheit des Dienstes BGH GRUR 2013, 370, 371 f., Rn. 22 f. – Alone in the Dark.

<sup>170</sup> Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes (Zweites Telemedienänderungsgesetz – 2. TMGÄndG) vom 11.3.2015, RefE des BMWi, abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/S-T/telemedienaenderungsgesetz,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (zul. abgerufen 13.04.2015).

Provider und selbst für die WLAN-Betreiber (aufgrund des Verweises auf Sicherungsmaßnahmen<sup>171</sup>) offen bleibt.

Auch hier können Standards helfen, die Frage der Zumutbarkeit und der einsatzfähigen Technologien für die jeweiligen Geschäftsmodelle, Typen von Providern zu präzisieren und damit Leitplanken für die Rechtsprechung sowie mehr Rechtssicherheit für die Beteiligten schaffen, statt stets aufs Neue lediglich für den Einzelfall geltende Anforderungen durch die Rechtsprechung abzuwarten. Andernfalls sind die Beteiligten darauf verwiesen, nach langjährigen Prozessen im Einzelfall Entscheidungen über die zumutbaren Prüfungs- und Kontrollpflichten zu erhalten.

Besondere Regelungen zur Durchsetzung bedarf es hier nicht, da die Störerhaftung auf zivilrechtlichen Instrumenten basiert.

## 5.5. Bürgerliches Recht und Nebengebiete, insbesondere Verbraucherschutzrecht

Schließlich können auch im Verbraucherschutzrecht Standards helfen, unbestimmte Rechtsbegriffe zu konkretisieren und hierdurch für mehr Rechtssicherheit zu sorgen. So bestimmt etwa die Verbraucherrechtsrichtlinie für den Bereich des online-Handels in Art. 5 Abs. 1 a), dass Informationen über

„die wesentlichen Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen in dem für den Datenträger und die Waren oder Dienstleistungen angemessenen Umfang“

erteilt werden müssen. In ähnlicher Weise sieht für Fernabsatzverträge Art. 6 Abs. 1 a) vor, dass

„die wesentlichen Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen, in dem für das Kommunikationsmittel und die Waren oder Dienstleistungen angemessenen Umfang“

mitgeteilt werden müssen. Beide Normen sorgen in der Praxis für erhebliche Unsicherheit, da der Terminus „angemessen“ und bezogen auf den jeweiligen Datenträger bzw. das Kommunikationsmittel erheblichen Spielraum für Interpretationen lässt. So zeigt eine Evaluation der Umsetzung des Gesetzes zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr (kurz Button-Lösung), dass es deutliche Umsetzungsdefizite hinsichtlich der Angabe zu den wesentlichen Eigenschaften sowie deren konkreten Darstellung und Positionierung gibt.<sup>172</sup>

Zwar sind die Bestimmungen damit technologieneutral ausgestaltet, was einem generellen Petition im Hinblick auf die sich schnell wandelnden Geschäftsmodelle im Internet entspricht; doch führt dies andererseits zu erheblicher Rechtsunsicherheit unter den beteiligten Unternehmen. Statt langwieriger Anpassungsprozesse und Konkretisierungen durch die Gerichte im

---

<sup>171</sup> Hierfür enthält der Entwurf lediglich einen Verweis auf „anerkannte Verschlüsselungsverfahren“.

<sup>172</sup> *Spindler/Thorun/Blom*, MMR 2015, 3, 5.

Hinblick auf technologiebedingte Grenzen<sup>173</sup> könnten hier wesentlich schneller Verbesserungen und Anpassungen im Wege einer Selbstregulierung mit Vermutungswirkung durchgeführt werden – wiederum vorausgesetzt, dass die oben geschilderten Bedingungen, insbesondere der nötigen Beteiligung der Verbraucherkreise eingehalten werden. Da zudem die Schaffung einer Vermutungswirkung nicht dazu führt, dass die Konkretisierung der Begriffe jeglicher richterlichen Inhaltskontrolle entzogen wären, bedürfte es nicht einer Änderung der vollharmonisierenden Verbraucherrechtsrichtlinie.

