



Sachverständigenrat
für Verbraucherfragen

Verbraucherrecht 2.0

Verbraucher in der digitalen Welt

Lösungsoptionen

Auszug aus dem

Gutachten des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen

„Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt“

Dezember 2016

Berlin, Dezember 2016

Herausgeber:

Sachverständigenrat für Verbraucherfragen
beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

Telefon: +49 (0) 30 18 580-0

Fax: +49 (0) 30 18 580-9525

E-Mail: info@svr-verbraucherfragen.de

Internet: www.svr-verbraucherfragen.de

Diese Veröffentlichung ist im Internet abrufbar.

© SVRV 2016

Inhalt

<u>Lösungsoptionen für das Recht der digitalen Dienstleistungen</u>	2
1. <u>Zur Information vor Eingehen der Rechtsbeziehung</u>	3
2. <u>Zur Koppelung von Diensten in der Vertragsschlussphase</u>	4
3. <u>Zum Umfang und der Rechtswirkung der Einwilligung</u>	5
4. <u>Zur Feststellung des Partners der Rechtsbeziehung</u>	5
5. <u>Zum Gegenstand der Rechtsbeziehung</u>	6
6. <u>Zu den Rechten aus der Rechtsbeziehung</u>	7
7. <u>Zur Verbesserung der individuellen Rechtsdurchsetzung</u>	8
8. <u>Zur Verbesserung der kollektiven Rechtsdurchsetzung</u>	9
9. <u>Zur geeigneten Form der Umsetzung der Vorschläge</u>	10
10. <u>Zur Notwendigkeit einer evidenzbasierten Verbraucherpolitik</u>	10
11. <u>Zur Kompetenzproblematik</u>	10
<u>Lösungsoptionen für die Regulierung von Algorithmen und Big Data</u>	12
1. <u>Vorgaben im Bundesdatenschutzgesetz</u>	12
2. <u>Vorgaben in der Datenschutzgrundverordnung</u>	13
3. <u>Zu den drei Optionen eines regulatorischen Ansatzes</u>	15
4. <u>Zur fehlenden Übertragbarkeit der technischen Regulierung</u>	15
5. <u>Zu den Defiziten und Konsequenzen einer reaktiven Kontrolle</u>	17
6. <u>Zu den begrenzten Möglichkeiten der Ko-Regulierung</u>	17
7. <u>Zur Notwendigkeit eines Algorithmengesetzes</u>	18
8. <u>Zur Kompetenzproblematik</u>	19
<u>Lösungsoptionen: zur Notwendigkeit einer Digitalagentur</u>	21
1. <u>Zur Notwendigkeit unverzüglichen politischen Handelns</u>	22
2. <u>Zur Institutionellen Verankerung der Digitalagentur</u>	22
3. <u>Zu den Aufgaben und Kompetenzen der Digitalagentur</u>	23
4. <u>Zur Kompetenzproblematik</u>	23

Einführung

Die hier gemachten Vorschläge des Sachverständigenrates für Verbraucherfragen, einem Beirat für das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, befassen sich mit den Problemen von Verbrauchern, die digitale Produkte und Dienstleistungen kaufen bzw. in Anspruch nehmen. Sie umfassen drei Bereiche. Zunächst geht es um das Vertragsrecht, das die Rechtsbeziehungen zwischen Verbrauchern und Dienstleistern gestaltet, insbesondere digitale Dauerschuldverhältnisse, vorinstallierte Software, das Bezahlen mit Daten, sowie die Unklarheiten über Vertragspartner und Anspruchsgegner. Im zweiten Bereich werden die Probleme der massenweisen Nutzung von Daten für die Funktion von Algorithmen diskutiert, was die Diskrepanzen zwischen deutschem Datenschutzrecht und den EU-Regelungen deutlich macht. Am Ende befassen sich die Vorschläge mit der effektiven Durchsetzung von Verbraucherrechten und der Abklärung und Nutzung von rechtlichen und technischen Zuständigkeiten und Kompetenzen.

Lösungsoptionen für das Recht der digitalen Dienstleistungen

Jede Lösungsoption muss sich vordringlich daran orientieren, wie die Autonomie des Verbrauchers in der digitalen Welt erhalten werden kann: In der Vertragsanbahnungsphase, in der Situation des Vertragsschlusses, während der oft langen Dauer des Vertrages und auch nach der Kündigung des Vertrages. Geboten ist eine holistische Betrachtung, die sich nicht um juristisches Kästchendenken sorgt, sondern von den realen Problem her nach sinnvollen Lösungen sucht. Notwendig vermischen sich in einer solchen Analyse Privatrecht und öffentliches Recht, materielles (Datenschutzrecht, Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Lauterkeitsrecht und Verbrauchervertragsrecht) und Verfahrensrecht (individuelle und kollektive Rechtsdurchsetzung national und international).

Die Bestandsaufnahme zeigt eine Reihe von gravierenden Problemen, die mit Hilfe des bestehenden Rechts nicht gelöst werden. Der Verbraucher sieht sich völlig neuen Vertriebsformen ausgesetzt. Die Anbieter verknüpfen den Verkauf eines Produkts mit der dazu funktionsnotwendigen Software. Derartige Koppelungen (dazu Nr. 2 unten) erschweren den Wettbewerb, wenn es möglich oder wünschenswert sein soll, dass Anbieter um die unterschiedlichen Teile konkurrieren. Die Kosten dieses Kopplungsgeschäfts müssen nicht offen gelegt werden. Der Zugang ist an die Preisgabe der persönlichen Daten gebunden. Deren Verarbeitung erfordert eine Einwilligung, die der Verbraucher regelmäßig erteilt, unabhängig von Inhalt und Umfang der mit der Datenschutzgrundverordnung gestiegenen rechtlichen Anforderungen. Umfang, Ausmaß und Reichweite der Einwilligung generell sind nicht offensichtlich und selbst wenn sie offen gelegt werden, in den Dimensionen nicht nachvollziehbar (dazu Nr. 3 unten). Vor 75 Jahren glaubte man, den ausufernden AGB mit einer Einbeziehungskontrolle Herr zu werden.¹ Nun wiederholt sich die Geschichte in den gesteigerten Anforderungen an die Einwilligung zur Datenverarbeitung.

Ist der Zugang zum Netz und zu den digitalen Dienstleistungen mit den eigenen Daten erkaufte, türmen sich Fragen über Fragen bezüglich der Rechtsbeziehungen auf, die der Verbraucher eingeht (dazu Nr. 1 unten). Ist es überhaupt eine Rechtsbeziehung? Wenn ja, was für eine? Ist es ein Vertrag oder eine Rechtsbeziehung sui generis? Wer ist der Vertragspartner bei Online-Geschäften (dazu Nr. 4 unten)? Wo sitzt der Vertragspartner? Was ist der Gegenstand des Vertrages (dazu Nr. 5 unten), wenn es nicht die Übertragung des Eigentums ist, sondern nur die Nutzung eines Rechts?² Welche Möglichkeiten bestehen, aus einem einmal geschlossenen Vertrag, der vielleicht zehn Jahre gedauert hat, wieder auszuweichen? Lassen sich die Daten des Verbrauchers technisch aus dem Datenbestand der Unternehmen, die seine Daten verarbeiten, herausdestillieren? Welche Ansprüche hat der Ver-

¹ Italien hat in seiner großen Reform des Codice Civile im Jahre 1942 auf diese Lösung gesetzt.

² Wendehorst, *Verbraucherrelevante Problemstellungen zu Besitz- und Eigentumsverhältnissen beim Internet der Dinge*, Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrates beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Oktober 2016.

braucher gegen wen (dazu unten Nr. 6) wenn etwas schief läuft? Gegen den Verkäufer/Dienstleister, der oft genug im europäischen Ausland sitzt? Wie kommt er mit Hilfe eines Streitschlichtungsforums vor einem deutschen Gericht zu seinem Recht? Wer kontrolliert, ob in dieser digitalen Welt alles mit rechten Dingen zugeht?

Das vom Gesetz her vorgegebene Modell sieht so aus: Was die Verbraucher selbst und allein im Wege der individuellen Rechtsdurchsetzung nicht bewerkstelligen können, sollen die Verbraucherverbände richten (dazu Nr. 7 und Nr. 8 unten). Sie sollen die Marktpraktiken und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (grenzübergreifend) der Unternehmen kontrollieren. Sie müssen nicht nur über das Know-how verfügen, Rechtsregeln anzuwenden, sondern auch technologische Vorgänge, die hinter dem Recht den digitalen Dienstleistungen sehen, verstehen und einordnen. Dieser Politikansatz wird nicht durch eine Class Action flankiert, mit welcher die Verbraucherverbände oder auch einzelne Verbraucher oder Anwälte im Namen der Verbraucher gegen Missstände auf Schadensersatz klagen können. Das wichtigste und verbreitetste Mittel des kollektiven Rechtsschutzes ist die Unterlassungsklage, ein Stop-order Mechanismus, der sich darauf beschränkt, rechtswidrige Praktiken ex nunc zu verbieten, es aber cum grano salis wiederum dem einzelnen Verbraucher überlässt, wie und ob er einen Schadensersatz gegen den rechtswidrig handelnden Unternehmer geltend macht und durchsetzen kann. Die vorsichtigen Ansätze einer administrativen Sicherung der kollektiven Interessen der Verbraucher durch die BaFin und die Bundesnetzagentur bzw. im grenzüberschreitenden Bereich durch behördliche Netzwerke in der EU und in der OECD mögen einen Paradigmenwechsel indizieren. Im Moment fehlt jedoch eine geeignete Ergänzung des privatrechtlich organisierten Verbraucherschutzes durch eine Verbraucherbehörde mit allgemeinen Kompetenzen, gerade auch zur Entschädigung der betroffenen Verbraucher.³

Der Sachverständigenrat sieht zwingenden Handlungsbedarf, die geltenden Regeln an die Herausforderungen der digitalen Welt anzupassen. Ganz in einer holistischen Perspektive gedacht, vom Einstieg in die Rechtsbeziehung bis zum Ausstieg aus den digitalen Rechtsbeziehungen, schlägt der SVRV folgende elf Maßnahmen vor, die vier unterschiedliche Formen der digitalen Rechtsbeziehungen⁴ abdecken. Sie orientieren sich an dem Gebot der Rechtsklarheit und der Rechtsicherheit für den Verbraucher, eine hinreichende, aber auch eine notwendige Bedingung für die Wahrung seiner Autonomie.⁵

Die Auflistung beschränkt sich auf die *wesentlichen* Forderungen, für welche *dringender* Handlungsbedarf besteht. Dazu gehören auch politikberatende Erwägungen, die sich mit der Umsetzung der Empfehlungen beschäftigen (dazu Nr. 9-11) Die Gründe, sowie die Details finden sich in den einschlägigen Teilen des vorliegenden Gutachtens, den vom SVRV in Auftrag gegebenen Fremdgutachten und den Working Papers, auf die verwiesen wird.

1. Zur Information vor Eingehen der Rechtsbeziehung

Der Verbraucher sieht sich vor Eingehen einer Rechtsbeziehung einer Flut von Informationen gegenüber. Eine Vielzahl von rechtlichen Informations- und Aufklärungspflichten soll

³ Informationen zu den Tätigkeiten der CPC- und ICPEN-Netzwerke, s.

http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_by_governance_tool/consumer_protection_cooperation_network/index_en.htm, und

http://www.bmju.de/DE/Verbraucherportal/Verbraucherinformation/ICPEN/ICPEN_node.html, (beide zuletzt abgerufen am 24.11.2016). Die Netzwerke tragen hauptsächlich Informationen zusammen (z.B. durch ‚Sweeps‘) und versuchen, Probleme durch direkte Verhandlungen mit den Unternehmen zu lösen.

