

Datenschutz als Wettbewerbsvorteil? Die Zertifizierung von Privacy-by-Design und der Stand der Technik

Dr. des. Max von Grafenstein LL.M.

Forschungsprogrammleiter “Governance of Data-Driven Innovation”

Agenda

- Regulierung datengetriebener Innovation
 - Wissensunsicherheit
 - Innovationsoffene Regulierung
 - Rechtsunsicherheit
- Standards als Ko-Regulierungsinstrument
 - Reduzierung von Komplexität
 - Signalwirkung gegenüber Kunden
 - “Stand der Technik”
- Folgerungen für die Gesetzesinterpretation (v.a. DS-GVO)

Regulierung datengetriebener Innovation

- Welche Regulierungsinstrumente schützen effektiv und effizient gegen die Risiken von Innovationen?
- Wie müssen diese Schutzinstrumente ausgestaltet werden, damit sie nicht unnötig Innovation behindern - oder Innovation sogar fördern?

Wissensunsicherheit als inhärentes Merkmal von Innovation

- Wissensunsicherheit des Regulierers (insb. Gesetzgebers)
 - Gefahren (oft adressiert mittels “Abwehrschutz”)
 - Risiken (oft adressiert mittels “Vorsorgeschutz”)
 - Schutzinstrumente entsprechend Art der Bedrohung
- Wissensunsicherheit des Regulierungsadressaten (Entrepreneur)
 - Business opportunity
 - Discovery Theory
 - Creation Theory

Innovationsgeeignete Regulierung

- Imperative Regulierung (“command-and-control”)
 - Erhöhte Rechtssicherheit
 - Geeigneter bei hinreichendem Regulierungswissen
- Ko-Regulierung (“principle or standard-based-regulation”)
 - Geeigneter bei Wissensunsicherheit (aufgrund Kontextabhängigkeit)
 - Reduzierte Rechtssicherheit
- Selbstregulierung (hier nicht weiter behandelt)

Rechtsunsicherheit als Teil eines “Regulierungsdilemmas”

- Unbestimmte Rechtsbegriffe und Prinzipien sind grundsätzlich innovationsoffen, erhöhen aber Rechtsunsicherheit
- Negative Folgen für Regulierungsadressat und Schutzsubjekt
 - Adressat möchte Erwartungen erfüllen, weiß aber nicht wie
 - Adressat nutzt die Rechtsunsicherheit zu seinen Gunsten aus

→ **Wie kann dieses Dilemma aufgelöst werden?**

Standards als Ko-Regulierungsinstrument

- Unbestimmte Rechtsbegriffe und Rechtsprinzipien in der DS-GVO
 - Verarbeitungsgrundsätze (Art. 5)
 - Verantwortlichkeitsprinzip (Art. 24)
 - Privacy und Security-by-Design (Art. 25 und 32)
- Spezifizierung des Risikoschutzes gemäß kontextabhängigem Wissen über Verhaltensrichtlinien und Zertifikate (Art. 40 bis 43 DS-GVO)
- **Förderung von Innovation: Wie soll das gehen?**

Reduzierung von Komplexität des “Entrepreneurial Process”

- “Unternehmerischer Prozess” ist geprägt von hoher Wissensunsicherheit (unternehmerische Ressourcen zielen auf Abbau der Unsicherheit)
- Recht ist ein Bestandteil der unternehmerischen Rahmenbedingungen → Nachweiserleichterungen als “Scharniere” (z.B. Art. 24 Abs. 3 DSGVO)
- Erhöhung von Rechtssicherheit macht unternehmerische Ressourcen frei
 - Discovery Theory = “Command-and-control”
 - Creation Theory = “Principles or standards-based-regulation”