Eines besonderen Durchsetzungsmechanismus bedürfte es hier nicht, da wiederum das zivilrechtliche Instrumentarium hierfür ausreicht.

Gleiches gilt aber auch für die zahlreichen, ebenfalls dem Verbraucherschutz (zumindest mittelbar) dienenden Vorgaben im TKG oder im TMG, etwa zur Transparenz und den Informationspflichten bei Diensteanbietern. So könnten etwa die Informationspflichten nach § 5 f. TMG noch stärker konkretisiert werden, ebenso die Transparenzvorgaben für Diensteanbieter in § 45n TKG, wofür derzeit entsprechende Bestimmungen in der TransparenzVO erlassen worden sind. Gerade hier wäre zu fragen, ob nicht Kodizes eine konkretere und gleichzeitig größere Rechtssicherheit vermittelnde Handhabe böten als Verordnungen.

---

<sup>173</sup> S. etwa die Entscheidung des EuGH zu der Frage, ob es neben einer E-Mail-Adresse noch der Angabe einer Telefonnummer bedürfe, EuGH Urt. v. 16.10.2008 - C-298/07 - Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV gegen deutsche internet versicherung AG, MMR 2009, 25.

## Literaturverzeichnis

- Akerlof, George  
The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism. Quarterly Journal of Economics, 84 (3) 1970, S. 488
- Augsberg, Steffen  
Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft: Möglichkeiten differenzierter Steuerung des Kapitalmarktes, 2003, Duncker und Humblot
- Bachmann, Gregor  
Private Ordnung, 2006, Mohr Siebeck
- Baldwin, Robert / Cave, Martin / Lodge, Martin  
Understanding Regulation, 2011, Oxford University Press
- Balitzki, Anja  
Werbung mit ökologischen Selbstverpflichtungen, GRUR 2013, 670
- Bamberger, Heinz Georg / Roth Herbert  
Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 01.02.2015, C.H. Beck (zitiert als BeckOK BGB)
- Battis, Ulrich / Gutsy, Christoph  
Technische Normen im Baurecht, 1988, Werner
- Bernhardt, Wolfgang  
Sechs Jahre Deutscher Corporate Governance Kodex - Eine Erfolgsgeschichte?, Betriebsberater 2008, S. 1686
- Bertelsmann Stiftung  
Fostering Corporate Responsibility through Self- and Co-Regulation, 2013
- BITKOM  
Förderung der Selbstregulierung im Datenschutz durch Bund und EU - Privacy Breakfast, 2011
- BITKOM  
Stellungnahme: Verankerung von Selbstregulierung im Datenschutz in der EU-Datenschutz-Grundverordnung, 2012, [http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM\\_und\\_SRIW\\_Stellungnahme\\_Selbstregulierung\\_DS-VO\\_final.pdf](http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM_und_SRIW_Stellungnahme_Selbstregulierung_DS-VO_final.pdf)
- Brennecke, Volker  
Normsetzung durch private Verbände - Zur Verschränkung von staatlicher Steuerung und gesellschaftlicher Selbstregulierung im Umweltschutz, 1996, Werner
- Brok, Sachscha / Dieckman, Raimar  
„Better Regulation“ in Deutschland und der EU, Deutsche Bank Research EU-Monitor 2007 (47), [https://www.dbresearch.de/PROD/DBR\\_INTERNET\\_DE-PROD/PROD000000000213933/%22Better+Regulation%22+in+Deutschland+und+der+EU+-+Ze.PDF](https://www.dbresearch.de/PROD/DBR_INTERNET_DE-PROD/PROD000000000213933/%22Better+Regulation%22+in+Deutschland+und+der+EU+-+Ze.PDF)
- Brown, Ian  
Internet Self-Regulation and Fundamental Rights, Index on Censorship, 1, 2010, S. 98 - 106