⁴ (1) die kostenfreien digitalen Dienstleistungen, (2) die Rolle und Funktion der online Plattformen in der Information, Beratung und Vermittlung, (3) die Entterritorialisierung der Konsumtion (der Sitz des Unternehmens ist oft unbekannt, liegt er im Ausland, steht ein komplizierter Rechtsbalken bereit, der der Rechtswissenschaft viel, dem Verbraucher wenig bietet) (4) das Internet der Dinge.

⁵ Vgl. Rott, *Gutachten zur Erschließung und Bewertung offener Fragen und Herausforderungen der deutschen Verbraucherrechtspolitik im 21. Jahrhundert*, Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrates beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, November 2016.

sicherstellen, dass der Verbraucher die datenschutzrechtlichen Konsequenzen erkennt, sich mit dem Vertragsgegenstand und allen vertraglichen Rechten und Pflichten aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vertraut macht und den Umfang und das Ausmaß der Endnutzervereinbarung realisiert. Der SVRV sieht es als notwendig an, in die Informationsregelungen eine klarere Struktur einzubeziehen, sie wenn möglich zu reduzieren und ihre Einhaltung über Sanktionsmechanismen zu sichern.

Als Vorbild kann die Verordnung (EU) Nr. 1286/2014 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. November 2014 über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte (PRIIP) dienen. Auch der Entwurf der Verordnung zur Förderung der Transparenz auf dem Telekommunikationsmarkt (TK-Transparenzverordnung)⁶ weist den richtigen Weg. In beiden Verordnungen werden Mustervorlagen für Produktinformationsblätter vorgegeben, die von Unternehmen einheitlich angewendet werden müssen. Verstöße können mit verwaltungsrechtlichen Sanktion belegt werden und im Falle fehlerhafter Angaben zu einer zivilrechtlichen Haftung führen. Die Aufbereitung der Information über den Datenschutz, über AGB und über die Endnutzervereinbarung (ENV) sollte einem standardisierten Muster folgen, dessen Struktur gemeinsam mit der Wirtschaft und den Verbraucherverbänden zu erarbeiten ist. Der Umfang und die sprachliche Verständlichkeit der Information sollten sich nach den kognitiven Fähigkeiten der Leser richten. Hierfür sollen innovative Gestaltungsmaßnahmen eingesetzt werden.

Digitale Rechtsbeziehungen sind auf Dauer angelegt. Das gilt mit Sicherheit für Dienstleistungen ‚as is‘. Damit ist bereits ein weites Spektrum von Dienstleistungen abgedeckt, von Google bis hin zu den sozialen Netzwerken. Die Rechte der Verbraucher lassen sich nur wahren, wenn während der Dauer und für den Fall einer möglichen Beendigung der Rechtsbeziehung zusätzliche Sicherungen eingebaut werden. Angesichts des wesentlichen Charakters der auf den über Informationsblättern übermittelten Informationen, muss der Verbraucher die Möglichkeit erhalten, bei Änderungen vom Vertrag zurückzutreten. Auf diese Möglichkeit ist er hinzuweisen. Sollte der Vertrag mit dem Einverständnis des Verbrauchers über Jahre fortgeführt werden, sollte dem Verbraucher die Möglichkeit eingeräumt werden, vom Unternehmer ein Update zu verlangen, in welchem alle Änderungen auf einem Informationsblatt zusammengefasst sind und ihm zugänglich gemacht werden.

Der SVRV empfiehlt: (1) Der Unternehmer hat den Verbraucher auf je einer Seite (500 Wörter) über die relevanten datenschutzrechtlichen Vorgaben sowie über die AGB-Bestimmungen vor Vertragsschluss zu informieren. Diese Verpflichtung gilt auch für eventuelle Änderungen während des Vertrages. Der Unternehmer hat auf der einseitigen Information nachträgliche Änderungen drucktechnisch deutlich hervorzuheben. Die einseitige Information und deren Aktualisierung ist dem Verbraucher auf einem dauerhaften Datenträger i.S.d. § 126b BGB⁷ zu übermitteln. (2) Jede Änderung berechtigt den Verbraucher zum Rücktritt vom Vertrag, worauf hinzuweisen ist. (3) Verstöße gegen die Hinweispflicht sind zu sanktionieren.

2. Zur Koppelung von Diensten in der Vertragsschlussphase

Elektronische Geräte, die den Zugang zum Internet eröffnen, werden in der Regel mit vorinstallierter Software angeboten. Der Verbraucher kann die im Netz angebotenen Dienste nur nach vorheriger Registrierung abrufen. „There is not such thing as a free lunch“, oder nichts ist umsonst, auch nicht im Internet. Für eine funktionierende Marktwirtschaft ist entscheidend, dass der Verbraucher die einzelnen Kostenposten, wie den Preis für das elektronische Gerät, den Preis für die Software sowie den „Preis“ für eine vermeintlich kostenlos erbrachte Dienstleistung kennt. Einziges wettbewerbspolitisches Ziel ist es, die Leistungen im Rahmen

⁶ Verordnung zur Förderung der Transparenz auf dem Telekommunikationsmarkt (TK-Transparenzverordnung - TKTransparenzV), BT-Drs 18/1804 (Verordnung) vom 15.06.2016.

⁷ Ausgelegt entsprechend EuGH-Urteil vom 25. Januar 2017, *BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG gegen Verein für Konsumenteninformation*, E-CLI:EU:C:2017:38.

des Möglichen zu entkoppeln. Ist diese Entkoppelung nicht möglich, sollte der Verbraucher zumindest die oben angesprochenen Kostenposten der verschiedenen Leistungen kennen. Soweit Dritte Unternehmen für die Werbung zahlen, ist deren Beitrag zur Finanzierung offenzulegen.

Der SVRV empfiehlt die folgenden Informationspflichten festzulegen: (1) erwirbt der Verbraucher ein elektronisches Gerät mit einer vorinstallierten Software, muss er über den Preis des Geräts und der Software (getrennt) informiert werden. Die entgegenstehende Rechtsprechung des EuGH ist im Wege der Änderung der EU Richtlinie zu korrigieren. (2) Die Finanzierung von digitalen Dienstleistungen durch Dritte ist dem Verbraucher gegenüber offenzulegen.

3. Zum Umfang und der Rechtswirkung der Einwilligung

Die Datenschutzgrundverordnung formuliert in Art. 4 Nr. 11 DSGVO materielle Anforderungen an die vom Verbraucher zu erteilende Einwilligung, die allerdings nicht notwendig ausdrücklich, sondern auch konkludent oder in AGB erteilt werden kann. Im letzteren Falle kommt das Transparenz- und Trennungsgebot nach Maßgabe des Art. 7 Abs. 2 DSGVO zum Tragen, das weiterreicht als das geltende AGB-Recht. Der Grundgedanke der Regelung der Datenschutzgrundverordnung ist auf das AGB-Recht zu übertragen. Es ist nicht ersichtlich, warum an die Einwilligung in die Datenverarbeitung höhere Anforderungen gestellt werden als an die Einwilligung in Allgemeine Geschäftsbedingungen.

Die Informationen über die AGB-Bestimmungen müssen auf dem einseitigen Informationsblatt vermerkt werden, sie können wie bisher mit dem Ankreuzen einer Box vereinbart werden.⁸

Der SVRV empfiehlt: Datenschutzrechtliche und AGB-rechtliche Anforderungen an die Einwilligung sind gleichzustellen. Das Trennungs- und Transparenzgebot des Art. 7 Abs. 2 DSGVO ist auf die Einbeziehung von AGB zu übertragen. Als bindend vereinbart gelten nur die auf jeweils einer Seite (s. Forderung Nr. 1) niedergelegten Rechte und Pflichten.

4. Zur Feststellung des Partners der Rechtsbeziehung

Soweit der Verbraucher rechtliche Transaktionen über eine Plattform tätigt, ist für ihn oftmals schwer erkennbar, ob er mit der Plattform eine vertragliche Beziehung eingeht oder nicht und welche Leistungen die Plattform anbietet (kostenlose Information, kostenlose oder kostenpflichtige Vermittlung oder kostenlose oder kostenpflichtige Beratung). In der Sharing Economy tritt das Problem hinzu, dass der Verbraucher nicht weiß, ob der Anbieter der Dienstleistung selbst Verbraucher oder ein Unternehmer ist. Hier ist durch eine Umkehrung der Beweislast Abhilfe zu schaffen. De facto üben die Plattformen bereits heute eine faktische Kontrollfunktion über die verfügbaren Informationen aus oder könnten es zumindest tun.⁹

Der SVRV empfiehlt: (1) Im Einklang mit dem Vorschlag Frankreichs muss der Plattformbetreiber genaue Angaben über die Funktion des Dienstes und den Charakter der Rechtsbeziehungen offenlegen; soweit die Plattform einen User Account verlangt, ist die Information vor Erstellung des Accounts zu übermitteln. (2) Im Einklang mit seiner faktischen Funktion muss der Plattformbetreiber eine Überwachungs- und Kontrollfunktion übernehmen, bei Verletzung dieser Pflichten haftet er gegenüber dem Verbraucher. (3) In der Sharing Economy sollte eine Regel eingeführt werden, nach der jeder, der kostenpflichtige Leistungen über eine Plattform anbietet, bis zum Beweis des Gegenteils als Unternehmer im Sinne von § 14 BGB zu behandeln ist.

⁸ Was sie derzeit kaum tun, s. bei Domurath/Kosyra, *Verbraucherdatenschutz im Internet der Dinge*, SVRV Working Paper Series Nr. 3; Schmechel, *Verbraucherdatenschutzrecht in der EU Grundverordnung*, SVRV Working Paper Nr. 4.

⁹ Adam/Micklitz, *Information, Beratung und Vermittlung in der digitalen Welt, Rechtsfragen in Finanzen, Gesundheit und Handel*, SVRV Working Paper Nr. 6.

5. Zum Gegenstand der Rechtsbeziehung

Soweit es sich um digitale Dienstleistungen „as is“ handelt, ist eine Klarstellung des Gesetzgebers erforderlich, ob es sich um eine Vertragsbeziehung oder eine vertragsähnliche Rechtsbeziehung mit wechselseitigen Rechten und Pflichten handelt. § 312 Abs. 1 BGB, der für das Vorliegen eines Vertrages Entgeltlichkeit fordert, ist nicht nur mit dem EU Recht unvereinbar, sondern auch mit den Realitäten des Internet. Der Verbraucher bezahlt de facto die digitale Dienstleistung mit seinen Daten.

Der SVRV empfiehlt, klarzustellen, dass es sich bei digitalen Dienstleistungen „as is“ um eine Rechtsbeziehung mit Rechten und Pflichten handelt.

Bei digitalen Dienstleistungen „as is“ liegt die Bestimmung und die Änderung der zu erbringenden Leistungen in der Hand des Anbieters. Da es sich um eine Rechtsbeziehung handelt, gelten für Anbieter von Dienstleistungen „as is“ die identischen Anforderungen wie für den Anbieter von kostenpflichtigen Dienstleistungen. Sie müssen auf zwei Informationsblättern über die geplante Verarbeitung der Daten und den Gegenstand des über AGB definierten Vertrages sowie über jede Modifikation während der Dauer des Vertrags informieren.

Der SVRV empfiehlt, die Regelung der vor Eingehen der Rechtsbeziehung verbindlich zu übermittelnden Informationsblätter auf Dienstleistungen „as is“ zu erstrecken.

