60. Assistententagung Öffentliches Recht

Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Wissenschaftlichen Assistentinnen und Assistenten

Trier 2020

Der digitalisierte Staat – Chancen und Herausforderungen für den modernen Staat

Nomos

Helbing Lichtenhahn Verlag

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

60. Assistententagung Öffentliches Recht

Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Wissenschaftlichen Assistentinnen und Assistenten

Der digitalisierte Staat – Chancen und Herausforderungen für den modernen Staat

Mit Beiträgen von:

Dr. Wolfgang Abromeit, Dr. Ranjana Andrea Achleitner, Alice Bertram, Nikolas Eisentraut, Roman Friedrich, Matthias Haag, Eleonora Heim, Alexander Iben, Dirk Müllmann, Dorothea Mund, Elisabeth Paar, Dirk Pohl, Lasse Ramson, Sebastian Schwab, Dr. Rike Sinder, Julia Sinnig, Dr. Berit Völzmann und Dr. Stephan Wagner

Herausgegeben von:

Ruth Greve, Benjamin Gwiasda, Thomas Kemper, Joshua Moir, Sabrina Müller, Arno Schönberger, Sebastian Stöcker, Julia Wagner und Lydia Wolff

Nomos

Helbing Lichtenhahn Verlag

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zitiervorschlag:
Autor/in, in: Greve/Gwiasda u.a. (Hrsg.), 60. ATÖR – Der digitalisierte Staat, S. x ff.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

ISBN 978-3-8487-6614-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-0749-7 (ePDF)

ISBN 978-3-7190-4412-1 (Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel)

1. Auflage 2020
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vorwort der Herausgeber

Unaufhaltsam durchdringt der digitale Wandel alle Bereiche unseres gesellschaftlichen, politischen und wirtschaftlichen Lebens, verändert unsere Art zu denken und zu handeln, eröffnet neue Informations- und Kommunikationswege, vernetzt Menschen, Räume und ganze Volkswirtschaften weltweit, verlagert Altbekanntes aus der realen in die digitale Welt – und fordert damit auch das Recht heraus. Die digitale Transformation aus öffentlich-rechtlicher Perspektive zu vermessen, hatte sich die 60. Assistententagung, die vom 3. bis 5. März an der Universität Trier stattfand, zum Ziel gesetzt. Der daraus hervorgegangene Band versammelt Antworten auf die Frage, welche Chancen und Herausforderungen die Digitalisierung für den modernen Staat bereithält und wie unser Rechtsrahmen mit Blick auf den digitalen Wandel fortzuentwickeln ist. Dass angesichts der Vielzahl und der großen Komplexität der aufgeworfenen Fragen weder die Tagung noch der daraus entstandene Tagungsband eine abgeschlossene, vollständige Darstellung der vielfältigen öffentlich-rechtlichen Fragestellungen, die sich im Zusammenhang mit der Digitalisierung stellen, leisten kann, versteht sich von selbst. Dennoch glauben wir in sechs ausgewählten Panels, die im Tagungsband als Kapitel Widerhall finden, unterschiedlichste Perspektiven der digitalen Transformation des Staates aufgezeigt zu haben und damit einen vertieften Einblick in die Aus- und Wechselwirkungen zwischen digitalem Umbruch und öffentlichem Recht zu geben.

Die Beiträge im Band

Im ersten Kapitel „Grundlagen von Digitalisierung und Recht“ stehen die Wechselwirkungen zwischen Recht(-swissenschaft) und digitaler Transformation im Vordergrund. Einerseits ist das Recht gefordert, den technologischen Umbrüchen zu begegnen und sie normativ einzuhegen. Andererseits müssen sich insbesondere Rechtswissenschaft und Lehre selbst in den gewandelten Rahmenbedingungen verorten. *Dr. Stephan Wagner* analysiert zunächst die Implikationen psychologischer und neurobiologischer Erkenntnisse für Recht und Rechtswissenschaft. Dabei geht er der Frage nach, ob der von den „Dual Process“-Theorien beschriebene Prozess der Attributsubstitution zu kognitiven Verzerrungen und Fehlschlüssen im

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Recht des digitalisierten Staates führt. An ausgewählten Beispielen zeigt er schließlich Strategien zur Einhegung dieser kognitiven Störungen im Recht auf. *Sebastian Schwab* untersucht sodann, wie Recht und Staat in der Vergangenheit auf weitreichende technische und gesellschaftliche Veränderung reagiert haben und welche Erkenntnisse sich daraus für die digitale Transformation des Staates gewinnen lassen. *Nikolas Eisentraut* richtet den Blick nach innen und spürt der digitalen Öffnung von rechtswissenschaftlicher Forschung und Lehre hin zu einer „öffentlichen" Wissenschaft nach. Er fragt „Wie digital ist die Rechtswissenschaft heute und wie digital sollte sie sein?". Dabei untersucht er das Spannungsverhältnis zwischen digitaler Lehre und Forschung und der grundgesetzlich garantierten Wissenschaftsfreiheit und zeigt Möglichkeiten auf, wie sich die Rechtswissenschaft stärker in den digitalen Raum öffnen könnte.

Das zweite Kapitel „Grundrechte im digitalen Zeitalter" beleuchtet das Verhältnis von Staat und Bürger im Lichte der digitalen Transformationen. Zunächst diskutiert *Alice Bertram*, ob die mit der Digitalisierung einhergehende Entwicklung zu immer mehr Effizienz ausschließlich positive Entwicklungen zeitigt oder, ob diesen Effizienzsteigerungen in der Abwägung mit grundrechtlich geschützten Positionen auch Grenzen geboten sind. Sodann geht *Roman Friedrich* der Frage nach, ob Grund- und Menschenrechte nicht nur Schutz vor der Digitalisierung bieten (müssen), sondern auch einen Anspruch auf Zugang und Teilhabe am digitalen Wandel vermitteln, etwa ob ein einklagbares Recht auf 5G besteht. Schließlich untersucht *Dirk Müllmann* die rechtlichen Implikationen des sogenannten Profilings. Dabei analysiert er die bestehenden Defizite des Datenschutzrechts und erörtert neue Mechanismen, mit denen das Diskriminierungspotential adressiert werden kann und besonders gefährdete gesellschaftliche Gruppen durch „herdenschützendes" Verhalten geschützt werden können.

Das dritte Kapitel „Die Digitalisierung – Feind oder Freund der Demokratie" reflektiert die Auswirkungen digitaler Umbrüche auf demokratische Partizipations- und Entscheidungsprozesse. Einerseits ermöglicht der digitale Wandel neue, ungekannte Möglichkeiten der Teilnahme am politischen Prozess. Andererseits ist dieser aufgrund der vielfältigen technologischen Einflüsse besonders anfällig für Manipulationen. Die Nutzung der positiven und das Einhegen der negativen Effekte des digitalen Wandels könnte zur Nagelprobe der freiheitlich demokratischen Grundordnung werden. *Alexander Iben* beleuchtet zunächst das Risikopotential sozialer Netzwerke im Zusammenhang mit politischen Willensbildungsprozessen. Er untersucht die Verpflichtung des Staates, Schutz vor Manipulationen durch sog. Fake Accounts und Co. zu bieten und entwirft ein verfassungs-

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

konformes Schutzkonzept. *Dorothea Mund* betrachtet das Automationspotenzial von Verwaltungsmaßnahmen und deren Grenzen. Dabei skizziert sie ein (neues) Recht auf menschliche Entscheidung und argumentiert, dass exekutive Entscheidungen zum Teil auch weiterhin dem Menschen vorbehalten oder jedenfalls einer menschlichen Überprüfung zugänglich sein sollten. Sodann widmet sich *Lasse Ramson* der Frage nach den verfassungsrechtlichen Maßstäben des E-Votings und anderer innovativer Wahltechniken. Verfassungsgerichtlich anerkannten (zu strengen) Maßstäben stellt er einen dynamischen Legitimationsmaßstab gegenüber, der den festgestellten qualitativ-quantitativen Zielkonflikt im Rahmen demokratischer Legitimation adressieren möchte.

Im vierten Kapitel „Gefahrenabwehr und Digitalisierung" stehen tradierte Konzepte von Sicherheit und Ordnung auf dem Prüfstand: Hierbei werden Gefahren, aber auch Chancen durch Technisierung und Digitalisierung näher beleuchtet. Zunächst widmet sich *Dr. Rike Sinder* der Versammlungsfreiheit im digitalen Raum. Ausgehend von der These, dass Meinungskundgebungen vermehrt auch in der „Online-Welt" stattfinden, zeigt sie Wege auf, wie das ursprünglich analog gedachte Grundrecht der Versammlungsfreiheit einem freiheitssichernden Strukturwandel unterzogen werden und auch im digitalen Raum normativ zur Geltung gebracht werden könnte. *Dirk Pohl* untersucht die rechtliche Ausgestaltung des E-Governments und plädiert für einen ganzheitlichen Ansatz. Er argumentiert, eine bloße Umwandlung einzelner Verwaltungsverfahren in ein digitales Äquivalent sei weder ausreichend noch zielführend. Nötig sei vielmehr eine neue, anschlussfähige Datenordnung, die auch im digitalen Zeitalter den Informationsfluss vom Staat in die Gesellschaft und umgekehrt sichert. Sodann erörtert *Dr. Ranjana Andrea Achleitner* die Möglichkeiten der Regulierung des digitalen Raums unter Heranziehung privater Akteure. Sie prüft, inwiefern private Internetprovider die traditionell staatliche Aufgabe der Rechtsdurchsetzung im Cyberspace übernehmen können und dürfen.

Das fünfte Kapitel „Modernisierung von Verwaltung und Justiz" beschäftigt sich mit Zulässigkeit und Nutzung neuer Technologien in Exekutive und Judikative. Neben dem vollautomatisierten Verwaltungsverfahren stehen schließlich der Einsatz von Legal Tech und künstlicher Intelligenz in der gerichtlichen Entscheidungsfindung im Fokus dieses Kapitels. Zunächst untersucht *Dr. Berit Völzmann* die Chancen beim Einsatz von Legal Tech im Gerichtsverfahren. Hierbei beleuchtet sie, wie Legal Tech den Zugang zu Gericht fördert und damit zur Durchsetzung effektiven Rechtschutzes verhilft. Sodann zeigt sie Weiterentwicklungsmöglichkeiten für das Rechtsschutzsystem in seiner Gesamtheit durch den Einsatz von Legal

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Tech auf. *Elisabeth Paar* betrachtet den Einsatz Künstlicher Intelligenz (KI) im Gerichtsverfahren exemplarisch anhand der Aufnahme und Würdigung des Zeugenbeweises im Rahmen eines Zivilprozesses mithilfe KI-gestützter Sprachverarbeitungsprogramme und Mimikerkennungssoftware. Sie untersucht hierbei die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Einsatzes KI-basierter Systeme, insbesondere am Maßstab der richterlichen Unabhängigkeit. Sodann betrachtet *Dr. Wolfgang Abromeit* digitalisierte Verwaltungsrechtsverhältnisse und stellt die sich verändernden Rechtspflichten und Interessenlagen exemplarisch dar. Er zeigt einerseits neue Perspektiven auf die Digitalisierung konkreter Rechtsverhältnisse auf, und erörtert andererseits notwendige Veränderungen der Handlungsformen bei der Inanspruchnahme von Verwaltungsleistungen.

Das sechste Kapitel widmet sich abschließend der „Digitalisierung als internationaler Prozess". Der digitale Wandel macht nicht an Staatsgrenzen halt. Das Globale, Grenzüberschreitende ist ihm geradezu immanent und er stellt damit auch das Völkerrecht vor zentrale neue Herausforderungen. Zunächst geht *Eleonora Heim* der Frage nach, welchen neuen Herausforderungen sich seerechtliche Regelungsregime durch den Einsatz digitaler Technologien gegenübersehen und wie diese mit bestehenden und neuen Regulierungsinstrumenten einzuhegen sind. Anhand verschiedener Fallbeispiele untersucht sie den Einsatz unbemannter Systeme auf hoher See und zeigt am Beispiel der SUA Convention Regelungslücken und mögliche Lösungsvorschläge auf. *Julia Sinnig* erörtert sodann, wie sich die Digitalisierung – und damit verbundene neue Formen der Wertschöpfung – gerecht besteuern lassen und welche Rolle dem Datenschutz dabei zu kommt. Sie lenkt den Blick dabei auf die Möglichkeit der Besteuerung digitalisierter Dienstleistungen durch ein Anknüpfen an den Bestimmungsort ebendieser. Hierbei widmet sie sich der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine solche Besteuerung im Einklang mit europäischen Datenschutzgrundsätzen möglich ist. Abschließend untersucht *Matthias Haag*, welche völkerrechtlichen Regelungen von den gefahrenabwehrrechtlichen Ermittlungsbehörden bei grenzüberschreitendem Zugriff auf Daten beachtet werden müssen. Hierbei nimmt er insbesondere sogenannte Cloud-Dienste in den Blick und analysiert, ob der Zugriff auf Daten, die auf einem Cloud-Server mit einem Standort im Ausland gespeichert und nicht öffentlich zugänglich sind, durch deutsche Ermittlungsbehörden einen Völkerrechtsverstoß begründen kann.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Der akademische Rahmen

Traditionell beinhaltet das akademische Rahmenprogramm die Treffen der Arbeitskreise verschiedener Teildisziplinen des Öffentlichen Rechts. Den Veranstalter*innen war es ein besonderes Anliegen, den Austausch innerhalb dieser Foren zu stärken und den fruchtbaren Diskussionen im eigenen Teilrechtsgebiet den notwendigen Rahmen zu bieten. Dem „Call for Arbeitskreise" sind schließlich vier Teildisziplinen gefolgt. Unter der Leitung von *Dr. Björn Baade* fand traditionell der „Arbeitskreis der jungen Völkerrechtler*innen" statt, der sich insbesondere die Vernetzung dieser Teildisziplin zur Aufgabe gemacht hat und einen Überblick über jüngste und künftige Aktivitäten im AjV gab. Unter der Leitung von *Samira Akbarian*, *Sven Jürgensen*, *Jan Keesen* und *Jacob Ulrich* wurde – zunächst unter dem Namen „Junge Wissenschaft im Recht der Politik" – der Grundstein zur Etablierung eines „Teilrechtsgebiets", für das bislang keine „Muttervereinigung" existiert, gelegt. Nach einer anregenden Debatte um Namen und Ausrichtung dieses neuen Forums, möchte der interdisziplinär und inhaltlich offen ausgerichtete „Junge Arbeitskreis Recht und Politik" künftig Diskussionen rund um Recht und Politik Raum geben. Ebenfalls neu gegründet wurde der von *David Hug, Eva Ricarda Lautsch* und *Kathrin Strauß* initiierte Arbeitskreis „Grundlagen". Die Teilnehmer*innen hörten und diskutierten Impulsvorträge von *Dr. Yoan Hermstrüwer* (Max-Planck-Institut für Gemeinschaftsgüter in Bonn) und von *Dr. Hardy Kremer* (Head of Data Science Deloitte Germany) zum Thema „Recht als Vernunftsystem – Computer als Vernunftmaschine?". Schließlich kam auch der Arbeitskreis „Sozialrecht" unter der Leitung von *Dr. Andrea Kießling* wieder zur Vernetzung innerhalb der Teildisziplin zusammen.

An der Tagesordnung blieb auch die Debatte um eine gendergerechte, zeitgemäße Umbenennung der „Assistententagung Öffentliches Recht". Neben der Frage eines geschlechtergerechten Namens, wurde im Rahmen des Arbeitskreises „Gender" auch über die Aktualität des Begriffs „Assistent" nachgedacht. Der diesjährige Workshop konnte der Diskussion einen Raum bieten und eine Basis für künftige Entscheidungen schaffen. Das abschließend erhobene Stimmungsbarometer weist den Weg in Richtung eines geschlechtergerechten, zeitgemäßen Namens. Für ihr Engagement danken wir hierfür besonders *Isabel Lischewski*, die den Workshop vorbereitete und moderierte, sowie *Alice Bertram*, *Emily Laing*, *Aqilah Sandhu* und *Felix Würkert*.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Danksagung

Die 60. Assistententagung verdankt ihr Gelingen einer Vielzahl von Personen, ohne die ihre Verwirklichung nicht möglich gewesen wäre. Unser herzlichster Dank gilt zunächst Euch allen, die ihr dieses Buch nun in den Händen haltet. Aus fast 50 Einsendungen durften wir 18 Referent*innen auswählen, die mit ihren spannenden Beiträgen den Grundstein für unsere Tagung legten und angeregten wissenschaftlichen Austausch und intensive Diskussionen erst ermöglichten. Ebenso danken wir allen Teilnehmer*innen der Tagung, die mit spannenden Fragen, Anmerkungen und Thesen zu diesem Austausch maßgeblich beitrugen.

Unser Dank gilt außerdem den Professor*innen des Öffentlichen Rechts, die uns im Laufe des vergangenen Jahres tatkräftig unterstützten, uns stets verlässlich zur Seite standen und uns den notwendigen Freiraum gewährt haben. Ebenso danken wir dem Institut für Recht und Digitalisierung Trier (IRDT) und der Universität Trier für ihre organisatorische und finanzielle Unterstützung. Ein besonderer Dank gilt unseren Festgästen *Prof. Dr. Ingolf Pernice*, *Prof. Dr. Dirk Heckmann* und *Steve Ritter*, die den Weg nach Trier auf sich genommen haben und unsere Tagung mit ihren inspirierenden Referaten bereicherten. Ebenso danken wir unseren Vorgängerteams aus Frankfurt und Regensburg, auf deren Erfahrungsschätze und wertvolle Hinweise wir stets zurückgreifen durften. Schließlich danken wir unseren großzügigen Sponsoren und Förderern, ohne deren Zuwendungen, das vielfältige Tagungsprogramm nicht möglich gewesen wäre, und die damit einen unerlässlichen Beitrag für das Gelingen der Tagung leisteten. Ein besonderer Dank gilt *Dr. Marco Ganzhorn* und der NOMOS Verlagsgesellschaft, die die Tagung und die Entstehung des Tagungsbandes tatkräftig unterstützt haben.

Die Trierer Assistententagung wäre jedoch nicht möglich gewesen ohne die vielfältige Unterstützung durch unsere studentischen und wissenschaftlichen Hilfskräfte, freiwilligen Helfer*innen und Kolleg*innen. Ihnen gilt ein besonderes und ganz herzliches Dankeschön!

Wir werden die Tagung in guter Erinnerung behalten und hoffen, dass auch ihr gerne auf die Zeit in Trier zurückblickt.

Trier, im Mai 2020

Ruth Greve, *Benjamin Gwiasda*, *Thomas Kemper*, *Joshua Moir*, *Sabrina Müller*, *Arno Schönberger*, *Sebastian Stöcker*, *Julia Wagner* und *Lydia Wolff*

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Inhalt

Grundlagen von Digitalisierung und Recht *15*

Substituierte Attribute – Kognitive Störungen im Recht des digitalisierten Staates 17
Stephan Wagner

Demokratischer Staat und Wandel. Regulierungsrecht als Projekt einer aporetischen Demokratie 39
Sebastian Schwab

Die Digitalisierung von Forschung und Lehre – auf dem Weg in eine „öffentliche" Rechtswissenschaft? 63
Nikolas Eisentraut

Grundrechte im digitalen Zeitalter *85*

Recht auf Ineffizienz – Eine Untersuchung des Verhältnisses von Grundrechten zur Effizienz 87
Alice Regina Bertram

Recht auf 5G oder: Digitalisierung – Gefahr oder Grundrecht? 103
Roman Friedrich

Brauchen wir ein Recht auf „digitalen Herdenschutz"? – Die Gefahren kommerziellen Profilings für die pluralistische Demokratie und gesellschaftliche Minderheiten 129
Dirk Müllmann

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Digitalisierung – Feind oder Freund der Demokratie *153*

Staatlicher Schutz des Meinungsbildungsprozesses in sozialen Netzwerken gegen potentielle Beeinträchtigungen durch Meinungsroboter 155
Alexander Iben

Das Recht auf menschliche Entscheidung – Freiheit in Zeiten der Digitalisierung und einer automatisierten Rechtsanwendung 177
Dorothea Mund

Verfassungsmäßigkeit von Internetwahlen? Neukonzeption eines Bewertungsmaßstabs für innovative Wahlmethoden 199
Lasse Ramson

Gefahrenabwehr und Digitalisierung *221*

Versammlungskörper. Zum Schutz von hybriden und *online*-Versammlungen unter dem Grundgesetz 223
Rike Sinder

Die Datenmacht des digitalen Staates: Datenformate und Datenstrukturen 245
Dirk Pohl

Rechtsdurchsetzung im digitalen Staat durch Internetprovider – Rechtspolitische Anmerkungen zur Providerhaftung im Lichte des Unionsrechts 265
Ranjana Andrea Achleitner

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Modernisierung von Verwaltung und Justiz 287

Digitale Rechtsmobilisierung – Effektiver Rechtsschutz durch Legal Tech? 289
Berit Völzmann

Künstliche Intelligenz und richterliche Unabhängigkeit – Eine verfassungsrechtliche Standortbestimmung am Beispiel des Zeugenbeweises 311
Elisabeth Paar

Digitalisierte Verwaltungsrechtsverhältnisse 333
Wolfgang Abromeit

Digitalisierung als internationaler Prozess 353

Unbemannte Seeschifffahrt – völkerrechtliche Hürden für die Rechtsdurchsetzung 355
Eleonora Heim

Besteuerung der digitalisierten Wirtschaft und Datenschutz in der Steuerverwaltung – Probleme einer destination-based corporate tax? 375
Julia Sinnig

Präventive Datenerhebung in informationstechnischen Systemen bei grenzüberschreitenden Sachverhalten – aktuelle Rechtslage und Reformvorschlag 393
Matthias Haag

Autorenverzeichnis 413

Herausgeberverzeichnis 417

Fördererverzeichnis 419

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Grundlagen von Digitalisierung und Recht

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Substituierte Attribute – Kognitive Störungen im Recht des digitalisierten Staates

Stephan Wagner

Ein von psychologischen und neurowissenschaftlichen *Dual Process*-Theorien beschriebenes Phänomen ist der übergreifende Prozess der Attributsubstitution. Dieser oft unbewusste kognitionspsychologische Vorgang kann gemessen am Maßstab der Rationalität zu kognitiven Fehlschlüssen und Verzerrungen (kognitiven Störungen) führen, die wiederum signifikant nachteilige soziale Auswirkungen haben können. Besonders einflussreich ist die Attributsubstitution bei komplexen Wertungsentscheidungen. Sie besitzt daher bereits definitionsgemäß eine erhebliche Relevanz für Rechtsetzung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft.

Digitale Prozesse und Phänomene gehören zu den besonders geeigneten Kandidaten für die Attributsubstitution. Ihre technischen Substrate sind dem menschlichen Verstand nicht ohne Weiteres zugänglich, ihre Auswirkungen auf die soziale Realität vermitteln sich regelmäßig über eine erhebliche kausale, räumliche, zeitliche und soziale Distanz und Komplexität. Es besteht daher die Gefahr, dass auch ihre rechtliche Erfassung und Beurteilung kognitiven Störungen ausgesetzt ist. Im Folgenden soll diesen nach einer kurzen Einführung in die *Dual Process*-Theorien (I.) und einem Aufriss ihrer rechtlichen Relevanz insbesondere in einer digitalisierten Lebenswirklichkeit (II.) an ausgewählten Beispielen nachgespürt und sollen zugleich Strategien ihrer rationalen Einhegung aufzeigt werden (III.).[1]

I. Dual Process-Theorien und Attributsubstitution

1. Dual Process-Theorien

Dual Process-Theorien über die Funktionsweise des menschlichen Gehirns können in Psychologie und Hirnforschung mittlerweile als gesichert gel-

1 Aus Platzgründen musste der Beitrag stark gekürzt werden. Für eine ausführliche Darstellung, insbesondere der Überlegungen zu III. 2., siehe *Wagner*, RW 3/2020.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten.[2] Hiernach operiert der menschliche Verstand mithilfe zweier grundverschiedener neuronaler Prozesse respektive Systeme: Einem prähistorischen, unbewussten, assoziativen, emotionalen und bildhaften „System I" und einem evolutionsgeschichtlich neueren, bewussten, logischen, analytischen und sprachlichen „System II".

Grob gesprochen ist System I funktionell darauf ausgerichtet, den evolutionsbiologisch verfestigten, für das Überleben eines Organismus essenziellen binären Regelmechanismus „Meiden oder Annähern" (englisch: „Avoid or Approach") möglichst schnell, effektiv und effizient mit Steuerungsparametern zu beliefern, während System II komplexere Fragestellungen der Lebensbewältigung auf die für intellektuell höherentwickelte Lebewesen und namentlich den Menschen typische reflektierte, analytische, logische und abstrahierende Weise bearbeitet.[3] Beide Systeme operieren nicht autark, sondern sind miteinander vernetzt. Nach überwiegender Interpretation stehen sie in einer Art Hierarchieverhältnis zueinander, in dem System II grundsätzlich in der Lage ist, von System I gelieferte mentale Repräsentationen zu überprüfen, zu verwerfen und zu ersetzen. Faktisch nimmt es diese Kontrollkompetenz aufgrund beschränkter Ressourcen und Zeit jedoch nur sehr bedingt in Anspruch. So wird nach wie vor ein Großteil der menschlichen Wahrnehmungen, Entscheidungen und Verhaltensweisen im Alltag ausschließlich oder überwiegend durch System I determiniert.[4] Auch „Experten" jeglicher Couleur, m.a.W. also nach Selbst- und Fremdwahrnehmung analytisch, logisch und reflektiert denkende Fachleute mit in der Regel akademischer Ausbildung unterliegen in ihren einen Anspruch auf dezidierte Rationalität erhebenden Urteilen oft einem unbewussten dominierenden Einfluss von System I.[5]

Hieraus – und wohl insbesondere aus der sich mit rasantem Tempo verschärfenden Diskrepanz zwischen einer kulturell, sozial und technisch

---

2 Siehe hierzu im Überblick *Kahneman/Frederick*, in: Augier/March, Models of a Man. Essays in Memory of Herbert A. Simon, 2004, S. 411 (412 ff.); *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005, S. 44 ff.; *Greene*, in: Sinnott-Armstrong, Moral Psychology III: The Neuroscience of Morality, 2007, S. 35 (40 ff.); *Kahneman*, Thinking, Fast and Slow, 2012, S. 19 ff., 415 ff.; *Pfister/Jungermann/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidung: Eine Einführung, 4. Aufl. (2017), S. 345 ff.

3 Näher *Kahneman*, Thinking, Fast and Slow, 2012, S. 19 ff.; *Pfister/Jungermann/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidung: Eine Einführung, 4. Aufl. (2017), S. 345 f.

4 *Pfister/Jungermann/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidung: Eine Einführung, 4. Aufl. (2017), S. 347.

5 *Englerth*, in: Engel u.a., Recht und Verhalten, 2007, S. 120 ff.; *Kahneman*, Thinking, Fast and Slow, 2012, S. 218 ff.; *Falk/Alles*, ZIP 2014, 1209 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

durch spezifische, aber jeweils immer nur punktuelle und selektive System II-Leistungen immer komplexer gewordenen modernen menschlichen Lebenswelt und einer aus evolutionsbiologischen Gründen noch immer maßgeblich von System I gesteuerten menschlichen Lebensbewältigung – resultieren Wahrnehmungsverzerrungen und kognitive Verarbeitungsfehler, aufgrund derer sowohl auf individueller als auch kollektiver Ebene subjektive Vorstellungswelten vielfach fehlerhaft konstruiert und irrationale Handlungsentscheidungen getroffen werden.[6] Diese kognitiven Störungen wurden unter der Bezeichnung „Heuristics and Biases" (deutsch in etwa: „Heuristiken und kognitive Verzerrungen") von der experimentalpsychologischen und verhaltensökonomischen Forschung mittlerweile – bei aller (wissenschaftstheoretisch unvermeidlichen) Unsicherheit und Uneinigkeit im Detail[7] – in der Breite empirisch sehr valide nachgewiesen und theoretisch kategorisiert, katalogisiert und systematisiert.

2. *Attributsubstitution*

Zumindest ein wesentlicher Teil dieser kognitiven Störungen lässt sich mithilfe des übergreifenden Prozesses der Attributsubstitution beschreiben. Dieser charakterisiert allgemein einen omnipräsenten kognitiven Vorgang, in dem schwierige, weil komplexe und/oder abstrakte Urteile bzw. einzelne ihrer Bestandteile (Attribute) durch den mentalen Rückgriff auf einfacher, direkter und/oder schneller zugängliche Repräsentanzen bzw. Assoziationen ersetzt (substituiert) werden.[8] Beispielsweise beantworten wir die Frage, mit welcher Wahrscheinlichkeit wir durch einen Terroranschlag oder Flugzeugabsturz sterben werden, unter Rückgriff auf mental präsente (weil beispielsweise aktuell und/oder intensiv medienvermittelte) Ereignisse deutlich verzerrt gegenüber allgemeinen, aber statistisch viel hö-

6 Siehe hierzu etwa *Tversky/Kahneman*, in: dies./Slovic, Judgment under uncertainty: Heuristics and biases, 1982, S. 3 ff.

7 Überblick über die Kritik am „Heuristics and Biases"-Programm, die sich zu einem nicht unerheblichen Teil und nicht ganz ohne Ironie mit dessen Hilfe erklären lässt, bei *Bröder/Hilbig*, in: Müsseler/Rieger, Allgemeine Psychologie, 3. Aufl. (2017), S. 619 (636).

8 Siehe *Kahneman/Frederick*, in: Augier/March, Models of a Man. Essays in Memory of Herbert A. Simon, 2004, S. 411 (415 ff.); *dies.*, in: Holyoak/Morrison, The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning, 2005, S. 267 (269); *Bröder/Hilbig*, in: Müsseler/Rieger, Allgemeine Psychologie, 3. Aufl. (2017), S. 619 (634).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

heren Lebensrisiken[9] oder wird die Spendenbereitschaft zugunsten von Umweltschutzprojekten ebenso durch mental präsente (weil beispielsweise aktuell und/oder intensiv medienvermittelte) Bilder oder schlicht durch die persönliche Zuneigung gegenüber bestimmten Tierarten bestimmt anstatt durch den tatsächlichen Bedarf[10].