Buck-Heeb, Petra / Dieckmann, Andreas	Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, Mohr Siebeck
Bundesregierung	Digitale Agenda, 2014, <a href="http://www.digitale-agenda.de/">http://www.digitale-agenda.de/</a>
Bundesregierung	Arbeitsprogramm Bessere Rechtsetzung 2014, 2014, <a href="http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/Buerokratieabbau/2014/04-06/Anlagen/2014-06-04-arbeitsprogramm%20bessere%20Rechtsetzung.pdf?__blob=publicationFile&amp;v=2">http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/Buerokratieabbau/2014/04-06/Anlagen/2014-06-04-arbeitsprogramm%20bessere%20Rechtsetzung.pdf?__blob=publicationFile&amp;v=2</a>
Caspar, Johannes	„Die Autonomie des Nutzers darf nicht wegbrechen“, Interview mit Johannes Caspar, in: DIVSI - Deutsches Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet, Braucht Deutschland einen Digitalen Kodex? Verantwortung, Plattformen und soziale Normen im Internet, 2014, S. 78 abrufbar unter <a href="https://www.divsi.de/wp-content/uploads/2013/08/DIVSI-Braucht-Deutschland-einen-Digitalen-Kodex.pdf">https://www.divsi.de/wp-content/uploads/2013/08/DIVSI-Braucht-Deutschland-einen-Digitalen-Kodex.pdf</a>
Dehmel, Susanne	Umsetzungsoptionen der Ko-Regulierung im Datenschutz, in: Baums, Ansgar / Scott, Ben (Hrsg.), Kompendium Digitale Standortpolitik. Vom 1x1 zum 3x3, S. 162 – 174
Denninger, Erhard	Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht, 1990, Nomos
Di Fabio, Udo	Risikoentscheidungen im Rechtsstaat : zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, 1994, Mohr Siebeck
DIVSI - Deutsches Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet,	DIVSI U25-Studie: Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene in der digitalen Welt, 2014, <a href="https://www.divsi.de/wp-content/uploads/2014/02/DIVSI-U25-Studie.pdf">https://www.divsi.de/wp-content/uploads/2014/02/DIVSI-U25-Studie.pdf</a>
DIVSI - Deutsches Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet	Braucht Deutschland einen Digitalen Kodex? Verantwortung, Plattformen und soziale Normen im Internet, 2014, <a href="https://www.divsi.de/wp-content/uploads/2013/08/DIVSI-Braucht-Deutschland-einen-Digitalen-Kodex.pdf">https://www.divsi.de/wp-content/uploads/2013/08/DIVSI-Braucht-Deutschland-einen-Digitalen-Kodex.pdf</a>
Ebke, Werner F.	Der Deutsche Standardisierungsrat und das Deutsche Rechnungslegungs Standards Committee: Aussichten für eine professionelle Entwicklung von Rechnungslegungsgrundsätzen, ZIP 1999, 1193
EU Kommission	Principles for Better Self- and Co-Regulation, 2014, <a href="http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?action=display&amp;doc_id=1628">http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?action=display&amp;doc_id=1628</a>