Eine der tragenden Herausforderungen der digitalen Welt ist die „strukturelle Erosion des Eigentums“.¹⁰ Soweit der Verbraucher ein elektronisches Gerät erwirbt, bleibt das Sacheigentum funktionslos, solange das Gerät nicht mittels einer Software genutzt werden kann. Wesentlicher Gegenstand des Vertrages ist deshalb die Nutzungsmöglichkeit der auf dem elektronischen Gerät installierten Software. Deren Umfang wird über das Urheberrecht bestimmt und in Allgemeinen Geschäftsbedingungen konkretisiert. Die Forderungen der Nutzerseite liegen unter dem Stichwort „fair use“ seit langem auf dem Tisch.

Der SVRV empfiehlt, die schwarze und graue Liste der verbotenen Klauseln um Klauseln zu ergänzen, die typischerweise in digitalen Zusammenhängen und insbesondere in Endnutzervereinbarungen zu finden sind¹¹.

Noch ungelöst sind die Fragen, die sich aus der Einführung von Smart Contracts ergeben. „Ein Smart Contract ist ein Programm, das einen intelligenten, selbst ausführenden Vertrag darstellt.“¹² Der Smart Contract kann direkt in die Blockchain Technologie implementiert werden. So kann die Abwicklung eines Vertrages elektronisch überwacht werden. Sachliche Gründe, für das Ausbleiben einer Ratenzahlung etwa, können im System nicht verarbeitet werden.

Der SVRV empfiehlt, die Forschung zum möglichen Einsatz der Blockchain Technologie sowie zu den möglichen rechtlichen Konsequenzen bei Smart Contracts intensiv voranzutreiben.

In der Konkretisierung des Gegenstandes der Rechtsbeziehungen laufen drei unterschiedliche Rechtsgebiete zusammen, die in ihren Rechtswirkungen nur sehr bedingt aufeinander abgestimmt sind: Datenschutzrecht, Urheberrecht und Zivil- bzw. Verbraucherrecht. Die weitreichende Auslagerung der Gesetzgebungskompetenz auf die EU hat den Prozess der sich überlappenden Regelungen beschleunigt. Datenschutz und Urheberrecht im Zusammenspiel bestimmen die Regeln der digitalen Wirtschaft und überlagern die klassischen zivilrechtlichen Regeln im BGB. Diese Entwicklung reicht über das Verbraucherrecht hinaus und betrifft b2c-Verträge. Zwar kommt das Verfahren vor allem im reinen Finanzsektor zum Einsatz (Kryptowährungen "Bitcoin" und "Ethereum"). Doch auch in anderen Bereichen wie der

¹⁰ Die Formulierung stammt von Wendehorst, (*op. cit. Fn 2*).

¹¹ Hier folgt der SVRV den Vorschlägen von Wendehorst, (*op. cit. Fn 2*).

¹² Aus dem Gutachten Spindler, *Regulierung durch Technik*, Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrates beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, November 2016, der auf Ethereum-Plattform verweist: <https://www.ethereum.org/> (zuletzt abgerufen am 06.09.2016).

Energiewirtschaft gibt es in den USA erste Pilotprojekte mit Blockchains, um unter Ausschaltung der Energieversorger. dezentral den Handel mit Energie kostengünstiger direkt über die Erzeuger, z.B. die Prosumer zu gestalten.¹³ Besonders virulent wird die Problematik durch den Einsatz von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die den Dienstleistungsvertrag gestalten, die Endnutzervereinbarung prägen und datenschutzrechtliche Berührungspunkte aufweisen.¹⁴

Der SVRV empfiehlt, das Zusammenspiel von Datenschutzrecht, Urheberrecht und Privatrecht/Verbraucherrecht systematisch zu analysieren, weil nur eine holistische Perspektive die Möglichkeit eröffnet, generalisierende Regeln zu finden, die sich für die digitale Welt als erkenntnis- und handlungsleitend erweisen können. Aus Verbrauchersicht geht es kurzfristig höchst dringlich um die Abstimmung der AGB-Kontrolle mit dem Datenschutz- und dem Urheberrecht.

In Sinne einer Zusammenführung von bislang getrennten Rechtsgebieten muss überdacht werden, ob und wie sich eine Gegenleistung „in Daten“ auf den Vertragsgegenstand auswirkt. Der SVRV wird im Sommer 2017 zu der Thematik gesondert Stellung nehmen.

Ch. Wendehorst¹⁵ argumentiert, dass die Missachtung der datenschutzrechtlichen Schutzmaßnahmen aus Art. 25 DSGVO zum Datenschutz durch Technik als Sachmangel i.S.d. § 434 BGB anzusehen ist. Der gegenwärtige Sachmangelbegriff sei aber aufgrund seiner Ausrichtung auf die Funktionalität der gekauften Sache nicht geeignet, *Privacy by Design* und *Privacy by Default* als Kriterien der Vertragskonformität zu definieren. Nach G. Spindler¹⁶ stellt eine grundlegende IT-Sicherheit von Produkten eine vertragswesentliche Schutz- und Nebenpflicht dar.

Der SVRV empfiehlt, klarzustellen, dass Privacy by Design und Privacy by Default sowie grundlegende IT-Sicherheitsmaßnahmen zur Definition der „nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung“ i.S.d. § 434 Abs. 1 BGB gehören.

6. Zu den Rechten aus der Rechtsbeziehung

Das Recht auf Datenübertragbarkeit ist im Nachgang der Google Entscheidung des EuGH in Art. 20 DSGVO eingeführt worden. Durch das Recht auf Datenübertragbarkeit sollen Verbraucher die Möglichkeit erhalten, mit dem Online-Profil z.B. eines sozialen Netzwerks mit einem einzigen Klick zu einem anderen umziehen zu können. Hier sind viele Fragen offen, die einer Vertiefung bedürfen: Wie ähnlich müssen sich die Netzwerke sein? Wie lässt sich Datenübertragbarkeit technisch bewerkstelligen? Wie sollen Rechte Dritte gewahrt werden? Wie lässt sich verhindern, dass mögliche Kosten als Ausschlussgrund in Anschlag gebracht werden? Völlig ungelöst ist die Verzahnung des Anspruchs auf Datenportabilität mit dem Vertragsrecht. Erneut müssen Datenschutzrecht und Vertragsrecht synchronisiert werden. Nach dem Wortlaut des Art. 20 DSGVO ist nicht eindeutig, ob der Verbraucher das Recht nur geltend machen kann, wenn er die Daten an einen anderen Anbieter übertragen will oder ob er die Rückübertragung der Daten auch an sich selbst verlangen kann, wenn er keinen Anbieterwechsel beabsichtigt. Genau diese Übertragung an sich selbst muss gewährleistet werden.

Der SVRV empfiehlt, klarzustellen, dass das Recht auf Datenportabilität auch als Kündigungsrecht zu verstehen ist, mit Hilfe dessen der Verbraucher eine kostenfreie Rückübertragung und Löschung der Daten auf einem gängigen maschinenlesbaren und interoperablen Format verlangen kann.

¹³ Die VZ NRW hat hierzu eine Kurzstudie und Positionspapier veröffentlicht <http://www.verbraucherzentrale.nrw/blockchain> (zuletzt abgerufen am 24.11.2016).

¹⁴ Wendehorst, (op. cit. Fn 2).

¹⁵ Wendehorst, (op. cit. Fn 2) S. 68f.

¹⁶ Spindler, *Verantwortlichkeiten von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären*, (Studie im Auftrag des BSI) insbesondere S. 12ff.

Besondere Rechtsfragen stellen sich im Internet der Dinge einmal durch den digitalen Inhalt des Vertrages (Interoperabilität, Sicherheit, Funktionalität, Maintenance, Updates, Patches, Privacy by Design sowie by Default); zum anderen durch das Auseinanderfallen des Kaufvertrages und eingebetteter digitaler Inhalte, ausgelagerter digitale Inhalte, Aktualisierungen digitaler Inhalte, digitale Dienstleistungen und Datenzugang, die regelmäßig von einem Dritten erbracht werden.¹⁷ Beide Sachkomplexe werden intensiv diskutiert. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich aus der Sicht des Verbrauchers Kaufvertrag und von Dritten bereit gestellte digitale Inhalte als eine in sich geschlossene Einheit darstellen, auch wenn sie formal rechtlich getrennt sind. Weder Einheitsmodell, noch Agenturmodell, noch Garantiemodell führen zu zufriedenstellenden Lösungen, weil sie tendenziell den Händler/Verkäufer für Drittleistungen in Pflicht nehmen. Die Lösung könnte in der Einführung einer Produktgewährleistungshaftung liegen, die sich primär gegen den Produzenten eines technischen Gerätes richtet, der dem Verbraucher für die Bereitstellung der digitalen Drittleistungen haftet bzw. gegenüber dem in der EU ansässigen Importeur, der die Produkte aus dem EU-Ausland in die Europäische Union importiert.

Der SVRV empfiehlt, um dem Auseinanderfallen von Kaufvertrag und von Dritten bereitgestellten digitalen Inhalten entgegenzuwirken, dass ein Produktgewährleistungsanspruch gegen den Produzenten bzw. gegen den EU- Importeur eingeführt werden sollte, der dem Verbraucher gegenüber auch für die Bereitstellung von digitalen Drittleistungen haftet.

7. Zur Verbesserung der individuellen Rechtsdurchsetzung

In Umsetzung der ADR Richtlinie und der ODR Verordnung hat das VBSG einen einheitlichen Rahmen für die außergerichtliche Streitbeilegung geschaffen, national wie auch im EU Kontext. Angesichts des Umstandes, dass das Gesetz erst am 1.4.2016 in Kraft getreten ist, scheint es für eine Bewertung noch zu früh.¹⁸ Die Funktionsweise der Schlichtungsstelle soll nach § 43 Abs. 2 VBSG bis zum 31.12.2020 begleitend evaluiert werden. Aus der Sicht des SVRV ist zentral, dass schon jetzt die notwendigen Vorkehrungen getroffen werden, um die in den Schlichtungsstellen zusammenlaufenden Informationen auswerten zu können. Diese Auswertung soll die Typologie der Rechtskonflikte, die beteiligten Unternehmen, die betroffenen Branchen und Produkte unterscheiden. Eine sogenannte Rechtspraxis ohne Recht soll vermieden werden, gerade dann, wenn sich die gespeicherten Daten im europäischen Ausland befinden. Auch wenn die außergerichtliche Streitbeilegung auf Kompromisse abzielt, so müssen auch diese vom Recht geleitet werden. Um das zu erreichen, müssen die in den Schlichtungsstellen generierten Informationen (und vor allem auch die Evaluierung) öffentlich gemacht werden. § 34 VSBG formuliert nur sehr unspezifische Vorgaben, die eine große Heterogenität erwarten lassen.

Modellverträge könnten dazu beitragen, digitale Verträge mit der Streitschlichtung zu finden. Wirtschaft und Verbraucherverbände könnten gemeinsam einen wesentlichen Beitrag zur Erhöhung der Rechtssicherheit leisten.

Der SVRV regt an, dass Wirtschaft und Verbraucherverbände sich an der Ausarbeitung von Modellverträgen für digitale Dienstleistungen beteiligen, die nicht nur wesentliche Elemente des Inhaltes eines solchen Vertrages, sondern auch die Verbindung hin zu den Streitschlichtungsmechanismen sicherstellen.

Der Fokus soll auf den neuen Formen der privaten Rechtsdurchsetzung liegen. Ein Beispiel ist die Durchsetzung der Fahrgastrechte mit Hilfe von kommerziell agierenden Intermediären, die gegen eine prozentuale Beteiligung die Rechte der Verbraucher wahrnehmen.¹⁹ Unbe-

¹⁷ Wendehorst, (*op. cit. Fn 2*).