Signalwirkung gegenüber (Geschäfts- und End-) Kunden

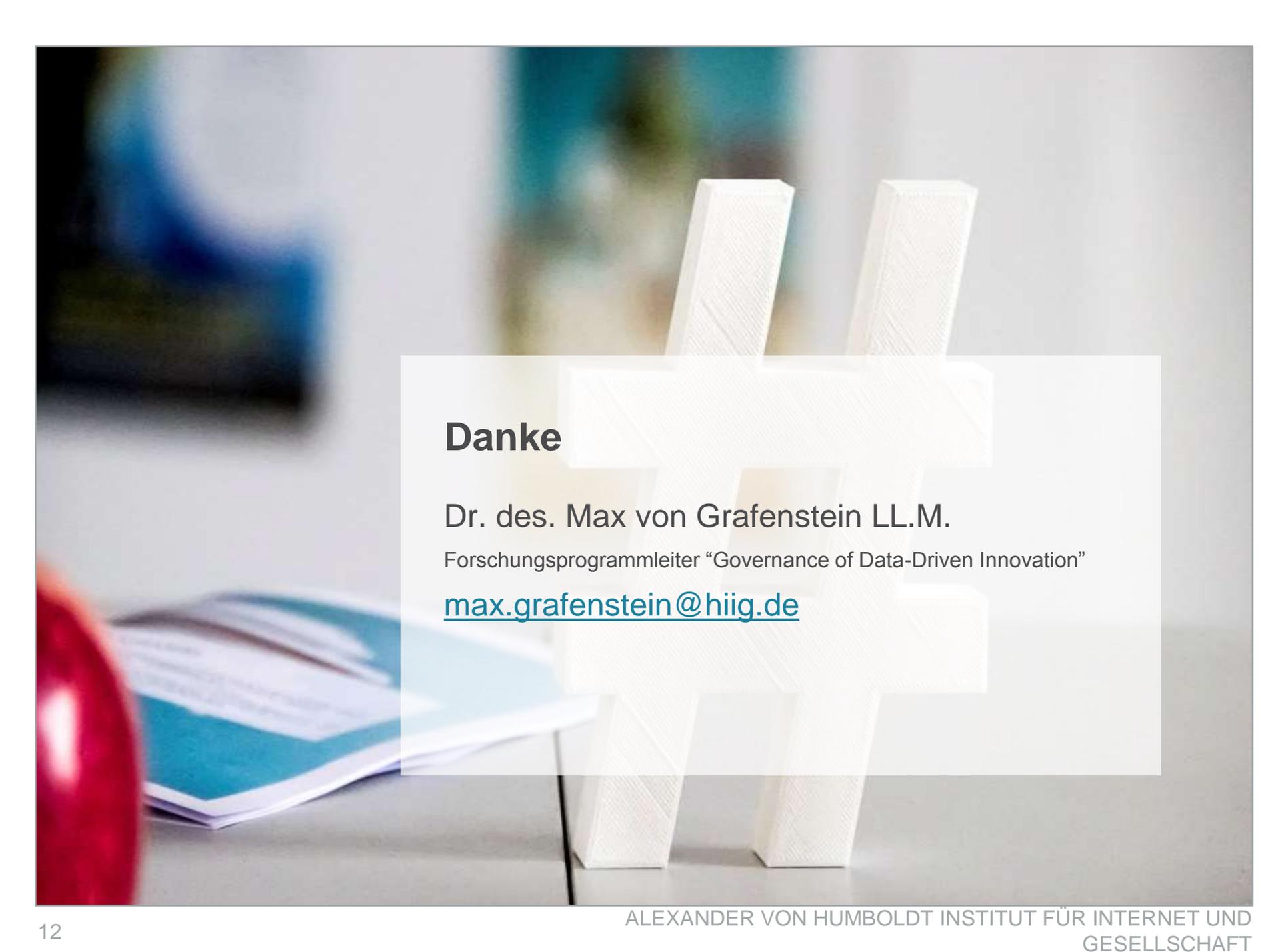
- Aufgrund unbestimmter Rechtsbegriffe und Rechtsprinzipien gibt es unterschiedliche Umsetzungsmöglichkeiten des Risikoschutzes
- Kunde wählt das für ihn oder sie günstigste Wertversprechen (z.B.)
 - Höherer Preis für höheren Schutz und umgekehrt...
 - ... oder auch einfach nur ein anderer Schutz!
- Voraussetzungen einer solchen Signalwirkung
 - Einheitlicher Maßstab zur Bemessung der Risiken
 - Kunde kann effektiv und effizient Angebot überblicken

“Stand der Technik” als fortlaufende Geschäftsmöglichkeit

- “Stand der Technik” (= “best available technology”)
 - Dynamische Verweisung (in Art. 25 und 32 DS-GVO)
 - Mehr als die “allgemein anerkannten Regeln der Technik”
 - Weniger als der “Stand von Wissenschaft und Technik”
- Herausforderungen für Wirksamkeit des Mechanismus
 - Meist “Schweigekartell” unter Regelungsadressaten
 - Kann durch Marktteilnehmer durchbrochen werden, die Fortentwicklung des “State of the Art” als ihr Geschäftsmodell definieren

Folgerungen für die Gesetzesinterpretation (v.a. DSGVO)

- Unterschiedliche Funktion von Verhaltensrichtlinien und Zertifikaten
- Gegenstand der Zertifizierung (“Prozess oder Produkt?”)
- Komplexität der Standardisierungsverfahren (gemäß der “Bedürfnisse von Kleinst-, Klein- und mittleren Unternehmen”)
- Schutzniveau der Zertifizierung (bzw. Art des Schutzes!)
- Diversität der auf dem Markt eingesetzten Zertifikate



Danke

Dr. des. Max von Grafenstein LL.M.

Forschungsprogrammleiter "Governance of Data-Driven Innovation"

max.grafenstein@hiig.de