EU Kommission	Guidelines on the self-regulation measures concluded by industry under the Ecodesign Directive 2009/125/EC
EU Kommission	Vorschlag für die Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) KOM(2012) 11 endgültig, 2012
European Economic and Social Committee	The Current State of Co-Regulation and Self-Regulation in the Single Market, EESC Pamphlet Series, 2005
European Economic and Social Committee	European Self- and Co-Regulation, 2013, <a href="http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/aut_o_coregulation_en--2.pdf">http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/aut_o_coregulation_en--2.pdf</a>
European Economic and Social Committee	Self-regulation and co-regulation in the Community legislative framework (DRAFT), 2014
Förschle, Gerhart / Grottel, Bernd / Schmidt, Stefan / Schubert, Wolfgang / Winkelhohann, Norbert	Beck'scher Bilanz-Kommentar, 9. Auflage 2014, C. H. Beck (zitiert als Beck Bil-Komm)
Franzius, Claudio	Regieren durch 'besseren' Instrumenteneinsatz: Zur Idee der Koregulierung im Regierungsweißbuch der Kommission, 2002, <a href="http://www.europawissenschaften-berlin.de/media/pdf/Publikationen/Koregulierung.pdf">http://www.europawissenschaften-berlin.de/media/pdf/Publikationen/Koregulierung.pdf</a>
Franzius, Claudio	Regieren durch 'besseren' Instrumenteneinsatz: Zur Idee der Koregulierung im Regierungsweißbuch der Kommission, 2002, <a href="http://www.europawissenschaften-berlin.de/media/pdf/Publikationen/Koregulierung.pdf">http://www.europawissenschaften-berlin.de/media/pdf/Publikationen/Koregulierung.pdf</a>
Frenz, Walter	Selbstverpflichtungen der Wirtschaft, 2001, Mohr Siebeck
Giesberts, Ludger Reinhardt, Michael	Beck'scher Online-Kommentar Umweltrecht, Stand 01.01.2015, C.H. Beck (zitiert als BeckOK UmweltR)
Gola, Peter / Klug, Christoph / Körffer, Barbara / Schomerus, Rudolf	Bundesdatenschutzgesetz, 12. Aufl. 2015, C.H. Beck (zitiert als Gola/Schomerus, BDSG)
Gottzmann, Nicole	Möglichkeiten und Grenzen der freiwilligen Selbstkontrolle in der Presse und der Werbung, 2005, C.H. Beck
Gusy, Christoph	Leistungen und Grenzen technischer Regeln - am Beispiel der Technischen Baunormen, VerwArch 1988, S. 68
Hagen, Kornelia / Wey, Christian	Verbraucherpolitik zwischen Markt und Staat, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung,



- 2009, S. 230
- Haucap, Justus Die Chancen der Sharing Economy und ihre möglichen Risiken und Nebenwirkungen, Wirtschaftsdienst 2015, S. 91
- Heermann, Peter W. / Götze, Stephan Modifizierte Anwendung der FIS-Regeln infolge technischer und räumlicher Neuerungen im Wintersport, NJW 2003, S. 3253
- Heimann, Felix Der Pressekodex im Spannungsfeld zwischen Medienrecht und Medienethik, 2009, Peter Lang
- Hellermann, Johannes Private Standardsetzung im Bilanzrecht - öffentlich-rechtlich gesehen, NZG 2000, 1097
- Hinterplattner, Christof Internet Governance: Herausforderungen und Möglichkeiten für eine Regulierung des Internet unter besonderer Berücksichtigung der technischen Ressourcen, Standardisierung und Inhalte, 2007, Diplomarbeit an der Grund- und Integrativwissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien, [http://issuu.com/quadres/docs/hinterplattner\\_diplomarbeit\\_final\\_korr](http://issuu.com/quadres/docs/hinterplattner_diplomarbeit_final_korr)
- Hirsch, Dennis The Law and Policy of Online Privacy: Regulation, Self-Regulation, or Co-Regulation?, Seattle University Law Review 2011, 34(2), S. 439
- Hommelhoff, Peter / Schwab Martin Staats-ersetzende Privatgremien im Unternehmensrecht, in: Festschrift für Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag, 2001, S. 693 – 720, Otto Schmidt
- Hommelhoff, Peter/Schwab, Martin Gesellschaftliche Selbststeuerung im Bilanzrecht - Standard Setting Bodies und staatliche Regulierungsverantwortung nach deutschem Recht, BFuP 1998, 38
- ISEAL Alliance Code of Good Practice for Setting Social and Environmental Standards, Rev. 2014
- ISEAL Alliance Assessing the Impacts of Social and Environmental Standards System, 2014
- Kammer, Matthias Regeln für das Netz, Süddeutsche Zeitung, 10. Mai 2014.
- Kloepfner, Michael / Elsner, Thomas Selbstregulierung im Umwelt- und Technikrecht, DVBl 1996, S. 964
- Kocher, Eva Unternehmerische Selbstverpflichtungen im Wettbewerb.
- Die Transformation von „soft law“ in „hard law“ durch das Wettbewerbsrecht, GRUR 2005, S. 647
- Köhler, Helmut / Bornkamm, Joachim Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 33. Aufl. 2015, C. H. Beck (zitiert als