¹⁸ Aus wissenschaftlicher Sicht siehe das Sonderheft der Zeitschrift Verbraucher und Recht zur Einführung des VSBG, 2016.

¹⁹ Vgl. dazu Rott, "Claims Management Services: An Alternative to ADR?", (2016), *European Review of Private Law*, S. 143-160.

streitbar verhelfen sie vielen Verbraucher zu ihrem Recht. Die Anbieter verfolgen aber nur eindeutige Fälle. Mit risikobehafteten Fällen werden Verbraucher allein gelassen oder an mit öffentlichen Mitteln geförderte Verbraucherverbände verwiesen. Neuerdings schließen einige Luftverkehrsgesellschaften zudem die Möglichkeit der Abtretung an Intermediäre in ihren AGBs (s.o. Ryan Air) aus.

Der SVRV regt an, die Auswirkungen privater kommerzieller Rechtsdurchsetzung auf die verbandlich unterstützte Rechtsdurchsetzung aufmerksam zu verfolgen.

8. Zur Verbesserung der kollektiven Rechtsdurchsetzung

Das deutsche Rechtsschutzsystem basiert an der Schnittstelle von Marktpraktiken und AGB allein auf einer privat organisierten kollektiven Rechtsdurchsetzung durch Verbraucherverbände und durch Verbände der Wirtschaft. Soweit es um die Kontrolle AGB geht, fallen die Verbände der gewerblichen Wirtschaft de facto aus. Sie sind zwar klagebefugt, haben aber in den 40 Jahren seit der Einführung der Verbandsklage nur in seltenen Umständen von der Möglichkeit Gebrauch gemacht. So ruht die private Rechtsdurchsetzung bei dem vom Bund finanzierten Verbraucherzentrale Bundesverband und bei denjenigen Verbraucherzentralen, die von den Bundesländern mit ausreichenden Mittel zur Wahrnehmung der Verbandsklagebefugnisse ausgestattet sind. Im Bereich des Lauterkeitsrechts bestreiten die Verbände der gewerblichen Wirtschaft etwa 2/3 der Verfahren, die jedenfalls zum Teil Verbraucherinteressen berühren. Das restliche Drittel entfällt auf die genannten Verbraucherverbände. Soweit sich Berührungspunkte zum Verbraucherdatenschutz geben, sind Verbraucherverbände seit 2016 befugt, im Wege der Unterlassungsklage gegen Unternehmen vorzugehen. Die primär Verantwortlichen sind aber die oftmals unterausgestatteten Datenschutzbehörden, auch wenn die Verbraucherverbände durch Verbandsklagen wesentlich zu einer Klärung der datenschutzrechtlichen Einwilligungsvoraussetzungen beigetragen haben.

Die grenzüberschreitende Verbandsklage spielt, trotz des erheblichen gesetzgeberischen Aufwands, in der Praxis kaum eine Rolle. Zu schwierig sind die Fragen der Jurisdiktion, des anwendbaren Rechts und der Vollstreckung eines deutschen Urteils im Ausland oder umgekehrt eines ausländischen Urteils im Inland. Die geltenden EU rechtlichen Regeln sind auf die kollektive Verbandsklage nicht zugeschnitten und werfen eine Vielzahl von Rechtsfragen auf für deren Klärung – neben den beauftragten Verfahren nach der Verordnung 2006/2004 über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit im Verbraucherschutz – die Verbraucherverbände ihre knappen Ressourcen nur bedingt einsetzen können. Deshalb identifizieren Verbraucherorganisationen der EU Mitgliedstaaten mit Hilfe der Europäischen Dachorganisation BEUC grenzüberschreitende Praktiken, gegen die die nationalen Verbände dann koordiniert vorgehen. Die grenzüberschreitenden behördlichen Netzwerke schließen diese Lücke nicht. Gründe hierfür sind unter anderem die fehlenden notwendigen Eingriffsbefugnisse jenseits der Unterlassungsklage.

Nach dem derzeitigen Stand der politischen Diskussion hat es den Anschein, als ob eine Lösung über den Ausbau des Bundeskartellamtes (BKartA) vollzogen werden könnte. Eine derartige Erweiterung hätte bei linearem Vollzug zur Folge, dass die vorhandenen Rechtsbehelfe des BKart auf die Kontrolle der Werbung und der AGB ausgedehnt würde. Gegenüber dem Abmahnverfahren und der Unterlassungsklage könnte das BKartA nach § 32 (2a) GWB die Rückerstattung wirtschaftlicher Vorteile anordnen. Bei dieser Norm handelt es sich um eine Regelung, die sich auf Nachteile, die Verbraucher durch unzulässige Geschäftsbedingungen oder unlautere Werbung erleiden, ausdehnen ließe. Dies wäre ganz im Sinne des Art. 8 des Vorschlages der EU Kommission zur Änderung der Verordnung 2006/2004, der als Messlatte für die mindestens zur Verfügung zu stehenden Rechtsbehelfe dienen sollte. Diese Instrumente behördlicher Rechtsdurchsetzung im Verbraucherschutz sollen keinesfalls die Arbeit der Verbraucherorganisationen ersetzen, können sie aber sinnvoll ergänzen. Es müsste jedoch gewährleistet sein, dass die Digitalagentur ihre Befugnisse zur Durchsetzung des Verbraucherrechts unabhängig und nicht geleitet von wirtschaftlichen oder politischen Erwägungen ausübt.

Der SVRV schließt sich dem Tenor des diesjährigen Verbraucherrechtstags an, auf dem für die Ergänzung des verbandlichen Rechtsschutzes durch eine behördliche Kontrolle (Digitalagentur) plädiert wurde. Nach englischem Vorbild wäre ergänzend an eine „super complaint“ zu denken, ein Verfahren, in dem die Verbände notfalls mit Hilfe eines Gerichts ein Tätigwerden der Behörde erzwingen könnten.

9. Zur geeigneten Form der Umsetzung der Vorschläge

Die vorgeschlagenen Lösungen berühren eine Vielzahl von gesetzlichen Regeln. Grund dafür ist die andere Regelungslogik der verbraucherschutzrechtlichen Bestimmungen des BGB sowie das Bemühen um eine Synchronisierung von Datenschutzrecht und AGB-Recht.

Der SVRV spricht sich für eine Form der Umsetzung der Vorschläge aus, die den inneren Zusammenhang der vorgeschlagenen Regeln wahrt. Angesichts der politischen Sensibilität, die Eingriffe in das BGB mit sich bringen, sollten Korrekturen im BGB auf das unbedingt notwendige Maß beschränkt werden. Konkret bestünde die Notwendigkeit, in die §§ 13 und 14 BGB eine Vermutungsregelung für geschäftliche Tätigkeiten einzuführen sowie die datenschutzrechtliche Einwilligung und die AGB-rechtliche Einwilligung aufeinander abzustimmen.

10. Zur Notwendigkeit einer evidenzbasierten Verbraucherpolitik

Der SVRV hat eine Explorationsstudie zu vorhandenen und fehlenden Daten im Verbraucherschutzrecht in Auftrag gegeben.²⁰ Unter Punkt VIII listet das Gutachten die lange Liste der Lücken auf und unterbreitet konkrete Vorschläge, wie diese Lücken zu schließen sind. Politisch belastbare Daten zum Verbraucherschutzrecht, über anlass- und projektbezogene Ergebnisse hinaus, gibt es so gut wie nicht. Besserung für den Bereich der von den Verbraucherzentralen der Länder durchgeführten Rechtsberatungen und Rechtsvertretungen verspricht die mit den Marktwächter-Projekten vorangetriebene Erfassung auf Grundlage europaweit einheitlicher Parameter. Für andere Bereiche existieren diese Bemühungen bislang aber nicht.

Der SVRV empfiehlt, die notwendigen Vorkehrungen zu treffen, um eine evidenzbasierte Verbraucher-Rechts-Politik gestalten zu können.

11. Zur Kompetenzproblematik

Die vorgeschlagenen Lösungsoptionen berühren die Kompetenzordnung der Europäischen Union. Hier ist zwischen Richtlinien zu unterscheiden, die lediglich eine Minimalharmonisierung statuieren, wie die Richtlinie 93/13/EWG und die Richtlinie 88/44/EG Verbrauchsgüterkauf und solchen Richtlinien, die auf eine Vollharmonisierung zielen. Dies sind insbesondere die E-Commerce Richtlinie 2000/31/EG, die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken und die Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher. Nicht vollständig harmonisiert sind der Verbraucherbegriff und der Begriff des Unternehmers.

Die Versuche Frankreichs, Informationsregeln über Plattformen zugunsten der französischen Verbraucher zu verabschieden, sind auf Widerstand der Europäischen Kommission gestoßen. Gründe hierfür waren die Berührungspunkte mit dem Anwendungsbereich der E-Commerce Richtlinie sowie der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken. Im Lichte dieser Sichtweise ist mit Widerstand der Europäischen Kommission in Bezug auf folgende Vorschläge zu rechnen:

- Kopplung von Diensten,
- Informationsblatt Datenschutz,
- Feststellung des Vertragspartners,

²⁰ Schmidt-Kessel, Larch, Erler, Heid, Grimm, Explorationsstudie zu vorhandenen und fehlenden Daten im Verbraucherschutzrecht, Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrates beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Juni 2016.

- Kontroll- und Überwachungsfunktion der Plattformen,
- Fair use von urheberrechtlich geschützten Software-Programmen und eventuell
- Produktgewährleistungshaftung.

Im Wege eines Rechtsgutachtens sollte folgende Frage geklärt werden: Wie genau sollen die Lösungsoptionen gefasst werden, um einen Konflikt mit dem EU Recht so weit als möglich zu vermeiden und die nationale Handlungsautonomie zu stärken?

Der SVRV lässt sich von der Überzeugung leiten, dass es der Bundesrepublik Deutschland unbenommen ist, mittels eines politischen Vorstoßes und möglicherweise gemeinsam mit anderen Mitgliedstaaten die Europäische Kommission zum Handeln aufzurufen.

Lösungsoptionen für die Regulierung von Algorithmen und Big Data

Der Einsatz von Algorithmen und die Perspektiven selbstlernender Algorithmen, die den Quellcode fortschreiben, werfen Fragen von ganz anderer Reichweite auf als die Mikroperspektive der digitalen Dienstleistungen. Jetzt geht es nicht nur um die Wahrung der *Autonomie* des Verbrauchers, die die Lösungsoptionen für das Recht der digitalen Dienstleistungen anleiten sollten, sondern um *die Würde des Menschen* im Zeitalter der Künstlichen Intelligenz. Die Herausforderung der Politik liegt in der Antwort auf die Frage, wie sichergestellt werden kann, dass selbstlernende Algorithmen ethisch verantwortlich „handeln“. Kann die Politik auf die Wirtschaft vertrauen, auf den Wettbewerb, auf eigenverantwortliches ethisches Handeln derjenigen, die die Entwicklung der künstlichen Intelligenz vorantreiben? Schwieriger noch: was soll geschehen, wenn KI sich „verselbständigt“? Wie soll ein sich selbst steuernder Prozess politisch, ethisch und rechtlich eingebettet werden?