Gegenstand der Attributsubstitution sind insbesondere komplexe Wertungs- und Abwägungsentscheidungen.[11] Kognitive Störungen, die sich als Ergebnis einer Attributsubstitution präsentieren, liegen insofern unter bestimmten kritischen Umständen, die sich jeweils spezifisch für deren Trägerheuristiken ergeben, umso näher, je abstrakter respektive distanzierter und statistisch ungewisser sich für die Entscheidung relevante Attribute präsentieren, je komplexer und inkommensurabler sich die zu beurteilenden Abwägungsrelationen sowie je entscheidungsaufwändiger sich die vorzunehmenden Abwägungen damit insgesamt gestalten. In der neueren Forschung rückt mehr und mehr in den Mittelpunkt, wie stark diese durch oft unbewusst oder jedenfalls unreflektiert bleibende Emotionen und Affekte beeinflusst werden, die als Auslöser oder Träger der Attributsubstitution fungieren.[12]

II. Rechtliche Relevanz

1. Allgemein

Die unter dem Dach der *Dual Process*-Theorien angesammelten Forschungsergebnisse betreffen menschliches Wahrnehmen, Urteilen und Entscheiden im Allgemeinen, haben aber wie dieses insgesamt einen ausgeprägten sozialen und zugleich sozialnormativen Bezug. Forschungszweige wie die Sozial- und Moralpsychologie oder die Verhaltensökonomie be-

---

9 *Slovic/Fischoff/Lichtenstein*, in: Kahneman/Slovic/Tversky, Judgment under uncertainty: Heuristics and biases, 1982, S. 463 (466 ff.); *Kahneman*, Thinking, Fast and Slow, 2012, S. 138, 144, 322 f.; *Bröder/Hilbig*, in: Müsseler/Rieger, Allgemeine Psychologie, 3. Aufl. (2017), S. 619 (635).

10 *Desvousges u.a.*, in: Hausman, Contingent Valuation: A Critical Assessment, 1993, S. 91 ff.; *Kahneman*, Thinking, Fast and Slow, 2012, S. 93, 98 f.

11 Siehe *Kahneman/Frederick*, in: Augier/March, Models of a Man. Essays in Memory of Herbert A. Simon, 2004, S. 411 (416 f.).

12 Siehe etwa *Haidt*, Psychological Review 108 (2001), 814 ff.; *Greene*, in: Sinnott-Armstrong, Moral Psychology III: The Neuroscience of Morality, 2007, S. 35 (40 f., 46, 59 ff.); *Kahneman*, Thinking, Fast and Slow, 2012, S. 12, 103 f.,138 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schäftigen sich daher seit einiger Zeit intensiv mit dem Einfluss der aus *Dual Process*-Theorien ableitbaren Heuristiken und kognitiven Störungen auf sozialnormative Phänomene, Prozesse und Systeme.[13] Das Recht als dominantes sozialnormatives Steuerungssystem ist von diesem Einfluss nicht ausgenommen, sondern dürfte ihm im Gegenteil grundsätzlich genauso unterliegen wie alle anderen sozialnormativen Systeme auch.[14]

In der insofern folgerichtigen, allerdings noch überschaubaren juristischen Rezeption der *Dual Process*-Theorien im deutschen Sprachraum steht bislang der Einfluss von Heuristiken und kognitiven Störungen auf das Gerichtsverfahren im Vordergrund.[15] Neuerdings erfolgt eine Beschäftigung mit den *Dual Process*-Theorien aus spezifisch juristischer Perspektive zudem insbesondere im Zusammenhang mit dem verhaltensökonomischen *Nudging*-Ansatz, der sich deren Erkenntnisse zunutze macht, um arbiträre Entscheidungsarchitekturen zugunsten individueller wie kollektiver Nutzenmaximierung zu verändern, und sich hierzu auch der Mittel des (dispositiven) Rechts bedient respektive bedienen möchte.[16]

Bislang wenig bis gar nicht untersucht wurden allerdings hierzulande die Auswirkungen der im Rahmen der *Dual Process*-Theorien beschriebenen Heuristiken und kognitiven Störungen auf Inhalt, Binnenstruktur und Grundlagen des Rechts, m.a.W. also auf den Normkörper des materiellen Rechts und die ihn tragenden Strukturprinzipien selbst. Da es sich bei diesem aber um nichts anderes handelt als um ein spezifisch elaboriertes und explizit sozialnormatives, hochkomplexes, ja emergentes System unzähliger individueller wie kollektiver menschlicher Entscheidungen, Urteile und Wahrnehmungen, liegt die Vermutung nahe, auch in ihm jeden-

---

13 Siehe hierzu etwa *Haidt*, Psychological Review 108 (2001), 814 ff.; *ders.*, The Righteous Mind, 2012; *Sunstein,* Behavioral and Brain Sciences 28 (2005), 531 ff.; *Greene*, in: Sinnott-Armstrong, Moral Psychology III: The Neuroscience of Morality, 2007, S. 35 ff.; *ders.*, Moral Tribes, 2014; *Ariely*, Predictably Irrational, 2008.

14 Siehe hierzu insbesondere *Jolls/Sunstein/Thaler*, Stanford Law Review 50 (1998), 1471 ff.; *Sunstein,* Behavioral and Brain Sciences 28 (2005), 531 ff.; *ders.*, Vermont Law Review 33 (2009), 405 ff.; *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005, S. 1 ff., 35 ff.; Engel u.a., Recht und Verhalten, 2007.

15 Hierzu *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005; *Steinbeck/Lachenmaier*, NJW 2014, 2086 ff.; *Boehme-Neßler*, Rechtswissenschaft 5 (2014), 189 (201 ff.); *Risse*, NJW 2018, 2848 ff.; *Stöhr*, in: Fritsche u.a., Unsicherheiten des Rechts, ARSP-Beiheft 162 (2020), S. 295 ff.

16 Hierzu *Kirchhof*, ZRP 2015, 136 ff.; *Seckelmann/Lamping*, DÖV 2016, 189 ff.; *Purnhagen/Reisch*, ZEuP 2016, 629 ff.; *Weber/Schäfer*, Der Staat 56 (2017), 561 ff.; *Honer*, DÖV 2019, 940 ff.; *Gerg*, Nudging, 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

falls punktuell, möglicherweise aber auch strukturell auf den Einfluss kognitiver Störungen zu stoßen.

2. *Attributsubstitution und rechtlich relevante Abwägungen*

Als ein strukturell bedeutsamer Aspekt könnte sich insbesondere der Einfluss der Attributsubstitution auf rechtlich relevante Abwägungen erweisen. Diese finden sich einerseits auf sämtlichen Ebenen des Rechtssetzungs- und Rechtsanwendungsprozesses und befinden sich als komplexe normative Wertungs- und Abwägungsentscheidungen andererseits im gewissermaßen natürlichen Einflussbereich der Attributsubstitution.[17] Einfallstore für mit ihr einhergehende, auf diesem Wege möglicherweise verrechtlichte kognitive Störungen liegen vermittelt über den demokratischen Willensbildungsprozess[18] und rechtspolitische Abwägungen auf Ebene des Gesetzeserlasses und öffnen sich auf Ebene der Rechtsanwendung insbesondere in den abwägungsoffenen Tatbeständen des einfachen Rechts sowie im Rahmen der teleologischen Auslegung. Schließlich ist namentlich die auf komplexen Wertungsentscheidungen und Güterabwägungen beruhende Grundrechtsanwendung für einen potenziellen Einfluss der Attributsubstitution prädestiniert.

3. *Spezifische Störungsanfälligkeit von Recht im digitalisierten Staat*

Die kognitive und damit zugleich auch rechtliche Verarbeitung der sozialen Auswirkungen digitaler Prozesse und Phänomene erweist sich *prima vista* als besonders anfällig für die Attributsubstitution. Digitalisierung übersetzt *per definitionem* konkrete Vorgänge und Instanzen der realen Erfahrungswelt in wert- und zeitdiskrete und damit notwendig abstrakte Repräsentationen, die sodann in komplexen Rechenprozessen verarbeitet werden. Die rechtlich relevanten Vorgänge befinden sich in dieser künstlich geschaffenen, im Übrigen auch über die technische Infrastruktur kausal, räumlich, zeitlich und sozial vermittelten Distanz jenseits der natürlichen Erfahrungswelt und sind dem über Jahrmillionen Evolution auf diese

---

17 Siehe *Kahneman/Frederick*, in: Augier/March, Models of a Man. Essays in Memory of Herbert A. Simon, 2004, S. 411 (416 f.).

18 Siehe hierzu etwa *Kuran/Sunstein*, Stanford Law Review 51 (1999), 683 ff.; *Englerth*, in: Engel u.a., Recht und Verhalten, 2007, S. 105, 121.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fixierten menschlichen Verstand nur schwer zugänglich. Ihre automatisiert erfolgenden Rückwirkungen auf die reale Welt gehen zugleich mit einem menschlichen Kontrollverlust einher, der jedoch, jedenfalls solange noch keine „echte", vollständig autonom handelnde künstliche Intelligenz entwickelt ist, nur zu einer Kontrollverlagerung auf andere, wiederum von der sozialen Lebenswirklichkeit kausal, räumlich, zeitlich und sozial distanzierte menschliche Verhaltensweisen, nämlich das Programmieren und Implementieren von Programmcode und Algorithmen führt, welche im Alltag nicht als solche sichtbar und erlebbar sind sowie ohne besonderes Fachwissen auch nicht konkret nachvollzogen werden können.

Während Digitalisierung damit auf der einen Seite ein erhebliches Potential für eine erhöhte Steuerungs- sowie Operationalisierungsfähigkeit und -genauigkeit des Rechts einschließlich rechtlich relevanter Abwägungen birgt, gehen mit ihr unter dem Blickwinkel der *Dual Process*-Theorien insbesondere hinsichtlich der Bildung rechtlich relevanter Abwägungspositionen und -relationen auch digitalisierungsspezifische Gefahren einher. Geht man nämlich mit der psychologischen Forschung davon aus, dass auch die (scheinbar) von System II dominierten sprachlichen, analytischen, logischen und prognostischen Prozesse zwar unterschwellig, aber breitflächig von System I-Heuristiken beeinflusst werden,[19] so liegt die Vermutung nahe, dass diese auf einer abstrakten, sozial distanzierten Ebene im Vergleich schlechter funktionieren und zu schlechteren Resultaten führen als auf der konkret-personalen Handlungsebene, auf der und für die sie sich evolutionsgeschichtlich entwickelt haben.

III. Beispiele

Mit der Vorratsdatenspeicherung (1.) und den Dilemma-Situationen des autonomen Fahrens (2.) sollen im Folgenden zwei Beispiele erörtert werden, hinsichtlich derer sich Hinweise auf ein durch digitalisierungsspezifische Umstände verstärktes Wirken der Attributsubstitution aufseiten von Gesetzgeber, Rechtsprechung und/oder Rechtswissenschaft sowie eine hierdurch (potenziell) verzerrte Rechtslage ergeben.

---

19 Siehe hierzu etwa *Kahneman/Frederick*, in: Augier/March, Models of a Man. Essays in Memory of Herbert A. Simon, 2004, S. 411 (416 f., 420 f.); *Falk/Alles*, ZIP 2014, 1209 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Vorratsdatenspeicherung

Geradezu mit Händen zu greifen ist das Wirken der Attributsubstitution und die mit ihr einhergehende Irrationalität in den Urteilen von Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof zur Vorratsdatenspeicherung. Das dort entscheidungstragende – nach eigenem Bekunden „diffuse" – „Gefühl des ständigen Überwachtwerdens"[20] ist ein irrationaler Affekt, der sich mit den *Dual Process*-Theorien präzise analysieren lässt. Die Gerichte scheuen jedoch nicht davor zurück, die eigene Irrationalität, den sie tragenden diffusen emotionalen Affekt zum grundrechtlichen Schutzgut zu (v)erklären. Die hierdurch verursachten grundrechtsdogmatischen sowie rechtstatsächlichen Friktionen sind erheblich.

a) Abwesenheit eines Gefühls des ständigen Überwachtwerdens als grundrechtliches Schutzgut

Das Gefühl des ständigen Überwachtwerdens bzw. genauer: dessen Abwesenheit ist zunächst ein prinzipiell legitimes grundrechtliches Schutzgut, das sich als Komponente eines allgemeineren Freiheitsgefühls darstellen dürfte und in seiner spezifischen Ausprägung grundrechtsdogmatisch dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zuordnen lässt.[21] In diesem Sinne ist es zunächst folgerichtig, dass Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof es als Gegenstand des mit der Vorratsdatenspeicherung bewirkten Grundrechtseingriffs prüfen. Diesem stehen wiederum materielle Sicherheitsinteressen gegenüber, die mit dem Freiheitsinteresse im Rahmen einer grundrechtlichen Abwägung in einen verfassungsgemäßen Ausgleich zu bringen sind. So wird etwa die Aufklärung schwerer Straftaten aus dem Bereich der Organisierten Kriminalität oder der Kinderpornographie erschwert, so eine Vorratsdatenspeicherung nicht oder nur eingeschränkt zugelassen wird. Die grundrechtliche Abwägung wird indessen dadurch prädeterminiert, dass das Gewicht des Grundrechtseingriffs von beiden Gerichten auf „besonders schwer" tariert wird.[22]

---

20 Siehe BVerfGE 125, 260 (335); EuGH, NJW 2014, 2169 (2170).

21 Siehe hierzu auch BVerfGE 113, 29 (46) sowie bereits *Wagner*, in: Fritsche u.a., Unsicherheiten des Rechts, ARSP-Beiheft 162 (2020), S. 89 (94 ff.).

22 BVerfGE 125, 260 (318) und in der Folge EuGH, NJW 2014, 2169 (2170).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Kognitive Verzerrung durch Attributsubstitution

Im Folgenden kann nicht umfassend und abschließend zu allen grundrechtlich hochdiffizilen Problemen der Vorratsdatenspeicherung Stellung genommen, sondern lediglich die vermutete kognitive Verzerrung identifiziert werden. Diese betrifft die Intensität des Grundrechtseingriffs durch die gesetzliche Anordnung der Vorratsspeicherpflicht. Dieser ist materiell betrachtet nämlich entgegen der Auffassung von Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof eben nicht „besonders schwer"[23], sondern besitzt trotz seiner Breitenwirkung als solcher ein deutlich geringeres und bestenfalls mittleres Gewicht. Zur juristischen Präzision gehört insoweit nämlich zunächst die Erkenntnis, dass es sich in Bezug auf die Kommunikationsteilnehmer um einen mittelbaren Grundrechtseingriff handelt[24] und dass dieser von der eventuell möglichen, in Relation zur Gesamtheit der Betroffenen aber höchst unwahrscheinlichen Abfrage der Daten durch staatliche Organe zu unterscheiden ist.[25] Letztere stellt ohne Frage einen gravierenden Grundrechtseingriff dar, unterliegt aber – jedenfalls nach der (ehemaligen) deutschen Umsetzungsregelung – ganz anderen, nämlich viel strengeren und im Ergebnis jedenfalls angemessen gestaltbaren Voraussetzungen.[26] Im Gegensatz dazu handelt es sich bei der bloßen Speicherung jedenfalls der Verkehrsdaten bei privaten Telekommunikationsanbietern materiell betrachtet um einen Vorgang, der zu Abrechnungszwecken massenhaft sowie mit Kenntnis und Einwilligung der Bürger geschieht bzw. zumindest bis vor nicht allzu langer Zeit massenhaft und nahezu flächendeckend geschehen ist.[27] Er wird vom Gesetzgeber in den §§ 96, 97 TKG durch das wirtschaftliche Interesse der Telekommunikationsanbieter legitimiert, bei dem es sich zwar fraglos keineswegs um ein unerhebliches, aber sicher nicht um ein Interesse handelt, das einen *besonders schweren* (materiellen) Grundrechtseingriff rechtfertigen kann. Im Vergleich dazu ist die gesetzlich verpflichtende Vorratsdatenspeicherung zwar möglicherweise graduell intensiver, da sie ausnahmslos und umfassend angelegt ist.

---

23 BVerfGE 125, 260 (318); ebenso EuGH, NJW 2014, 2169 (2170). Wie hier aber die Sondervoten der Richter Schluckebier, BVerfGE 125, 260 (365 ff.) und Eichberger, BVerfGE 125, 260 (380 f.).

24 Anders BVerfGE 125, 260 (311).

25 Dies eben nicht beachtend BVerfGE 125, 260 (319).

26 Dazu BVerfGE 125, 260 (328 ff.).

27 Siehe Sondervotum des Richters Schluckebier, BVerfGE 125, 260 (371 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sie wird dadurch aber noch nicht zu einem materiell besonders schweren Eingriff.[28]

Gerade weil die Speicherung von Daten auf Servern der Telekommunikationsanbieter ein distanziertes und mental nur schwer zugängliches Phänomen ist und hieran anknüpfende Gefährdungen materieller Interessen zunächst nur abstrakt und verknüpft über weitere Kausalketten denkbar sowie im Übrigen statistisch höchst unwahrscheinlich sind, handelt es sich bei ihr um einen Kandidaten für die Attributsubstitution. Kognitiv-emotional unmittelbar präsent ist demgegenüber der tatsächliche Abruf der Daten durch staatliche Organe, die reale, Kenntnisnahme oder jedenfalls Verarbeitung der Daten voraussetzende staatliche Überwachung und das damit verknüpfte bedrohliche Gefühl, die daher als Substitut fungieren. Dieses Bild zeichnen omnipräsente Beispiele aus medial vermittelter Realität und fiktionaler Kunst so durchdringend und mit so großer Schärfe, dass diese Assoziation unweigerlich hervorgerufen werden dürfte. Bezeichnenderweise rekurrieren Bundesverfassungsgericht und ihm folgend Europäischer Gerichtshof daher gerade im Zusammenhang mit der Imponderabilität des Grundrechtseingriffs auf das Gefühl des ständigen Überwachtwerdens.[29] Dieses Gefühl ist – wie es das Bundesverfassungsgericht selbst einräumt – „diffus" und statistisch betrachtet höchst irrational. Die Annahme, der Staat würde die auf dem Server eines Telekommunikationsanbieters gespeicherten Verkehrsdaten eines statistisch „normalen", d.h. in diesem Zusammenhang: nicht unter dem konkreten Tat- oder Begehungsverdacht einer schweren Straftat stehenden Bürgers zur Kenntnis nehmen oder verarbeiten, ist bei Lichte betrachtet, d.h. bei Außerachtlassung unglücklicher und statistisch kaum signifikanter Umstände realitätsfremd (und wäre im konkreten Tat- oder Begehungsverdacht einer schweren Straftat stehenden Bürgern im Übrigen zuzumuten). Aber auch die Unterstellung, ein solches Gefühl sei in der Bevölkerung verbreitet, dürfte materiell betrachtet kontrafaktisch, jedenfalls aber empirisch nicht belegt sein.[30] Wie der allgemeine Umgang mit persönlichen Daten beispielsweise in sozialen Netzwerken zeigt, dürfte die Sensibilitätsschwelle in der Bevölkerung hier tatsächlich deutlich höher liegen.[31]

---

28 Wie hier die Sondervoten der Richter Schluckebier, BVerfGE 125, 260 (365 f.) und Eichberger, BVerfGE 125, 260 (380).

29 BVerfGE 125, 260 (320, 335); EuGH, NJW 2014, 2169 (2170).

30 So auch das Sondervotum des Richters Eichberger, BVerfGE 125, 260 (380 f.).

31 Siehe dazu *Kühling/Martini*, EuZW 2016, 448 (450); *di Fabio*, Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen, 2016, S. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Attributsubstitution lässt sich schließlich nicht zuletzt in der begrifflichen Maßlosigkeit identifizieren, die der Vergleich mit tatsächlich *besonders schweren* Eingriffen in Fernmeldegeheimnis oder Recht auf informationelle Selbstbestimmung wie Telekommunikationsüberwachungen oder Online-Durchsuchungen offenbart.[32] Jeder Versuch, letztere auf einer mit den Urteilen zur Vorratsdatenspeicherung scheinbar neu kalibrierten Eingriffsskala unter Verwendung von dann notwendig exzessiven Superlativen begrifflich einigermaßen präzise einzuordnen, müsste unweigerlich ins Absurde abgleiten. Dieser Verlust rationaler Maßstäbe dürfte sich letztlich nur mit der irrationalen Angst vor dem tatsächlichen Überwachtwerden, mit der Substituierung von Speicherung durch Abruf erklären lassen. Dies dürfte zusammengenommen einen ausreichenden Beleg dafür geben, dass in den hier behandelten Urteilen das mit der Speicherung der Verkehrsdaten verbundene grundrechtliche Gefährdungspotential durch ein auf die Abfrage dieser Daten durch den Staat bezogenes Freiheitsbedrohungsgefühl substituiert wurde.

2. *Autonomes Fahren (Dilemma-Situationen)*

Auch in der rechtswissenschaftlichen Diskussion über die Dilemma-Situationen[33] des (voll)autonomen Fahrens finden sich Hinweise auf ein Wirken der Attributsubstitution.

a) *Diskrepante strafrechtliche Bewertung*

Die in der öffentlichen und wissenschaftlichen Diskussion prototypische Dilemma-Situation soll hier auf das folgende Szenario zugespitzt werden:

> Eine Gruppe spielender Kinder im Alter von sechs bis acht Jahren rennt achtlos auf eine Straße. Das autonom gesteuerte Fahrzeug des X

32 Siehe hierzu auch das Sondervotum des Richters Schluckebier, BVerfGE 125, 260 (367).

33 Hiermit beschäftigen sich etwa *Hilgendorf*, in: 53. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2015, S. 55 (68 ff.); *Weber*, NZV 2016, 249 ff.; *Engländer*, ZIS 2016, 608 ff.; *Sander/Hollering*, NStZ 2017, 193 (201 ff.); *Wagner*, AcP 217 (2017), 707 (740 ff.); die Beiträge von *Joerden*, *Schuster*, *Beck* und *Hilgendorf*, in: ders., Autonome Systeme und neue Mobilität, 2017, S. 143 ff.; *Hörnle/Wohlers*, GA 165 (2018), 12 ff.; *Steege*, NZV 2019, 459 (460 ff.); *Freise*, VersR 2019, 65 (77 ff.); Ethik-Kommission Automatisiertes und Vernetztes Fahren, 2017, S. 11 (Nr. 8 und 9), 16 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> kann nicht mehr bremsen, um einen mit einiger Sicherheit für mindestens drei Kinder tödlichen Unfall zu vermeiden. Das einzig mögliche Ausweichmanöver würde einen 89-jährigen erfassen, der am Straßenrand spazieren geht, und diesen mit ebensolcher Sicherheit tödlich verletzen.[34]

Von Interesse ist im vorliegenden Zusammenhang insbesondere der Vergleich der Strafbarkeit des Nutzers eines autonom gesteuerten Fahrzeugs mit der eines menschlichen Fahrers in der geschilderten Dilemma-Situation, in der jeweils die Ausweichoption mit der Folge einer letalen Verletzung des 89-jährigen gewählt wird. In beiden Fällen steht (nahezu) unstreitig fest, dass Fahrer respektive Nutzer jedenfalls den Tatbestand des § 222 StGB (fahrlässige Tötung), je nach Lage der Dinge gegebenenfalls auch des § 212 StGB (vorsätzliche Tötung) oder sogar des § 211 StGB (Mord) verwirklichen.[35] Die Tatbestandsverwirklichung ist grundsätzlich auch rechtswidrig und schuldhaft, da keine gesetzlichen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe eingreifen. Möglich ist damit lediglich eine Entschuldigung aufgrund übergesetzlichen entschuldigenden Notstands, welche für einen menschlichen Fahrer ganz überwiegend angenommen oder jedenfalls in Erwägung gezogen wird,[36] während sie für den Nutzer eines autonomen Fahrzeugs nach nahezu allgemeiner Auffassung nicht in Betracht kommen soll.[37] Gleiches gilt für den Hersteller des autonomen Fahrzeugs respektive den Programmierer des entsprechenden Algorithmus.[38] Begründet wird dies mit dem straf- und verfassungsrechtlichen Dogma der Unabwägbarkeit von Menschenleben, welches einer Abwägung von Menschenleben sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht entgegenste-

---

34 Beispiel nach *Sander/Hollering*, NStZ 2017, 193 (201).

35 Siehe *Weber*, NZV 2016, 249 (250 ff.); *Sander/Hollering*, NStZ 2017, 193 (202 f.). Zu den Einzelheiten siehe ferner *Wagner*, RW 3/2020.

36 So von *Sander/Hollering*, NStZ 2017, 193 (202); *Joerden*, in: Hilgendorf, Autonome Systeme und neue Mobilität, 2017, S. 73 (85 ff.); *Engländer*, ZIS 2016, 608 (610); *Hörnle/Wohlers*, GA 165 (2018), 12 (15 ff.); ebenso Ethik-Kommission Automatisiertes und Vernetztes Fahren, 2017, S. 11 (Nr. 8 und 9).

37 *Sander/Hollering*, NStZ 2017, 193 (203); *Joerden*, in: Hilgendorf, Autonome Systeme und neue Mobilität, 2017, S. 73 (85 ff.); Ethik-Kommission Automatisiertes und Vernetztes Fahren, 2017, S. 11 (Nr. 8 und 9). Unklar *Engländer*, ZIS 2016, 608 (614 f.).

38 *Sander/Hollering*, NStZ 2017, 193 (202 f.); *Joerden*, in: Hilgendorf, Autonome Systeme und neue Mobilität, 2017, S. 73 (85 ff.); *Hörnle/Wohlers*, GA 165 (2018), 12 (23 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

he.[39] Sofern die offenkundige Diskrepanz in der strafrechtlichen Bewertung des Handelns der Akteure bemerkt wird, wird darauf verwiesen, dass ein menschlicher Fahrer sich in einer akuten und extremen psychischen Drucksituation befinde, während Programmierer und Hersteller im Vorfeld mit ausreichend Distanz zum Geschehen gewissermaßen normsetzend tätig würden, was ihnen den „psychischen Druck" nehme.[40]

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist die Rechtswidrigkeit, nicht aber die Strafbarkeit der Handlung geboten und sind keine Unterschiede zwischen den Akteuren feststellbar.[41]

b) Kognitive Störung durch Attributsubstitution

Die hinsichtlich der Anwendbarkeit des übergesetzlichen entschuldigenden Notstands offenkundig bestehende Diskrepanz zwischen menschlichem und autonomem Fahren dürfte sich stattdessen wesentlich mithilfe der Attributsubstitution erklären lassen. Genau genommen umgreift die Figur des übergesetzlichen entschuldigenden Notstands juristisch eines der Hauptforschungsfelder der auf Basis der *Dual Process*-Theorien stehenden empirischen Moralpsychologie, die sich in den vergangenen Jahrzehnten namentlich an diversen Konstellationen und subtilen Variationen des „Weichensteller-Falls" experimentell abgearbeitet und theoretisch ausgeformt hat.[42] Die dort mit großer Deutlichkeit zutage geförderte Anfälligkeit der relevanten Abwägungs- und Entscheidungsprozesse für die Attributsubstitution dürfte entsprechend der eingangs dieses Beitrags geäußerten Hypothese im Rahmen des durch digitalisierte Entscheidungsroutinen gesteuerten autonomen Fahrens noch einmal gesteigert oder jedenfalls spezifiziert werden.

---

39 *Sander/Hollering*, NStZ 2017, 193 (202); Ethik-Kommission Automatisiertes und Vernetztes Fahren, 2017, S. 11 (Nr. 8 und 9).

40 *Joerden*, in: Hilgendorf, Autonome Systeme und neue Mobilität, 2017, S. 73 (86 f.); Ethik-Kommission Automatisiertes und Vernetztes Fahren, 2017, S. 11 (Nr. 8 und 9).

41 Für eine ausführliche Analyse der verfassungsrechtlichen Rechtslage siehe *Wagner*, RW 3/2020. Vgl. ferner nur BVerfGE 115, 118 (152 f., 157 ff.).

42 Näher *Greene*, in: Sinnott-Armstrong, Moral Psychology III: The Neuroscience of Morality, 2007, S. 35 (41 ff.); *ders.*, Moral Tribes, 2014, S. 113 ff., 213 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa) Attributsubstitution durch Illusion einer Tun-Unterlassen-Differenz und deontologischen Impuls

Kandidaten für die Attributsubstitution sind vorliegend die (digitalisierungsspezifisch imaginierte) Illusion einer Tun-Unterlassen-Differenz (1) und der – hier sogenannte, ebenfalls digitalisierungsspezifisch verzerrte – deontologische Impuls (2).

(1) Die Tun-Unterlassen-Differenz gehört zu den überkommenen Dogmen des Allgemeinen Strafrechts.[43] Nach ihr ist ein aktives Tun grundsätzlich strafwürdiger als ein bloßes Unterlassen, was in § 13 StGB (Erfordernis einer Garantenpflicht, Strafmilderungsmöglichkeit nach § 13 Abs. 2 StGB) auch seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat. Die Tun-Unterlassen-Differenz beruht prinzipiell auf guten Gründen.[44] Diese laufen allerdings gegen Null in Fallkonstellationen wie der vorliegenden Dilemma-Situation, in denen bei gegebener Garantenpflicht lediglich zwei klar definierte Entscheidungsoptionen bestehen.[45] Hier führt das Dogma dazu, dass das Tun – hier: das Ausweichen – ohne Rücksicht auf das materielle Verhältnis der konfligierenden Rechtsgüter gleichsam automatisch inkriminiert wird, während das Unterlassen – hier: das Überfahren der Kinder – ausnahmslos als nicht strafwürdig qualifiziert wird. Ein solcher absoluter Vorrang des Handlungsverbots lässt sich jedoch normativ nicht rechtfertigen. Es ist nämlich bei psychologisch und neurowissenschaftlich informierter Betrachtung lediglich die über die Attributsubstitution vermittelte Illusion einer Tun-Unterlassen-Differenz, die einen scheinbar strikten Vorrang des Handlungsverbots vorgibt. Menschliche Gehirne sind aus verschiedenen, genauer: sensorischen, motorischen und kognitiven Gründen vorrangig auf eine kognitiv-emotionale Überprüfung und Bewertung von Handlungen programmiert.[46] Dies ist jedoch lediglich ein – wenn man so will – prozeduraler Vorrang, aus dem kein materieller wertungsmäßiger Vorrang folgt. Gleichwohl kann insbesondere ein emotional stark negativ ausfallendes Ergebnis der prozedural vorrangigen Handlungsprüfung – wie vorlie-

43 *Joerden*, in: Hilgendorf, Autonome Systeme und neue Mobilität, 2017, S. 73 (80 f.).

44 Siehe hierzu *Frister*, Strafrecht AT, 8. Aufl. (2018), Kap. 22 Rn. 1 ff., 11 ff.; *Greene*, Moral Tribes, 2014, S. 250.

45 Im Ergebnis ebenso *Jakobs*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, S. 36 ff.; *Hörnle*, in: FS Herzberg, 2008, S. 555 (563); *Paeffgen/Zabel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB I, 5. Aufl. (2017), Vorb. zu §§ 32 ff. Rn. 171.