	Köhler/Bornkamm, UWG)
Köndgen, Johannes	Privatisierung des Rechts, AcP 2006, 478
Kreutzer, Till	Das Netz lässt sich mit herkömmlichen Mitteln schwer regulieren“ Interview mit Till Kreutzer auf <a href="http://www.medienpolitik.net">medienpolitik.net</a> , abrufbar unter <a href="http://www.medienpolitik.net/2014/05/das-netz-lasst-sich-mit-herkommlichen-mitteln-schwer-regulieren/">http://www.medienpolitik.net/2014/05/das-netz-lasst-sich-mit-herkommlichen-mitteln-schwer-regulieren/</a>
Kirchner, Christian / Ehrlicke, Ulrich	Funktionsdefizite des Übernahmekodex der Börsensachverständigenkommission, AG 1998, S. 105 – 116
Krüger, J.	Internet Governance: Eine Herausforderung für liberale Demokratien?, 2011, Dipl. Arbeit Universität Potsdam
Latzer, Michael / Just, Natascha / Saurwein, Florian / Slominski, Peter	Selbst- und Ko-Regulierung im Mediamatiksektor - Alternative Regulierungsformen zwischen Staat und Markt, 2002, Westdeutscher Verlag
Latzer, Michael / Saurwein, Florian	Vertrauen in die Industrie – Vertrauen in die Nutzer: Selbstregulierung und Selbsthilfe bei digitalen Medieninhalten in der EU, in: Schulz, Wolfgang / Held, Thorsten (Hrsg.), Mehr Vertrauen in Inhalte – Das Potential von Ko- und Selbstregulierung in den digitalen Medien, 2008, S. 93-142, Vistas
Leisner, Walter	Verfassungsgrenzen privater Selbstregulierung, in: Kloepfer, Michael (Hrsg.), Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich, 1998, Duncker und Humblot
Leistner, Matthias	Grundlagen und Perspektiven der Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet, ZUM 2012, S. 722
Lodge, Martin / Wegrich, Kai	Setting the Scene: Challenges to the State, Governance Readiness, and Administrative Capacities, in: Lodge, Martin / Wegrich, Kai / Stanig, Piero / Wise, Ramsey (Hrsg.), The Governance Report 2014, 2014, Oxford University Press
Lübbe-Wolf, Gertrude	Verfassungsrechtliche Fragen der Normsetzung und Normkonkretisierung im Umweltrecht, ZG 1991, S. 219
Marburger, Peter	Die haftungs- und versicherungsrechtliche Bedeutung technischer Regeln, VersR 1983, S. 597
Metz, Rainer	Selbstverpflichtung contra staatliche Regulierung - eine Scheinalternative, Verbraucher und Recht, 2012 S. 85
Müller-Foell, Martina	Die Bedeutung technischer Normen für die Konkretisierung von Rechtsvorschriften, 1997,