Der SVRV sieht die Politik in der Pflicht. Die Frage ist nicht mehr, ob die Politik handeln muss, sondern wie ihr Handeln aussehen könnte. Notwendig ist, in die Algorithmen eine normative Komponente zu integrieren. Unter der großen Rubrik ‚Würde des Menschen‘ und seiner Autonomie ginge es im Verbraucherrecht um die Beachtung des Diskriminierungsverbotes, der Lauterkeit der Werbung, des Verbraucherdatenschutzrechts und fairer Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Ist diese Grundsatzfrage beantwortet – und der SVRV ist der Überzeugung, dass politisches Handeln nottut – so stellen sich der Umsetzung des Ziels eine ganze Reihe von Hindernissen in den Weg, die auf die unterschiedliche Rationalität von Recht und Technik zurückgehen.²¹

1. Vorgaben im Bundesdatenschutzgesetz

Das gesetzgeberische Modell des 20. Jahrhunderts lautet, dass der Staat einen rechtlichen Rahmen für die Technik bereitstellt, innerhalb dessen die Wirtschaft ihre technischen Standards selbst entwickelt. Die Hersteller von technischen Produkten werden vom Gesetzgeber auf die Einhaltung des Standes der Technik und des Standes der Wissenschaft verpflichtet. Eine Schlüsselfunktion übernehmen dabei die Normungsorganisationen, die den vom Gesetzgeber gesetzten Rahmen ausfüllen. In Deutschland sind die Verbraucher über den DIN Verbraucherbeirat in die Normung eingebunden. Derart verabschiedete Normen genießen einen privilegierten Status. Hat der Hersteller die Normübereinstimmung seiner Produkte zertifiziert, entweder selbst oder von Dritten unabhängigen Einrichtungen (z.B. dem TÜV), so können die Produkte ohne weitere staatliche Kontrolle vermarktet werden. Kommt es doch zum Schadensfall wird vermutet, dass der Hersteller bis zum Beweis des Gegenteils seinen rechtlichen Verpflichtungen nachgekommen ist. Cum grano salis hat die EU dieses Modell Mitte der 1980er Jahre für die technische Regulierung in Europa übernommen.

In § 28 b BDSG ist der Gesetzgeber einen etwas anderen Weg gegangen. Dort hat er insbesondere Kreditbüros auf die Einhaltung wissenschaftlich-mathematisch anerkannter Standards verpflichtet und ihnen dabei nicht den Weg der Verarbeitung besonders sensibler Daten im Sinne von § 3 Nr. 9 BDSG eröffnet. Die Vorschriften lauten.

§ 28b BDSG (Scoring)

Zum Zweck der Entscheidung über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses mit dem Betroffenen darf ein Wahrscheinlichkeitswert für ein bestimmtes zukünftiges Verhalten des Betroffenen erhoben oder verwendet werden, wenn

1. die zur Berechnung des Wahrscheinlichkeitswerts genutzten Daten unter Zugrundelegung eines wissenschaftlich anerkannten mathematisch-

²¹ Boer, *Legal Theory, Sources of Law, and the Semantic Web*, (IOS Press, 2009).

statistischen Verfahrens nachweisbar für die Berechnung der Wahrscheinlichkeit des bestimmten Verhaltens erheblich sind (Hervorhebung SVRV),

2. im Fall der Berechnung des Wahrscheinlichkeitswerts durch eine Auskunft die Voraussetzungen für eine Übermittlung der genutzten Daten nach § 29 und in allen anderen Fällen die Voraussetzungen einer zulässigen Nutzung der Daten nach § 28 vorliegen,

3.

4.

§ 3 Abs. 9 BDSG

(9) Besondere Arten personenbezogener Daten sind Angaben über die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit oder Sexualleben.

Vor dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) ist ein Verfahren gegen die Schufa anhängig, in dem es darum geht, ob die Schufa die Scoring-Algorithmen offenlegen muss. Der BGH hatte genau das verneint.²² Über die Annahme der Verfassungsbeschwerde hat das Gericht noch nicht entschieden. Insoweit ist bislang jedenfalls nicht höchstrichterlich geklärt, welche Anforderungen an *wissenschaftlich anerkannte mathematisch-statistische Verfahren* zu stellen sind. Für sensible Daten setzt immerhin § 28 Abs. 8 i.V.m. Abs. 6 BDSG den Kriterien Grenzen, die für die Ermittlung des Score Wertes eingesetzt werden dürfen. Ungeklärt ist, inwieweit die Grenzlinien der § 19 und § 20 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz auf die Erhebung von Daten durchschlagen. Der amerikanische Equal Access Opportunity Act ist hier eindeutiger.²³ Die Kontrolle über die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben liegt in den Händen der Datenschutzbehörden. Angesichts der relativ geringen mathematisch-technischen Komplexität des Scoring und der Möglichkeit der Zuordnung der Verantwortlichkeiten dürfte eine kompetente Überwachung gesichert sein.

Der SVRV stellt fest, dass die geltende Regelung in § 28 b Bundesdatenschutzgesetz einen brauchbaren Ausgangspunkt für die Regulierung selbstlernender Algorithmen enthält.

2. Vorgaben in der Datenschutzgrundverordnung

Die Regelung in § 28 b BDSG lässt sich aber nicht auf selbst lernende Algorithmen übertragen, die *autonom* Programme fortschreiben, verändern und sich vernetzen. Die Amerikanische Federal Trade Commission hat die Problematik aufgegriffen und untersucht die Notwendigkeit und die Möglichkeit, die Transparenz zu erhöhen. Konkrete Ergebnisse liegen nicht vor.

Die DSGVO befasst sich mit Algorithmen lediglich in Form eines individuellen Informations- und Auskunftsanspruchs. Diese Regelungstechnik ist aus der Richtlinie 2008/48/EG bekannt, in der die Verpflichtung zur verantwortlichen Kreditvergabe lediglich als Information konzipiert ist.²⁴

²² Vgl. BGH, Urteil vom 28.1.2014 - VI ZR 156/13 (LG Gießen, AG Gießen) Gegen das Urteil des BGH ist eine Verfassungsbeschwerde unter dem Az. 1 BvR 756/14 beim BVerfG anhängig.

²³ Vgl. Metz, "Scoring: New Legislation in Germany", (2012), 35 *Journal of Consumer Policy*, S. 297–305.

²⁴ Weiter Abl. 2015 L 60 Richtlinie 2014/17 über Wohnimmobilienkredite für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010.

Art. 13 Informationspflicht bei Erhebung von personenbezogenen Daten bei der betroffenen Person

Art. 13 (2) Zusätzlich zu den Informationen gemäß Absatz 1 stellt der Verantwortliche **der betroffenen Person** zum Zeitpunkt der Erhebung dieser Daten folgende weitere Informationen zur Verfügung, die notwendig sind, um eine faire und transparente Verarbeitung zu gewährleisten:

.....

f) das Bestehen einer **automatisierten Entscheidungsfindung** (Hervorhebung SVRV) einschließlich Profiling gemäß Artikel 22 Absätze 1 und 4 und — zumindest in diesen Fällen — aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person.

Art. 15 Auskunftsrecht der betroffenen Person

Art. 15 (1) **Die betroffene Person** hat das Recht, von dem Verantwortlichen eine Bestätigung darüber zu verlangen, ob sie betreffende personenbezogene Daten verarbeitet werden; ist dies der Fall, so hat sie ein Recht auf Auskunft über diese personenbezogenen Daten und auf folgende Informationen:

.....

h) das Bestehen einer **automatisierten Entscheidungsfindung** (Hervorhebung SVRV) einschließlich Profiling gemäß Artikel 22 Absätze 1 und 4 und — zumindest in diesen Fällen — aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person.

Artikel 9 Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten

(1) Die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie die Verarbeitung von genetischen Daten, biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person ist untersagt

Die DSGVO formuliert aber, anders als § 28 b BDSG, *keine* rechtsverbindlichen Anforderungen an das Scoring, abgesehen vom 71. Erwägungsgrund, nach dem ‚*der für die Verarbeitung Verantwortliche geeignete mathematische oder statistische Verfahren für das Profiling verwenden (sollte)*. Gegenüber § 28b BDSG ergibt sich daher eine dreifache Einschränkung der Anforderungen an die Wirtschaft:

- die Vorgaben des 71. Erwägungsgrundes **sollten** eingehalten werden, nicht sollen und nicht müssen,
- die Vorgaben müssen **geeignet** sein und nicht notwendig „**wissenschaftlich**“,
- die Verfahren sollten **mathematisch oder statistisch** und nicht **mathematisch-statistisch** sein.

Üblicherweise werden Sachkomplexe, über die politisch keine Einigung erzielt werden konnte, in die Erwägungsgründe verschoben. In letzter Konsequenz hat dann der EuGH darüber zu befinden, inwieweit mathematisch-statistische Verfahren von den Unternehmen anzuwenden sind, was darunter zu verstehen ist, welcher Maßstab an die mathematischen oder statistischen Verfahren anzulegen sind bzw. was passiert, wenn die Unternehmen sich nicht an die Vorgaben aus dem 71. Erwägungsgrund halten. Wie sich dieses Absenken der Standards auf die Kompetenzverteilung auswirken wird, konkret, welcher Spielraum dem deutschen Gesetzgeber, angesichts der Vollharmonisierung, überhaupt verbleibt, wird getrennt zu erörtern sein. Immerhin untersagt Art. 9 (1) DSGVO ähnlich dem BDSG die Verarbeitung sensibler Daten. Auf die Einschränkungen dieses Verbots soll hier nicht eingegangen werden.

Die Öffnung der DSGVO im 71. Erwägungsgrund hin zu einer Art allgemeiner Bindung der Wirtschaft ähnlich dem § 28 b BDSG kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass primärer Adressat der EU Vorgaben der Bürger ist, der seinen Informations- und Auskunftsanspruch durchsetzen muss, was nach Maßgabe des 63. Erwägungsgrunds jedoch nur gilt, wenn „*die Rechte und Freiheiten anderer Personen, etwa Geschäftsgeheimnisse oder Rechte des geistigen Eigentums und insbesondere das Urheberrecht an Software, nicht beeinträchtigen*“. Im Lichte des BDSG liegt es nahe, die DSGVO so zu verstehen, dass dem Verbraucher zumindest die Grundannahmen der Algorithmus-Logik mitgeteilt werden.²⁵ Je nach Ausgang des Verfahrens vor dem BVerfG könnten sich auch die Frage nach dem Verhältnis von EU-Recht und dem Grundgesetz stellen. Selbst wenn sich die deutsche – vielleicht gar verfassungsrechtlich aufgeladene - Rechtsposition europaweit durchsetzen lassen sollte, bleibt es für eine komplexe Problematik bei unionsrechtlich bescheidenen, weil ganz auf die Kraft und das Durchsetzungsvermögen des Einzelnen abstellenden Vorgaben.

Die Konsequenzen für die behördliche Rechtsdurchsetzung sind erheblich. Zwar muss sich auch das Profiling an den Vorschriften der DSGVO über die Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten messen lassen. Nach Art. 58 Abs. 1a) DSGVO haben die Datenschutzbehörden auch die Aufgabe, insoweit die Anwendung dieser Verordnung zu überwachen und durchzusetzen. Dies betrifft die Grundsätze für die Datenverarbeitung, wie sie im II. Kapitel der DSGVO (Art. 5 bis 11) geregelt sind. Nicht eindeutig ist, ob die Überwachungspflicht auch für die eingesetzten Algorithmen gilt, die nur bei den Rechten der Betroffenen im III. Kapitel erwähnt werden und dann auch nur in den Erwägungsgründen, die nicht in Rechtskraft erwachsen. Selbst wenn eine solche Pflicht bestünde, fehlt es an einheitlichen Maßstäben, an denen sich die Behörden orientieren könnten.

Der SVRV stellt fest, dass die in der Datenschutzgrundverordnung vorhandenen rudimentären Ansätze zur Regulierung von Algorithmen nicht ausreichen und selbst hinter den Standard des § 28 b Bundesdatenschutzgesetz zurückfallen.