46 Näher *Greene*, Moral Tribes, 2014, S. 241 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gend die Bewertung einer den Tode eines Menschen verursachenden Handlung – bereits das Ergebnis der eigentlich noch vorzunehmenden vergleichenden Gegenüberstellung von Handlungs- und Unterlassensoption – die vorliegend aufgrund des Todes mehrerer Menschen noch negativer ausfallen müsste – substituieren.[47]

Während die Illusion einer Tun-Unterlassen-Differenz bereits als solche zu gravierenden normativen Friktionen namentlich im Strafrecht, aber auch im Verfassungsrecht führen kann und tatsächlich auch führt, ist ihr Wirken vorliegend noch einmal kognitiv verzerrt. Die Tun-Unterlassen-Differenz ist im digitalisierten Entscheidungssetting des autonomen Fahrens nämlich schlicht aufgehoben. Die zur Auflösung der Dilemma-Situation zu Gebote stehenden Entscheidungsoptionen vermitteln gewissermaßen lediglich die Illusion der Illusion einer Tun-Unterlassen-Differenz. In beiden Fällen liegt nämlich bei genauer Betrachtung eine aktives Tun darstellende Programmierung und deren ebenso aktive Übernahme durch In-Bewegung-Setzen des autonomen Fahrzeugs vor.[48] Nichtsdestotrotz verleitet uns der durch System I seit Jahrhunderttausenden zuverlässig gelieferte, auf menschliches Verhalten geeichte Impuls dazu, auf das in der Unfallsituation durch den Algorithmus gesteuerte Fahrzeug gewissermaßen menschliches Verhalten zu projizieren, m.a.W. also: die Maschine für einen Menschen zu nehmen.

(2) Die Attributsubstitution dürfte sich hier außerdem unmittelbar aus dem zusätzlich durch den Menschenwürdegedanken angereicherten – hier sogenannten – deontologischen Impuls generieren.[49] Dieser vermittelt gewissermaßen als psychologische Tiefenstruktur der in der praktischen Philosophie hochelaborierten deontologischen Ethik einem (moralisch relevanten) strikt regelbasierten Verhalten unter bestimmten hinreichenden Bedingungen einen hochgradig emotional besetzten, unmittelbar verhaltensbezogenen Eigenwert. Dieser wiederum erlaubt und verlangt es im durch die deontologische Ethik philosophisch explizierten Sinn, auf eine im utilitaristischen Sinn gebotene Folgenabwägung zu verzichten.[50] Der deontologische Impuls vermittelt sich über basale psychologische System I-

---

47 Näher *Greene*, Moral Tribes, 2014, S. 246 ff.

48 Siehe hierzu auch *Schuster*, in: Hilgendorf, Autonome Systeme und neue Mobilität, 2017, S. 99 (107 f.); *Beck*, in: Oppermann/Stender-Vorwachs, Autonomes Fahren, 2017, S. 33 (53 f.); *Hörnle/Wohlers*, GA 165 (2018), 12 (23).

49 Näher hierzu *Greene*, in: Sinnott-Armstrong, Moral Psychology III: The Neuroscience of Morality, 2007, S. 35 (37 ff.).

50 Für einen Überblick über die beiden ethischen Denkschulen siehe *Quante*, Einführung in die Allgemeine Ethik, 6. Aufl. (2017), S. 130 ff., 134 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Prozesse, ist aber kulturell erlernbar, graduierbar und veränderbar und kann auf eine hochdifferenzierte Weise kultiviert und rationalisiert werden.[51] In diesem Sinne dürfte er im deutschen Rechts- und Kulturkreis, nicht zuletzt in der Denktradition Kants, besonders ausgeprägt sein.[52]

In der vorliegenden Dilemma-Situation dürfte der aus dem deontologischen Impuls folgende intrinsische Wert der unbedingten, explizit abwägungsresistenten Befolgung des Handlungsverbots (Du sollst nicht – durch aktives Tun – töten!) durch den gleichlaufenden, ebenso explizit abwägungsresistenten Menschenwürdegedanken noch einmal zusätzlich verstärkt und tatsächlich verabsolutiert werden. Der gegen den Staat gerichtete Achtungsanspruch der Menschenwürde wirkt tatsächlich im deontologischen Sinne verfassungsnormativ absolut, ist jedoch hinsichtlich der vorliegend auf der Schuldebene zu beantwortenden Frage der Strafbarkeit der betreffenden Akteure nicht (mehr) einschlägig.[53] Stattdessen ist lediglich die Schutzdimension der Menschenwürde betroffen, die sich aber – allein schon wegen des dann unvermeidlichen potenziellen Konflikts mit dem Achtungsanspruch sowie der schieren Vielzahl der nicht zugleich zu erfüllenden Handlungsalternativen – schlechterdings nicht deontologisch operationalisieren lässt.[54] In der Denktradition Kants, aber auch aus Gründen der historischen, durch die eklatant hiergegen verstoßenden Gräuel der NS-Verbrechen gezeichneten Vergangenheit dürfte der Menschenwürdegedanke und konkret dessen deontologisch operationalisierter Achtungsanspruch jedoch insbesondere in Deutschland (rechts)kulturell und sozialpsychologisch besonders ausgeprägt sein,[55] so dass eine Substitution der überaus diffizilen, kognitiv wie emotional extrem(st) aufwändigen (in der allein betroffenen Schutzdimension aber unvermeidlich zu beantwortenden) Abwägungsfrage durch die, die Dinge ebenso extrem(st) vereinfachende, deontologisch eindeutige (aber verfassungsnormativ eben nicht abgefragte) Achtungsantwort naheliegt.[56]

---

51 *Greene*, in: Sinnott-Armstrong, Moral Psychology III: The Neuroscience of Morality, 2007, S. 35 (63, 65 f., 68); *ders.*, Moral Tribes, 2014, S. 300 ff.

52 *Hörnle/Wohlers*, GA 165 (2018), 12 (17) weisen insofern zu Recht auf den Unterschied zu US-amerikanischen (Rechts- und Moral-)Philosophen hin, die eher in der Denktradition des Utilitarismus stehen.

53 Näher *Wagner*, RW 3/2020.

54 Siehe *Wittreck*, DÖV 2003, 873 (879) (der daraus freilich eine Abwägungsfähigkeit auch der Abwehrdimension folgert).

55 Siehe hierzu auch *Hörnle/Wohlers*, GA 165 (2018), 12 (17 f.).

56 Zu Hinweisen hierauf in der Literatur siehe unten bb.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Der deontologische Impuls dürfte bei der Beurteilung der Dilemma-Situationen des autonomen Fahrens ebenfalls aus digitalisierungsspezifischen Gründen verstärkt werden: Moralpsychologisch betrachtet besteht das Dilemma für die handelnden Akteure vorliegend zwischen einem altruistisch-empathischen Handlungsimpuls zugunsten der Kinder[57] und dem mit dem deontologischen Impuls einhergehenden Handlungsverbot. Die altruistisch-empathische Handlungsmotivation ist im Hinblick auf einen sich in einer konkreten dilemmatischen Unfallsituation befindenden menschlichen Fahrer emotional sehr gut intersubjektiv nachvollziehbar, weswegen diesem auch weit überwiegend der Entschuldigungsgrund des übergesetzlichen Notstandes zugestanden wird.[58] Während eine konkrete dilemmatische Unfallsituation sehr gut plastisch vorstellbar und gewissermaßen (nach)erlebbar ist, befindet sich die entsprechende Entscheidungssituation beim autonomen Fahren in einer räumlichen, zeitlichen, kausalen und sozialen Distanz zu dieser – über die Entscheidung des Dilemmas wird nicht am Lenkrad, sondern gewissermaßen am „grünen Tisch" entschieden. Auf Distanz ist der altruistisch-empathische Fürsorgeimpuls jedoch, wie die moralpsychologische Forschung mit großem Nachdruck nachgewiesen hat und ein Blick in die Welt(geschichte) mit ebenfalls großer Eindeutigkeit erhellt, schwach bis gar nicht entwickelt.[59] Demgegenüber handelt es sich beim deontologischen Impuls geradezu um das Paradeexempel einer rationalisierten, philosophisch dezidiert elaborierten und dadurch scheinbar kühl rationalistischen moralischen Emotion, die nach eigenem, von Kant auf die Spitze gebrachten Anspruch nicht nur explizit ohne altruistisch-empathische Gefühle auskommt, sondern sich ihnen sogar widersetzen soll. Im Gegensatz zum viel spontaneren, räumlich-zeitlich-personale Nähe voraussetzenden und damit vorliegend emotional quasi abgeschalteten sowie im Übrigen auch philosophisch unreflektierten[60] altruistisch-empathischen Fürsorgeimpuls wirkt sie mithin gerade auch in der unpersönlichen Distanz.[61] Dies verschafft dem deontologischen Impuls

57 Zum altruistisch-empathischen Fürsorgeimpuls siehe *Haidt*, The Righteous Mind, 2012, S. 153 ff.).

58 Siehe explizit *Joerden*, in: Hilgendorf, Autonome Systeme und neue Mobilität, 2017, S. 73 (86 f.); *Hörnle/Wohlers*, GA 165 (2018), 12 (17, 23).

59 Siehe dazu *Slovic*, Judgment and Decision Making 2 (2007), 79 ff.; *Greene*, in: Sinnott-Armstrong, Moral Psychology III: The Neuroscience of Morality, 2007, S. 35 (46 ff.); *ders.*, Moral Tribes, 2014, S. 260 ff.; *Singer*, Famine, Affluence, and Morality, 2016, S. xxii ff. Siehe auch *Hörnle/Wohlers*, GA 165 (2018), 12 (17).

60 Siehe hierzu *Baier*, Noûs 19 (1985), 53 (55 f.).

61 Auf das Distanz-Nähe-Problem weisen auch *Hörnle/Wohlers*, GA 165 (2018), 12 (17) hin.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

am grünen Tisch gewissermaßen einen moralpsychologischen Vorteil, den er im realen Leben nicht hat.[62]

Insbesondere die mit dem Menschenwürdegedanken einhergehende Attributsubstitution könnte zudem durch eine grundsätzliche, stark emotionalisierte Skepsis, im Einzelfall möglicherweise sogar Furcht vor einem mit Digitalisierung generell sowie dem autonomen Fahren speziell einhergehenden menschlichen Kontrollverlust forciert werden. Wer – ohne (jedenfalls substanziell spezifizierten) Anlass – eine „Degradierung des Subjekts zum bloßen Netzwerkelement" perhorresziert,[63] hat sich der Objektformel des Art. 1 Abs. 1 GG im Grunde – jedenfalls unterbewusst – schon bedient, was dem überschießenden Impetus der Attributsubstitution in der Folge Tür und Tor öffnet. Speziell in Bezug auf autonomes Fahren dürfte jedenfalls vereinzelt noch die Furcht vor dem Verlust von Freiheit und Fahrspaß das allgemeine intuitive Unwohlsein verstärken.[64]

bb) Indizien für die Attributsubstitution

Hinweise auf ein Wirken der Attributsubstitution im vorliegenden Zusammenhang finden sich in der einschlägigen rechtswissenschaftlichen Literatur reichlich:

Ein erstes Indiz liefert auch hier eine aus Formulierungen wie der des „Algorithmus des Todes" sprechende Panik oder jedenfalls Panikmache, die ihrer Art nach eher in die Boulevard-Presse, nicht aber in juristische Fachbeiträge gehören.[65] Etwas abgeschwächt gilt dies auch für pauschal und unreflektiert bleibende, im Subtext jedenfalls ein ganzes Szenario von einschlägiger Science Fiction aufspannenden Formeln wie der des Menschen als „Netzwerkelement". Während die „Borg", der „Terminator", die „Matrix" und ähnliche futuristische Schreckensvisionen dabei wohl eher im Unterbewusstsein wüten, werden ähnliche Effekte ganz offen erzeugt,

---

62 Im wahren Leben würde sich die Mehrheit der Menschen für eine Rettung der Kinder entscheiden, siehe hierzu *Bonnefon/Shariff/Rahwan*, Science 2016, 1573 (1574 f.); siehe ferner *Awad/Dsouza/dies.*, PNAS 117 (2020), 2332 ff.

63 So die Ethik-Kommission Automatisiertes und Vernetztes Fahren, 2017, S. 11 (Nr. 6). In diese Richtung auch *Stender-Vorwachs/Steege*, in: Oppermann/Stender-Vorwachs, Autonomes Fahren, 2017, S. 253 (258).

64 Siehe hierzu auch *Hilgendorf*, in: 53. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2015, S. 55 (58); Ethik-Kommission Automatisiertes und Vernetztes Fahren, 2017, S. 21.

65 Vgl. *Hilgendorf*, in: ders./Hötitzsch, Das Recht vor den Herausforderungen der modernen Technik, 2015, S. 11 (20); *Ebert*, VersPrax 2016, 13 (13); *Sander/Hollering*, NStZ 2017, 193 (202, mit Fn. 131).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wenn man jegliche für die Auflösung der Dilemma-Situationen in Frage kommenden Differenzierungskriterien, von denen Lebenserwartung, Anzahl der zu rettenden Menschenleben und die Zurechenbarkeit der Gefahrverursachung zumindest (verfassungs)rechtlich diskutabel sind, dadurch diskreditiert, dass man sie von vornherein in den Zusammenhang mit diskriminierenden, verfassungsrechtlich ersichtlich unzulässigen und realitätsfremden Differenzierungskriterien wie Geschlecht, Vermögensverhältnisse, sexuelle Orientierung oder Religion rückt.[66] Die Empörung, die durch solche Nebelkerzen ganz gezielt und erklärtermaßen hervorgerufen wird, lässt von System I gelieferte Affekte und Assoziationen aus und in alle kognitiv-emotionalen Richtungen feuern,[67] was ein unaufgeregtes rationales Denken in der Folge denknotwendig erschwert.

In einer emotional derart aufgewühlten Lage ist es wenig verwunderlich, dass die Attributsubstitution zu den oben beschriebenen Fehlschlüssen führt. Die Menschenwürde erscheint in ihr folgerichtig als willkommener „Meta-Joker"[68], um sich all dieses Unbehagens mit einem Schlag zu entledigen und ganz im Sinne der Attributsubstitution, aber entgegen geltendem Verfassungsrecht, bar jeder Grundrechtsdogmatik und auch ohne jeden einfachrechtlichen Anknüpfungspunkt eine „unmittelbare Drittwirkung der Menschenwürde" gegenüber Hersteller und Programmierer zu postulieren[69] und, „da in diesem Fall nicht nur der Achtungsanspruch, sondern die Würde als solche tangiert" [sic!] sei, jede „Abwägung von Leben als verfassungswidrig einzustufen" und auch in der „Rettung vieler zu Lasten weniger […] einen Verfassungsverstoß" zu sehen.[70]

Die Attributsubstitution spricht des Weiteren förmlich aus offenen Widersprüchen, die sich etwa in den folgenden Zitaten finden, in denen mit derselben Begründung ein gegensätzliches Ergebnis begründet wird (1)

---

66 So *Lin*, Here's a Terrible Idea: Robot Cars With Adjustable Ethics Settings, abrufbar unter: https://www.wired.com/2014/08/heres-a-terrible-idea-robot-cars-with-adjustable-ethics-settings/ (zuletzt abgerufen am: 14.2.2020): „To draw out that point, let's make the ethical choices outrageous: […] ethics settings that allow us to save children over the elderly, or men over women, or rich people over the poor, or straight people over gay ones, or Christians over Muslims."; ebenso *ders.*, in: Maurer u.a., Autonomes Fahren, 2015, S. 69 (71). Ähnlich *Stender-Vorwachs/Steege*, in: Oppermann/Stender-Vorwachs, Autonomes Fahren, 2017, S. 253 (263).

67 Zu dieser Charakteristik von System I, die sich treffend als „mentale Schrotflinte" beschreiben lässt, siehe *Kahneman*, Thinking, Fast and Slow, 2012, S. 50 ff., 95 f., 98 f.

68 So ausdrücklich *Steege*, NZV 2019, 459 (463).

69 *Steege*, NZV 2019, 459 (461, 463 ff.).

70 *Steege*, NZV 2019, 459 (465).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

oder übergangen wird, dass für den menschlichen Fahrer selbstverständlich ebenfalls stets die Möglichkeit des rechtmäßigen Verhaltens besteht und es im Hinblick auf den übergesetzlichen entschuldigenden Notstand eben nicht um die Rechtswidrigkeit, sondern den Schuldvorwurf geht (2):

> (1) „Der – in der Literatur überwiegend anerkannte – sog. übergesetzliche entschuldigende Notstand, der bei der Tötung Einzelner zur Rettung Vieler zum Schuldausschluss führen soll, besteht jedenfalls für die beim Hersteller Tätigen in Bezug auf die vorgenommene Programmierung des Fahrsystems nicht. Denn andernfalls würde die – durch die verfassungsgerichtliche Rspr. im Ergebnis auch für strafrechtliche Fragen verdeutlichte – gesetzgeberische Wertentscheidung unterlaufen, die eine Quantifizierung menschlichen Lebens verbietet. […] Entsprechend […] kommt auch [für den Nutzer] eine Entschuldigung wegen übergesetzlichen Notstands nicht in Betracht."[71]
> (2) „Und es ist auch nicht erkennbar, weswegen ein Autopilot sich hieran gemessen sollte „rechtswidrig verhalten" dürfen, wenn es gerade auch möglich ist, ihn so zu programmieren, dass die rechtmäßige Alternative (1) (= das Kfz weiter fahren lassen und 5 Menschen töten) gewählt wird. Ein Programmierer […] könnte zudem kaum gleichsam vorab entschuldigt werden, […] ganz abgesehen davon, dass ihn nicht einmal eine solche zweifelhafte Vorab-Entschuldigung von einem rechtmäßigen Programmierverhalten entbinden könnte."[72]

Auch bezüglich des autonomen Fahrens ist ferner ein Abweichen von der allgemeinen Dogmatik zu verzeichnen, für das weder Gründe angegeben werden (können), noch überhaupt Not besteht. So wird für Programmierer, Hersteller und Nutzer des autonomen Fahrzeugs ein übergesetzlicher entschuldigender Notstand bereits deshalb verneint, weil eine Gefahrverwirklichung nicht akut drohe und diese sich daher nicht in einer mit extremem psychischen Druck einhergehenden tragischen Situation befänden.[73] Unabhängig davon, dass dies materiell nichts am bestehenden Dilemma ändert, welches sich auch durch weiteres Abwarten, Nachdenken, Reflektieren und Abwägen nicht auflöst, ist dies mit der allgemeinen Strafrechtsdogmatik nicht zu vereinbaren. Hiernach ist die für den übergesetzlichen entschuldigenden Notstand erforderliche gegenwärtige Gefahr nämlich

71 *Sander/Hollering*, NStZ 2017, 193 (202 f.).
72 *Joerden*, in: Hilgendorf, Autonome Systeme und neue Mobilität, 2017, S. 73 (87).
73 *Joerden*, in: Hilgendorf, Autonome Systeme und neue Mobilität, 2017, S. 73 (86 f.); *Hörnle/Wohlers*, GA 165 (2018), 12 (23 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auch dann gegeben, wenn „der Eintritt des drohenden Schadens erst nach Ablauf einer gewissen Zeit zu erwarten steht, aber sofortiges Handeln angezeigt ist, um ihr wirksam begegnen zu können."[74] Mit allgemeinen Maßgaben nicht in Einklang steht auch die Übertragung menschlicher Verhaltensmaßstäbe auf die Maschine, die mit der oben skizzierten „Illusion der Illusion einer Tun-Unterlassen-Differenz" einhergeht. Sie wird ebenfalls deutlich in Formulierungen wie der bereits zitierten:

> „Und es ist auch nicht erkennbar, weswegen ein Autopilot sich hieran gemessen sollte „rechtswidrig verhalten" [sic!] dürfen, wenn es gerade auch möglich ist, ihn so zu programmieren, dass die rechtmäßige Alternative (1) (= das Kfz weiter fahren lassen und 5 Menschen töten) gewählt wird."[75]

Das Bestehen einer Tun-Unterlassen-Differenz wird wiederum nicht substanziell begründet, sondern auf unausgesprochene oder jedenfalls unreflektierte deontologische Grundannahmen zurückgeführt, auf denen das deutsche Strafrechts(selbst)verständnis beruht.[76] Auch dieser unvermittelte, mithilfe der *Dual Process*-Theorien exakt lokalisierbare und prognostizierbare „Diskursabriss", der sich ganz ähnlich auch hinsichtlich des Dogmas der Unabwägbarkeit von Menschenleben beobachten lässt,[77] ist ein allgemeines Charakteristikum der sich in diesem Fall über den deontologischen Impuls vermittelnden Attributsubstitution.[78] In diesem Sinne geht die Tun-Unterlassen-Differenz „ganz bis auf die rechtsethischen Fundamente des deutschen Strafrechtsdenkens zurück."[79] Aber eben auch nicht weiter.

---

74 Siehe nur *Zieschang*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, Leipziger Kommentar StGB II, 12. Aufl. 2006, § 35 Rn. 29.

75 *Joerden*, in: Hilgendorf, Autonome Systeme und neue Mobilität, 2017, S. 73 (87) [im Original ebenfalls in Anführungszeichen].

76 Siehe zum spätidealistischen Strafrechtsverständnis des weit überwiegenden Teils der deutschen Strafrechtslehre und zu dessen Unvereinbarkeit mit denVorgaben des Grundgesetzes *Appel*, Verfassung und Strafe, 1996, S. 316 ff.

77 Kritisch hierzu auch *Schneider*, in: Joecks/Miebach, MüKo-StGB IV, 3. Aufl. (2017), Vorb. zu § 211 Rn. 29.

78 Siehe hierzu *Greene*, Moral Tribes, 2014, S. 304 f.

79 *Joerden*, in: Hilgendorf, Autonome Systeme und neue Mobilität, 2017, S. 73 (81).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

IV. Schluss

Weitere Kandidaten für gegebenenfalls digitalisierungsspezifisch verstärkte kognitive Störungen im Recht des digitalisierten Staates lassen sich unschwer finden.[80] Das der Sozialpsychologie entnommene, auf Grundlage der *Dual Process*-Theorien entwickelte Modell der Attributsubstitution bietet ein effektives Analyseinstrument, um diese und andere Irrationalitäten im Recht aufspüren und präzise identifizieren zu können. Da kognitive Störungen aber vornehmlich im Unterbewussten und zudem stark emotional wirken, ist jedoch eine gewisse Skepsis angebracht, ob sie sich ohne Weiteres aus dem juristischen Diskurs eliminieren lassen.[81] Eine notwendige Voraussetzung hierzu wäre, diesen wieder mehr in die Tiefe, denn in die Breite zu entwickeln.[82] Anlass, Chancen aber auch spezifische Risiken hierfür bietet die Digitalisierung von Staat, Recht und Gesellschaft hinreichend.

80 Hinweise auf ein (potentielles) Wirken der Attributsubstitution finden sich etwa auch in der (aus naheliegenden Gründen stark emotionalisierten) aktuellen respektive perspektivischen rechtspolitischen Diskussion über „Cybergrooming" und „Keuschheitsprobe" sowie über die Zulässigkeit der Verwendung kinderähnlicher Sexroboter (siehe hierzu *Geminn*, DÖV 2020, S. 172 [175, 178]; *Hummel*, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung Nr. 7 v. 16.2.2020, S. 9 f.) oder im Zusammenhang mit digitaler Medizin und Biotechnologie (siehe hierzu *Schliesky*, NVwZ 2019, 693 [699]).

81 Vgl. auch *Kahneman*, Thinking, Fast and Slow, 2012, S. 417 f.

82 So auch *Risse*, NJW 2018, 2048 (2051 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Demokratischer Staat und Wandel. Regulierungsrecht als Projekt einer aporetischen Demokratie*

Sebastian Schwab

Das einzig Stetige ist der Wandel.[1] Mag Digitalisierung ein uns zumindest neuartig erscheinendes Phänomen sein, Wandel ist nicht neu. Es ist darum wenig reflektiert zu glauben, Digitalisierung ändere schlechthinnig „alles".[2] Doch diese wenig reflektierte Wahrnehmung ist die Folge des rhetorischen Modus, in dem diese und andere Äußerungen getätigt werden: Oft ist das Reden über Digitalisierung – und Wandel überhaupt – geprägt von Aktionismus und Alarmismus, man würde „zurückfallen" gegenüber anderen Rechts-, Staats- und Wirtschaftsordnungen; ebenso häufig aber werden Digitalisierung und Wandel als Bedrohung für Freiheit und Privatheit apostrophiert, der zu wehren sei – Aktionismus und Alarmismus bleiben also die Schlagworte, sie wechseln lediglich ihre Vorzeichen. Makel- und Verlustgeschichten werden kunstvoll aneinandergereiht.

Mir soll es hier um etwas Anderes gehen, nämlich um die Frage: Wie lässt sich das Verhältnis von Staat und Wandel als Chance für ein demokratisches Projekt begreifen?

Im Folgenden soll von *grundstürzendem* Wandel die Rede sein.[3] Solche Großprojekte des Wandels betreffen viele Menschen. Im Zentrum der Untersuchung steht wirtschaftlich-technologischer Wandel, insbesondere sol-

---

* Zuspruch und Kritik stehen nicht im Verhältnis der Aporie zueinander. Der Verfasser dankt darum Hans Michael Heinig für beides gleichermaßen.

1 *Heraklit* auf der Grundlage einer (wohl den Wortlaut überspannenden) Übersetzung von *Platon*, Kratylos, 402a, zugeschrieben.

2 So aber plakatierte die FDP im Bundestagswahlkampf 2017: „Die Digitalisierung ändert alles. Wann ändert sich die Politik?".

3 Signifikanz ist auch in der juristischen Innovationsforschung eine oft betonte Voraussetzung, so bei *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, S. 520. Volkswirtschaftlich stellt sich Innovation dagegen zumeist als Ansammlung zahlreicher kleiner Evolutionen dar, so *Stiglitz/Greenwald*, Die innovative Gesellschaft, 2015, S. 44 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

cher aus dem Bereich der „Fundamentalökonomie“[4]. Fragen wie der Wandel gesellschaftlicher Moralanschauungen spielen nur am Rande eine Rolle, als sie Verflechtungen zu wirtschaftlichen Wandlungsprozessen aufweisen können. Das Schlagwort des „Verfassungswandels“ soll hier außen vor bleiben.

Im Gang der Untersuchung sollen vier verschiedene Perspektiven eingenommen werden, die für einen Aufriss genügen mögen. An eine *staatstheoretische Perspektive* auf das Komplementär- und Konfliktverhältnis von Staatszwecken schließt sich eine *rechtshistorische Perspektive* an. Von ihrer Warte aus werden staatstheoretisch erklärbare Muster erkennbar, die dem Umgang von Staatlichkeit mit Wandel unterlegt sind. Diese beiden Blicke lassen den Staat im Titel erkennen. Im zweiten Teil soll die Demokratie sichtbar werden. Dabei geht es nicht darum zu behaupten, die erkannten Muster seien exklusiver Ausdruck demokratischer Staatlichkeit. Weder existiert eine solche Kausalität, noch lässt sich auch nur eine Koinzidenz nachweisen. Aber: Ändert sich der Blickwinkel, dann erscheinen auch die überkommenen Muster in einem neuen Licht; sie erhalten demokratische Konturen. Während über Recht und „Innovationen“[5] in rechts- und regelungstechnischer Sicht viel geschrieben worden ist,[6] bleibt die Rechtserzeugung von Wandel bewältigendem Recht unter demokratischen Bedingungen recht randständig. Dieser Text möchte dem abhelfen. Dafür nehme ich zuerst eine *ideengeschichtliche* und schließlich eine *demokratietheoretische Perspektive* ein. Es wird sich zeigen, dass das Regulierungsrecht, das Wandel „kleinarbeitet“, als demokratische Praxis – Demokratietheorie *in action* – gedeutet werden kann. Das Destillat der praktisch entfalteten Demokratietheorie soll zugleich einen neuen Zugang zu überkommenen Topoi der Staatsrechtslehre gewähren.

---

4 Zum Begriff *Foundational Economy Collective,* Die Ökonomie des Alltagslebens, 2019.

5 Die rechtswissenschaftliche Innovationsforschung ist wertvoller Impulsgeber für die hiesigen Überlegungen; im Begriff der Innovation schwingen aber so viele normative Aspekte mit – z.B. eine grundsätzlich affirmative Haltung, wenn man wie *Hoffmann-Riem* „Innovation“ als Beitrag zur Bewältigung eines „Problems“ definiert (s. ders., AöR 131 (2006), 255) –, dass er hier unterbleiben soll, um den Blick für die eigentliche normative Komponente zu öffnen: Nämlich den demokratischen Umgang mit Wandel. Zum modesten Optimismus dieses Begriffs vgl. *Wege*, Positives Recht und sozialer Wandel im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1977, S. 57.

6 Fundamental die Arbeit von *Hoffmann-Riem* (Fn. 3).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

A. Erster Teil: Staat

I. Staatstheoretische Perspektive: Staatszweckdiskurse

Die erste Perspektive ist jene der Staatstheorie. Aber können uns Staatszwecklehren überhaupt helfen, das Verhältnis von Staatlichkeit und Wandel angemessen zu erfassen? Schließlich sind Staatszwecklehren oft für tot erklärt worden.[7] Indes: Sie leben weiter. Man kann sich von der Kategorie nicht gänzlich verabschieden. Der Verweis auf positiv-rechtliche „Staatsziele" ist nicht geeignet, das konkrete Phänomen eines bestimmten Staates in ein übergreifendes Analyseschema für Staatlichkeit einzupassen.[8] Für den vorliegenden Untersuchungszweck sind Staatszwecke zudem attraktiv, weil sie die Einführung des für den weiteren Fortgang der Untersuchung bedeutsamen Begriffs der *Aporie* in die Überlegungen ermöglichen.

Doch zunächst eine kurze Verteidigung der zu Unrecht Totgesagten: Wie der *pouvoir constituant* selbst, sind Staatszwecke nicht an eine konkrete normative Ordnung rückgebunden. Deutet man Staatszwecke als Beschreibung eines subjektiv-kontingenten geschichtlichen Umstands, statt als objektiv dem Staatsbegriff vorgelagert, markieren sie den Grund für den Abschluss des imaginierten Gesellschaftsvertrags. Dann kann man Staatszwecke auch nicht als Gefahr für demokratische Setzungen abkanzeln:[9] Staatszwecke sind im demokratischen Verfassungsstaat nichts „uns je schon Gegebenes", sondern sind „uns durch uns selbst gegeben". Staatszwecke, die „wir" uns selbst geben, bedeuten aber keine notwendige Gleichsetzung mit der Gestalt des positiven Rechts: Eine etwaige Diskrepanz diskursiver Setzung und positiv-rechtlicher Gestalt kann Ansatzpunkt für Kritik sein; ein Maßstab ist durch die Kategorie des Staatszwecks gewonnen. Denn: Auf höherem Abstraktionsniveau zwar verhältnismäßig statisch, sind konkrete Ausformungen, Erscheinungen und Verständnisse „des" Staatszweckes in einem demokratischen Staat diskursiver Wandlung, also Wandlung durch Politisierung, unterlegen.[10]

Wir dürfen – und sollten – also die Frage nach Staatszwecken behandeln; sie bilden – das teilen sie mit Verfassungen – Projektionsflächen für

---

7 Vgl. *Möllers*, Staat als Argument, Nachdruck 2011, S. 192 ff.; *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, 2015, S. 184 ff. m.w.N.