	Müller
Müller-Glöge, Rudi / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Auflage 2015, C. H. Beck
Murray, Andrew	Internet regulation in: David Levi-Faur (Hrsg.), Handbook on the Politics of Regulation, 2011, S. 267-279, Edward Elgar
Nolte, Georg / Wimmers, Jörg	Wer stört? Gedanken zur Haftung von Intermediären im Internet, GRUR-Beilage 2014, S. 58
Nowak, Eric / Rott, Roland / Mahr, Till	Wer den Kodex nicht einhält, den bestraft der Kapitalmarkt?, ZGR 2005, 252
OECD	Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation, 1995, C(95)21/FINAL
OECD	Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance, 2005
OECD	Recommendations of the Council on Regulatory Policy and Governance, 2012, <a href="http://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/49990817.pdf">http://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/49990817.pdf</a>
OECD	Report: Alternatives to Traditional Regulation, 2009, <a href="http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/42245468.pdf">http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/42245468.pdf</a>
OECD	Guidelines for Multinational Enterprises, 2011
Oehler, Andreas / Reisch, Lucia	Behavioral Economics – eine neue Grundlage für Verbraucherpolitik? Eine Studie im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbandes, 2008, <a href="http://www.vzbv.de/sites/default/files/mediapics/studie_behavioral_economics_12_2008.pdf">http://www.vzbv.de/sites/default/files/mediapics/studie_behavioral_economics_12_2008.pdf</a>
Ofcom	Identifying appropriate regulatory solutions: principles for analysing self- and co-regulation, 2008, <a href="http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/coregulation/statement/statement.pdf">http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/coregulation/statement/statement.pdf</a>
Ofcom	Initial assessment of when to adopt self- or co-regulation, 2008
Office of Fair Trading	Consumer Codes Approval Scheme - Core criteria and guidance, 2013
Puppis, Manuel / Künzler, Matthias /Schade, Edzard /Donges, Patrick /Dörr, Bianca /Ledergerber, Andreas /Vogel, Martina	Selbstregulierung und Selbstorganisation. Unveröffentlichter Abschlussbericht zuhanden des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM), 2004
Reip, Hans	Die Selbstregulierung im Internet - unter besonderer Betrachtung der Standardsetzung und des Domain Name Systems, 2002, S. 20 f., <a href="http://www.db-thueringen.de/servlets/DocumentServlet/Document-1372">http://www.db-thueringen.de/servlets/DocumentServlet/Document-1372</a>



- Röthel, Anne Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica - Private Rechtsetzung jenseits des Nationalstaates?, JZ 2007, S. 755
- Röthel, Anne Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, Mohr Siebeck
- Schaar, Peter Selbstregulierung im Datenschutz – Chancen, Grenzen, Risiken, 2013, <https://www.divsi.de/selbstregulierung-im-datenschutz-chancen-grenzen-risiken/>
- Schmidt, Karsten / Lutter, Marcus Aktiengesetz, 3. Auflage 2015, Otto Schmidt
- Schmidt, Karsten Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 4, 3. Auflage 2013, C. H. Beck (zitiert als MÜKoHGB)
- Schmidt-Preuß, Matthias Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 160 – 343
- Schulz, Wolfgang Regulierte Selbstregulierung im Telekommunikationsrecht. Die informationale Beteiligung Dritter bei der Regelsetzung des Regulierers in Deutschland und den Vereinigten Staaten, in: Berg Wilfried /Fisch, Stefan /Schmitt Glaeser, Walter / Schoch, Friedrich / Schulze-Fielitz, Helmuth (Hrsg.), Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates, S. 101 – 122, 2001, Duncker und Humblot
- Schulz, Wolfgang / Held, Thorsten Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens - Im Auftrag des Bundesbeauftragten für Angelegenheiten der Kultur und der Medien, 2002, [https://www.hans-bredow-institut.de/webfm\\_send/53](https://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/53)
- Schuppert, Gunnar Folke Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft, in: Berg, Stefan / Schmitt Glaeser, Walter / Schoch, Friedrich / Schulze-Fielitz, Helmuth, Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates, 2001, S. 201 – 252, Duncker und Humblot
- Seibel, Mark Abgrenzung der „allgemein anerkannten Regeln der Technik“ vom „Stand der Technik“, NJW 2013, 3000
- Seidel, Wolfgang Der Deutsche Corporate Governance Kodex - eine private oder doch eine staatliche Regelung?, ZIP 2004, 285
- Siedler, Frank / Zeitler, Herbert Wasserhaushaltsgesetz Abwassergesetz, Stand 01.05.2014