3. Zu den drei Optionen eines regulatorischen Ansatzes

Der SVRV stellt fest, dass für den Gesetzgeber theoretisch drei Möglichkeiten der Regulierung bestehen,

- **proaktiv – legality by design:** der Gesetzgeber verpflichtet die Unternehmen, zwingende rechtliche Vorgaben in die Entwicklung von Algorithmen zu integrieren;
- **reaktiv:** der Gesetzgeber beschränkt sich auf die Verpflichtung, dass Unternehmen in der Ausarbeitung von Algorithmen das Recht einhalten (was eigentlich selbstverständlich ist) und konzentriert sich auf eine ex post Kontrolle;
- **Mittelweg:** der Gesetzgeber erlässt eine Rahmengesetzgebung, die zwingende staatliche Vorgaben mit Selbstregulierung verbindet.

Diese werden im Folgenden kurz skizziert und bewertet.

4. Zur fehlenden Übertragbarkeit der technischen Regulierung

Soweit der Gesetzgeber *proaktiv* handeln will, läge es im Lichte von 100 Jahren Erfahrung nahe, die Wirtschaft an die Einhaltung der Regeln der Technik zu binden. In der Produktsicherheitsregelung ist folgender Dreiklang gesetzgeberisch und verfassungsrechtlich²⁶ etabliert: die allgemein anerkannten Regeln der Technik, der Stand der Technik, der Stand von Wissenschaft und Technik.²⁷ Schon auf den ersten Blick ist offensichtlich, dass der deutsche

²⁵ Schmechel, (op. cit. Fn 8) unter Berufung auf Paal, *Beck'sche Kompakt Kommentare Datenschutz-Grundverordnung*, Paal/Pauly (Hrsg.), C.H.Beck Verlag 2017, Rn. 31 zu Art. 13 DS-GVO.

²⁶ BVerfG, Beschluss vom 8. August 1978 – 2 BvL 8/77.

²⁷ Marburger, *Die Regeln der Technik im Recht*, (Heymanns Verlag, 1982), Joerges/Falke/Micklitz/Brüggemeier, „Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäi-

Gesetzgeber in § 28 b BDSG die Messlatte hoch angesetzt hat. Die Kreditinstitute müssen wissenschaftlich gesicherte Methoden zugrunde legen, nicht nur solche, die allgemein anerkannt und allgemein praktiziert werden, sondern solche, die sich an gesicherten wissenschaftlichen Standards messen lassen. Im Rahmen dieses Dreierschrittes hat sich ein Standard definiert – allgemein anerkannte Regeln der Technik für den Bereich der Konsumgüter, Stand der Wissenschaft und Technik für Arzneimittel. Soweit die Produkte einer Vormarktkontrolle unterliegen, die von staatlichen Behörden ausgeübt wird, sind diese verpflichtet, bei der Zulassung die Kompatibilität mit den zwingenden staatlichen Vorgaben zu überprüfen. Soweit eine solche Vormarktkontrolle fehlt, was bei allen technischen Konsumgütern aus guten Gründen der Fall ist, stellen entweder die Hersteller selbst oder autorisierte Zertifizierungsstellen die Übereinstimmung des Produkts mit den allgemein anerkannten Regeln der Technik fest. Bezugspunkt für die Beurteilung sind in der Regel technische Normen, die von deutschen Normungsinstituten oder von den europäischen Normungseinrichtungen erarbeitet wurden. Innerhalb der EU sichert die Selbst- oder Dritt Zertifizierung den Herstellern (oder Importeuren) Zugang zum Binnenmarkt. Die Hersteller sind jedoch nicht verpflichtet, sich an den technischen Normen zu orientieren. Sie können den gesetzlich festgelegten Sicherheitsstandard auch durch alternative Methoden sicherstellen. Korrekturen erfolgen über das Haftungsrecht. Führen die Produkte zu Schäden, trotz Einhaltung der Standards, können die Gerichte, soweit sich dies als gerechtfertigt erweist, die Hersteller haftungsrechtlich in die Pflicht nehmen.

Übertragen auf die Digitalisierung könnte der Gesetzgeber zwingende Standards für die Ausarbeitung von Algorithmen festlegen. Denkbar wäre z.B. Art. 9 DSGVO – das Verbot und die Ausnahmen für die Verarbeitung sensibler Daten – in diesem Sinne umzuformulieren. So einfach und überzeugend eine solche Regelung auch scheinen mag, würde sie bestenfalls Fragen *automatischer* Programmierung durch Software-Agenten lösen, nicht jedoch die Programmierung durch *autonome* Software-Agenten. Insoweit kann die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben nur sichergestellt werden, wenn sie nicht nur in den Quellcode eingearbeitet werden, sondern auch bei jeder autonomen Veränderung automatisch mit berücksichtigt werden. Dazu müssten Rechtsregeln mit der Logik des „Code“ kompatibel gemacht werden, der nur ja oder nein kennt, mit vage gefassten rechtlichen Generalklauseln jedoch nicht umgehen kann (z.B. „guter Glaube“ oder „gute Sitten“).

Überall auf der Welt sitzen Forscherteams an der Arbeit, die die Möglichkeiten eines *legality by design* erforschen. Die Meinungen über die Machbarkeit gehen auseinander. Konsequenz zu Ende gedacht, würde vollständige Kompatibilität verlangen, das Recht auf ja oder nein zu reduzieren und in die Ja/Nein Logik die Rechtsrealität zu integrieren. *Legality by Design* müsste so konzipiert sein, dass sich sämtlich mögliche Fallkonstellationen in Ja/Nein herunterbrechen ließen. Man könnte auch daran denken, in einen Algorithmus eine Option einzubauen, dass bei Unsicherheiten in der Realitätsbewältigung ein kompetenter Mensch eingeschaltet werden muss. Hier ist noch ein erheblicher Forschungsbedarf erkennbar. Es ist derzeit offen, ob eine solche Kompatibilität sich überhaupt technisch herstellen lässt.

Tatsächlich lässt sich im Verbraucherrecht auf der Normsetzungsebene die Tendenz zu Generalklauseln beobachten. Nicht zuletzt der Einzug des sozialen Schutzgedankens, des Schutzes des Schwächeren im Recht, hat die Zahl der Rechtsregeln, die die Parteien eines Vertrages an die Grundsätze des guten Glaubens, der guten Sitten und weniger spektakulär, an die Einhaltung vernünftiger und adäquater Regeln binden, exponentiell zugenommen. Dem politisch gewollten Maß an mehr Schutz in privaten Rechtsbeziehungen steht der Verlust an Rechtssicherheit entgegen. Immerhin ließe sich der Funktionslogik der Algorithmen insofern eine positive Seite abgewinnen als der Gesetzgeber gezwungen wäre, deutlicher als bisher zwischen einschränkungslos geltenden Verboten und solchen, die an vernünftige Maßstäbe gebunden sind, zu unterscheiden. Die Entwicklung schwarzer Listen im Lauterkeits- und im AGB-Recht, aber auch einschränkungslos geltende Diskriminierungsverbote

legen für die Entwicklungsmöglichkeiten einer modernisierten Verbrauchergesetzgebung Zeugnis ab.²⁸ Selbst wenn sich eine Umorientierung im Verbraucherrecht durchsetzen ließe, bliebe immer noch eine Vielzahl von Regeln, bei denen schon die Norm selbst wegen der generalklauselartigen Formulierung einen erheblichen Interpretationsspielraum belässt. Neben erheblichen Zweifeln an der Verarbeitung komplexer Rechtsrealitäten, zielt die Kritik an der Machbarkeit der Umsetzung von Recht in Algorithmen vor allem auf die kaum vorstellbare Übersetzung von Generalklauseln in eine mathematische Programmiersprache.

Der SVRV stellt fest, dass die Regulierung von Algorithmen nicht mit den Mitteln und Techniken zur Regulierung von Industrieprodukten bewältigt werden kann.

5. Zu den Defiziten und Konsequenzen einer reaktiven Kontrolle

Die derzeitige Realität ist von einer rein *reaktiven* Kontrolle bestimmt. Die Unternehmen der digitalen Wirtschaft nutzen den Freiraum liberaler Marktgesellschaften, um eigenständig und eigenverantwortlich Algorithmen zu definieren. Inwieweit die existierenden Algorithmen die Vorgaben des geltenden Verbraucherrechts und des Diskriminierungsrecht beachten, um nur diese beiden Rechtsgebiete zu nennen, entzieht sich weitestgehend einer wie immer gearteten Kontrolle ex post factum. Der Grund ist schlicht: potenziell rechtswidrige Ergebnisse sind nur für den jeweiligen Adressaten zu erkennen, und auch das nur theoretisch.

Will man gleichwohl eine bloße ex post Kontrolle befürworten, bedürfte es zweierlei: (1) der Existenz einer Digitalagentur, die über die notwendigen technischen und rechtlichen Ressourcen verfügt, um die Vereinbarkeit von Recht und Technik überprüfen zu können und (2) einer Verpflichtung zur Offenlegung des Algorithmus mit allen seinen autonomen Modifikationen an einen geschlossenen Kreis von staatlichen Kontrolleuren.

Auf die Notwendigkeit einer Digitalagentur, gänzlich unabhängig von der Existenz eines Algorithmengesetzes, wird gesondert eingegangen. Jedenfalls ist es keine ernsthafte Option, die Dinge wie bisher einfach laufen zu lassen und auf die Selbstverantwortung der Wirtschaft bzw. auf die selbstregulierende Kraft des Wettbewerbs zu vertrauen, ohne Registrierpflicht und ohne Pflicht zur Offenlegung der Algorithmen. Angesichts der Dimension der gesellschaftlichen Veränderungen, nicht nur der Wirtschaft, und den potenziellen Auswirkungen auf die Menschen, scheidet ein rein reaktives Vorgehen der Politik aus.

Der SVRV ist der Überzeugung, dass ein „Weiter so“ politisch keine ernsthafte Option ist. Die Politik ist aufgerufen, von der de facto praktizierten ex post Kontrolle Abstand zu nehmen und nach einer Regulierung zu suchen, die den Besonderheiten der Algorithmen gerecht wird.

6. Zu den begrenzten Möglichkeiten der Ko-Regulierung

Zwischen den beiden Extremen Vormarkt- und Nachmarktkontrolle lassen sich Verknüpfungsversuche von staatlicher und privater Regulierung verorten. Unausgesprochen liegt allen Überlegungen die Vorstellung zugrunde, dass sich Algorithmen ähnlich in den Griff bekommen lassen, wie die Gesundheits- bzw. Sicherheitsrisiken von Konsumgütern und den Maschinen und der Technik, die in der Produktion von Gütern eingesetzt werden.

Einen sorgfältig ausgearbeiteten Vorschlag für eine Ko-Regulierung haben G. Spindler und Ch. Thorun in ihrem Gutachten für die „Selbstregulierung Informationswirtschaft e.V.“ vorgelegt.²⁹ Der Grundgedanke ist, dass der (deutsche) Gesetzgeber eine Rahmengesetzgebung erlässt, die Mindestanforderungen hinsichtlich der Standardsetzung (klare Zielvorgaben, partizipativer Ansatz, Beschlussfassung, Transparenz, Finanzierung, kein Copyright der Nor-

²⁸ In diese Richtung weist das für den SVRV erstellte Gutachten von Rott, (op. cit. Fn 5).