8 Für Staatszwecke als Analyseschema vgl. *Ress*, VVdStRL 48 (1990), 56.

9 In diese Richtung tendieren aber *Möllers* (Fn. 7), S. 198 und *Wischmeyer* (Fn. 7), S. 186.

10 Zur Wandlung von Staatszwecken, in seiner Terminologie „Staatsaufgaben" (*Herzog*, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 106), bspw. ebd., S. 114 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vorstellungen vom Staat.[11] Manche solcher Vorstellungen scheinen schon in etymologischen Schlaglichtern auf: Staat – englisch *state* mit seinem Bedeutungsspiel aus Staat und Zustand – statisch. Schutz und Sicherheit, Beständigkeit und Planbarkeit, die in diesen Schlaglichtern aufblitzen, sind auch notwendige Voraussetzung für das, was man mit *Julian Nida-Rümelin* als einen der philosophischen Kerngehalte der Menschenwürde fassen könnte: Die Autorschaft über das eigene Leben in Anspruch nehmen zu können.[12]

Ein solchermaßen über die Chiffre der Autorschaft formulierter „Würde-Staatszweck", der mindestens ebenso umstritten wie die meisten Postulate der Staatstheorie ist, kann hier einen Aufriss des Problems – den Umgang mit Wandel – geben. Denn ein „Würde-Staatszweck" bringt kein eindeutiges Handlungsprogramm hervor. Er zielte darauf, Menschen durch ein geeignetes institutionelles Arrangement in die Lage zu versetzen, ihre je eigenen Vorstellungen des guten Lebens je individuell zu verwirklichen. Freilich erschöpften sich in den Schlaglichtern Beständigkeit und Planbarkeit die Gelingensbedingungen der Autorschaft nicht. Schließlich konfligieren die beiden Aspekte nicht selten mit der Dynamik unserer Lebenswelt. Der Befund, dass sich Lebenswelten – technische Möglichkeiten, politische Großwetterlagen, persönliche Lebensumstände, moralische Überzeugungen – wandeln, offenbart denn schon auch die Dialektik, die dem Staatszweck der Ermöglichung der Autorschaft für das eigene Leben innewohnte: Denn die Voraussetzungen für die Potenz, Autor zu sein, wären mitunter erst zu *schaffen*. Das Verhältnis von Staatlichkeit zu Wandel kann unter Hinweis auf diesen also nicht eindeutig beantwortet werden; vielmehr führt er geradewegs in die Aporie, in den Widerspruch.

II. Rechtshistorische Perspektive: Muster

Mit der Aporie ist eine Hypothese gewonnen: Die Haltung des Staates zu Wandel ist nicht frei von Brüchen und Widersprüchen. Diese Ambivalenz schlägt sich nieder in drei Mustern, drei Techniken des staatlichen Um-

11 Es bietet sich eine Parallelisierung mit dem Gedanken der „Gerechtigkeitsreserve" an, der von *Morlok* im Zusammenhang mit der Verfassung entwickelt wurde, s. dazu ders., Art. Verfassung, in: Heun/Honecker/ders./Wieland (Hg.), Evangelisches Staatslexikon, Neuausg. 2006, Sp. 2559 f. Vgl. dazu auch *Schwab*, in: Foblets/Hanschel/Höland (Hg.), Grenzen des Rechts, 2018, 117 (134).

12 *Nida-Rümelin*, Demokratie und Wahrheit, 2006, S. 118 ff. (insb. 128 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gangs mit Wandel. Zu deren Aufweis soll nun ausgehend vom Anblick der Aporien die Perspektive der Rechtsgeschichte eingenommen werden.

Betrachten werde ich dabei Rechtsgeschichten aus der Zeit der Industrialisierung, die alle einen mehr oder weniger engen Nexus zur Eisenbahn, dem Führungssektor der Industrialisierung in Deutschland,[13] aufweisen. Das ist v.a. deswegen plausibel, weil auch für die Digitalisierung in Anspruch genommen wird, sie sei wirtschaftlich „ein zentraler Wachstumstreiber"[14] und erfasse gleichfalls eine Vielzahl von Lebensbereichen. Zudem handelt es sich bei einer Vielzahl digitaler Dienste um Phänomene einer Netzwirtschaft – auch der infrastrukturelle Aspekt der Digitalisierung, also z.B. die Herausbildung natürlicher Monopole, das Ziel größtmöglicher Abdeckung in der Fläche und die Relevanz der Kategorien Zentralisierung/Dezentralisierung, legt also den Bezug nahe.

1. Gewissheitsverluste und das Narrativ der Repressivität

Binnen des „langen neunzehnten Jahrhunderts"[15] – von 1789 bis 1914 – entstand eine neue soziale Schicht, die Verarmung und Entwurzelung ausgesetzt war, überbrückten Telegraphen ungeahnte Distanzen in Windeseile und entfalteten erstmals zahlreiche Menschen eine Reisetätigkeit. Die Verfügbarmachung von Welt[16] schritt rasant voran; noch Zeitgenossen sprachen von einer „industriellen Revolution"[17]. Mit anderen Worten: Viele Gewissheiten wurden völlig auf den Kopf gestellt. Die Menge der „Gewissheitsverluste"[18] war unüberblickbar.

Man könnte meinen, das Recht in Deutschland litt an diesen Gewissheitsverlusten damals allenfalls leise. Der Juristenstand war beherrscht von einem konservativen Corpsgeist; Veränderungen, so die Meistererzählung,

---

13 Mit diesem Befund *Fremdling*, Eisenbahnen und deutsches Wirtschaftswachstum 1840-1879, 1975, S. 83. Freilich ist das auf Schumpeter zurückgehende Führungssektor-Konzept wissenschaftlich nicht unumstritten, s. *Sitglitz/Greenwald* (Fn. 3), S. 40 f.

14 *Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft*, Digitalisierung als Rahmenbedingung für Wachstum – Update. Stand Mai 2015, S. 41.

15 So die von *Hobsbawm* geprägte, mittlerweile Gemeingut gewordene Bezeichnung.

16 S. zu diesem Konzept *Rosa*, Unverfügbarkeit, 2018.

17 Bspw. *Schwars*, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 25 (1869), 535 (539). Von einer „digitalen Revolutionen" wird mittlerweile auch gesprochen, z.B. bei *Reckwitz,* Das Ende der Illusionen, 2019, S. 10.

18 Der Begriff ist *Haverkate*, Gewißheitsverluste im juristischen Denken, 1977, entlehnt.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

seien im *Savigny*'schen Volksgeist nur in homöopathischen Dosen vorgesehen gewesen. Ein aus der Zeit gefallenes Recht als Antiquität inmitten der sich wandelnden Welt.

Das ist freilich nur eine Seite der Medaille. Auch im Juristenstand wuchs die Ungeduld. Man nahm wahr, dass weder das römische Recht mit seinen altertümlichen Kategorien noch Landrecht in Unübersichtlichkeit und Zersplitterung mehr trugen;[19] der technische Fortschritt sei schneller als Gesetzgeber und Rechtswissenschaft.[20]

Doch der Gesetzgeber mühte sich; nicht nur die Eisenbahn schnitt nunmehr durch das Land, auch in die juristische Landschaft hielten zunehmend Gesetze Einzug, die die Rechte von Eisenbahngesellschaften und Passagieren beschnitten oder stärkten: Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch regelte 1861 endlich einheitlich die Haftung für beförderte Sachen. Zehn Jahre später folgte dann mit dem Reichs-Haftpflichtgesetz eine einheitliche Regelung der Haftung von Eisenbahnunternehmen für Personenschäden. Damit war die Gefährdungshaftung, geistiges Kind *Friedrich-Carl v. Savignys*,[21] im Reich angekommen.[22] Als später Krafträder und Kraftwagen aufkommen, griff man hinsichtlich der Haftungsfragen auf das Eisenbahnrecht zurück, mit dem man schon seit einigen Jahrzehnten Erfahrung hatte.[23]

Diese wenigen Beispiele können nur andeuten, was für Zeitgenossen offensichtlich war: Das lange neunzehnte Jahrhundert generierte zahlreiche rechtliche Neuerungen. Doch den hier beispielgebenden neuen Regelungen eignet eine gewisse Repressivität: Das Recht reguliert, besteuert und

---

19 Vgl. *Ritter Ackermann*, in: Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts, 13 (1868), 433 (433 f.); *Pöhls,* Das Recht der Actiengesellschaften, Hamburg 1842, S. 10.

20 *Beschorner*, Das deutsche Eisenbahnrecht, Erlangen 1858, S. IV.

21 S. *Vogeler*, in: Beck-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand September 2019, § 1 HaftPflG Rn. 2 m.w.N.

22 Schon Jahrzehnte zuvor hatte Preußen in seinem Eisenbahngesetz eine auch Sachschäden Unbeteiligter, z.B. durch Funkenflug, umfassende Gefährdungshaftung eingeführt, von dort hatte das Prinzip zunehmende Anhängerschaft gefunden, s. *Eger*, Das Reichs-Haftpflicht-Gesetz, Breslau 1876, S. 2. Zu einer reichsweiten Lösung dieser Haftungsfragen kam es während der Epoche der Dampflok indes nicht. Das geschah erst 1940 mit dem Sachschadenhaftpflichtgesetz, s. *Piontek*, in: Filthaut, HaftPflG, 10. Aufl. 2019, § 1 Rn. 3.

23 Namentlich das Konzept der Gefährdungshaftung wird übernommen. Das Lernen ist beidseitig. 30 Jahre später wird die Haftungsobergrenze für die Gefährdungshaftung durch das Gesetz über die Haftpflicht der Eisenbahnen und Straßenbahnen für Sachschäden vom 29. April 1940 (RGBl. I, 691) aus dem Straßenverkehrs- ins Eisenbahnrecht zurückgespielt.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gestattet jetzt, wo man zuvor einfach „durfte". So lautet die Klage.[24] Das Narrativ: Recht bremst Wandel.

2. *Möglichkeitsräume und das Narrativ der Freiheitsentfaltung*

Dieses beliebte[25] Narrativ ist freilich kontingent – nicht falsch, *nota bene*.

Eine andere Erzählung, schaute man ein paar Jahrzehnte vor das Reichs-Haftpflichtgesetz, begänne so: Das Preußische Gesetz über die Eisenbahn-Unternehmungen von 1838[26] ermöglichte es Eisenbahnunternehmen, zum Bau ihrer Strecken Private zu enteignen. 1843 setzte das Preußische Gesetz über Aktiengesellschaften[27] einen einheitlichen rechtlichen Rahmen für die Gesellschaftsform, wo zuvor Unsicherheit geherrscht hatte. Durch die positiven Erfahrungen im Eisenbahnwesen mit ihrer nunmehr festgefügten Form[28] wurden nun immer mehr Unternehmen mit großem Kapitalbedarf gegründet.[29] Als sich die Notwendigkeit zeigte,[30] eine Gesellschaftsform zu schaffen, die wie die AG nur eine begrenzte Haftung kennt, sich aber leichter und mit weniger Kapital gründen lässt und in der

---

24 So beurteilten die Eisenbahngesellschaften das preußische Eisenbahngesetz als voll der „Ungunst" und schalten es für die „durchweg hemmenden und drückenden Bestimmungen", s. *o.V.*, in: Eisenbahn-Zeitung, 6 (1848), 147. S. auch *Kießling*, in: Bayer/Habersack (Hg.), Aktienrecht im Wandel, Bd. 1, 2017, Kap. 5 Rn. 54.

25 So auch *Hoffmann-Riem* (Fn. 5), 258.

26 PrGS, 505.

27 PrGS, 341. Das Gesetz über Eisenbahn-Unternehmungen hatte zuvor ein sektorales Spezial-Aktienrecht geschaffen.

28 Die Anfänge der Aktiengesellschaft reichen zwar weiter zurück. Die frühneuzeitliche Aktiengesellschaft glich aber eher einem Privilegienbündel, das einem Gesellschaftsvertrag staatlicherseits beigegeben wurde. Vgl. dazu ausführlich *Cordes/Jahntz*, in: Bayer/Habersack (Fn. 24), Kap. 1.

29 Neben der Eisenbahn insbesondere andere klassische Industriezweige wie Berg- und Kanalbau, Fabriken, Dampfschifffahrt und als „Begleiterscheinungen" Banken und Versicherungen, vgl. *Pöhls* (Fn. 19), S. 8. Der eigentliche Durchbruch der Gesellschaftsform in Preußen geschieht dann 1870 durch die Aufhebung der Konzessionspflicht, s. *Pohl*, in: VSWG-Beihefte 178.1 (2005), 536 (561 f.).

30 Denn Workarounds wie die bergrechtliche Gewerkschaft oder die Kolonialgesellschaft befriedigten längerfristig nicht. Vgl. insb. *Jung*, Über die Unterschiede der Gesellschaft mit beschränkter Haftung von der Aktien-Gesellschaft in Errichtung, Vertretung und Geschäftsführung, Diss. Marburg, Frankfurt 1897, S. 4 ff. Zur Kolonialgesellschaft s. insb. *Pfau*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung verglichen mit der Aktiengesellschaft, Diss. Erlangen, Berlin 1897, S. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Eigner stärker und beständiger aneinander gebunden sind, reagierte der Gesetzgeber und etablierte die neuartige Gesellschaftsform der GmbH.

Statt Repressionen schuf das staatliche Recht nun überhaupt erst die Möglichkeit zur (materiellen) Freiheitsentfaltung: Staatliche Befugnisse wurden an Private teilweise übertragen, die Rechtsverhältnisse überkommener „juristischer Personen“[31] allmählich geordnet und geklärt, neue Formen juristischer Personen wurden geschaffen, um größere Partizipation am Wirtschaftsleben zu ermöglichen. Recht gewährte Sicherheit und gebar neue und bessere Formen der Zusammenarbeit: Mithilfe des Rechts entstanden „Möglichkeitsräume“[32].

Die Narrative von Recht als Mittel der Repression und als Mittel zur Eröffnung von Möglichkeitsräumen scheinen einander diametral entgegenzustehen. Fassen wir den Befund jedoch anders, indem wir ihn mit der staatstheoretischen Folie abgleichen, kann man sagen: Die Aporie zwischen der Sicherung von Planbarkeit und Beständigkeit (durch Hemmung von Wandel) einerseits und der Schaffung der Voraussetzungen für Wandel andererseits setzt sich auf dieser rechtshistorischen Ebene fort.

3. *Institutionalisierung und das Narrativ des deutschen Idealismus*

Es ergibt sich aber noch ein drittes, distinktes Muster: Denn nicht immer war es mit Schöpfungen getan, die rechtliche Rahmen setzten, den Private dann unter den behördlichen Argusaugen ausfüllen durften, um mit Wandel umzugehen. Auch eigene, neue Einrichtungen des Staates konnten erfordert sein. Neben Repression und Rechtezuschreibung war eine Form des Umgangs mit Wandel durch Staatlichkeit auch dessen Institutionalisierung.

Die Entwicklung der Technischen Hochschulen in Deutschland kann diese Erzählung stützen.[33] Die Technischen Hochschulen entwickelten sich hierzulande aus im 18. Jahrhundert eingerichteten, gewöhnlichen Schulen, die das Privatgelehrtentum im technischen Sektor bereits abzulö-

31 Zu den rechtsästhetischen Implikationen dieser erst im 19. Jahrhundert aufkommenden Metapher s. *Damler*, Rechtsästhetik, 2016, S. 63 ff.

32 So die Formulierung bei *Hoffmann-Riem* (Fn. 3), S. 34.

33 Zur Parallelentwicklung außeruniversitärer, technischer Forschungseinrichtungen s. *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 27 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sen begannen.[34] Prägend[35] in der Aufstiegsgeschichte von Schulen zu Hochschulen, in deren Verlauf die Technischen Hochschulen immer mehr Freiheiten[36] einforderten und sich damit an die Universitäten anlehnen wollten, war eine Argumentation in der in robusten Fortschrittsglauben gekleideten[37] Traditionslinie des deutschen Idealismus[38]: Dass die Freiheit der Wissenschaft letztlich dem Wohle aller diene und diese Freiheit sich in institutioneller Bindung verwirklichen lasse.

4. Drei Muster und das Gemeinwohl

Drei Muster, drei Techniken des staatlichen Umgangs mit Wandel können wir in den Narrativen und Beobachtungen erkennen: Recht ermöglicht, befördert und behindert Wandel durch Regulierung, Schaffung von Rechtsstellungen und „Institutionalisierung von Fortschrittserwartung" – und beruft sich in allem auf das Gemeinwohl. Der schillernde Begriff des Gemeinwohls,[39] der für das Öffentliche Recht bis heute identitätsbestimmend ist und für den Alternativen nicht in Sicht sind,[40] ist mitnichten Erfindung des 19. Jahrhunderts. Durchaus aber kann man behaupten, dass das lange 19. Jahrhundert den Begriff des Gemeinwohls in gewisser Weise

---

34 S. *E. Zöller*, Die Universitäten und Technischen Hochschulen, Berlin 1891, S. 44 ff.

35 Daneben bedeutend waren geopolitische Gesichtspunkte der Emanzipation von britischen Fachkräften z.B. im Eisenbahnbau und auch ein gestiegenes Standesbewusstsein der an den „Schulen" ausgebildeten Ingenieure.

36 Wobei „frei" hier nicht in einem anspruchsvollen Sinne zu verstehen ist. Vielmehr ist die universitäre Verfasstheit als Korporation stets und schon immer „prekär" gewesen, so *P. M. Huber*, Staat und Wissenschaft, 2008, S. 18. S. auch *Schulte*, VVdStRL 65 (2006), 110 (125 f.). Für Beispiele dieser Prekarität im Untersuchungszeitraum s. *Schreiner*, Disziplinierte Wissenschaftsfreiheit, 1981, S. 120 ff.

37 Vgl. den Duktus bei *Zöller* (Fn. 34), S. 108 ff. und passim.

38 Dazu *Smend*, VVdStRL 4 (1928), 44 (62); *Ruffert*, VVdStRL 65 (2006), 143 (169 ff.); *Mager*, in: Isensee/Kirchhoff (Hg.), HStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 166 Rn. 3; ebenso bereits *Köttgen*, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hg.), Die Grundrechte, Bd. II, 1954, 291 (293). Kritisch zur Erweislichkeit der originalen Intention *Fehling*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 110. Lfg. März 2004, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit), Rn. 7; ihm sich anschließend *Schulte* (Fn. 36), 115.

39 Zu verschiedenen Gemeinwohl-Dimensionen bei der Konzessionierung von Aktiengesellschaften in Preußen s. *Kießling* (Fn. 24), Kap. 5 Rn. 38.

40 *Depenheuer*, in: Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S. 73 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

diskursiviert:[41] Bei Gesetzgebungsprojekten wird die Öffentlichkeit beteiligt, Lobbyverbände werden befragt,[42] deren Vertretung im Eisenbahnrecht staatlich gar institutionalisiert.[43] Grundstürzender technischer Wandel trifft auf einen Bürgerstolz, der in den letzten Jahrhunderten allmählich gewachsen war. Das Bürgertum ist ein politischer Akteur, der auf Mitbestimmung beharrt und sich nicht ignorieren lässt. Auf unterstaatlicher Ebene bilden sich private Kooperationsformen heraus, die mit erheblicher Macht Standardisierungen und Regelsetzungen vornehmen, wo der Gesetzgeber zunächst untätig geblieben war. So reagiert 1893 der Gesetzgeber auf ein Problem, das im Eisenbahnsektor mithilfe der Etablierung einer sog. „Eisenbahnzeit"[44] durch den privaten Verein Deutscher Eisenbahnverwaltungen schon gelöst worden war: Im gesamten Deutschen Reich galt fortan per Gesetz[45] dieselbe Uhrzeit – im Anschluss an die internationale Einigung über die Maßgeblichkeit des Meridians in Greenwich. Nationale Lösungen werden zu Lösungen im Kontext.

Anders formuliert: Der Gesetzgeber bekommt im 19. Jahrhundert Konkurrenz; er wird nicht allein gelassen mit seiner Rechtsetzungsaktivität. Recht wird angeregt, ausgehandelt, rezensiert, kritisiert.[46]

B. Zweiter Teil: Demokratie

Was hat das mit *demokratischem* Staat und Wandel zu tun? Keines dieser Beispiele entwickelte sich unter demokratischen Vorzeichen. Die frühe Eisenbahngesetzgebung entfaltete sich im paternalistischen Preußen, Anderes im Bismarck'schen Reich. Und dennoch: Die aufgewiesenen Muster des damaligen Umgangs mit der grundstürzenden Änderung von Lebens-

41 Die diskursive Ebene eines adäquaten Gemeinwohlverständnisses betont auch *Hoffmann-Riem* (Fn. 5), 266 Fn. 33.

42 Zu den Konsultationen im Rahmen des GmbHG s. *Pfau* (Fn. 30), S. 15. Für den Reichseisenbahngesetzentwurf von 1874 s. *Albrecht*, Bismarcks Eisenbahngesetzgebung, 1994, S. 31.

43 Nämlich in Form der Eisenbahnbeiräte, die in Art. 93 Abs. 1 WRV sogar verfassungsrechtlich verankert wurden. Zeitgenössisch und sehr ausführlich *v. Röll*, Art. Beiräte, in: ders. (Hg.), Enzyklopädie des Eisenbahnwesens, Bd. II, 1912, S. 108.

44 Zeitgenössisch und sehr ausführlich *Breusing*, Art. Eisenbahnzeit, in: v. Röll (Fn. 43), Bd. IV, 1913, S. 149. Zur parallelen Erscheinung in den USA und der dortigen Problematisierung als demokratisch-legitimatorisches Problem bündig *Rees,* Industrialization and the transformation of American life, 2013, S. 87.

45 RGBl., 93.

46 S. *Lahusen,* Rechtspositivismus und juristische Methode, 2011, S. 85 ff., 106 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

welt durch die Industrialisierung kommen uns bekannt vor. Das Spannungsverhältnis zwischen Staat und Wandel ist älter als wir. Von Debatten über die Wirksamkeit von freiwilligen Selbstverpflichtungen und regulierter Selbstregulierung der Privatwirtschaft[47] über Forderungen nach Regulierung (auch von den Unternehmen selbst[48]) oder Zerschlagung[49] oder Verstaatlichung[50] von digitalen Schlüsselunternehmen, Aufbau staatlicher oder staatlich geförderter Äquivalente zu diesen Schlüsselunternehmen,[51] Fragen nach Haftung künstlicher Intelligenz[52] – *mutatis mutandis* erleben wir Ähnliches wie unsere Ahnen; unsere Debatten, Probleme und auch unsere Klagen ähneln einander. Nun soll hier keine plumpe Parallelisierung stattfinden. Vielmehr geht es mir darum, die historischen Muster neu auszuleuchten und dadurch demokratisch zu konturieren.

Diese demokratischen Konturen werden im Lichte zweier weiterer Perspektiven sichtbar: Zunächst nehme ich eine ideengeschichtliche Position ein, die die Entwicklung eines im Hinblick auf das Wirtschaftsleben anspruchsvollen Demokratieverständnisses vor Augen führt. Dann wird eine demokratietheoretische Perspektive aufweisen, wie wir, anstatt den Befund aus Geschichte und Gegenwart verleugnen zu müssen, zum Spannungsverhältnis von Staatlichkeit und Wandel einen produktiven Zugang entwickeln können. Im Licht demokratietheoretischer Überlegungen nämlich müssen Spannungen nicht mehr als Defizienz oder Makel erscheinen. Vielmehr zeigen sie sich dann als Umrisse eines demokratischen Projekts.

---

47 Die Wirksamkeit freiwilliger Selbstverpflichtungen und regulierter Selbstregulierung stand im Mittelpunkt der Debatten um das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG): Während Selbstverpflichtungen zur Löschung von Hate-Crime-Kommentaren als wirkungslos angesehen wurden (BT-Drs. 18/12356, S. 13), ergab sich im Gesetzgebungsprozess auf Drängen u.a. des Bundesrates gegen die Auffassung der Bundesregierung die Möglichkeit zur regulierten Selbstregulierung (BT-Drs. 18/12727, S. 16, 26 f.; nun § 3 Abs. 6 NetzDG).

48 So vor Kurzem der Facebook-Kommunikationschef Clegg, s. *Hanfeld*, F.A.Z. v. 26. Juni 2019, S. 13.

49 So unlängst der Facebook-Mitgründer *Hughes*, The New York Times v. 9. Mai 2019, https://nyti.ms/2VTIy5l, zuletzt abgerufen am 9. Februar. 2020.

50 So *Srnicek*, The Guardian v. 30. August 2017, https://bit.ly/2Ud0E0T, zuletzt abgerufen am 9. Februar. 2020, unter Verweis auf die Verstaatlichung der Eisenbahnen und anderer Fundamentalökonomien.

51 Zu nennen wäre das Projekt Peter Altmaiers, eine „europäische Cloud" unter dem Namen „Gaia-X" zu etablieren, s. dazu *Wieduwilt/Löhr*, in: F.A.Z. v. 23. August 2019, S. 17.

52 Für eine Gefährdungshaftung beim Einsatz künstlicher Intelligenz im Straßenverkehr *Spindler*, CR 2015, 766; dagegen *Denga*, CR 2018, 69.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Ideengeschichtliche Perspektive: Praxis einer Idee

Eine demokratische Kontur der drei aufgewiesenen Muster zu erfassen, erfordert den Gang durch die Ideengeschichte. Denn auf diesem Weg, der wieder durch das 19. Jahrhundert führt, erweitert die Demokratie ihren Gestaltungsanspruch auf die Wirtschaft und ihre Strukturen.

Historisch war das freilich nicht ausgemacht: Wandel, normativ „Fortschritt", in der Sphäre des Gesellschaftlichen, der Privaten zu verorten, ist eine Denkweise des klassischen Liberalismus. Freiraum für Neues entstehe dort, wo Freiheit ihren Anfang nehme: In kontraktualistischen Theorien mit einer recht positiven Anthropologie ist dies das Individuum. Eine Anthropologie positiver Grundgestimmtheit misst dem Einzelnen die Fähigkeit zu ethischen Gefühlen zu[53] und vertraut – stark vereinfacht – auf die *Smith*'sche unsichtbare Hand des Gemeinwohls durch Individualismus. Der Staat kommt hier durchaus vor; er sichert die Rahmenbedingungen in einer Weise, das freie Spiel der Kräfte zu schützen. Das Wirtschaftsmodell *Adam Smiths* ist keine Marktwirtschaft gänzlich ohne staatliche Interferenz. Aber der Staat hat keinen eigenen wirtschaftlichen Gestaltungsanspruch; er ermöglicht die Tätigkeit Privater.

In Deutschland kann die Vollbringung des Wandels durch Private für das 19. Jahrhundert zudem auch vor einem dezidiert herrschaftsstabilisierenden Hintergrund gelesen werden: Wirtschaftliche Betätigung des Staates kostete zunächst einmal Geld. Das Budgetrecht[54] lag aber bei einer Versammlung, nicht beim Regenten. Wollte man die Macht der Versammlung geringhalten, dann umging man folgerichtig haushaltswirksame Maßnahmen: Aktiengesellschaften seien als Vehikel technischen Fortschritts v.a. dann plausibel, wenn wegen des Ausgabenbewilligungsrechts ein Streit mit der Vertretung drohe, so Zeitgenossen.[55]

Im Laufe des 19. Jahrhunderts aber ökonomisierte und sozialisierte sich der Demokratiebegriff: Noch vor *Marx* wurde Demokratie in diesem Sinne

---

53 Paradigmatisch *Smith*, Theory of Moral Sentiments, 1759.

54 In Preußen lag das Recht zur Kreditaufnahme in großem Umfang nach dem Staatsverschuldungsgesetz von 1820 bei den „Reichsständen" – die Frage, welche Versammlung solche Reichsstände darstellte, war eine der zentralen verfassungsrechtlichen Fragen am Vorabend der Revolution.

55 Vgl. *Pöhls* (Fn. 19), S. 80. Mit Blick auf die Verwicklungen um den Bau der preußischen Ostbahn 1847 ist das sehr plausibel. Dazu *Clark*, Preußen, 8. Aufl. 2008, S. 525 ff. Ähnlich wird später Bismarck – autoritärer Befürworter des Staatsbahnsystems – während der Zeit des Verfassungskonflikts zwischen Regierung und Parlament von 1861 bis 1866 eine Phase der Privateisenbahnpolitik betreiben, dazu *Kech*, Geschichte der deutschen Eisenbahnpolitik, 1911, S. 58.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

als Kontrapunkt zu einem republikanischen, in eine Meritokratie mündenden Liberalismus gelesen.[56] Die Demokratie war nichts mehr, das sich auf eine rein institutionell-politische Sphäre beschränken ließ, sondern Demokratie wird zur Chiffre für egalitäre Lebensverhältnisse auch im wirtschaftlichen Raum.[57] Staatliche Wirtschaftspolitik wird in diesem Gedankengang vom Projekt eines Hobbesianisch-autoritär schützenden Staates oder eines „freundlich-paternalistischen Preußens" zum demokratischen Desiderat, als Aneignung des Staates durch das Volk.

Im Spiegel dieser kurzen Ideengeschichte der Demokratie könnte auch die Geschichte der Eisenbahn im Deutschland des 19. Jahrhunderts gelesen werden: Während die Zeit der Privatbahnen klassische, bürgerlich-liberale Vorstellungen der vorrevolutionären Zeit reflektiert, wirbt in der Deutschen Revolution 1848/1849 der progressive preußische Finanzminister *David Hansemann*[58] für eine Staatsbahn.[59] Unter parlamentarischen Vorzeichen sei dort, im Plenum – und nicht im freien Kräftespiel der Wirtschaft –, der Platz, die *volonté générale* zu bestimmen.[60] Wirtschaftspolitik wird unter der Bedingung des Parlamentarismus umgedacht zu einer Gemeinwohlbestimmung durch die Gemeinschaft selbst. Bekanntlich konnte sich dieser Gedanke nicht durchsetzen; die Verfassung von 1849 entbehrt eines Bekenntnisses zur Staatsbahn.[61]

---

56 Vgl. zu demokratischen und republikanischen Settings in der Gründungszeit der Vereinigten Staaten *Wiegand*, in: Stekeler-Weithofer/Zabel (Hg.), Philosophie der Republik, 2018, S. 11 (19 ff.). Überblicksartig zur Entwicklung der amerikanischen Grundgestimmtheit von der Republik zur Demokratie auch *Lepore*, Diese Wahrheiten, 2019, S. 201 ff. Zur Entwicklung in Deutschland und Europa s. *Conze*, Art. Demokratie VI, in: Brunner/ders./Koselleck (Hg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. I, Studienausgabe 2004, S. 873 ff.