- Simitis, Spiros Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl. 2014, Nomos
- Spindler, Gerald Unternehmensorganisationspflichten : Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte, 2. Aufl., 2011, Universitätsverlag Göttingen, [http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2011/Spindler\\_habil.pdf](http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2011/Spindler_habil.pdf)
- Spindler, Gerald Verantwortlichkeiten von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären, Studie im Auftrag des BSI, 2007, [http://www.bsi.bund.de/cae/servlet/contentblob/486890/publicationFile/30962/Gutachten\\_pdf.pdf](http://www.bsi.bund.de/cae/servlet/contentblob/486890/publicationFile/30962/Gutachten_pdf.pdf)
- Spindler, Gerald Die Störerhaftung im Internet – (k)ein Ende in Sicht? Geklärte und ungeklärte Fragen, in: Alexander, Christian, Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag, 2014, S. 695 – 714, C. H. Beck
- Spindler, Gerald / Schuster, Fabian Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, C. H. Beck
- SRIW Positionspapier: Chancen und Voraussetzungen effektiver Selbst- und Ko-Regulierung zur Förderung des Verbraucherschutzes und des Datenschutzes in der digitalen Welt, 2014, [http://www.sriw.de/images/pdf/Broschueren/14\\_0521\\_SRIW\\_Positionspapier\\_Selbst-\\_und\\_Ko-Regulierung\\_v03.pdf](http://www.sriw.de/images/pdf/Broschueren/14_0521_SRIW_Positionspapier_Selbst-_und_Ko-Regulierung_v03.pdf)
- Steinberg, Rudolf Untergesetzliche Regelwerke und Gremien, in: Steinberg (Hrsg.), Reform des Atomrechts, 1994, Nomos
- Stern, Klaus Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland  
Band II: Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung, 1980, C. H. Beck
- Teubner, Gunther Standards und Direktiven in Generalklauseln. Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht, 1971, Athenäum
- Thierer, Adam / Eskelsen, Grant Media Metrcis: The True State of the Modern Media Marketplace, 2008, <http://www.pff.org/mediametrics/Media%20Metrics%20%5BVersion%201.0%5D.pdf>
- Thoma, Anselm Christian Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht, 2008, Duncker und Humblot
- Tiede, Wolfgang / Ryczewski, Christoph / Yang Einführung in das Akkreditierungsrecht



Maximilian	Deutschlands, NVwZ 2012, S. 1212
Trading Standards Institute	Consumer Codes Approval Scheme: Core criteria and guidance, 2013
Trute, Hans Heinrich	Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, DVBl. 1996, S. 950
Ulrich, Michael	Defizite bei der Regulierung der Selbstregulierung, MMR 2005, S. 743
Verbraucherkommission Baden-Württemberg	Vom Labelmissbrauch zu Vertrauenslabeln, 2011
Vomhof, Martina	Verhaltensregeln nach § 38a BDSG. Der Code of Conduct der Versicherungswirtschaft, PinG 2014, S. 215
von Braunmühl, Patrick	Verbraucherinteressen beim Datenschutz und neue Regulierungsansätze, in: Baums, Ansgar / Scott, Ben (Hrsg.), Kompendium Digitale Standortpolitik. Vom 1x1 zum 3x3, S. 154-161
Wegrich, Kai	Better Regulation? Grundmerkmale moderner Regulierungspolitik im internationalen Vergleich, 2009, Bertelsmann Stiftung
Zubke-von Thünen, Thomas	Technische Normung in Europa: mit einem Ausblick auf grundlegende Reformen der Legislative, 1999, Duncker und Humblot





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)