²⁹ Vgl. <https://sriw.de/images/pdf/Spindler_Thorun-Eckpunkte_digitale_Ordnungspolitik_final.pdf> (zuletzt abgerufen am 28.11.2016), zwischenzeitlich veröffentlicht unter Spindler/Thorun, „Die Rolle der Ko-Regulierung in der Informationsgesellschaft: Handlungsempfehlung für eine digitale Ordnungspolitik“, (2016), *MultiMedia und Recht Beilage*, Heft 6, S.1-28.

mungsorganisation) sowie hinsichtlich der Durchsetzung der Standards (verbindliche Verpflichtungserklärung, Monitoring, Beschwerdemechanismen, Sanktionen) enthält.³⁰

Spindler/Thorun diskutieren die Ko-Regulierung selbst nicht, um die Risiken automatisierter und selbstlernender Algorithmen durch Software-Agenten einzufangen. Sie testen ihren Vorschlag in vier Bereichen aus: Datenschutz, Unlauterer Wettbewerb, IT-Sicherheit, Haftungsrecht bzw. Telemedienrecht mit Bürgerlichem Recht und Nebengebieten (insbesondere Verbraucherschutzrecht). Ohne das Potenzial der Ko-Regulierung für die vier Bereiche von vornherein in Frage zu stellen, überwiegt allerdings die Skepsis an der Übertragbarkeit des von *Spindler/Thorun* vorgeschlagenen Modells auf die Regulierung von Algorithmen.

Schon die Versuche der EU, sich das eingespielte System von staatlicher Rahmensetzung und privater Standardsetzung für Dienstleistungen zu Nutze zu machen, erwiesen sich weitgehend als Fehlschlag. Mag man insoweit noch einwenden, dass es EU-weit an einer europäischen Gesetzgebung zur Standardisierung von Dienstleistungen fehlt,³¹ kommt in der digitalen Welt hinzu, dass schwer erkennbar ist, warum sich die digitale Wirtschaft freiwillig auf die Setzung von Standards einlassen sollte, die mehr sein könnten als allgemeine Leitlinien oder vielleicht Codes of practices. Die digitale Wirtschaft ist dynamisch, ständig tauchen neue Geschäftsmodelle auf, die regelmäßig mit Algorithmen verknüpft sind. Standardsetzung hat jedoch etwas Statisches. Private Standardsetzung tendiert dazu, Vergangenes festzuschreiben, jedenfalls insoweit als Standards Produkte umschreiben. Nimmt man als Beispiel die Health Apps,³² so stellt sich die Frage, warum die Firmen, die diese Leistungen anbieten, miteinander kooperieren sollten. Ihr wesentliches Geschäftsziel besteht ja gerade darin, sich von potenziellen Wettbewerbern abzusetzen. Die industrielle Welt der Produkte ist hingegen auf Standardsetzung angewiesen, weil sonst ihre Produkte nicht miteinander kompatibel sind. Dies gilt umso mehr als die Übersetzung des Rechts in die Sprache des Codes eine ganz erhebliche Investition bedeutet, an der vor allem ein öffentliches Interesse besteht.

Der SVRV hält fest, dass die vielerorts proklamierte Ko-Regulierung in Form einer prozeduralen staatlichen Rahmengesetzgebung für die Regulierung von Algorithmen modifiziert werden muss.

7. Zur Notwendigkeit eines Algorithmengesetzes

Der SVRV sieht einen dringenden politischen Handlungsbedarf, um die Autonomie der Verbraucher und ihre Würde in der digitalen Welt zu wahren. Der Einsatz von Algorithmen und die absehbare Weiterentwicklung selbstlernender Algorithmen in einer ständig sich weiter vernetzenden Welt berühren tief verwurzelte ethische Grundsätze unseres gesellschaftlichen Zusammenlebens. Die deutsche Politik steht in der Verantwortung, sich dieser Herausforderung zu stellen. Es ist keine ernsthafte Alternative, die Dinge einfach wie bisher der Wirtschaft zu überlassen, die in ihren innovativsten Teilen zudem außerhalb Deutschlands angesiedelt ist. Handlungsbedarf besteht jetzt. In einer idealen Welt wäre das Forum für die Suche nach einer adäquaten Lösung die Europäische Union oder vielleicht besser noch die OECD und die Vereinten Nationen. Die Notwendigkeit zum Handeln kann nicht beliebig hinausgeschoben werden.

Der SVRV empfiehlt,

- (1) dass durch rechtliche Vorgaben sichergestellt werden muss, dass Algorithmen die Vorgaben des Verbraucherrechts, des Datenschutzrechts, des Antidiskriminierungsrechts und der digitalen Sicherheit berücksichtigen. Die zu-**

³⁰ In die identische Richtung zielt das Editorial von Busch, "Towards a 'New Approach' in European Consumer Law: Standardisation and Co-Regulation in the Digital Single Market", (2016), *Journal of European Consumer and Market Law*, Volume 5, S. 197-232, S. 197.

³¹ Van Leeuwen, *European Standardisation of Services and its Impact on Private Law Paradoxes of Convergence*, (Bloomsbury 2017).

³² Adam/Micklitz (op. Cit Fn 9).

grundlegenden Parameter sind bei Algorithmen mit direktem Verbraucherkontakt transparent zu machen. Auch bei selbst-lernenden Algorithmen muss die rechtliche Verantwortlichkeit zuzuordnen sein und geltende Regelungen zum Konsumentenschutz müssen gewahrt bleiben;

- (2) dass Algorithmen durch standardisierte Offenlegungspflichten einem Kreis von Experten der Digitalagentur offengelegt werden, die per Stichprobe die rechtliche Unbedenklichkeit überprüfen. Hierzu sind standardisierte Verfahren des Software Engineering zu entwickeln;
- (3) daneben die Unternehmen zur Ausarbeitung eines Code of Conduct über die Verwendung von personenbezogenen Daten, künstlich Intelligenter Systeme und der Big Data Analyse aufzufordern

8. Zur Kompetenzproblematik

Ein wohl absehbarer Konflikt mit der EU liegt in der Datenschutzgrundverordnung, die auf eine Vollharmonisierung abzielt. Die zitierten Informations- und Auskunftsansprüche der Art. 9, 13, 15 DSGVO rechtfertigen eine eventuelle Argumentation der Europäischen Kommission nicht, dass die DSGVO keinen Spielraum für die Ausarbeitung eines nationalen Algorithmengesetzes ließe. Weitreichender ist Art. 40 DSGVO und die dazu gehörige Formulierung im Erwägungsgrund 72:

Art. 40 Verhaltensregeln

(1) Die Mitgliedstaaten, die Aufsichtsbehörden, der Ausschuss und die Kommission fördern die Ausarbeitung von Verhaltensregeln, die nach Maßgabe der Besonderheiten der einzelnen Verarbeitungsbereiche und der besonderen Bedürfnisse von Kleinstunternehmen sowie kleinen und mittleren Unternehmen zur ordnungsgemäßen Anwendung dieser Verordnung beitragen sollen.

(2) Verbände und andere Vereinigungen, die Kategorien von Verantwortlichen oder Auftragsverarbeitern vertreten, können Verhaltensregeln ausarbeiten oder ändern oder erweitern, mit denen die Anwendung dieser Verordnung beispielsweise zu dem Folgenden präzisiert wird a) faire und transparente Verarbeitung

...

(5) Verbände und andere Vereinigungen gemäß Absatz 2 des vorliegenden Artikels, die beabsichtigen, Verhaltensregeln auszuarbeiten oder bestehende Verhaltensregeln zu ändern oder zu erweitern, legen den Entwurf der Verhaltensregeln bzw. den Entwurf zu deren Änderung oder Erweiterung der Aufsichtsbehörde vor, die nach Artikel 55 zuständig ist. Die Aufsichtsbehörde gibt eine Stellungnahme darüber ab, ob der Entwurf der Verhaltensregeln bzw. der Entwurf zu deren Änderung oder Erweiterung mit dieser Verordnung vereinbar ist und genehmigt diesen Entwurf der Verhaltensregeln bzw. den Entwurf zu deren Änderung oder Erweiterung, wenn sie der Auffassung ist, dass er ausreichende geeignete Garantien bietet.

(9) Die Kommission kann im Wege von Durchführungsrechtsakten beschließen, dass die ihr gemäß Absatz 8 übermittelten genehmigten Verhaltensregeln bzw. deren genehmigte Änderung oder Erweiterung allgemeine Gültigkeit in der Union besitzen. Diese Durchführungsrechtsakte werden gemäß dem Prüfverfahren nach Artikel 93 Absatz 2 erlassen.

*Erwägungsgrund 72: Das Profiling unterliegt den Vorschriften dieser Verordnung für die Verarbeitung personenbezogener Daten, wie etwa **die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung oder die Datenschutzgrundsätze** (Hervorhebung SVRV). Der durch diese Verordnung eingerichtete Europäische Datenschutzausschuss (im Folgenden „Ausschuss“) sollte, diesbezüglich Leitlinien herausgeben können.*

Angesichts der offenen Formulierung in Art. 40 DSGVO und im Erwägungsgrund 72, verbunden mit der Tatsache, dass die DSGVO auch mathematische und statistische Verfahren der Profilierung erfasst, erscheint der Gedanke nicht fern, dass die Mitgliedstaaten die Regelungskompetenz für die rechtliche Regulierung von Algorithmen an die Union abgegeben haben. Dies betrifft jedenfalls den Bereich Datenschutz. Ein Algorithmengesetz zielt jedoch weit über die Formulierung von bloßen Datenschutzgrundsätzen hinaus. Im Kern geht es um die digitale Wirtschaftsordnung und die digitale Gesellschaftsordnung, für die die EU kein Mandat hat. Die EU kann nicht über die „Hintertür“ der datenschutzrechtlichen Regelung derart weit in die Zukunft der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung der Mitgliedsstaaten eingreifen und derart weitreichende Kompetenzen für sich reklamieren.

Vorbehaltlich einer näheren Untersuchung geht der SVRV davon aus, dass die Kompetenz zur Ausarbeitung eines Algorithmengesetzes trotz der vollharmonisierten Datenschutzgrundverordnung in den Händen der Mitgliedstaaten verblieben ist.

Lösungsoptionen: zur Notwendigkeit einer Digitalagentur

Im Recht der Digitalen Dienstleistungen existiert ein *Rechtsdurchsetzungsproblem*. In der Welt der Software-Agenten, der Regulierung durch den Code und Big Data existiert zuvorderst das Problem fehlender staatlich gebündelter Sachkompetenz. Den Rechtsdurchsetzungsproblemen der digitalen Dienstleistungen lässt sich mit einem verbesserten Individualrechtsschutz und mit dem Umbau des Bundeskartellamts zu einer Verbraucherschutzbehörde zur Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes begegnen. Hierzu hat der SVRV Vorschläge unterbreitet (II. 7. zur individuellen Rechtsdurchsetzung, II: 8. zur kollektiven Rechtsdurchsetzung). Um den wirklich großen Herausforderungen der digitalen Welt, der künstlichen Intelligenz, den autonomen Algorithmen, der Regulierung durch den Code, Big Data und Profiling begegnen zu können, ist ein weiterer entscheidender politischer Schritt erforderlich: die Errichtung einer Digitalagentur, die so ausgestattet ist, dass sie zu einem digitalen Kompetenzzentrum werden kann, in dem die Diskurse zusammenlaufen, gebündelt und umgesetzt werden.

BMJV und BMWi haben sich eindeutig positioniert:³³

Digitalagentur: Verbraucherschutz, Wettbewerb- und Marktregeln bündeln. Wirtschafts- und Verbraucherpolitik müssen sich auf der Höhe der Digitalisierung bewegen und mit der Veränderungsdynamik Schritt halten. Ein wichtiger Schritt dafür ist eine starke Aufsichtszuständigkeit. Die gegenwärtige Zersplitterung von Zuständigkeiten bei Aufsichtsbehörden und erst Recht das Fehlen von Zuständigkeiten hilft keinem der Marktbeteiligten. Für Wettbewerbs-, Markt- und Verbraucherfragen der Digitalisierung braucht es nicht nur eine Digitalagenda, sondern auch eine „Digitalagentur“. Mindestens aber muss das Profil bestehender Behörden geschärft werden.