57 *Wiegand* (Fn. 56), 25 ff., 31 ff.

58 Zu Hansemanns Rolle bei dem Bedeutungswandel von Demokratie in Deutschland hin zu einem sozialen Gestaltungsanspruch s. *Conze* (Fn. 56), S. 876.

59 Dazu *Gall*, in: ders./Pohl (Hg.), Die Eisenbahn in Deutschland, 1999, S. 24 ff.; *Kech* (Fn. 55), S. 45, 53 ff. Zu Hansemanns früheren Forderungen in diese Richtung s. *Fehling*, AöR 121 (1996), 59 (79). Dagegen sieht *Brophy*, Capitalism, Politics, and Railroads in Prussia, 1830-1870, 1998, S. 50 f. bei Hansemann weniger demokratische Erwägungen als vielmehr ökonomische Opportunismen am Werke.

60 Mentale Vorläufer sieht *E.R. Huber* schon 1842 bei den Vereinigten Ausschüssen in Preußen, vgl. ders., Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. II, 1968, S. 489.

61 Bismarck verstaatlichte die maßgeblichen preußischen Bahnen dann aus gänzlich anderen Motiven. Ihm gelang aber nicht die Zentralisierung der staatlichen Bahnen aller Länder beim Reich. Das von Bismarck geschaffene Reichs-Eisenbahnamt blieb während des Kaiserreiches schwach, so *Albrecht* (Fn. 42), S. 17 f.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Reichsbahn – und damit ein einheitlicher politischer Resonanzraum beim Reich – entsteht dann durch die Weimarer Reichsverfassung. Die Zentralisierung der Eisenbahn wird in den Verfassungsberatungen von der Weimarer Koalition sowohl als symbolpolitische Notwendigkeit für die Einheit des Reiches wie auch aus wirtschaftspolitisch-planenden Erwägungen und Steuerungsambitionen heraus als sinnvoll dargestellt.[62] Nach einer ideengeschichtlichen Aufstiegsgeschichte löst die Schaffung der Reichsbahn somit für Deutschland konstitutionell den wirtschaftlichen Gestaltungsanspruch der Demokratie ein.[63] Eine Idee wird praktisch. Die Brücke von der Wirtschaft zur Demokratie ist geschlagen.

II. Demokratietheoretische Perspektive: Eine aporetische Lebensform

Nehmen wir zuletzt den Standpunkt der Demokratietheorie ein. Die Demokratie beruht auf zwei gleichursprünglichen und inkommensurablen Axiomen: Freiheit und Gleichheit.[64] Und diese Freiheit und Gleichheit haben jeweils zwei abermals inkommensurable und gleichursprüngliche Ausformungen: Eine individuelle und eine kollektive Ebene. Eine Demokratie kann nicht sinnvoll gedacht werden, wenn Demokratie, ja, *δῆμος*, als Ansammlung lauter Individuen verstanden wird,[65] um sich von Kollektivismus abzugrenzen. Demokratie ist, weil auch das kontraktualistische Gründungsmoment ja nur ein imaginierter Zeitpunkt ist, immer je schon Beides: Die Herrschaftsform eines Kollektivs vieler Individuen.

Nimmt man diese inkommensurable Axiomatik ernst, dann zeigt sich Demokratie als eine aporetische Lebensform. Die Aporie (*ἀπορία*, Ratlosigkeit) hat – anders als der kantianisch geprägte Begriff der Antinomie[66] – nicht *Beweisbarkeit* als ihren Fixpunkt, sondern *Begründbarkeit*. Die Krux an der Aporie ist, dass einander zwei gleich gut begründbare Aussagen gegenüberstehen. Für die antiken Skeptiker war gerade das der Endpunkt

62 Verhandlungen des Reichstags, Bd. 326 (1919/20), S. 375 B (Abg. *Fischer* [Berlin]), 462 A – C (Abg. *Vogel*), 479 C (Abg. *Schücking*). S. auch die Protokolle des Verfassungsausschusses, z.B. 29. Sitzung (29. April 1919), S. 5 (Minister *Oeser*) und S. 15 (Abg. *Weiß*).

63 Vgl. *P. M. Huber*, in: Schoch (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2013, 309 (315).

64 S. *Habermas*, Faktizität und Geltung, 4. Aufl. 1994, S. 109 ff.

65 So extrem *Haverkate*, Verfassungslehre, 1992, S. 37 f., 330 ff. Das passt sich ein in die Beobachtung einer „Gesellschaft der Singularitäten" (gleichnamig das Buch von *Reckwitz*, 2017).

66 S. *Hidalgo*, Die Antinomien der Demokratie, 2014, S. 29 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ihrer Philosophie: Der unentscheidbare Zweifel, die Einsicht in die Aussichtslosigkeit der Suche nach Eindeutigkeit, die Widersprüchlichkeit bei gleichzeitiger Zusammengehörigkeit.[67]

Die demokratische Aporie, dass individueller und kollektiver Freiheitsgebrauch einander widerstreiten, einander begrenzen und einander vermittelt werden müssen,[68] mag zunächst banal scheinen. Es wird sich aber zeigen, dass sie einen produktiven Zugang zu den zuvor historisch aufgewiesenen Mustern staatlichen Umgangs mit Wandel eröffnet. Der Blick in die Rechtgeschichte trägt dem Umstand Rechnung, dass sich Recht als „Herrschaft der Toten über die Lebenden"[69] darstellt. Durch Auseinandersetzung und kritische Aneignung kann eine politische Gemeinschaft den „Kampf um die Herrschaft" neuerlich aufnehmen, hier, indem sie die überkommenen Muster aus nichtdemokratischer Zeit demokratietheoretisch ausdeutet und rekonstruiert, oder, um im Bild zu bleiben, ausleuchtet und rekonturiert.

Die Herrschaft Toter über Lebende *par excellence* ist Recht, aus dem sich der Umgang mit Wandel ablesen lässt: Regulierungsrecht[70] in einem weit verstandenen Sinne. Denn in ihm lassen sich historische Erfahrungen aus vermeintlichen oder tatsächlichen Missständen, gegenwärtige Bedürfnisse und in die Zukunft projizierte Skeptizismen besonders gut ablesen. Der Charakter von Recht als „Erfahrungsspeicher"[71] tritt recht unmittelbar zutage. Unter den Bedingungen der Vermachtung nicht-staatlicher Sphären artikuliert sich in ihm ein Kollektivinteresse. Dieses Kollektivinteresse ist darauf gerichtet, die Regelungshoheit über Wandlungsprozesse zu behalten (oder überhaupt erst zu erlangen), wo Individualinteressen voranpreschen und konkurrierende Ansprüche geltend machen. Es wird seinerseits aber informiert durch ihm eingeschriebene Individualinteressen, soweit

---

67 Zum Begriff der Aporie vgl. Art. Aporie, in: Brockhaus Philosophie, 2004, S. 25; *Kirchner/Michaëlis*, Art. Aporetiker, in: Wörterbuch der philosophischen Grundbegriffe, 4. Aufl.1903, S. 44. Zur Antinomie Art. Antinomie, in: Brockhaus Philosophie, S. 24; *Kirchner/Michaëlis*, Art. Antinomie, ebd., S. 39 f.

68 Anders aber *Grzeszick*, VVdStRL 71 (2012), 49 (50, 63), der die individuellen Dimensionen einseitig und exklusiv im Rechtsstaat zu verorten scheint.

69 Bereits *Ehrlich,* Die juristische Logik, 2. Aufl. 1925, S. 160, zitiert diese Aussage von Herbert Spencer. Das amerikanische Verfassungsrecht kennt das sog. „dead hand argument" als klassischen Streitstand bei der Verfassungsinterpretation.

70 Dem Begriff eignen keine klaren Konturen, das macht wohl in der Regulierungs- und Governance-Debatte einen Teil seiner Attraktivität aus, s. *v. Danwitz,* DÖV 2004, 977 (984). Meinen Begriff entwickle ich weiter unten.

71 *Möllers*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, 131 (132).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Voranpreschende (idealiter) selbst ebenfalls zum Kollektiv rechnet. Diese Annahmen leisten zweierlei: Auf einer normativen Ebene verlangen sie nach einer Politisierung von Verständigungsprozessen über staatlichen Umgang mit Wandel; nur dann kann Regulierung zu einem demokratischen statt zu einem paternalistischen Projekt werden. Auf einer analytischen Ebene können mittels dieser Demokratietheorie dogmatische Erscheinungen als Mittel des steten Ausgleichs der Aporien gekennzeichnet werden.

1. *Normativer Ertrag: Begleitung durch Politisierung*

Regulierungsrecht, hier also der rechtliche Umgang mit Wandel, kann durch Politisierung zum demokratischen Projekt werden. Es bietet die Möglichkeit, ideengeschichtlich an ein anspruchsvolles Demokratieverständnis anzuknüpfen und die Traditionslinie diskursivierter Gemeinwohlbestimmung fortzuführen. Das erfordert nicht Verstaatlichungsrufe wie jene *Hansemanns*, aber ein Steuerungsbemühen der Politik. Wo die Steuerungsmöglichkeiten lebensweltlicher Abläufe als Misserfolgs- und Verlustgeschichte erzählt werden,[72] könnte es an Demokratietheorie mangeln.

Institutionell ist die Steuerung primär durch das parlamentarische Regierungssystem zu erbringen. Sie muss in einer parlamentarisch wirkungsvoll vorgezeichneten oder in einer dem Parlament gegenüber verantwortlichen Gestalt vonstattengehen. Die wirkungsvolle Vorzeichnung durch parlamentarisches Handeln wird indes durch den heutigen Normierungsstil des Gesetzgebers, der von starren Konditionalprogrammen immer mehr zugunsten von Finalprogrammen Abstand nimmt,[73] häufig als mangelhaft wahrgenommen. Die Verwaltung erhält einen großen ausfüllungsbedürftigen Spielraum; Gerichte tun sich mit der Überprüfung komplexer Sachverhalte schwer.[74] Dadurch ergeben sich Schwünde an beiden Fronten: Einerseits der Front der Normierungsklarheit und -tiefe, was die Rechtssicherheit beeinträchtigt und das Legitimationsniveau des Verwaltungshandelns

72 Zur Steuerungsdebatte *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. (Hg.), GVwR, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 18 ff. Kritisch im Hinblick auf die Steuerungsfähigkeit technischer Risiken bspw. *J. Ipsen,* VVdStRL 48 (1990), 177 (178, 202 f.).

73 S. *Hoffmann-Riem* (Fn. 3), S. 84 ff. Kritisch zur Unterscheidung von Final- und Konditionalprogrammen *Wischmeyer* (Fn. 7), S. 288 ff.

74 Zu diesem Problem *Gärditz*, NVwZ 2009, 1005.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

senkt, dessen Eingriffsintensität aber erhöht, andererseits an der Front der Überprüfbarkeit durch die (Verwaltungs-)Gerichtsbarkeit. Dadurch büßt der Gesetzgeber an antizipierendem Steuerungsvermögen ein, die Gerichtsbarkeit an retrospektiver Kontrollfähigkeit.

Parlament und Staatsbürger[75] müssen regulatorischen Themen einen hohen diskursiven Stellenwert einräumen. Regulierungsrechtliche Fragen weisen in ihren Details oftmals einen hohen Grad an Technizität auf und versuchen, anforderungsstarke volkswirtschaftliche Konzepte fruchtbar zu machen. Doch muss Regulierungsrecht nicht als argumentative Blaupause für Expertokratie und Entpolitisierung[76] dienen. Eine aporetische Lebensform wie die der Demokratie, in der Wahrheit immer nur Wahrheit, „die sich für uns erweist"[77], ist, wird sich selbst eine gewisse Fehlertoleranz und damit korrespondierenden Mut zur Korrektur zugestehen. Ausdruck dessen ist das „Oszillieren"[78] rechtlicher Gestaltungen im Spielraum, der durch die Aporien eröffnet und demarkiert wird. Schließlich liegt die Aufgabe von Politik in der Artikulation von Präferenzen. Präferenzen sind kontingent und in gewisser Weise auch – völlig legitim – irrational bzw. in rechtlichen oder ökonomischen Rationalitäten nicht fassbar.[79]

Anders als *Schelsky* unter den Auspizien des technischen Fortschritts geltend machte,[80] wird darum Politik nicht überflüssig. Im Gegenteil: Artikuliert sich das Kollektivinteresse umfänglich auch mithilfe der Erfahrungen, Bedürfnisse und Besorgnisse einer Vielzahl von Bürgern, werden Weiterungen sichtbar und politische Betätigungsfelder erschlossen: Regulierungsrecht, eben darum umfassend verstanden[81] als „Wandelbegleitrecht", beschäftigt sich nicht nur mit der regulierten Wirtschaft, sondern auch beispielsweise mit der Flankierung durch sozialstaatliche Maßnahmen, wo im

---

75 Dessen Beziehung zur Politik denke ich mit *Sternberger*, Der Staat des Aristoteles und der moderne Verfassungsstaat, 1985.

76 Zu diesem Problem im Regulierungsrecht *Gärditz*, (Fn. 74), 1010 f.; in der derzeitigen Demokratie *Thiele*, Verlustdemokratie, 2016, S. 126 ff.; im Neoliberalismus *Müller*, Furcht und Freiheit, 2019, S. 39 f., 61 f.; *Reckwitz* (Fn. 17), S. 275 f.

77 Vgl. *Habermas* (Fn. 64), S. 29. Weniger konsensual fokussiert zu Wahrheitsansprüchen in der Politik s. *Nida-Rümelin* (Fn. 12), S. 11 ff. (insb. 37 ff. zum „epistemischen Optimismus") und *Dworkin*, Gerechtigkeit für Igel, 2012, passim.

78 Den Begriff übernehme ich von *Hidalgo* (Fn. 66), S. 33.

79 Zumindest gibt es nicht *die* Rationalität. Rationalität ist vielmehr ein bereichsspezifischer Begriff, vgl. *Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, 2017, S. 37 ff., 205 ff., insb. 217 ff.

80 Zu Schelsky s. *von Westphalen*, in: ders. (Hg.), Parlamentslehre, 1993, S. 407 ff.

81 Einen solchen, weiten Ansatz vertritt auch *Eifert*, in: GVwR (Fn. 72), § 19 Rn. 5, der auch die Zentralstellung des Staates teilt.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Hinblick auf Wandlungsprozesse, deren Verläufe und Folgen nicht völlig absehbar sind, Risiken kollektiviert werden sollen.[82] Auch die moralisch-politische Bewertung von technischen Möglichkeiten und die Gewährung und Schaffung von Freiheitsrechten gegenüber oder in Institutionen kann ebenso Gegenstand sein wie die Etablierung von Freiheitsschranken oder Eingriffsrechten. Reden *über* Demokratie und Politik mag deskriptiv möglich sein, Reden *in* Demokratie und Politik ist notwendig normativ. Wandel ist kein Selbstzweck – ob, wo, wie und wie viel Wandel es geben soll, ist politisch zu beantworten als Wertentscheidung im besten Sinne, weil er umfassend ein Gemeinwesen trifft und es beeinflussen kann.[83] Allein durch politische Auseinandersetzung kann entschieden werden, welche Maßnahmen ergriffen werden sollen, Freiheitsräume zu gewähren oder Herrschaft (zurück) zu erlangen: Ob Aufsicht, Konzessionierung, Regulierung (im klassischen Sinn[84]), Beleihung, Zentralisierung oder gar Verstaatlichung einerseits, Privatisierung, Subvention oder Zuschreibung von Abwehrrechten gegen den Staat andererseits. Die diskursive *gesellschaftliche* Behandlung von Wandel widerspricht dabei nicht der Zentralstellung des *Staates* in der institutionellen Steuerung: Denn jener ist der primäre Resonanzraum gesellschaftlicher Auseinandersetzungen über verbindliche Regeln des Zusammenlebens.

Mit dem Ideal der diskursiven Einhegung, der Politisierung von Wandlungsprozessen ist klar, dass die Reaktion auf die zunehmende Etablierung von Finalprogrammen nicht ein größerer Überprüfungsumfang der Gerichte sein kann: Die Judikative hat den Anspruch, unabhängig von politischen Diskussionen zu arbeiten. Dies erschwert ihr den konzertiert-koordinierten Verfolg von echten „Rechtsprechungslinien"; sie lässt sich wegen ihrer Dezentralität und ihrer begrenzten und sehr spezifischen Äußerungsformen zudem nur schlecht diskursiv einhegen. Korrekturmechanismen gibt es wenige: Urteile werden rechtskräftig und bleiben es in aller Regel auch.

---

82 Denn Innovationen sind nicht per se gemeinnützig, geschweige denn jedem einzelnen Individuum nützlich. Sie verlangen auch volkswirtschaftlich nach einer sozialstaatlichen Flankierung, dazu *Stiglitz/Greenwald* (Fn. 3), S. 212 ff.

83 Auch die Frage, was als (grundstürzender) Wandel überhaupt wahrgenommen wird, bedarf der gesellschaftlichen Verhandlung, vgl. *Bora*, in: Hoffmann-Riem/Eifert (Hg.), Innovationsfördernde Regulierung, 2009, 23 (32 f.).

84 Zum „Allgemeinen Teil" des Regulierungsrechts rechnet *Kersten* Missbrauchsverbot, Entflechtung, Informationstransparenz, Zusammenschaltung, Netzzugang, Entgeltregulierung und Universaldienste, s. ders., VVdStRL 69 (2010), 288 (321).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Geht es um Politisierung von Entscheidungen und deren diskursive Begleitung, ist darum die Verwaltung im Vorteil: Sie ist durch ihren hierarchischen Aufbau leichter – auch politisch – steuerbar.[85] Hierarchie führt diskursiv zu leichterer Verantwortlichmachung. Die Äußerungsformen von Behörden können zudem allgemeiner sein als der herkömmliche Verwaltungsakt.[86] Und selbst diese lassen sich besser korrigieren als Akte der Judikative: Nicht nur stehen mit §§ 48, 49 VwVfG Möglichkeiten zur Verfügung, die Wirkung eines Verwaltungsaktes vorzeitig zu beenden, sondern Genehmigungen werden im Regulierungsrecht fast immer für einen gewissen Zeitraum erteilt: Ein neues Verfahren eröffnet verwaltungsinterne Reaktionsmöglichkeiten. Idealiter entsteht durch die diskursive Begleitung und gesellschaftliche Beeinflussung der Exekutive auch der Ruf an die Legislative zur Gesetzesänderung. Politisierung schafft mithin einen „Rechtserzeugungskreislauf" mit einem der Verwaltung gegenüber responsiv agierenden Gesetzgeber, der, statt sich auf Finalprogramme zu verlassen, selbst regelnd einschreitet, wo Fehlentwicklungen ihm sichtbar werden.

Das Parlament wird in diesem Modell nicht selbst zur Exekutive, wie im Zusammenhang mit Maßnahmengesetzen kritisiert wird;[87] aber es beharrte auf Verantwortungsbeziehungen zwischen den Organen und seinen (Nach-)Steuerungsmöglichkeiten. Demokratie als aporetische Lebensform zielt auf die Aneignung politischer Urteilskraft.[88] Dem *administrative turn* (auch) in der Regulierungsrechtswissenschaft würde kein *judicial turn*, sondern ein *legislative* oder *political turn* entgegengesetzt werden. Das ist legitim, weil es im Regulierungsrecht gerade nicht nur um die Etablierung von Wettbewerb als Betätigungsfeld privater Freiheit von gemeinwohlbezogener Einflussnahme geht,[89] sondern zunächst um die Aushandlung, um das Abstecken ebenjener Sphären gegeneinander – und das ist zuvörderst

85 Vgl. *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991.

86 So produzieren insbesondere klassische Regulierungsbehörden Textgattungen allgemeiner Natur, zum Beispiel öffentlich einsehbare Leitfäden, Konzeptpapiere etc. „Allgemein" wirkende Urteile wie die des Bundesverfassungsgerichts sind dagegen die Ausnahme.

87 Jüngst wieder *Groß,* JZ 2020, 76 ff.

88 Zu diesem Begriff aus der Terminologie Hannah Arendts s. zum Überblick *Raimondi*, Die Zeit der Demokratie, 2014, S. 55 ff. (insb. S. 75 ff.).

89 In diese Richtung aber *Gärditz* (Fn. 74), 1008. Hier greift auch *H. Krüger*, Marktwirtschaftliche Ordnung und öffentliche Vorhaltung der Verkehrswege, 1969, S. 13 ff. zu kurz, wo das Gemeinwohl als quasi-apriorisch suggeriert wird. Vgl. aber *Kotzur*, VVdStRL 69 (2010), 173 (184).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eine politische, keine rechtliche Aufgabe.[90] Die aporetische Demokratie ist notwendig agonal,[91] ihr Ideal nicht der Konsens, sondern der Kompromiss, die „momentan eingefrorene Präferenz“[92].

2. *Analytischer Ertrag: Tarieren ohne Tara*

Erinnern wir uns an die aufgewiesenen Muster und stellen die Überlegung zur aporetischen Demokratie in Rechnung. Oben erkannten wir, dass die Einhegung und Bewältigung von Wandel, die Schaffung rechtlicher Rahmenbedingungen zur Förderung und Ermöglichung von Wandel und die ergebnisoffene Institutionalisierung von Wandel – die drei Muster – einander gegenüber- und entgegen stehen, aber einander auch ergänzen können. Auch innere Spannungen deuteten sich an.

Der demokratietheoretische Vorschlag, staatlichen Umgang mit Wandel zu politisieren, fasst die Spannungsverhältnisse neu: Denn nun ist es die demokratische Aporie von kollektiver und individueller Selbstbestimmung, die sich in diesen Strategien widerspiegelt. Die historisch aufgewiesenen Muster werden durch ihre demokratische Ausleuchtung neu konturiert.

Einhegungen und Bremsungen von Wandel – oben Muster Nr. 1 – stellen sich in Anbetracht der aporetischen Ausdeutung als beständig nicht optimal dar: Recht als Gewordenheit historischer Entwicklungen und Gegensteuerungen kann als Ansammlung „mitlaufender Reparaturen“[93] aufgefasst werden, Regulierung im demokratischen Staat wird imperfekt und widersprüchlich bleiben, als politischen Steuerungsansprüchen gesellschaftliche Freiheitspotentiale und Abwehrrechte gegenüberstehen.

Rechtliche Freiräume – oben Muster Nr. 2 – für Wandlungsprozesse werden z.B. durch Grundrechte geschaffen: Durch die Vereinigungsfreiheit können gesellschaftliche Gruppierungen nicht nur bestehende Herrschaftsstrukturen manifestieren, sondern auch kritisches, verfasstes Potential in der Zivilgesellschaft schaffen, Recht zu ändern oder mittels des

---

90 Als demokratischen Selbstbestimmungsakt des Gemeinwohls liest auch *Depenheuer* (Fn. 40), S. 80 das öffentliche Recht.

91 Dass Demokratie den Agon nicht scheuen darf, wird im Verfassungsrecht wieder populärer, s. *Schorkopf*, Staat und Diversität, 2017, S. 43 ff.; *Nettesheim*, Verfassungsstaat und gutes Leben, 2017, S. 31 ff.

92 So – unter anderen theoretischen Vorzeichen – *Luhmann*, in: ders., Ausdifferenzierung des Rechts, 1981, S. 113 (145).

93 *Bora* (Fn. 83), 36.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechts zu reagieren. In das Eigentum und seine Sozialbindung ist die Aporie gleichsam eingeschrieben. Auch zu Lobbyismus als semi-institutionellem Diskursforum eröffnet das Konzept einen sowohl skeptischen wie affirmativen – eben aporetischen – Zugang: Valenzzuschreibungen der aus diesem Potential hervorgehenden Meinungen und Strukturen unterliegen einer kontingenten, wertenden Entscheidung, vulgo: Wertentscheidung, des Kollektivs.

Die Institutionalisierung von Ergebnisoffenheit für Wandel – oben Muster Nr. 3 – wird auch heute noch von Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen geleistet, v.a. in der Grundlagenforschung. Hochschulen stehen für ein Konzept von „korporativer Identität" im Sinne korporativer Freiheit – die den Zwang der Zusammengehörigkeit stets schon mitdenkt[94] und Ergebnisoffenheit mit der optimistischen Verfassungserwartung einer „unsichtbaren Hand"[95] verknüpft. Andererseits ist diese Ergebnisoffenheit für ein Gemeinwesen nur begrenzt aushaltbar – in finanzieller,[96] politischer[97] wie in moralischer[98] Hinsicht. Zuletzt wurde eine Annäherung des Hochschulrechts an klassische dogmatische Bestände des Regulierungsrechts festgestellt.[99] Auch die Beobachtung der zunehmenden Interferenz von „Risikoverwaltungsrecht" und Forschungsfreiheit[100] spricht dafür: Die Wissenschaftsfreiheit ist ein zutiefst aporetisches Grundrecht.

Ein Letztes: Die dogmatische Figur des Vertrauensschutzes fügt sich besonders gut in das Schema des stetig erforderten, aporetischen Ausgleichs ein. Eine grenzenlose Petrifizierung durch Besitzstandswahrung würde kollektive Gestaltungsfähigkeit zugunsten individueller Selbstbestimmung benachteiligen. Es gibt kein Recht darauf, dass alles immer so bleibt, wie es ist. Den in gewisser Weise aporetischen Ausgleich schafft ein Konzept

---

94 S. *Rexroth*, F.A.Z. v. 25.09.2019, N3 aus geschichtlicher Perspektive; aus juristischer Sicht s. *Trute* (Fn. 33), S. 254 ff. („veränderter Freiheitsbegriff").

95 *Ruffert*, VVdStRL 65 (2006), 146 (170) m.w.N.; vgl. auch *Gärditz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Lfg. 88, August 2019, Art. 5 Abs. 3 Rn. 18.

96 Zu dem Problem des „goldenen Zügels" s. *P. M. Huber* (Fn. 36), S. 42 f.

97 *Ruffert* (Fn. 95), 160 f.

98 So ist die Technik, die bei den Debatten in der Paulskirche um den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit noch gar keine Rolle spielte (vgl. *Kempny*, ZRG GA 130 (2013), 423 (426, 428, 432 f.); *Zwirner*, AöR 98 (1973), 313 (319 ff.)), und später zum Inbegriff von Wissenschaft avancierte, spätestens ab den Achtzigerjahren zum moralischen „Sorgenkind" geworden, s. z.B. *Turner*, Freiheit der Forschung, 1986.

99 *Fehling*, in: ders./Ruffert (Hg.), Regulierungsrecht, 2010, § 17.

100 Dazu *Ruffert* (Fn. 95), 193 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des Vertrauensschutzes, das die Interessenabwägung zwischen Bestand und Veränderung als Politisches, und damit Veränderliches, als Tarieren ohne (feste) Tara begreift. Gerichte hätten sich dann auf den Schutz subjektiven Vertrauens zurückzuziehen, statt gegenüber dem politischen Gesetzgeber objektive Rationalisierungsanforderungen zu stellen.[101]

Fazit

Die staatstheoretische Perspektive bot ein Bild lauter Aprorien. Doch ausgehend davon konnte vom Blickwinkel der Rechtsgeschichte eine nicht allzu ferne Vergangenheit jenseits des Narratives erzählt werden, in dem Recht – und mit ihm der Gesetzgeber – sich stets in der Rolle des Behinderers wiederfindet. Vielmehr ermöglicht Recht auch: Durch Schaffung von Handlungsoptionen, aber auch durch ergebnisoffene Institutionalisierung.

Die Ideengeschichte eröffnete eine Blickachse aus dem 19. Jahrhundert in die Gegenwart, denn mit ihr wurde die Demokratie in unseren Beobachtungen sichtbar: In dieser Zeit etablierte sich Demokratie als Programm, eine Gesellschaft und ihr Wirtschaftsleben umfassend mit Gestaltungsansprüchen zu durchziehen – und nicht nur das Staatswesen.

Dieser umfassende Gestaltungsanspruch hat aus der demokratietheoretischen Perspektive den alten Mustern neue Konturen verliehen. Demokratie hat sich von ihr aus als aporetisch aufgewiesen. Für die aporetische Lebensform ist Regulierungsrecht ein Instrument ihres Lebensvollzugs. Dieser ist folgerichtig nicht bruchlos, sondern politisches Tarieren ohne stete Tara.

Hier wurde ein Angebot gemacht: Statt als Verfall oder Schwäche zu betrauern, wo Eindeutigkeit nicht zu erreichen ist, wurde aussichtslose Eindeutigkeit mit der Chiffre der Aporie versehen und diese als gut demokratisch gewürdigt. Die Demokratie bietet die Chance, Regulierungsrecht als die Aneignung *von* Wandel *durch* den Staat *mittels* des Rechts zu fassen und damit als (staats-)bürgerliches Projekt zu begreifen.

Dieser Gedanke kann auch unseren Zugang zu Digitalisierung ändern. Denn in diesem Konzept wäre nicht sie, zur Akteurin hypostasiert, es, die ändert, sondern das Gemeinwesen – auch als Resonanzraum internationaler Herausforderungen oder als Souveränitätsanker internationalen Han-

101 Vgl. *Lepsius,* JZ 2014, 488 (495).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

delns[102] – entschiede, wie es sich ändern (lassen) will. Dieser Ansatz mag von vielen Seiten unter Druck stehen – widerstandslos nachgeben muss man diesem Druck indes nicht. Das zu zeigen, war das Anliegen dieses Textes.

102 Denn *noch* mangelt es an einer europäischen Öffentlichkeit und – damit wechselbezüglich – einer europäischen Vollparlamentarisierung. Man sollte darum nicht vorschnell in den Abgesang auf den Staat einstimmen. Dazu *Heinig,* VVdStRL 75 (2016), 65 (65 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Digitalisierung von Forschung und Lehre – auf dem Weg in eine „öffentliche" Rechtswissenschaft?

Nikolas Eisentraut[*]

Mit den Hochschulen gerät auch die Rechtswissenschaft in Zugzwang, sich verstärkt in digitalen Räumen zu bewegen. Mit der Digitalisierung eng verknüpft ist die Forderung nach einer weiterreichenden Öffnung der (Rechts-)Wissenschaft. Neben Initiativen der Europäischen Kommission und des Bundes haben die Länder im Verbund mit ihren Hochschulen und Forschungsorganisationen weitreichende Strategien zur Öffnung der Wissenschaft aufgesetzt. Indes scheint die Entwicklung in der Rechtswissenschaft nur sehr zögerlich anzukommen. Der Beitrag spürt der Digitalisierung von rechtswissenschaftlicher Forschung und Lehre nach und sucht nach den Gründen für die geringe Verbreitung offener Publikationen. Zugleich setzt er sich auch mit den Grenzen einer zwangsweisen Öffnung rechtswissenschaftlicher Forschung und Lehre auseinander.

I. Der Stand der Digitalisierung von Forschung und Lehre: Eine kritische Bestandsaufnahme

Die Digitalisierung als Gegenstand der Forschung ist ein Großthema der letzten Jahre, was nicht zuletzt die diesjährige Assistententagung neuerlich unter Beweis stellte.[1] Die Hochschulen selbst haben indes Nachholbedarf was ihre eigene Digitalisierung angeht. Dies betrifft zunächst die Digitalisierung als Lehrinhalt.[2] Aber auch für die umfassende Digitalisierung der Infrastrukturen der Hochschulen braucht es nach Auffassung der Hoch-

---

* Der Beitrag ist in einer ungekürzten Fassung erschienen in OdW 2020, S. 177 und Open Access abrufbar unter http://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2020/06/05_Eisentraut_DieDigitalisierungvonForschungundLehre.pdf. Soweit ein Open-Access-Zugang besteht, werden in den Fußnoten Links zu den Beiträgen angegeben. Diese wurden zuletzt am 3.8.2020 auf ihre Gültigkeit überprüft.

1 Vgl. auch *Stifterverband/Heinz Nixdorf Stiftung*, Hochschulbarometer 2019, S. 22, abrufbar unter https://www.stifterverband.org/medien/hochschul-barometer-2019.

2 Zu den neuen digitalen Ausbildungsinhalten *Zwickel,* Jurastudium 4.0.? – Die Digitalisierung des juristischen Lehrens und Lernens, JA 2018, S. 881 (881 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schulleitungen umfassender Investitionen.[3] Wo bereits digitale Infrastrukturen für Forschung und Lehre bestehen, werden sie bisher kaum genutzt.

1. Lehre

Für die Lehre halten die Hochschulen zwar digitale Lernplattformen vor.[4] Auf diesen Lernplattformen werden jedoch meist nur Basis-Lehrmaterialien angeboten wie Vorlesungsskripte, PowerPoint Präsentationen, Forschungsliteratur im Rahmen des § 60a UrhG (etwa der ein oder andere zur Vertiefung gedachte Aufsatz oder ein Lehrbuchauszug) und Falllösungen. Meist sind die digitalen Lernumgebungen zudem verschlossen: Nur die Kursteilnehmer*innen erhalten Zugang zu den Materialien.[5]

Umfassenderes und wissenschaftlich aufbereitetes Lehrmaterial wie Lehr- und Fallbücher, aber auch Aufsätze in Ausbildungszeitschriften werden bisher hingegen weitgehend „privatisiert" und unterliegen kommerziellen Interessen. Kostenpflichtige Lehrbücher werden zur Lektüre für die Klausur- und Examensvorbereitung anempfohlen und genießen den Status seriöser Lehrmaterialien, während frei im Internet zirkulierenden Skripten wenig Vertrauen in die Qualität entgegengebracht wird.[6] Diese bisher überwiegend als Printfassung verfügbaren kommerziellen Lehrmaterialien treten nur langsam den Weg ins digitale Zeitalter an.[7]

---

3 *Stifterverband/Heinz Nixdorf Stiftung* (Fn. 1), S. 17 und spezifisch für die Lehre S. 19.

4 Zu den datenschutzrechtlichen Fragen *Botta*, Datenschutz bei E-Learning-Plattformen, 2020 passim.

5 Darüberhinausgehende E-Learning-Angebote, die Formen klassischer Lehre ersetzen könnten, finden sich bisher nur in Ansätzen, s. *Zwickel* (Fn. 2), S. 881 (884); *Reiner*, Juristische Didaktik und E-Lernen: Theoretische Konzeption und Anwendungsbeispiele, JurPC Web-Dok 160/2007, Abs. 1, abrufbar unter https://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20070160.

6 Zu diesem Ergebnis kam eine gemeinsame Studie von Hanser Fachbuch und Studierenden der Universität Hannover, deren Ergebnisse hier dargestellt werden: https://www.boersenblatt.net/2019-02-06-artikel-gemeinsame_studie_von_hanser_fachbuch_und_medienmanagement-studenten.1593210.html.

7 Ein Grund für die zögerliche Digitalisierung mag die schwierige Wahrung der Urheberrechte im digitalen Raum darstellen, vgl. *Gercke*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Vorbemerkung zu §§ 106 ff. Rn. 5; die Gefahr des Internets als „Plattform für die illegitime Aneignung fremder Schöpfungen" adressiert auch *Bäuerle*, Open Access zu hochschulischen Forschungsergebnissen?, in: Britz (Hrsg.), Forschung in Freiheit und Risiko, 2012, S. 1 (3).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Forschung

Im Bereich der Forschung bietet sich ein ganz ähnliches Bild: Die Hochschulen halten zwar Publikationsserver vor, die einen einfachen und kostenlosen Upload von Forschungsergebnissen ermöglichen würden.[8] Weite Teile juristischer Forschungsergebnisse werden indes privatwirtschaftlichen Verlagen überantwortet und bleiben dabei im Analogen verhaftet. Wo digitale Verlagsplattformen vorhanden sind, hängt der Zugang von der Lizenzierung durch die Universitätsbibliotheken ab. Ansonsten verschwinden digitale Forschungsergebnisse hinter Bezahlschranken.

II. Die Digitalisierung als Weg in eine „öffentliche" Rechtswissenschaft?

Handelt es sich bei der Digitalisierung von Forschung und Lehre also eigentlich nur um alten Wein in neuen Schläuchen? Wird der „beschwerliche" Weg der analogen Literaturrecherche im digitalen Raum nunmehr durch Bezahlschranken versperrt?

Eine – in der Rechtswissenschaft bisher nicht ausreichend gewürdigte – Bewegung drängt auf eine alternative Nutzung der Möglichkeiten der Digitalisierung.

1. Was ist öffentliche Wissenschaft?

Stellen wir uns eine Welt vor, in der jeder Aufsatz, jede Monographie und jedes Lehrbuch digital frei zugänglich verfügbar ist. Verlinkte Fußnoten und Literaturlisten würden so zu interaktiven Landkarten, die mit einem Klick den Eintritt in ein ganzes Wissenschaftsuniversum ermöglichten. Lehrbücher stünden zur Nachnutzung offen, sodass kursbegleitende Materialien ohne Konflikte mit dem Urheberrecht den Studierenden bereitgestellt und um relevante Quellen ergänzt werden könnten.

Als Oberbegriff für eine solchermaßen verstandene Wissenschaft hat sich der Terminus „Open Science" oder auch „öffentliche (auch: offene)

8 Eine Übersicht über alle verfügbaren Repositorien und ihre jeweilige institutionelle Anbindung findet sich unter https://dini.de/dienste-projekte/dini-zertifikat/liste-der-repositorien/.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wissenschaft“ etabliert.[9] Die Idee einer öffentlichen Wissenschaft betont die Bedeutung von Wissen als kulturellem Gemeingut und ist damit anschlussfähig an die Debatte um Gemeingüter.[10]

a) Open Access

Eine zentrale Rolle kommt in den Rechtswissenschaften der Idee einer freien Verfügbarkeit von Forschungsliteratur zu, die unter dem Schlagwort „Open Access“ firmiert. Open Access zeichnet aus, dass mit der Veröffentlichung jedermann die Erlaubnis erteilt wird, das Open-Access-veröffentlichte Dokument zu lesen, herunterzuladen, zu speichern, es zu verlinken, zu drucken und damit entgeltfrei zu nutzen.[11] Unterschieden wird zwischen dem sog. goldenen und dem grünen Weg: Während beim goldenen Weg bereits die Erstveröffentlichung Open Access erfolgt, wird beim grünen Weg – häufig nach einer klassischen Verlagsveröffentlichung – auch ein Open-Access-Zugang eröffnet.[12] § 38 Abs. 4 UrhG räumt hierfür ein Recht zur nichtkommerziellen Zweitveröffentlichung ein.

Open Access verfolgt die Idee neuer Finanzierungsformen für wissenschaftliche Literatur. Während bisher eine Nutzerfinanzierung vorherr-

---

9 Zu den historischen Entwicklungslinien *Heise*, Von Open Access zu Open Science: Zum Wandel digitaler Kulturen der wissenschaftlichen Kommunikation, S. 31 ff., abrufbar unter https://meson.press/wp-content/uploads/2018/01/978-3-95796-131-0-Heise-Open-Access-Open-Science.pdf.

10 *Bäuerle* (Fn. 7), S. 1 (3); *Dobusch/Heimstädt*, Erst Offenheit gibt digitaler Bildung Richtung, Forum Wissenschaft 4/16, S. 21 (21), abrufbar unter http://www.dobusch.net/pub/uni/Dobusch-Heimstaedt(2016)Forum_Wissenschaft-BDWI-OER.pdf.

11 Zum Begriff Open Access *Eisentraut*, Open Access in der Rechtswissenschaft, RBD 2018, 87 (87), abrufbar unter http://dx.doi.org/10.17169/refubium-26494; *Haug*, Open Access in Baden-Württemberg: Rechtswidriger Zweitveröffentlichungszwang zwischen Urheber- und Hochschulrecht, OdW 2019, S. 89 (89), abrufbar unter http://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2019/11/12_02_2019_haug_open_access_odw.pdf; näher mit den möglichen Nutzungsrechten setzt sich auseinander *Peukert*, Ein wissenschaftliches Kommunikationssystem ohne Verlage – zur rechtlichen Implementierung von Open Access als Goldstandard wissenschaftlichen Publizierens, Goethe Universität Frankfurt, Fachbereich Rechtswissenschaft, Arbeitspapier Nr. 6/2013, S. 10 ff., abrufbar unter http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/29488.

12 *Ulmer/Eilfort/Obergfell*, Verlagsrecht, 2013, Kapitel L Rn. 15; *Haug* (Fn. 11), S. 89 (89); *Götting/Lauber-Rönsberg*, Open Access und Urheberrecht, OdW 2015, S. 137 (137 f.), abrufbar unter http://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2020/03/19_goetting_lauber-roensberg_open-access_und_urheberrecht_2015.pdf.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schend ist, soll die Leserschaft künftig von Zugriffskosten befreit werden.[13] Open Access ist damit auch eine Reaktion auf immer weiter ansteigende Abonnement-Gebühren für juristische Zeitschriften, die die Bibliotheksetats zu erschöpfen drohen und soll die Mehrfachsubventionierung hochschulischer Forschung beenden.[14] Open Access fordert damit zugleich die hergebrachten Geschäftsmodelle der etablierten Verlage heraus.[15]

b) Open Educational Resources

Eine weitere Teilmenge öffentlicher Wissenschaft[16] stellen sog. „Open Educational Resources"[17] (OER) dar, die auf eine Öffnung der Lehre im Sinne einer freien Verfügbarkeit von Lehr- und Lernmaterialien abzielen.[18] Für die Hochschullehre werden OER große Potentiale zugemessen.[19] Mit ihnen lassen sich einerseits die Potentiale digitaler Bildung entfalten, andererseits ermöglichen OER eine neue Form der Zugänglichkeit von Bildungsangeboten: Sie erlauben die kollaborative Er- und Bearbeitung von Lehr- und Lernmaterialien durch Lehrende und Studierende gemein-

---

13 *Krausnick*, Offene Wissenschaft? – Öffentlich-rechtliche Aspekte der Diskussion um Open Access und Open Data, in: Festschrift Friedhelm Hufen, 2015, S. 367 (369).

14 *Bäuerle* (Fn. 7), S. 1 (5).

15 *Bäuerle* (Fn. 7), S. 1 (8); die Möglichkeit nachhaltiger Open-Access-Geschäftsmodelle betont *Rux*, Open Access im rechtswissenschaftlichen Verlag, in: Hamann/Hürlimann, Open Access in der Rechtswissenschaft, Sonderheft der Zeitschrift „Rechtswissenschaft", 2019, S. 70, abrufbar unter https://doi.org/10.5771/9783748903659.

16 Zum Verhältnis von Open Educational Resources und Open Access *Deimann/Neumann/Muuß-Merholz*, Whitepaper Open Educational Resources (OER) an Hochschulen in Deutschland – Bestandsaufnahme und Potentiale 2015, S. 32, abrufbar unter https://open-educational-resources.de/wp-content/uploads/Whitepaper-OER-Hochschule-2015.pdf.

17 Zum Begriff *Eisentraut*, Open Educational Resources in der Rechtswissenschaft, RBD 2018, S. 93, abrufbar unter http://dx.doi.org/10.17169/refubium-26489.

18 Näher zu den Definitionsansätzen *Deimann/Neumann/Muuß-Merholz* (Fn. 16), S. 10.

19 *Eckhoff*, OER in der Hochschulbildung, OERinfo – Informationsstelle OER, abrufbar unter https://open-educational-resources.de/dossierseite/?praxis=allgemein&bereich=hochschule.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sam und führen zu Qualitäts- und Effizienzgewinnen durch eine sinnvolle Nachnutzung bereits erstellter Materialien.[20]

2. *Initiativen zur Förderung öffentlicher Wissenschaft*

Gerade das Thema Open Access ist sowohl in der Politik als auch an den Universitäten dabei, Main-Stream zu werden. Ausgehend von der Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen vom 22.10.2003, die mittlerweile von 657 Institutionen unterzeichnet wurde,[21] befürwortet heute eine große Mehrheit der Hochschulleitungen eine Öffnung ihrer Forschung i.S.v. Open Access.[22] Auch die großen Forschungsorganisationen haben sich zu Open Access bekannt.[23]

Und auch in der Politik ist das Thema Open Access angekommen. Eine Öffnung der Forschung wird von Seiten der Politik nicht nur stärker gefördert, sondern zunehmend auch gefordert.[24] Mehrere Bundesländer haben eigene Open Access Strategien verabschiedet, so Hamburg, Thüringen, Berlin, Baden-Württemberg, Schleswig-Holstein und Brandenburg.[25] Die Zielvorgabe des Landes Berlin für den Umfang an Open Access publizierten Zeitschriftenartikeln liegt in diesem Jahr bei 60 %.[26] In Baden-Württemberg werden die Hochschulen sogar im Hochschulgesetz dazu angehalten, ihr wissenschaftliches Personal zu Open-Access-Zweitveröffentlichun-

---

20 *Wikimedia Deutschland e.V.* (Hrsg.), Praxisrahmen für Open Educational Resources (OER) in Deutschland, 2016, S. 7, abrufbar unter http://mapping-oer.de/wp-content/uploads/2016/02/Praxisrahmen-fu%CC%88r-OER-in-Deutschland_Online.pdf.

21 Stand August 2020; Die Liste der Institutionen ist abrufbar unter https://openaccess.mpg.de/3883/Signatories.

22 *Stifterverband/Heinz Nixdorf Stiftung* (Fn. 1), S. 26; Ausdruck findet dieser Zuspruch in den Open-Access-Strategien der Hochschulen, s. nur beispielhaft die Open-Access-Strategie 2018 - 2020 der Freien Universität Berlin, abrufbar unter http://dx.doi.org/10.17169/FUDOCS_document_000000028882.

23 Verlinkt finden sich die Open-Access-Strategien unter https://www.fu-berlin.de/sites/open_access/weiteres/oa_positionen/index.html.

24 Zuletzt etwa *Karliczek*, Rede der Bundesministerin für Bildung und Forschung anlässlich des Forschungsgipfels 2018 in Berlin, abrufbar unter https://anja-karliczek.de/rede-der-bundesministerin-fuer-bildung-und-forschung-anja-karliczek-anlaesslich-des-forschungsgipfels-2018-in-berlin/.

25 Die Open-Access-Policies finden sich verlinkt auf https://www.fu-berlin.de/sites/open_access/weiteres/oa_positionen/index.html.

26 Senat von Berlin, Open-Access-Strategie für Berlin, Drucksache 17/2512 v. 21.10.2015, S. 5, abrufbar unter http://dx.doi.org/10.17169/refubium-26319.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen zu verpflichten. Auch das Bundesministerium für Bildung und Forschung hat eine Open-Access-Strategie veröffentlicht.[27]

Darüber hinaus richtet sich auch die europäische Wissenschaftslandschaft auf eine Öffnung ein.[28] In der Forschungsförderung Horizon 2020 ist die Open-Access-Publikation der geförderten Projektergebnisse beispielsweise verpflichtend.[29]

Schließlich entstehen auch auf gesellschaftlicher Ebene Förderprogramme für Wissenschaftler*innen, die eine Öffnung ihrer Wissenschaft forcieren, etwa das von Wikimedia, dem Stifterverband und der VolkswagenStiftung getragene Open Science Fellowship, dessen Fellow der Autor dieses Beitrags im letzten Jahr sein durfte.[30]

Im Bereich OER entsteht zurzeit eine weitreichende digitale Infrastruktur für das Angebot offener Bildungsmaterialien. Herausgehoben seien an dieser Stelle die Plattform „Hamburg Open Online University", die sich als offene Plattform für hochschulübergreifende Angebote und Lernprojekte der Hamburger Hochschulen begreift[31] und die VHB, die virtuelle Hochschule Bayern, auf der eingeschriebenen Studierenden kostenfreie, digitale Ergänzungskurse angeboten werden und die sich kürzlich auch für die Allgemeinheit geöffnet hat.[32] Auch die Europäische Kommission plant eine Plattform für digitale Hochschulbildung, eine Art „European Digital University".[33]

---

27 Open Access in Deutschland – Die Strategie des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, abrufbar unter https://www.bmbf.de/upload_filestore/pub/Open_Access_in_Deutschland.pdf.

28 Die europäischen und internationalen Positionen zu Open Access finden sich verlinkt unter https://www.fu-berlin.de/sites/open_access/weiteres/oa_positionen/index.html.

29 S. die Guidelines to the Rules on Open Access to Scientific Publications and Open Access to Research Data in Horizon 2020 v. 21.3.2017, abrufbar unter https://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/grants_manual/hi/oa_pilot/h2020-hi-oa-pilot-guide_en.pdf.

30 Nähere Informationen zum Fellow Programm finden sich unter https://de.wikiversity.org/wiki/Wikiversity:Fellow-Programm_Freies_Wissen.

31 Erreichbar unter https://www.hoou.de/.

32 S. https://www.vhb.org/open-vhb/.

33 Aktionsplan für digitale Bildung, Mitteilung der Europäischen Kommission v. 17.1.2018, COM(2018) 22 final, abrufbar unter https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0022&from=DE.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Rezeption in der Rechtswissenschaft

Dennoch greifen die Rechtswissenschaftler*innen bei den neuen Instrumenten der Digitalisierung nicht beherzt zu, um ihre Forschung und Lehre nun endlich einer weiterreichenden Öffentlichkeit zuzuführen.

a) Offene Lehrmaterialien in der Rechtswissenschaft

Offene Lehrmaterialien sind bisher „nicht aus der ‚idealistischen Wolke' in der Praxis der Hochschulen angekommen […], wenn auch engagierte Einzelpersonen und bestimmte Institutionen daran arbeiten"[34]. Die digitalisierte Lehre fristet ein Nischendasein.[35] Wirklich offene Lehrprojekte lassen sich bisher an einer Hand abzählen. Erste Leuchtturmprojekte zeigen indes die Potentiale offener Lehre für die Rechtswissenschaft auf: Ein Projekt an der Bucerius Law School etwa hat offen lizenzierte Lehrvideos zu Grundfragen des Verwaltungsrechts produziert und offen lizenziert online gestellt.[36]

Die Ludwig-Maximilians-Universität München bietet ein Portal für E-Learning an, das insbesondere mit online abrufbaren Podcasts von Vorlesungen heraussticht.[37] Die Westfälische-Wilhelms-Universität Münster bietet mit dem Modul „unirep PLUS" digitale Lernressourcen einschließlich Online-Lektionen an, die jedoch nur für Studierende der WWU zugänglich sind.[38] Beide Universitäten wurden dafür kürzlich mit dem Digital Award 2019 ausgezeichnet.[39]

Der Autor dieses Beitrags hat gemeinsam mit 35 Kolleg*innen ein offen lizenziertes und damit zur Nachnutzung kostenlos zur Verfügung stehendes Lehrbuch und ein das Lehrbuch begleitendes Fallrepetitorium zum Verwaltungsrecht veröffentlicht. Neben der Verlagsveröffentlichung im

---

34 *Deimann/Neumann/Muuß-Merholz* (Fn. 16), S. 15; s. auch *Eisentraut* (Fn. 17), S. 93.
35 *Zwickel* (Fn. 2), S. 881 (884).
36 Die Videos können hier abgerufen werden: https://www.youtube.com/playlist?list=PLPJgLCEwWmcNR6yf5VaN8AdrxAdGEe5jM; zum Verhältnis digitaler Formate zur Präsenzlehre *Zwickel* (Fn. 2), S. 881 (885).
37 Das Angebot findet sich unter https://www.jura.uni-muenchen.de/studium/e-learning/index.html.
38 Abrufbar unter https://www.unirep-online.de/goto_unirep_cat_591.html.
39 S. näher zur Digital Study 2019 https://lex-superior.com/digital-study/.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Print und zum kostenlosen digitalen Download[40] sind beide Bücher auch online auf Wikibooks verfügbar[41], was es möglich macht, die von der Bucerius Law School erstellten Videos in den Lehrbuchcontent einzubinden. Solchen sog. MOOCs (Massive Open Online Courses) werden große Potentiale für die Hochschulbildung zugemessen.[42]

b) Offene Forschung in der Rechtswissenschaft

Während das Thema Open Access immerhin in den rechtswissenschaftlichen Debatten angekommen ist,[43] fehlt es auch hier noch einem nennenswerten Rückgriff auf diese Form der Publikation. Es gibt zwar Open-Access-Zeitschriften;[44] nur den wenigsten ist es jedoch bisher gelungen, ein den etablierten, im Subskriptionsmodell erscheinenden Zeitschriften vergleichbares Standing zu erlangen.[45] Erfolgreicher sind neue Formate wie Blogs und Podcasts, die von Beginn an auf eine weitreichende Öffentlichkeit im Digitalen gesetzt haben. Im öffentlichen Recht konnten sich etwa der JuWissBlog,[46] der Verfassungsblog[47] sowie der Völkerrechtsblog[48] etablieren. Daneben existieren Preprintserver und universitäre Repositori-

---

40 Das Lehrbuch „Verwaltungsrecht in der Klausur" kann Open Access unter https://www.degruyter.com/view/title/565392?tab_body=toc-62810 und das Fallrepetitorium unter http://www.carlgrossmann.com/?p=11914 heruntergeladen werden.

41 Abrufbar unter https://de.wikibooks.org/wiki/Verwaltungsrecht_in_der_Klausur.

42 *Zwickel* (Fn. 2), S. 881 (884 f.); kritisch aber in Hinblick auf die oft restriktive Lizenzierung *Dobusch/Heimstädt*, (Fn. 10) S. 21 (24); s. zum Thema MOOCs auch einführend *Botta* (Fn. 4), S. 37 ff.

43 S. nur *Hamann/Hürlimann* (Hrsg.), Open Access in der Rechtswissenschaft, Sonderheft der Zeitschrift „Rechtswissenschaft", 2019, abrufbar unter https://doi.org/10.5771/9783748903659; *Schmidt*, Open Access, 2016 passim; *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010 passim, abrufbar unter https://www.infodata-edepot.de/volltext/aueintrag/10497.pdf.

44 Eine Liste findet sich bei *Eisentraut/Hamann* (Fn. 19), Abschnitt Open Access als Praxis der Rechtswissenschaft.

45 Erfolgreiche Open-Access-Zeitschriften stellt der von *Hamann/Hürlimann* herausgegebene Tagungsband „Open Access in der Rechtswissenschaft" (Fn. 43) vor.

46 Erreichbar unter https://www.juwiss.de/.

47 Erreichbar unter https://verfassungsblog.de/.

48 Erreichbar unter https://voelkerrechtsblog.org/; dazu *Kunz/Riegner/Schmalz*, Diskurse öffnen, Grenzen überwinden: Der Völkerrechtsblog als Plattform für globale Wissenschaftskommunikation im digitalen Zeitalter, in: Hamann/Hürlimann (Fn. 43), S. 185.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

en, die in der Rechtswissenschaft jedoch bisher weitgehend ein Schattendasein fristen.[49]

c) Vorbehalte

Warum tut sich die Rechtswissenschaft so schwer mit dem Aufbruch ins neue digitale Zeitalter? Dass Wissenschaft und Öffentlichkeit zwei Seiten einer Medaille sind, ist eigentlich auch in der Rechtswissenschaft keine neue Idee: In der Grundrechtsdogmatik wird die „Öffentlichkeit von Wissenschaft" gar als Funktionsbedingung für den wissenschaftlichen Diskurs qualifiziert, um Überprüfbarkeit und Kritisierbarkeit zu gewährleisten.[50]

Einen hemmenden Faktor bildet die bisher fehlende Fachkultur: Offene Veröffentlichungsformen sind nicht bereits etabliert und setzen daher ein proaktives Verhalten voraus. Dieser Kulturwandel vollzieht sich nur langsam.[51] Obwohl es für die fachliche Qualität einer Veröffentlichung natürlich nicht darauf ankommt, wo sie veröffentlicht wird, spielt für die Reputation auch der Publikationsort eine zentrale Bedeutung.[52] Denn nicht allein die wissenschaftliche Qualität einer Veröffentlichung entscheidet über ihren Erfolg; ganz wesentlich kommt es auch auf die soziale Akzeptanz im wissenschaftlichen Diskurs an.[53] Hierbei erfüllen die schon etablierten und traditionell im Closed-Access publizierenden Verlage und Zeitschriften

---

49 In den Naturwissenschaften spielt der Preprintserver arXiv.org eine bedeutende Rolle; zum Aufschwung der Preprint-Server *Schmeja*, Beitrag auf dem TIB-Blog v. 27.3.2017, abrufbar unter https://blogs.tib.eu/wp/tib/2017/03/27/der-aufschwung-der-preprint-server/.

50 *Bäuerle* (Fn. 7), S. 1 (4); *Gurlit*, Transparenz in der Hochschulforschung, in: Festschrift Friedhelm Hufen, 2015, S. 343 (343); *Ruffert*, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, VVDStRL 65 (2006), 142 (184 ff.), abrufbar unter https://doi.org/10.1515/9783110927832; *Weingart*, Die Wissenschaft der Öffentlichkeit, 2005, S. 9 ff.; *Kimminich*, Das Veröffentlichungsrecht des Wissenschaftlers, Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung 1985, S. 116 (117).

51 „Umdenkprozesse" hält auch für erforderlich *Gurlit* (Fn. 50), S. 343 (353); Skeptisch gegenüber einem grundlegenden Wandel *Bäuerle* (Fn. 7), S. 1 (7); einen flächendeckenden Systemwechsel hält erst langfristig für möglich *Peukert* (Fn. 11), S. 5.

52 *Haug* (Fn. 11), S. 89 (90); Der Begriff Reputation dient insofern als „Chiffre für die fachliche Qualität eines Wissenschaftlers", *Schulze-Fielitz*, Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, 2013, S. 188; *Bäuerle* (Fn. 7), S. 1 (7).

53 *Schulze-Fielitz* (Fn. 52), S. 369 f.; von Pfad- und Strukturabhängigkeiten spricht *Peukert* (Fn. 11), S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eine „Gatekeeper"- oder auch Filterfunktion:[54] Nur wer dort veröffentlicht, wird in der „scientific community" wahr- und ernst genommen. Zugespitzt formuliert: „Journale machen Karrieren!"[55]

Ein weiterer zentraler Einwand gegen Open Access und Open Educational Resources in der Rechtswissenschaft ist die ökonomische Rationalität der Wissenschaftler*innen: Für Aufsatzpublikationen gibt es häufig ein Honorar, während die Publikation in Open-Access-Zeitschriften entweder kostenlos erfolgt oder von den Autor*innen sogar zusätzliche Mittel für die Veröffentlichung eingeworben werden müssen. Zur guten Finanzausstattung der im Closed Access veröffentlichenden Zeitschriften tragen dabei nicht nur die Bibliotheken bei, sondern auch die Rechtspraxis, also Anwaltschaft und Gerichte. Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Rechtspraxis nicht weiterhin zugunsten der Wissenschaftler*innen an der Finanzierung der Forschung beteiligt werden sollte.[56]

III. Lösungsansätze

Wie also könnte auf diese Vorbehalte reagiert und die Rechtswissenschaft zur digitalen Öffnung bewegt werden?

1. Zwang durch Open-Access-Zweitverwertungspflichten

Um dem Übertritt in das neue Zeitalter einer öffentlichen Wissenschaft den nötigen Spinn zu geben, kam man in Baden-Württemberg auf die Idee, die Hochschulen qua Änderung des Baden-Württembergischen Hochschulgesetzes nach § 44 Abs. 6 dazu anzuhalten, ihr wissenschaftliches Personal zu Open-Access-Zweitverwertungen[57] in Anlehnung an die

---

54 *Haug* (Fn. 11), S. 89 (90); vgl. auch *Müßig*, „Ein Knauf als Tür": Open-Access-Verpflichtung durch Forschungsförderung vs. Gemeinfreiheitsgrenzen digitaler Wissenschaftskommunikation, JZ 2015, S. 221 (227).

55 *Ziegler*, Die Bedeutung der Verlage wandelt sich, Forschung & Lehre v. 8.6.2019, abrufbar unter https://www.forschung-und-lehre.de/zeitfragen/die-bedeutung-der-verlage-wandelt-sich-1841/.

56 Diesen Punkt betont auch *Rux* (Fn. 15), S. 70 (71).

57 Das Hochschulgesetz spricht selbst von Zweit*veröffentlichung*, was jedoch ungenau ist; weitergehende Verwendungen des einmal publizierten Inhalts stellen urheberrechtlich nur noch Verwertungen der Erstpublikation dar, sodass im Folgenden von Zweit*verwertung* die Rede sein soll; so auch *Schulze*, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 38 Rn. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schrankenregelung des § 38 Abs. 4 UrhG und damit zum grünen Weg zu verpflichten.[58]

Der Aufforderung des Landesgesetzgebers ist die Universität Konstanz mit einer Satzungsregelung nachgekommen.[59] Danach werden die die Voraussetzungen erfüllenden Publikationen nach Ablauf einer Jahresfrist auf dem universitätseigenen Repositorium hochgeladen sowie kostenlos und öffentlich zugänglich der Allgemeinheit zur Verfügung gestellt. Gegen die Regelung haben mehrere Professoren der Universität Konstanz[60] einen Normenkontrollantrag vor dem VGH Mannheim gestellt, der vom VGH nunmehr dem BVerfG vorgelegt wurde.[61] Der so als Zwang formulierte Anspruch der Politik an eine freie Verbreitung von steuerfinanzierten wissenschaftlichen Erkenntnissen gerät in Konflikt mit zentralen grundrechtlichen Verbürgungen und auch mit dem Europäischen Unionsrecht.

a) Zuständigkeit der Landesgesetzgeber

Eine erste Achillesferse landesrechtlicher Zweitverwertungspflichten ist die grundgesetzliche Kompetenzordnung. Dies deshalb, weil der Schwerpunkt der Regelung[62] vom VGH im Urheberrecht gesehen wird, das nach den Art. 71, 73 Abs. 1 Nr. 9 GG der ausschließlichen Bundeskompetenz zugewiesen ist.[63] Wohl nicht zu bezweifeln ist, dass mit einer Zweitverwertungspflicht überhaupt das Urheberrecht berührt wird. Die Norm ist je-

58 Näher zum Hintergrund *Höpfner/Amschewitz*, Die Zweitveröffentlichungspflicht im Spannungsfeld von Open-Access-Kultur und Urheberrecht, NJW 2019, S. 2966 (2966).