Der Schwerpunkt muss auf den Aufbau von Sachkompetenz gelegt werden. Ohne Kompetenz keine Regulierung und keine Überwachung. Bislang fehlt es in Deutschland an einem solchen Kompetenzzentrum. Die Sach- und die Regulierungskompetenz ist nach Medienberichten über mehrere unterschiedliche Ministerien verteilt. Bei der Errichtung einer Digitalagentur stellen sich folgende Fragen:

- Soll die Digitalagentur institutionell selbständig sein oder Teil einer bestehenden Einrichtung werden. Sollen die Aufgaben der digitalen Welt dem Bundeskartellamt zugeschlagen werden oder soll eine selbständige Behörde geschaffen werden, die den Datenschutz mit integriert? Ist es eine Option, die Kompetenzen lediglich in einem Ministerium zu bündeln, nach dem Vorbild der EU Kommission ein separates Ministerium, das sich nur der digitalen Welt widmet, weitgehend unabhängig von Wirtschaft und Verbraucher?
- Welche Kompetenzen soll die Digitalagentur erhalten? Investigativ und beratend oder auch regulierend? Wenn regulierend, soll sie auch Kompetenzen erhalten, Verbote auszusprechen, Sanktionen zu verhängen, nach amerikanischem Vorbild selbst Standards zu setzen und nach britischem den kollektiven Schaden der Verbraucher beitreiben?
- Wie soll die Zusammenarbeit mit den Verbraucherorganisationen in der Rechtsdurchsetzung gestaltet werden? Sollte die Digitalagentur ihre Ermittlungsergebnisse den Verbraucherzentralen auf Nachfrage überlassen, wenn die Digitalagentur selbst keine Maßnahmen ergreifen möchte? Soll es eine Kooperation mit dem Marktwächter Digitale Welt geben und wenn ja, wie soll diese ausgestaltet werden?

33

<https://www.bmjb.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/Ma%C3%9Fnahmenprogramm_BMJB_BMWi.pdf?__blob=publicationFile&v=2> (zuletzt abgerufen am 24.11.2016).

- Wie kann gewährleistet werden, dass die Digitalagentur ihre Befugnisse unabhängig, gegebenenfalls nach dem Vorbild der Bundesbeauftragten für den Datenschutz ausübt?

1. Zur Notwendigkeit unverzüglichen politischen Handelns

Die Niederlande, Großbritannien und die Vereinigten Staaten von Amerika haben bereits gehandelt. Diese Länder haben in die vorhandene Struktur der staatlichen Agenturen zur Überwachung des Wettbewerbes und des Verbraucherschutzes digitale Kompetenzzentren integriert. Eine ganze Reihe von Berichten zur Bewältigung aktuell oder langfristig auftretender Problemkomplexe, unter Anhörung der Wirtschaft und der Verbrauchervertreter, legen Zeugnis für das wachsende politische Engagement dieser Instanzen ab. Je nach Zuschnitt bereiten diese Behörden staatliche Maßnahmen vor, empfehlen der Regierung und dem Parlament einschlägige Maßnahmen oder erlassen diese selbst. Deutschland hinkt der Entwicklung hinterher. Die Nachteile für die Wirtschaft und für die Verbraucher sind offensichtlich und vielfältig von den verschiedensten Seiten dokumentiert.

Die Notwendigkeit zum politischen Handeln liegt auf der Hand. Die Entscheidung über die Errichtung einer Digitalagentur, in welcher Form auch immer, kann nicht herausgeschoben werden. Kein Ministerium, keine Behörde gibt gerne Kompetenz ab. Genau dieser Schritt ist jedoch notwendig, um zunächst einmal die Kräfte zu bündeln, um ermitteln zu können, welche Kompetenzdefizite bestehen. Notwendig ist ein Umdenken, die Ausbildung einer neuen administrativen Rechtskultur, in der die Einsicht vorherrschend ist, dass die derzeitige Zersplitterung der Kompetenzen in den Ministerien und die fehlenden Rechtsinstrumente zu einer effektiven Regulierung dringender Abhilfe bedürfen.

Der SVRV empfiehlt die Errichtung einer Digitalagentur, in der die bisherigen Kompetenzen im Zusammenhang mit digitalen Dienstleistungen gebündelt und ausgebaut werden.

2. Zur Institutionellen Verankerung der Digitalagentur.

Aus der Sicht des Verbraucherschutzes bieten sich für die Digitalagentur drei Möglichkeiten der Verankerung bzw. Ankoppelung an: das Bundeskartellamt, die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit oder die Errichtung einer selbständigen Behörde.

Im Zuge der Liberalisierung der Märkte hat die Europäische Union die Errichtung von Behörden massiv vorangetrieben. Zur Kontrolle und Aufsicht über die Telekommunikation, die Energie und die Finanzen und zur Kontrolle des Verbraucherrechts nur für den Bereich der grenzüberschreitenden Rechtsdurchsetzung. Die Bundesrepublik Deutschland hat mit der Bundesnetzagentur und der BaFin zwei Behörden geschaffen, die unter dem Druck des EU Rechts den Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen in ihr Mandat integriert haben. Gehandelt hat Deutschland nur insoweit die EU Vorgaben definiert. So fehlt es an einer Verpflichtung des Kraftfahrzeugbundesamtes, die Interessen der Verbraucher zu schützen. Auch der Volkswagenkandal hat nicht gereicht, um eine Änderung des Mandats politisch zu verankern. Sollte der Plan der Bundesregierung Wirklichkeit werden, dem Bundeskartellamt den Verbraucherschutz zuzuschlagen, so bestünde erstmalig die Möglichkeit, nicht sektoral, sondern horizontal eine behördliche Kontrolle verbraucherschutzrechtlicher Regeln zu verankern.

In einer solchen Perspektive erscheint es jedenfalls aus Verbrauchersicht überzeugend, den gesamten Sachkomplex der digitalen Wirtschaft dem Bundeskartellamt zuzuschlagen. So könnten erhebliche Synergien zwischen den einzelnen Sachgebieten sichergestellt werden, die verloren gingen, wenn für jede Aufgabe eine separate Behörde errichtet würde. Dann müsste sichergestellt werden, dass das Bundeskartellamt neben der Kontrolle unlauterer Werbung und allgemeiner Geschäftsbedingungen auch Rechtsverstöße gegen das Gleich-

behandlungsgesetz verfolgen kann. Gerade hier liegt ein bedeutender Problembereich, wie die Beispiele aus der digitalen Welt zeigen.

Dagegen erscheinen die weiteren Optionen eher problematisch. Die Errichtung einer separaten Behörde mag eher durchsetzbar sein, weil so alle Ministerien gleichermaßen Kompetenzen abgeben müssen, die in einer neuen Agentur gebündelt werden. Sie könnte sich aber als dysfunktional erweisen, weil die Bezüge zum Kartellrecht, zum Verbraucherrecht und zum Anti-Diskriminierungsgesetz fehlen. Die weitere Option, Datenschutz und digitale Aufgaben miteinander zu verschmelzen, scheint politisch noch schwieriger umsetzbar zu sein, weil im Datenschutz auch die Länder in die Kontrolle eingeschaltet sind. Man könnte auch daran denken, die Bundesnetzagentur aufzuwerten, was angesichts ihrer schon breit angelegten Zuständigkeit für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen jedoch problematisch erscheint.

Der SVRV spricht sich dafür aus, das Bundeskartellamt mit den Aufgaben zu betrauen, die für die Digitalagentur angedacht sind. So kann sichergestellt werden, dass die in sich zusammengehörenden Rechtsfragen der digitalen Wirtschaft nicht unter sachfremden Gesichtspunkten auseinandergerissen werden.

3. Zu den Aufgaben und Kompetenzen der Digitalagentur

Mit einer Übertragung der Aufgaben an das Bundeskartellamt wäre sichergestellt, dass die vorhandenen Überwachungs- und Kontrollinstrumente auch in der digitalen Wirtschaft eingesetzt werden könnten. Das betrifft zunächst die Instrumente zur Rechtsdurchsetzung, die noch um den Kanon der Vorschläge zur Neufassung der Verordnung 2006/2004 zu ergänzen wären (vgl. II.8.).

Kompetenzdefizite bestehen in Bezug auf die der Rechtsdurchsetzung vorgelagerten Aufgaben. Die Digitalagentur muss die Möglichkeit erhalten, selbst Untersuchungen zu relevanten Teilfragen durchzuführen, Forschungen Dritter zu finanzieren, Vorschläge auszuarbeiten, diese mit der beteiligten Wirtschaft und den Verbraucher zu diskutieren, Verhaltenskodizes zu entwickeln und konkrete Maßnahmen in den Gesetzgebungsprozess einzubringen.

Der SVRV empfiehlt, die Digitalagentur mit allen notwendigen Aufgaben zu betrauen und ihr die notwendigen Ressourcen zu garantieren, um proaktiv Sach- und Rechtsfragen der digitalen Wirtschaft zu untersuchen, Vorschläge auszuarbeiten, diese öffentlich zu diskutieren, gemeinsam mit der Wirtschaft und den Verbrauchern Verhaltenskodizes zu entwickeln sowie Empfehlungen und Vorschläge an den Gesetzgeber auszuarbeiten.

4. Zur Kompetenzproblematik

Die Mitgliedsstaaten sind in der Organisation und Ausgestaltung der Rechtsdurchsetzung *prinzipiell* frei. Das betrifft sowohl die Frage, ob die Durchsetzung des Verbraucherrechts in die Hände der Verbände gelegt wird als auch den Umfang und die Reichweite der Kompetenzen. Doch ist der Handlungsspielraum nicht unbegrenzt. Die Rechtsdurchsetzung muss sich am vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Gebot der Effektivität und der Äquivalenz orientieren. Die vielfältigen EU Richtlinien und EU Verordnungen enthalten institutionelle und prozedurale Vorgaben, die von den Mitgliedstaaten in der Umsetzung zu beachten sind.

Konkret stellt sich bei der Zusammenlegung von staatlichen Agenturen, die mit der Regulierung von sektoralen Märkten betraut sind, ein Problem, das zwischenzeitlich auch den Europäischen Gerichtshof erreicht hat: Das EU Recht verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Errichtung von unabhängigen Agenturen in der Kontrolle regulierter Märkte (Telekom, Energie, Finanzen, grenzüberschreitender Verbraucherschutz). Was genau unter unabhängig zu verstehen ist und inwieweit die von den EU Verordnungen und EU Richtlinien geforderte Unabhängigkeit infolge der Zusammenlegung von Behörden oder der Verschmelzung von Aufga-

ben gefährdet sein könnte, richtet sich allein nach der Art und Weise der institutionellen Verankerung.

Der SVRV empfiehlt, ein Rechtsgutachten zur Frage der Verschmelzung von deutschen Behörden einzuholen, soweit diese auch mit der Um- und Durchsetzung von Aufgaben betraut sind, für die das EU Recht rechtlich zwingende institutionelle und prozedurale Vorgaben formuliert.

Sachverständigenrat für Verbraucherfragen

Der Sachverständigenrat für Verbraucherfragen ist ein Beratungsgremium des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV). Er wurde im November 2014 vom Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz, Heiko Maas, eingerichtet. Der Sachverständigenrat für Verbraucherfragen soll auf der Basis wissenschaftlicher Erkenntnisse und unter Berücksichtigung der Erfahrungen aus der Praxis das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz bei der Gestaltung der Verbraucherpolitik unterstützen.

Der Sachverständigenrat ist unabhängig und hat seinen Sitz in Berlin.

Vorsitzende des Sachverständigenrats ist Prof. Dr. Lucia Reisch.