59 Satzung zur Ausübung des wissenschaftlichen Zweitveröffentlichungsrechts gem. § 38 IV UrhG, Satzung Nr. 90/2015.

60 S. dazu näher *Löwisch*, Konstanzer Juristenfakultät verweigert sich der Pflicht zur Zweitveröffentlichung, OdW 2016, 135, abrufbar unter http://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2019/11/14_loewisch_konstanzer-juristenfakultaet_verweigert_zweitveroeffentlichungspflicht_odw_2016.pdf.

61 VGH Mannheim, Beschluß v. 26.9.2017, Az.: 9 S 2056/16, abrufbar unter http://lrbw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=22843 = VBlBW 2018, 166 = ZUM 2018, 211.

62 Zur Schwerpunkttheorie des BVerfG vgl. BVerfG, Urt. v. 17.2.1998, Az.: 1 BvF 1/91 = BVerfGE 97, 228, 251 ff.

63 VGH Mannheim (Fn. 61), Rn. 77 ff.; ebenso *Haug* (Fn. 11), S. 89 (92); *Schmidt* (Fn. 43), S. 246 f.; *Krausnick* (Fn. 13), S. 367 (375 und 378).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

doch im Schwerpunkt – wie auch vom Landesgesetzgeber angenommen[64] – dem in der Landeskompetenz liegenden Recht des Hochschulwesens zuzuordnen. Denn sie betrifft schwerpunktmäßig die Verbreitung der von dem wissenschaftlichen Personal der Hochschulen veröffentlichten Werke. Es geht bei der Regelung zwar auch um das Verwertungsrecht der Wissenschaftler*innen, im Schwerpunkt jedoch um eine Ausgestaltung der Forschungspraxis,[65] wenn mit dem Gesetz der Zugang zu wissenschaftlichen Informationen erleichtert werden soll. Zugleich werden Pflichten der Hochschulmitglieder statuiert, wofür allein das Hochschulrecht der Länder berufen ist.[66]

b) Vereinbarkeit mit Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG

In materieller Hinsicht geraten Open-Access-Zweitverwertungspflichten in eine Spannungslage mit Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG.

aa) Schutzbereich

Die Wissenschaftsfreiheit schützt auch die sog. „Publikationsfreiheit", also die Freiheit nach eigener Beurteilung der Veröffentlichungsreife, des Veröffentlichungsorgans und des Veröffentlichungszeitpunktes darüber zu entscheiden, wissenschaftliche Erkenntnisse der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.[67] Davon umfasst ist die Entscheidung über das „wie" und „wann", über das „wo" sowie über das „ob" der Veröffentlichung.[68] In

---

64 LT-Drs. 15/4684, S. 215 f., abrufbar unter https://www.landtag-bw.de/files/live/sites/LTBW/files/dokumente/WP15/Drucksachen/4000/15_4684_D.pdf.

65 Zur Zuweisung der Ausgestaltung von Forschung und Lehre zur Landeskompetenz *Uhle*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 70 Rn. 103 (Lfg. 53 Oktober 2008).

66 S. das Vorbringen der Antragsgegnerin im Verfahren vor dem VGH Mannheim (Fn. 61), Rn. 42 ff.; *Peukert* (Fn. 11), S. 7 f.; i.E. ebenso *Steinhauer* (Fn. 43), S. 34 f.

67 *Gärditz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 111 (Stand: Lfg. 88, August 2019).

68 Vgl. *Gärditz* (Fn. 67), Rn. 111 ff.; *Schmidt* (Fn. 43), S. 50; *Fehling*, Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen zur Open-Access-Publikation, OdW 2014, S. 179 (191), abrufbar unter http://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2019/11/24_fehling_dfg_odw_ordnung_der_wissenschaft_2014.pdf; anders aber *Pflüger/Ertmann*, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, ZUM 2004, S. 436 (441) und *Peukert* (Fn. 11), S. 19 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ihrer Ausgestaltung als Abwehrrecht umfasst die Publikationsfreiheit zudem das Recht, nicht zu publizieren.[69]

bb) Eingriff

Weder Open-Access-Erstveröffentlichungs- noch Zweitverwertungspflichten greifen in diese negative Publikationsfreiheit ein.[70] Denn die Open-Access-Verpflichtung trifft keine Aussage über eine generelle Pflicht zur Veröffentlichung, sagt also nicht, „ob" veröffentlicht werden muss, sondern knüpft nur an das „wie" der Veröffentlichung die Bedingung, dass diese Open Access zu erfolgen habe.[71]

Auch die Zweitverwertung wird jedoch deshalb überwiegend als von der Publikationsfreiheit erfasst angesehen, weil auch sie sich auf die Reputation und die Publikationsrezeption auswirken kann.[72] Eine Open-Access-Zweitverwertungspflicht berührt zudem das „wo" der Publikationsfreiheit, weil in das Recht der Wissenschaftler*innen eingegriffen wird, über den Ort der Zweitverwertung frei zu disponieren, wenn ein Upload des Beitrags auf dem universitären Repositorium erfolgt.[73]

cc) Rechtfertigung

Damit ist die Frage nach den Möglichkeiten einer Rechtfertigung von Open-Access-Zweitverwertungspflichten aufgeworfen. Die Wissenschaftsfreiheit steht nur unter dem Vorbehalt verfassungsimmanenter Schranken.[74] Der Idee der freien Verfügbarkeit von Forschungsliteratur müsste daher verfassungsrechtlicher Rang zukommen, um eine Verpflichtung der Wissenschaft rechtfertigen zu können.[75]

---

69 *Fehling* (Fn. 68), S. 179 (191); *Gärditz* (Fn. 67), Rn. 103 sowie Rn. 113; auch dies ist nicht unbestritten geblieben, den Streitstand stellt dar *Schmidt* (Fn. 43), S. 50 ff.; s. zur a.A. *Bäuerle* (Fn. 7), S. 1 (14) sowie *Pernice*, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2004, Art. 5 III Rn. 28.

70 *Peukert* (Fn. 11), S. 19; So wohl auch *Fehling* (Fn. 68), S. 179 (212).

71 A.A., aber ohne nähere Begründung *Krausnick* (Fn. 13), S. 367 (378); undeutlich *Haug* (Fn. 11), S. 89 (92 f.).

72 *Haug* (Fn. 11), S. 89 (93).

73 Vgl. *Steinhauer* (Fn. 43), S. 59.

74 *Gärditz* (Fn. 67), Rn. 151; *Fehling* (Fn. 68), S. 179 (197).

75 Hier nicht vertieft, weil bisher nicht realisiert, wird die Rechtfertigung einer Verpflichtung zur Open-Access-Bereitstellung von Lehrmaterialien; Hierfür kommt

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dafür in Betracht kommt Art. 5 Abs. 3 GG selbst in seiner objektivrechtlichen Dimension.[76] In dieser Dimension schützt die Wissenschaftsfreiheit die Funktionsfähigkeit und Effizienz der Wissenschaft und kann dafür auch Freiheitsbeeinträchtigungen gegenüber den Wissenschaftler*innen legitimieren.[77] Ausprägung der Schutzfunktion ist auch die Förderung der Verbreitung wissenschaftlicher Erkenntnisse.[78] Nicht erforderlich ist es dafür jedoch, dass ohne Zweitverwertungspflicht erhebliche Funktions- und Effizienzeinbußen drohten und die wissenschaftliche Kommunikation über Forschungsergebnisse einzubrechen droht.[79] Auch für die Rechtfertigung von Evaluationspflichten ist nicht etwa erforderlich, dass Lehre nahezu nicht mehr ordnungsgemäß stattfinde, sondern „nur", dass die Qualität der Lehre sichergestellt werden soll.[80] Den freien Fluss forschungsrelevanter Informationen fördernde Maßnahmen können daher auf die objektivrechtliche Dimension der Wissenschaftsfreiheit gestützt werden.[81] Eine Open-Access-Verpflichtung würde die Wissenschaftsfreiheit in Hinblick auf die Zugänglichkeit forschungsrelevanter Publikationen stärken. Denn der Umweg über eine kommerzielle Verlagsveröffentlichung führt sowohl zu zeitlichen und ökonomischen Restriktionen bei der Publikation als auch bei der Rezeption.[82] Maßnahmen zugunsten einer freien Zugänglich-

---

Art. 12 Abs. 1 GG als Grundrecht der Studierenden in Betracht, vgl. *Gärditz* (Fn. 67), Rn. 162; BVerfG, Beschl. v. 17.2.2016, Az.: 1 BvL 8/10 = BVerfGE 141, 143, Rn. 58.

76 *Gärditz* (Fn. 67), Rn. 154; *Fehling* (Fn. 68), S. 179 (197); zurückhaltend hingegen *Krausnick* (Fn. 13), S. 367 (374); ebenso *Sandberger*, Die Zukunft wissenschaftlichen Publizierens, Open Access und Wissenschaftsschranke, Anmerkungen zu den Kontroversen über die Weiterentwicklung des Urheberrechts, OdW 2017, S. 75 (80), abrufbar unter http://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2019/11/11_2017_02_sandberger_die-zukunft-des-wissenschaftlichen-publizierens_odw.pdf.

77 *Haug* (Fn. 11), S. 89 (94); *Gärditz* (Fn. 67), Rn. 154.

78 *Haug* (Fn. 11), S. 89 (93).

79 So aber *Haug* (Fn. 11), S. 89 (94); im Einzelnen ist umstritten, ab wann die objektiv-rechtliche Dimension der Wissenschaftsfreiheit Eingriffe in das Abwehrrecht legitimieren kann; differenzierend *Fehling* (Fn. 68), S. 179 (197).

80 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.2.2016, Az.: 1 BvL 8/10 = BVerfGE 141, 143 Rn. 58; *Gärditz* (Fn. 67), Rn. 155; zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Evaluationspflichten auch zuletzt VGH BW, Urt. v. 19.12.2019, Az.: 9 S 838/18.

81 Dies jedenfalls für Förderbedingungen bejahend *Fehling* (Fn. 68), S. 179 (198); a.A. *Haug* (Fn. 11), S. 89 (93).

82 *Bäuerle* (Fn. 7), S. 1 (11).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keit von Forschungsliteratur können somit auf die objektiv-rechtliche Dimension der Wissenschaftsfreiheit gestützt werden.[83]

Auch das aus der Wissenschaftsfreiheit der anderen Wissenschaftler*innen fließende Recht auf Zugang zu Forschungsergebnissen kann als Verfassungswertung herangezogen werden, die Open-Access-Pflichten zu legitimieren vermag.[84]

Die kollidierenden Verfassungsgüter (also die Wissenschaftsfreiheit im Dreiecksverhältnis Autor*in – andere Wissenschaftler*innen – objektivrechtliche Dimension) sind im Wege praktischer Konkordanz in Ausgleich zu bringen.[85] Fraglich ist dabei insbesondere, ob Open-Access-Zweitverwertungspflichten zum Schutz der Funktionsfähigkeit der Wissenschaft erforderlich und angemessen sind. So wird bezweifelt, ob eine Open-Access-Zweiverwertungspflicht überhaupt nötig sei, da sich der Status quo in den Rechtswissenschaften deutlich von der Situation in anderen Fachbereichen unterscheide: Während etwa in den Naturwissenschaften der Zugang zu Forschungsliteratur aufgrund von Monopolstrukturen als mitunter prekär qualifiziert werden könne,[86] sei in der Rechtswissenschaft bisher die Funktionsfähigkeit gewahrt.[87] Dieser These ist jedoch begründet entgegen getreten worden: Eine Erhebung unter 35 rechtswissenschaftlichen Fachzeitschriften hat ergeben, dass auch in der deutschen Rechtswissenschaft erhebliche und schnelle Steigerungen der Zeitschriftenpreise erfolgt sind.[88] Dies hat auch Auswirkungen auf die Bibliotheksetats, weshalb Bibliotheken durchaus in der Bereitstellung des Zugangs zu Fachliteratur eingeschränkt sind.[89] Als milderes Mittel könnte daher womöglich eine Stärkung der Finanzausstattung der Bibliotheken in Betracht gezogen werden, anstatt einen kostenlosen Zugriff auf Publikationsinhalte zu erlauben. Dass es sich hierbei jedoch um kein gleich intensives Mittel handelt, liegt

83 *Bäuerle* (Fn. 7), S. 1 (10 f.); Vgl. auch *Peukert* (Fn. 11), S. 20.

84 *Steinhauer* (Fn. 43), S. 71 f. spricht hier von „Recherchefreiheit"; Dieses Interesse referenziert auch *Schulze* (Fn. 57), § 48 Rn. 25; *Peukert* (Fn. 11), S. 21; *Bäuerle* (Fn. 7), S. 1 (14), der diese Problematik auf der Ebene des Schutzbereichs der Wissenschaftsfreiheit ansiedelt; a.A. *Schmidt* (Fn. 43), S. 93.

85 Zur praktischen Konkordanz allgemein *Schladebach*, Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip – Eine Verteidigung, Der Staat 2014, 263; für Art. 5 Abs. 3 GG s. *Pernice* (Fn. 69), Art. 5 III Rn. 42; *Schübler-Pfister*, in: Gärditz/Pahlow (Hrsg.), Hochschulerfinderrecht, 2011, Teil 1 Rn. 22.

86 Zahlen finden sich bei *Pflüger/Ertmann* (Fn. 68), S. 436 (437).

87 In diese Richtung für die Rechtswissenschaft *Gärditz* (Fn. 67), Rn. 158 Fn. 9; ebenso *Haug* (Fn. 11), S. 89 (94).

88 *Hamann/Hürlimann*, Open Access – Was soll das?, in: dies. (Fn. 43) S. 3 (22 ff.).

89 *Hamann/Hürlimann* (Fn. 88) S. 3 (29).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auf der Hand, weil auch eine Vollfinanzierung der wissenschaftlichen Bibliotheken es nicht vermag, einen vergleichbar einfachen Zugriff auf Forschungsergebnisse zu ermöglichen, wie es Open Access kann.

In Hinblick auf die Angemessenheit ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Pflicht nur um eine *Zweit*verwertungspflicht handelt. Der Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit wiegt also weniger schwer, als wenn eine Open-Access-Erstveröffentlichungspflicht normiert worden wäre. Für ein nur sehr leichtes Gewicht des Eingriffs spricht zudem, dass von der Zweitverwertungspflicht betroffene Veröffentlichungen zuvor in Closed-Access-Zeitschriften publiziert wurden; hierbei werden in der Regel sämtliche Verwertungsrechte an den Verlag abgetreten. Die von der Zweitverwertungspflicht betroffenen Wissenschaftler*innen hätten also auch ohne die Pflicht gar nicht das Recht, anderweitig über die Zweitverwertung zu disponieren.

Andererseits muss eine Open-Access-Zweitverwertungspflicht aber den berechtigten Interessen der Wissenschaftler*innen Rechnung tragen und darf etwa dann nicht statuiert werden, wenn erstveröffentlichte Erkenntnisse überholt sind oder sich als falsch herausgestellt haben, die Erstpublikation aufgrund gesetzlicher Vorschriften zurückgezogen worden ist oder die Publikation Rechte Dritter verletzt; hierauf nimmt § 4 Abs. 1 der Konstanzer Satzung auch Rücksicht. § 44 Abs. 6 S. 2 LHG BW schafft die Grundlage, um den in der Wissenschaft Tätigen die von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geforderte Mitwirkung bei der Ausgestaltung einer entsprechenden Regelung im Rahmen des Erlasses einer Hochschulsatzung zu ermöglichen.[90] Auch wurden mittlerweile mit den Repositorien der Hochschulen wissenschaftsadäquate Open-Access-Publikationsinfrastrukturen – jedenfalls für Open-Access-Zweitveröffentlichungen – geschaffen.[91]

Damit stellt sich die Open-Access-Zweitverwertungspflicht – jedenfalls in der Ausgestaltung durch die Universität Konstanz im Zusammenspiel

90 Zu den Mitwirkungsrechten vgl. zuletzt BVerfG, Beschl. v. 5.2.2020, Az.: 1 BvR 1586/14 Rn. 16.

91 Diese Forderung, jedoch in Hinblick auf eine Open-Access-Erstpublikationspflicht, formuliert *Peukert* (Fn. 11), S. 23 ff.; als Fachrepositorium in der Rechtswissenschaft fungiert <intR>²Dok[§], erreichbar unter https://intr2dok.vifa-recht.de/content/index.xml; zum Repositorium *Mathieu*, Open Access für die Rechtswissenschaft: Pflicht oder Privatsache? Eine bibliothekarische Perspektive, in: Hamann/Hürlimann (Fn. 43), S. 203.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mit dem baden-württembergischen Gesetzgeber – als gerechtfertigter Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit dar.[92]

c) Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG

Während die Produktion und Publikation von Forschungs- und Lehrmaterialien der Wissenschaftsfreiheit unterfällt, wird deren wirtschaftliche Verwertung überwiegend den Schutzbereichen der Eigentums- und Berufsfreiheit zugeordnet.[93]

Der Urheber genießt den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG.[94] Als Inhalts- und Schrankenbestimmung bedarf die Open-Access-Zweitverwertungspflicht der Rechtfertigung, dies erst Recht, als das Gesetz keinen ausgleichenden Vergütungsanspruch des Urhebers vorsieht.[95] Beschränkungen des Verwertungsrechts können dabei nur durch ein gesteigertes öffentliches Interesse gerechtfertigt werden,[96] das jedoch in Anbetracht des Interesses an bestmöglicher Wissenschaftskommunikation anzunehmen ist.[97] Die Regelung stellt sich auch als verhältnismäßig dar, da bei der Erstveröffentlichung typischerweise bereits über die weitergehenden Verwertungsrechte abschließend disponiert wurde.[98]

Auch in Hinblick auf die Berufsfreiheit ist der Eingriff aufgrund der erleichterten Wissenschaftskommunikation als gerechtfertigt anzusehen.[99]

---

92 Anders stellte sich die Bewertung einer Open-Access-Erstveröffentlichungspflicht dar, weil hierdurch den Wissenschaftler*innen weitreichend auch die Möglichkeit zur freien Disposition über den Ort der Erstveröffentlichung genommen wäre.

93 *Höpfner/Amschewitz* (Fn. 58), S. 2966 (2969); *Bäuerle* (Fn. 7), S. 1 (10); differenzierend hingegen *Gärditz* (Fn. 67), Rn. 90 ff.

94 *Haug* (Fn. 11), S. 89 (94); *Dreier*, in: Dreier/Schulze (Fn. 57), Einleitung Rn. 39; nicht jedoch die Verlage, vgl. *Haug* (Fn. 11), S. 89 (94 f.); ebenso *Höpfner/Amschewitz* (Fn. 58), S. 2966 (2970); *Fehling* (Fn. 68), S. 179 (186); *Peukert* (Fn. 11), S. 16 f.

95 Ein solcher wurde vom BVerfG in der Entscheidung zum Schulbuchprivileg für erforderlich erachtet, s. BVerfG, Beschluß v. 7.7.1971, Az.: 1 BvR 765/66 = BVerfGE 31, 229.

96 *Dreier* (Fn. 94), Rn. 39.

97 *Haug* (Fn. 11), S. 89 (94); a.A. aber *Höpfner/Amschewitz* (Fn. 58), S. 2966 (2970), die eine Vergütungsregelung fordern.

98 I.E. ebenso *Krausnick* (Fn. 13), S. 367 (374); auch eine Open-Access-Erstpublikationspflicht hielte für gerechtfertigt *Peukert* (Fn. 11), S. 30 f.

99 *Haug* (Fn. 11), S. 89 (95); *Höpfner/Amschewitz* (Fn. 58), S. 2966 (2971); *Krausnick* (Fn. 13), S. 367 (375); Anders läge die Sache hingegen im Falle einer Open-Access-Erstveröffentlichungspflicht, weil eine solche den Urhebern die Kommerzialisie-

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

d) Vereinbarkeit mit der Urheberrechtsrichtlinie

Schließlich sind Zweifel an der Vereinbarkeit von Open-Access-Zweitverwertungspflichten mit der europäischen Urheberrechtsrichtlinie[100] angemeldet worden.[101] Dies deshalb, weil die Urheberrechtsrichtlinie in Art. 5 einen abschließenden[102] Schrankenkatalog für Eingriffe in das ausschließliche Recht des Urhebers zur öffentlichen Zugänglichmachung vorsieht. Bezweifelt worden ist, ob Open-Access-Zweitverwertungspflichten von diesem Schrankenkatalog erfasst werden können.[103] Nach Art. 5 Abs. 3 lit. a der Richtlinie können die Mitgliedstaaten Ausnahmen oder Beschränkungen für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung zulassen, sofern die Quelle, einschließlich des Namens des Urhebers angegeben wird und soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist. Genau hierum handelt es sich im Falle der Zweitverwertungspflicht, wenn bereits publizierte Artikel auf universitätseigenen Repositorien online gestellt werden.[104] Auch den weiterhin nach Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie erforderlichen „Dreistufentest" besteht die Open-Access-Zweitverwertungspflicht, weil sie legitime Zwecke verfolgt, weder die normale Verwertung des Werkes beeinträchtigt, noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers ungebührlich beeinträchtigt werden. § 38 Abs. 4 UrhG sieht ja bereits jetzt schon ein Zweitveröffentlichungsrecht vor, sodass verlagsseitige Verwertungsrechte nicht tangiert sind.[105] Auch eine ungebührliche Beeinträchtigung der Interessen des Rechtsinhabers ist nicht festzustellen, insofern kann auf die Erwägungen zur Angemessenheit der Grundrechtsbeein-

---

rung der Publikation gänzlich unmöglich machen würde; a.A. aber *Peukert* (Fn. 11), S. 30; erforderlich wäre dann zumindest eine Vergütungsregelung wie etwa in § 42 Nr. 4 ArbnErfG.

100 RL 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte der Informationsgesellschaft.

101 *Haug* (Fn. 11), S. 89 (91 f.); im Ergebnis auch, aber differenzierender *Höpfner/Amschewitz* (Fn. 58), S. 2966 (2971 ff.); zu den grundfreiheitlichen Implikationen näher *Krausnick* (Fn. 13), S. 367 (371 ff.).

102 S. Erwägungsgrund 32 der Richtlinie.

103 Es wurde schon in Hinblick auf § 38 Abs. 4 UrhG diskutiert, ob es sich hierbei um einen Verstoß gegen die Schrankenregelung handele; dies lehnen richtigerweise ab *Höpfner/Amschewitz* (Fn. 58), S. 2966 (2972).

104 Zweifel in Hinblick auf die Ausschließlichkeit der wissenschaftlichen Zweckrichtung verfangen nicht, so überzeugend *Höpfner/Amschewitz* (Fn. 58), S. 2966 (2972).

105 Anders, dabei aber diesen Aspekt unberücksichtigt lassend *Höpfner/Amschewitz* (Fn. 58), S. 2966 (2972).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

trächtigung verwiesen werden.[106] Ein Verstoß gegen die Urheberrechtsrichtlinie scheidet damit ebenfalls aus.

2. *Förderung*

Auch wenn Open-Access-Zweitverwertungspflichten demnach aus verfassungs- und unionsrechtlicher Sicht als zulässig zu bewerten sind, sollte die Öffnung der Rechtswissenschaft keine erzwungene sein, sondern auf die freie Entscheidung der Wissenschaftler*innen zurückgeführt werden.[107] Um einen Kulturwandel zu erreichen, sollte die Politik dafür das Anreizinstrumentarium effektivieren und die Wissenschaftsförderung gezielter als bisher dazu nutzen, um ihrem Interesse an einer Öffnung der Rechtswissenschaft Gewicht zu verleihen. Forschungsförderung an die Bedingung einer Open-Access-Publikation der Forschungsergebnisse und an das Forschungsprojekt begleitende Wissenschaftskommunikation zu knüpfen,[108] wird auf weitaus größere Einsicht der Rechtswissenschaftler*innen stoßen und kommt auch weitgehend ohne Konfliktlage zu grundrechtlichen Verbürgungen aus.[109]

Dafür reichen die bisherigen Bemühungen jedoch nicht. Mittlerweile haben die Hochschulen zwar von der DFG geförderte[110] Open-Access-Förderfonds aufgesetzt, aus denen nicht nur Publikationsgebühren für Open-Access-Zeitschriftenartikel, sondern teilweise auch die Kosten für Open-Access-Monographien erstattet werden können.[111] Indes widersprechen die Förderbedingungen den in der Rechtswissenschaft etablierten Fachkulturen und finden daher nur wenig Interesse: So fließen die Fördergelder vollständig den Verlagen zu, während die Wissenschaftler*innen leer ausge-

---

106 Anders wiederum *Höpfner/Amschewitz* (Fn. 58), S. 2966 (2972 f.), die die Zahlung einer angemessenen Vergütung an den Urheber für erforderlich erachten.

107 So auch *Steinhauer* (Fn. 43), S. 48.

108 Förderung ebenfalls befürwortend *Sandberger* (Fn. 76), S. 75 (80); Weitere Anreizinstrumente finden sich bei *Schmidt* (Fn. 43), S. 249.

109 Eine grundrechtliche Bindung privater Forschungsförderer scheidet aus, vgl. umfassend zu dieser Frage *Fehling* (Fn. 68), S. 179; *Schmidt* (Fn. 43), S. 119 ff. sowie 249 f.; vgl. auch *Gärditz* (Fn. 67), Rn. 104 sowie *Steinhauer* (Fn. 43), S. 73 ff.

110 Förderprogramm „Open Access Publizieren“, https://www.dfg.de/foerderung/programme/infrastruktur/lis/lis_foerderangebote/open_access/.

111 So ko-finanziert bspw. die Freie Universität Berlin nunmehr in einer Pilotphase auch Publikationskosten für Open-Access-Monographien und -Sammelbände; nähere Informationen unter https://www.fu-berlin.de/sites/open_access/finanzierung/monogr-sammelbaende/index.html.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hen. Auch eine Förderung von Open-Access-Veröffentlichungen in etablierten Closed-Access-Zeitschriften wird häufig ausgeschlossen, was der Reputationskultur in der Rechtswissenschaft zuwiderläuft.[112]

Auch die Drittmittelforschung wird bisher nicht vollständig von Open-Access-Veröffentlichungspflichten abhängig gemacht.[113] Die DFG etwa fordert dies zwar, zwingt aber nicht dazu.[114] Öffentliche Fördermittel für OER-Projekte sind zudem rar.[115]

3. Freiwilligkeit

Wen abseits von Kommerzialisierungsinteressen die Idee einer offenen Wissenschaft überzeugt und wer einen Beitrag zur Idee global verfügbaren, frei zugänglichen Wissens beisteuern will, kann auch heute schon ganz einfach seinen Beitrag leisten.

Aufsatzpublikationen werden sich künftig auch reputationsfördernd in Open-Access-Zeitschriften unterbringen lassen.[116] Wer bisher in Closed-Access-Journalen veröffentlicht und davon erst einmal nicht absehen möchte, kann bis dahin seine Aufsätze auf dem grünen Weg der Allgemeinheit zur Verfügung stellen. Zeitschriftenaufsätze dürfen im Rahmen der Regelung des § 38 Abs. 4 UrhG[117] nach einer Embargofrist von einem Jahr Open Access zugänglich gemacht werden. Die Erfahrungen des Autors dieses Beitrags zeigen, dass die Zeitschriften häufig damit einverstanden sind, dafür auch die gesetzte Manuskriptversion zur Verfügung zu stellen. Die Datei lässt sich einfach auf einem universitätseigenen Repositori-

---

112 Auch wenn die Kritik am „double dipping" bei sog. hybriden Open-Access-Modellen durchaus berechtigt sein mag, vgl. hierzu näher *Mittermaier*, Double Dipping beim Hybrid Open Access – Chimäre oder Realität?, Informationspraxis Bd. 1, Nr. 1 (2015), 1, abrufbar unter http://dx.doi.org/10.11588/ip.2015.1.18274.

113 Zwangsmodelle sind bereits auf europäischer Ebene im Rahmen des Förderprogramms Horizon 2020 (s. bereits Fn. 29 sowie https://www.horizont2020.de/einstieg-open-access.htm) realisiert.

114 DFG-Vordruck 2.00 – 12/15, S. 44, abrufbar unter https://www.dfg.de/formulare/2_00/v/dfg_2_00_de_v1215.pdf.

115 *Wikimedia Deutschland e.V.* (Hrsg.) (Fn. 20), S. 60; alternative Finanzierungsformen wie Crowd-Sourcing könnten eine Alternative darstellen, vgl. *Deimann/Neumann/Muuß-Merholz* (Fn. 16), S. 35.

116 *Hamann/Hürlimann* (Fn. 88), S. 3 (13).

117 Vor Erlass der Norm wurde intensiv um die Zulässigkeit dieser als Recht ausgestalteten Regelung gerungen; s. dazu *Krausnick* (Fn. 13), S. 367 (376 ff.); *Fehling* (Fn. 68), S. 179 (183 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

um hochladen und ist dann – auf dem sog. grünen Weg – Open Access verfügbar.

Dissertationen und andere Monographien müssen nicht im Verlag, sondern können auch auf den universitären Repositorien kostenlos Open Access veröffentlicht werden. Für alle, die auf eine Verlagsveröffentlichung aus Reputationsgründen nicht verzichten können, bieten immer mehr Verlage auch Open-Access-Modelle an. Die damit häufig verbundenen höheren Kosten werden durch eine umfassende Sichtbarkeit der eigenen Forschung ausgeglichen.[118]

In Hinblick auf Lehrmaterialien stellen alle mit Lehraufgaben Betrauten auch heute schon sehr viel Material kostenlos zur Verfügung. Über eine offene Lizenzierung und einen Upload außerhalb der geschlossenen Lernplattformen der Universitäten könnten diese einem weit größeren Nutzerkreis zur Verfügung gestellt werden.

III. Fazit

Die Digitalisierung öffnet einen Weg, in der all unser Wissen frei im digitalen Raum verfügbar sein könnte. Ob wir diesen Weg gehen oder Wissen weiter hinter Bezahlschranken verstecken wollen, liegt in der Hand eines jeden von uns. Nehmen wir also mit *Kant* den Ausgang aus der selbstverschuldeten Unmündigkeit[119] und entscheiden künftig bewusst darüber, wie wir Forschungsergebnisse und Lehrmaterialien veröffentlichen möchten. Dass in der Rechtswissenschaft bisher wenig von den Möglichkeiten öffentlicher Forschung und Lehre Gebrauch gemacht wird, hat Gründe, die nicht durch Zwangssysteme überspielt, sondern im konstruktiven Dialog mit der Politik beseitigt werden sollten. Gleichzeitig sollten wir uns nicht hinter vorgeschobenen Gründen verstecken, sondern bewusst mit den Potentialen einer öffentlichen Rechtswissenschaft auseinandersetzen und von den schon heute bestehenden Möglichkeiten mutiger Gebrauch machen.

---

118 S. *Steinhauer*, Zur Sichtbarkeit und Verbreitung rechtswissenschaftlicher Dissertationen, in: Hamann/Hürlimann (Fn. 43), S. 31.

119 *Kant*, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung, Berlinische Monatsschrift, Dezember 1784, S. 481, abrufbar unter http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/kant_aufklaerung_1784.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Grundrechte im digitalen Zeitalter

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Recht auf Ineffizienz – Eine Untersuchung des Verhältnisses von Grundrechten zur Effizienz

Alice Regina Bertram

Dieser Beitrag beleuchtet das Spannungsverhältnis von Effizienz und Grundrechten. Dazu wird der Begriff Effizienz im Recht und seine Operationalisierung anhand von Arbeiten zur ökonomischen Analyse des Rechts nachvollzogen. Die Ergebnisse der Betrachtung werden dann dazu genutzt, Effizienz grundrechtlich zu untersuchen – ist Effizienz ein Argument, das grundrechtlich geschützt ist? Können Grundrechte womöglich gar der Maxime Effizienz untergeordnet werden? Inwieweit strukturiert sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung nach dem Gebot der Effizienz? Die Antworten, die auf diese Frage gefunden werden, führen abschließend zu der Erwägung, ob Grundrechte ihrer Struktur nach ein Recht auf Ineffizienz gewähren.

I. Einleitung – Digitalisierung und das Versprechen der Effizienz

Ausgangspunkt für diesen Beitrag ist eine Beobachtung: Wenn wir über Digitalisierung[1] sprechen, sprechen wir regelmäßig darüber, dass digitale Veränderungen unser Leben und Arbeiten *effizienter* gestalten. Dies gilt für den Bereich staatlichen Handelns ebenso wie für den privaten Bereich. So ist es immer die Effizienz, die als Argument für tiefgreifende, digitale Veränderungen angeführt wird. Für den digitalen Staat spricht die Effizienz

1 Trennschärfer als der Begriff *Digitalisierung* sind die Begriffe der dritten bzw. vierten industriellen Revolution. Die vierte industrielle Revolution, in der wir uns gegenwärtig befinden, baut auf der dritten, digitalen Revolution auf und begann etwa um das Jahr 2000. Konstituierend sind mobiles und allgegenwärtiges Internet, kleinere, leistungsstärkere und gleichzeitig günstigere Sensoren sowie künstliche Intelligenz und maschinelles Lernen. Vorangetrieben wird die vierte industrielle Revolution durch Technologien wie selbstfahrende Autos, 3D-Druck, das Internet der Dinge und synthetische Biologie. Als Digitalisierung wurden hingegen bereits die Technologien der dritten industriellen Revolution bezeichnet, die in den 1960ern begann und für die Halbleiertechnologien, der PC und das Internet prägend waren. Vgl. *Schwab*, The Fourth Industrial Revolution, 2016, S. 7, 14 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

seiner Verwaltung.[2] Für die Industrie 4.0 spricht die Effizienz, die durch sog. cyberphysische Systeme erreicht wird, die virtuelle und reale Prozesse miteinander verschmelzen.[3] Kaum ein Beitrag zur Digitalisierung inner- oder außerhalb der Rechtswissenschaft spricht nicht auch von den Potentialen der Digitalisierung zur Effizienzsteigerung, die ein Teil dessen ausmachen, was oft als „Digitalisierung als Chance"[4] bezeichnet wird.

Effizienz tritt damit selbst an die Stelle des Ziels und Zwecks. Und dass, obwohl der Begriff der Effizienz eigentlich ein Relationsbegriff ist. Als solcher beschreibt Effizienz nur das Verhältnis von Mittel zu Zweck, gerade aber nicht den Zweck selbst. Damit verdeckt das Argument Effizienz in der Digitalisierungsdebatte den tatsächlichen Zweck eines Digitalisierungsprozesses. Unbeantwortet bleiben Fragen wie: Soll Geld gespart werden oder Zeit? Geht es darum, den Arbeitsprozess zu optimieren unter Beibehaltung bisheriger Ergebnisse, oder soll bei gleichbleibendem Mitteleinsatz das Output vergrößert werden? Woran wird gespart und wem kommt das zu Gute?

Effizienz ist also kein schlechtes, aber ein überaus ungenaues Argument. Trotzdem wird Effizienz oft ohne Konkretisierung für die Digitalisierung ins Feld geführt. Wer unbesehen Effizienz als etwas Gutes bewertet, mag darüber die eigentlichen Vor- und Nachteile einer Effizienzsteigerung aus dem Blick verlieren. Problematisch ist das insbesondere im Recht, wo Genauigkeit unerlässlich ist. Aus diesem Grund untersucht dieser Beitrag Effizienz zunächst als allgemeinen Begriff und seine bisherige Verwendung im Recht (II.) und dann als Argument und Strukturelement und Schutzgegenstand in der grundrechtlichen Prüfung (III.).

II. Der Begriff Effizienz und seine Verwendung im Recht

Den Begriff Effizienz in seiner Verwendung im Recht zu bestimmen, ist kein ganz einfaches Unterfangen. Der Begriff wurde im rechtswissenschaftlichen Diskurs bereits mit einer Vielzahl unterschiedlicher Bedeutungen

---

2 *Bull*, ZRP 2015, 98 (98); *Guggenberger*, NVwZ 2019, 844 (846). S. a. insb. zum predictive policing: *Härtel*, LKV 2019, 49 (54).

3 BMAS, Arbeiten 4.0 - Weißbuch, 2017, S. 200.

4 Beispielsweise im Rahmen der Einführung der elektronischen Patientenakte, s. DVG – Gesetzesentwurf, BT-Drs. 19/13438 v. 23. September 2019, S. 1, 36, 38; DVG – Beschlussempfehlung, BT-Drs. 19/14867 v. 06. November 2019, insb. Fraktionsmeinungen, S. 87 – fast jede Fraktion greift den Ausdruck „Digitalisierung als Chance" auf.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

belegt.[5] Als gemeinsamer Wesenskern kann das Folgende festgehalten werden: „Wenn Juristen von ‚Effizienz' sprechen, dann meinen sie damit in der Regel, daß mit einem gegebenen Aufwand ein bestimmtes Ziel in möglichst hohem Maße erfüllt wird."[6] Dieses Verständnis entspricht dem aus der Ökonomik übernommenen Prinzip der Wirtschaftlichkeit. Es umfasst zunächst nur eine Zweck/Mittel-Relation, wobei das eigentlich verfolgte Ziel nicht genauer spezifiziert werden muss.[7]

Genauer zu betrachten ist an dieser Stelle die ökonomische Analyse des Rechts. Denn hier erfolgte die bislang intensivste Auseinandersetzung mit dem Begriff der Effizienz im rechtswissenschaftlichen Diskurs. Auf eine Auseinandersetzung mit den durch Effizienzsteigerung verfolgten Zielen wird in der ökonomischen Analyse des Rechts verzichtet. Stattdessen wird der Begriff „Effizienz" zum sog. *wohlfahrtsökonomischen* Effizienzbegriff weiterentwickelt. Als solcher emanzipiert er sich von der Notwendigkeit einer Zielbindung. Um dies abzubilden, könnte in der obigen Beschreibung von Effizienz „ein bestimmtes Ziel" durch „ein beliebiges Ziel" ersetzt werden. Der wohlfahrtsökonomische Effizienzbegriff beschreibt nicht länger die Zweck/Mittel-Relation, sondern ist zum Selbstzweck geworden. Ziel ist die Effizienzsteigerung oder, in begrifflicher Anleihe an die utilitaristischen[8] Wurzeln der ökonomischen Analyse des Rechts, die *Nutzen*maximierung. Der wohlfahrtsökonomische Effizienzbegriff hat in der ökonomischen Analyse des Rechts zweierlei Funktionen. Zum einen eine deskriptive, wenn Effizienz als Maßstab zur Untersuchung von Recht verwendet wird. Zum anderen eine normative, wenn Effizienz als rechtspolitisches Ziel aufgefasst wird, das es anzustreben gilt.[9] Für Vertreter*innen der ökonomischen Analyse des Rechts ist Effizienz daher nicht nur ein rechtspolitisches Ziel neben anderen, sondern ein Konzept, das dem gesamten Recht überzuordnen ist.[10]

---

5 *Martini* beschreibt die Begriffsverwirrung als babylonisch, *ders*., Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, 2008, S. 199. S. *ebed.* zu unterschiedlichen Begriffsdeutungen.

6 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl. 1998, S. 55.

7 *Eidenmüller* gibt in seiner Dissertation kreative Beispiele für mögliche Ziele: Die Kolonialisierung des Mars, die Erhaltung des Weltfriedens, das Führen eines Kriegs, *ders.* Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl. 1998, S. 55.

8 Von lat. *utilis*: nützlich.

9 *Eidenmüller* bewertet Effizienz als übergeordneten, normativen Wert im Ergebnis seiner umfassenden Untersuchung als problematisch, *ders.* Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl. 1998, S. 489.

10 Vgl. insb. *Posner*, der das Effizienz-Kriterium zum Reichtumsmaximierungsprinzip weiterentwickelt hat, und feststellt: „I continue to believe that wealth maxi-

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Doch wie ist zu bewerten, wann eine Effizienzsteigerung vorliegt – wann Nutzen maximiert ist? Regelhaft wird zu diesem Zweck in der ökonomischen Analyse des Rechts auf zwei ökonomische Konzepte zurückgegriffen: die Pareto-Effizienz[11] und das Kaldor-Hicks-Kriterium[12].

1. *Pareto-Effizienz und das Kaldor-Hicks-Kriterium*

Eine Verteilung von Ressourcen ist dann pareto-optimal, wenn keine pareto-superiore Veränderung mehr möglich ist. Pareto-superior ist eine Veränderung, die eine Person besserstellt, ohne irgendeine andere Person schlechter zu stellen. Das Pareto-Prinzip ermöglicht, festzustellen, ob eine Ressourcen-Verteilung besser oder schlechter ist, ohne den Nutzen, den eine Ressource für eine Person hat, zu bewerten. Allein die Qualität der Veränderung (positiv, negativ, neutral) muss erfasst werden. D. h. die Pareto-Effizienz ist maßstabsunabhängig.

Als normatives Kriterium ist die Pareto-Effizienz jedoch wenig geeignet: Da jede Schlechterstellung verboten ist, bleiben faktisch nur sehr wenige Situationen, die pareto-effizient sind. So kann keine Veränderung pareto-effizient sein, durch die in Grundrechte eingegriffen wird, auch wenn der Eingriff gerechtfertigt ist. Dieser Schwäche begegnet das Kaldor-Hicks-Kriterium, das, anders als die Pareto-Effizienz, auch Aussagen über die Effizienz von Veränderungen ermöglicht, die einzelne Personen schlechterstellen. Effizient i. S. des Kaldor-Hicks-Kriteriums sind Umverteilungen, bei denen die Verluste der Schlechtergestellten vollständig durch die Gewinne der Bessergestellten kompensiert werden könnten. Würde die Kompensation auch tatsächlich geleistet, wäre die Umverteilung dann pareto-effizient. Aus diesem Grund lässt sich das Kaldor-Hicks-Kriterium auch als potentielle Pareto-Effizienz verstehen.

---

mization should guide public policy in all spheres.“, *ders.*, Hofstra Law Review 9 (1981), 775 (780). S. zu weiteren Vertreter*innen der Auffassung, dass Recht der Maxime der Effizienz unterzuordnen ist, die Beschreibung bei *Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, 2008, S. 166.

11 Nach Vilfredo Pareto, vgl. zur Pareto-Effizienz in der Rechtswissenschaft: *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 2. Aufl. 2006, S. 48 ff.; knapp: *Martini,* Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, 2008, S. 190 ff.

12 Nach Nicholas Kaldor und John R. Hicks, vgl. zum Kaldor-Hicks-Kriterium in der Rechtswissenschaft: *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 2. Aufl. 2006, S. 56 ff.; knapp: *Martini,* Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, 2008, S. 192 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Im Vergleich zum Pareto-Prinzip geht dem Kaldor-Hicks-Kriterium jedoch ein entscheidender Vorteil verloren: Während es zur Bestimmung der Pareto-Effizienz nicht notwendig ist, eine Bewertung des Nutzens einer Ressource für eine Person vorzunehmen, kann eine Aussage nach dem Kaldor-Hicks-Kriterium nicht ohne eine solche Bewertung getroffen werden. Es ist notwendig, den Nutzen der Besser- und Schlechtergestellten zu quantifizieren, um ihn zueinander ins Verhältnis setzen zu können. Die Bewertung nach dem Kaldor-Hicks-Kriterium ist, anders als die Pareto-Effizienz, maßstabsabhängig. Konnte für die Beurteilung der Pareto-Effizienz noch materieller wie immaterieller Nutzen berücksichtigt werden, d. h. Zeit, Geld, Wissen, Gesundheit, usw., darf es für die Bewertung nach dem Kaldor-Hicks-Kriterium nur einen einzigen, einheitlichen Maßstab geben. Ein solcher Maßstab ist i. d. R. die Abbildung des Nutzens in Geldwerten. Dies birgt hinsichtlich anderer Ressourcen, wie beispielsweise der Ressource Zeit, Ungenauigkeiten, da sich diese nicht eindeutig in Geldwerten abbilden lassen.

2. *Die Unterordnung des Rechts unter das Effizienzprinzip*

Für die Verknüpfung der bis hierhin besprochenen Effizienztheorien mit dem Recht war ein Artikel von *Ronald H. Coase* entscheidend.[13] Er arbeitete aus ökonomischer Sicht heraus, dass übertragbare alternative Rechtspositionen keinen Einfluss auf eine effiziente Ressourcenverteilung haben, solange die Transaktionskosten, d. h. die Kosten für Vertragsabschluss und -durchführung, bei Null bleiben. Legt man das sog. *Coase-Theorem* zu Grunde, folgt, dass das Recht nicht, wie bis dahin angenommen, Rahmenbedingungen für den Markt schafft. Vielmehr handelt es sich auch bei Rechten selbst um übertragbare Positionen. Auch Rechte werden durch private Verhandlungen am Markt so effizient wie möglich verteilt.[14] Die Überlegung von *Coase* ist für das Verhältnis von Recht und Effizienz entscheidend, da sie Recht als den Marktmechanismen unterworfen begreift. Daraus folgt, dass auch Recht der Maxime der Effizienz, der der Markt folgt, unterzuordnen ist. *Coase* lieferte damit das entscheidende Argument,

---

13 *Coase*, Journal of Law and Economics, Bd. 3 (1960), 1 ff.

14 Auf diesem Gedanken baut bspw. der Emissionszertifikatshandel auf. Durch den Emmissionszertifikatshandel soll das Recht, CO_2 emittieren zu dürfen, möglichst effizient verteilt werden. S. zur genaueren Analyse des Emissionszertifikatshandels unter der Berücksichtigung von Coase, *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 2. Aufl. 2006, S. 83 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

das Effizienz nicht zu einem Argument im Recht unter vielen macht, sondern zum entscheidenden Maßstab.

3. *Das Reichtumsmaximierungsprinzip*

Der Jurist und wohl prominenteste Vertreter der sog. Chicago School, der Wiege der ökonomischen Analyse des Rechts, *Richard Posner*, nutzte das Coase-Theorem, um die Allokation von Rechten der Maxime der Effizienz in einer neuen Form zu unterwerfen. Wenn unter der Annahme von Transaktionskosten von Null, Rechte, die dem Markt überlassen werden, am effizientesten allokiert werden, dann solle, so *Posner*, eine Rechtsposition immer der Person mit der höchsten *willigness to pay* zugeordnet werden.[15] Maßstab für das Recht und seine Beurteilung solle nicht mehr ein allgemeines Effizienzprinzip sein. Denn diesem könne der Vorwurf gemacht werden, dass Nutzen auch *gegen den Willen* Einzelner maximiert wird. Das Handeln am Markt berücksichtige hingegen auch immer den freien Willen jeder Person. Entsprechend solle an die Stelle der Maxime der Effizienz die Maxime der Reichtumsmaximierung treten. *Posner* sucht in diesem Ansatz die traditionell gegenläufigen Konzepte des Nutzens (Utilitarismus) und der auf dem freien Willen aufbauenden Autonomie (Liberalismus) miteinander zu vereinen. Die Entscheidung, einen Preis zu zahlen, diene beidem, da sie sich zum einen auf die freie Betätigung des Willens stütze und zum anderen im Preis abbilde, welcher Nutzen einem Gut zuzuordnen ist.[16]

Zu Recht kritisiert *Jules L. Coleman* das Reichtungsmaximierungsprinzip *Posners.* Eine Synthese von Utilitarismus und Liberalismus gelänge durch das Reichtumsmaximierungsprinzip gerade nicht. Vielmehr stelle das Reichtumsmaximierungsprinzip nur eine alternative Begründung dafür da, Effizienz zu verfolgen:[17] Durch die Reichtumsmaximierung wird der diffuse Begriff des Nutzens durch den Geldwert ersetzt. Geld sei schlicht der Maßstab, der dem Pareto-Prinzip oder Kaldor-Hicks-Kriterium zu Grunde gelegt werde, um Zustände miteinander vergleichen zu können und Aussagen über Effizienz zu treffen.[18]

---

15 *Posner*, Journal of Legal Studies 8 (1979), 103 (126).

16 *Posner*, Hofstra Law Review Vol. 8 (1979/1980), 187 (187, 196).

17 Vgl. *Coleman*, Hofstra Law Review Vol. 8 (1979/1980), 509 (523): „Wealth maximization is not an efficiency criterion; it is an alternative to the utilitarian basis for justifying the pursuit of efficiency."

18 *Coleman*, Hofstra Law Review Vol. 8 (1979/1980), 509 (521 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Unter Berücksichtigung der bereits oben angeführten Kritik, dass das Kaldor-Hicks-Kriterium von einem einheitlichen, quantifizierbaren Maßstab abhängig ist, schrumpft das Reichtumsmaximierungsprinzip auf eine bloße Festlegung des Maßstabs. *Posner* verlagert den Vergleichsmaßstab Geld lediglich vor und macht ihn zum Teil seiner Theorie. Die Kritik an der Maßstababhängigkeit des Kaldor-Hicks-Prinzips bleibt erhalten, denn einige Formen des Nutzens lassen sich in Geldwerten nur sehr ungenau abbilden.

4. Zwischenergebnis

Effizienz kann losgelöst von dem durch sie verfolgten Ziel betrachtet werden. Operationalisiert man dieses Verständnis der Effizienz, so zeigt sich, dass – zumindest wenn auch die Schlechterstellung Einzelner in die Bewertung einfließen soll – ein einheitlicher Bewertungsmaßstab zu Grunde gelegt werden muss. D. h., dass ein isoliert vom Ziel gedachter Effizienzbegriff immer auf eine einzige, quantifizierbare Ressource als Vergleichsmaßstab festgelegt ist. Die zu Grunde gelegte Ressource ist in der Regel Geld, so dass andere Ressourcen wie beispielsweise Zeit nicht unmittelbar berücksichtigt werden können, weil sie sich nicht reibungslos in Geldwerte übersetzen lassen. Für Bereiche des Rechts, die sich primär mit der Zuordnung von Vermögenspositionen befassen, ist dies nicht problematisch. So konnte die ökonomische Analyse des Rechts, die das Recht der Maxime der Effizienz unterwirft, insbesondere im Zivilrecht weitverbreitete Anwendung finden.[19]

III. Effizienz als grundrechtliches Argument

1. Effizienz als grundrechtliche Maxime

Mit Blick auf die Grundrechte stellt sich nun die Frage, ob Effizienz auch hier eine Maxime sein kann. Versuche, den größten Nutzen in Form der Reichtumsmaximierung und anderen Formen als gesellschaftliches Leitprinzip zu etablieren, wurden jedoch bereits früh kritisiert. Schon die utili-

19 Vgl. für das deutsche Recht etwa das Lehrbuch *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

taristische Maxime[20], Nutzen verstanden als das größte Glück der größten (An-)Zahl (Menschen) zu maximieren, stellte *John Stuart Mill* in Frage. Sie beinhalte die Gefahr der Diktatur der vielen über die wenigen.[21] Maßnahmen, die vielen helfen und wenigen schaden, können den Gesamtnutzen maximieren – zu Lasten von Minderheiten. Ein Beispiel gibt *Ronald Dworkin*: „Suppose radical bigots are so numerous and so sadistic that torturing an innocent black man would improve the overall happiness in the community as a whole. Would this justify the torture?"[22]

In Bezug auf *Posners* Reichtumsmaximierungsprinzip führt die Kritik hinsichtlich der dadurch legitimierten Machtgefälle weiter: Wird Geld zum Maßstab, kommt es zu einer Diktatur der Reichen über die Armen. Denn die Zahlungsbereitschaft der Armen für Gegenstände oder Rechtspositionen ist den engen Grenzen des Möglichen unterworfen. Legte man das Reichtumsmaximierungsprinzip zu Grunde, würde dies nichtmehr eine Diktatur der vielen über die wenigen bedeuten, sondern eine Diktatur des Geldes, auch dann, wenn dies nur einen sehr kleinen Personenkreis profitieren ließe.

Mit den Grundrechten als unveräußerlichen Rechten jedes Menschen ist die Zuteilung von Rechten nach individuellem Nutzen oder nach Geld nicht vereinbar.[23] Während die Pareto-Effizienz noch ausschließt, dass Einzelne schlechter gestellt werden, stellen die Fortentwicklungen die Rechte Einzelner zur Disposition der Mehrheit (Kaldor-Hicks-Kriterium) oder der Reichen (Reichtumsmaximierungsprinzip). Nach utilitaristischen Grundsätzen wäre ein Grundrecht immer dann zu veräußern, wenn damit dem Nutzen der Allgemeinheit gedient ist. Nach dem Reichtumsmaximierungsprinzip ist dies sogar schon dann der Fall, wenn eine andere Person eine höhere Zahlungsbereitschaft für das Recht hat.[24] Voraussetzungslos

---

20 Die zentrale Figur des Utilitarismus, wenngleich nicht sein Urheber, ist *Jeremy Bentham*, insb. mit seinem Hauptwerk: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation. Vgl. überblicksartig zum Utilitarismus: *Mathis,* Effizienz statt Gerechtigkeit?, 2. Aufl. 2006, S. 125 ff.

21 Vgl. *Mill*, Utilitarism and On Liberty, 1861, hrsg. v. Warnock, 2. Aufl. 2003, S. 186: „Protection therefore against the tyranny of the magistrate is not enough: there needs to be protection also against the tyranny of the prevailing opinion and feeling."

22 *Dworkin*, Law's Empire, 1986, S. 290.

23 Zu diesem Ergebnis komm auch *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 2. Aufl. 2006, S. 141 ff.

24 Eine Theorie, die dieser Schwäche des im anglo-amerikanischen Raum weit verbreiteten Utilitarismus begegnet, ist *John Rawls* Gerechtigkeitstheorie, vgl. sein Hauptwerk: A Theory of Justice, 1971.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

garantierte Grundrechte können einer solchen Verteilung nicht unterworfen werfen, ohne dass sie ihren Charakter als Grundrechte verlören. Folglich entziehen sie sich der Unterwerfung unter die Maxime der Effizienz. Effizienz kann in der grundrechtlichen Argumentation daher (wenn überhaupt) nur ein Argument unter vielen und kein übergeordnetes Konzept sein.[25] Im Folgenden ist daher zu untersuchen, inwieweit Effizienz als ein Handlungsziel grundrechtlich geschützt ist.

2. *Effizienz als grundrechtlich geschütztes Ziel*

Wenngleich Effizienz nicht als Prinzip den Grundrechten übergeordnet werden kann, so könnte man doch vermuten, dass Effizienz zumindest als ein Handlungsziel grundrechtlich geschützt ist. Dies könnte aus dem Grund angezweifelt werden, dass Effizienz, wie bereits diskutiert, nur die Zweck/Mittel-Relation beschreibt, ohne den eigentlich verfolgten Zweck zu benennen. Vereinbar ist der Schutz von Effizienz daher nur mit einer grundrechtlichen Theorie, die nicht an die Bewertung des Zwecks einer Handlung anknüpft. Dies entspricht der liberalen (bürgerlich-rechtsstaatlichen) Grundrechtstheorie. Diese beschreibt *Ernst-Wolfgang Böckenförde* in seiner Charakterisierung unterschiedlicher Grundrechtstheorien als Gewährleistung von vor-staatlicher Freiheit als „Freiheit *schlechthin*, nicht Freiheit zu bestimmten Zielen oder Zwecken".[26] Nach diesem Grundrechtsverständnis ist der Staat gehalten, gerade keine Bewertung der Handlungsziele geschützter Freiheiten vorzunehmen.

In Bezug auf das Grundgesetz besteht jedoch Konsens, dass dieses keinem rein liberalen Freiheitsverständnis folgt. Entgegen einer verbreiteten Annahme, hat es auch in den Anfangsjahren des Grundgesetzes kein solches Grundrechtsverständnis gegeben. Während häufig erst das Lüth-Urteil[27] aus dem Jahr 1958 als wegweisend für die Integration des objektiven Grundrechtsverständnisses in die Grundrechtsdogmatik verstanden wurde,

---

25 So i. E. auch, allerdings übergreifend für die Rechtswissenschaft und nicht nur für das Verfassungsrecht, *Eidenmüller,* Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl. 1998, S. 321. Zur Untersuchung der verfassungsrechtlichen Verankerung der Effizienz im Allgemeinen s. *Martini,* Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, 2008, S. 197 ff. (i. E. stellt er keine Verankerung des Effizienzprinzips im Grundgesetz fest) und *Leisner*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1971, S. 25 (i. E. bewertet er die Verfassung als effizienzneutral).

26 *Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1530), Hervorhebung im Original.

27 BVerfGE 7, 198 = BVerfG, Urt. v. 15. Januar 1958 – 1 BvR 400/51 – Lüth-Urteil.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bestätigte das BVerfG darin tatsächlich nur ein damals bereits weit verbreitetes Grundrechtsverständnis.[28] Die objektive Dimension der Grundrechte,[29] die eine inhaltliche Beschreibung geschützter Freiheiten voraussetzt, steht neben der subjektiven, die im liberalen Freiheitsverständnis jedes vorstaatliche Tun schützt, ohne es näher beschreiben zu müssen. Das bis heute vorherrschende Grundrechtsverständnis versteht den grundrechtlichen Schutz als ein Nebeneinander von subjektivem und objektivem Freiheitsschutz.[30] Objektiver Freiheitschutz zielt nicht auf „eine Freiheit schlechthin, sondern eine „Freiheit um zu".[31]

Während im Einzelfall in einer rein abwehrrechtlich und vom liberalen Freiheitsverständnis vollständig erfassten Konstellation der Schutz der Effizienz an sich denkbar ist, verlangt dieser Schutz doch, sobald ein objektives Freiheitsverständnis berührt ist, eine genauere Differenzierung: Effizienz für sich genommen ist wertfrei. Als (in-)effizient kann nur das Verhältnis von Zweck und Mittel beschrieben werden. Für die grundrechtliche Abwägung relevant ist aber der Zweck selbst. Für eine rechtliche Beurteilung unter Berücksichtigung des objektiven Freiheitsschutzes kann daher die Betrachtung von Effizienz, sei es als Nutzen- oder Reichtumsmaximierung, nicht genügen. Erst recht kann der Effizienz als solcher kein grundrechtlicher Schutz zukommen, sondern nur den durch sie beförderten Zwecken. Effizienz ist dann selbst kein Argument, sondern nur die durch die Effizienz verfolgten Zwecke.

Am konkreten Beispiel der elektronischen Patientenakte (ePA), für deren Einführung vielfach ihre Effizienz angeführt wird, lassen sich etwa die folgenden verfolgten Zwecke identifizieren: Auf Seiten der Patient*innen sollen Gesundheitsdaten zentralisiert und per Smartphone leicht zur Hand sein.[32] Auf Seiten der Gesundheitsversorgung bedeutet mehr Wissen, dass bspw. Doppeluntersuchungen vermieden werden können. Dadurch verringert sich der Arbeitsaufwand, so dass Kosten gespart werden.[33] D. h., es geht um etwas mehr Wissen und um weniger Kosten.

---

28 *Bumke*, AöR 144 (2019), 1 (3 f.).

29 Vgl. zu den unterschiedlichen objektiv geprägten Grundrechtstheorien *Böckenförde*s Unterteilung: die institutionelle Grundrechtstheorie, die Werttheorie der Grundrechte, die demokratisch-funktionale und die sozialstaatliche Grundrechtstheorie, NJW 1974, 1529 (1532 ff.).

30 *Bumke*, AöR 144 (2019), 1 (66).

31 *Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1535).

32 https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/begriffe-von-a-z/e/elektronische-patientenakte.html (abgerufen am 16. März 2020).

33 Erwartet wird, dass den Kosten zur Einführung der ePA, zu denen beispielsweise die Anbindung von Krankenhäusern an das Telematiknetz zählt, „nicht beziffer-

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sollen diese Zwecke auf ihre Verhältnismäßigkeit hin überprüft werden, ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber einer Prüfung, die völlig frei von Effizienz-Überlegungen ist. Trotzdem zeigt sich, dass die Aufschlüsselung in ihre einzelnen Bestandteile das scheinbar sehr starke Argument der Effizienz in etwas weniger schillernde Teilaspekte aufbricht (Wissen, Kosten). Dies ist Voraussetzung dafür, dass die der Effizienz gegenüberstehenden grundrechtlichen Belange ausreichend berücksichtigt werden können.

Im Falle der ePA berührt die zentrale Datensammlung das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, d. h. „grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen."[34] Das Vorwissen der behandelnden Ärzt*innen, das nun nicht positiv im Gespräch hergestellt, sondern (bestenfalls[35]) negativ durch Verbot der Einsichtnahme in die ePA begrenzt wird, geht je nach Ausgestaltung informationstechnischer Einschärnkungen über die gewünschte Preisgabe und Verwendung der eigenen Gesundheitsdaten hinaus.[36] Umfasst ist von der informationellen Selbstbestimmung insb. auch ein zu weitgehendes Vorwissen des Umfeldes zum „Schutz vor wirkmächtigen Persönlichkeitsbildern".[37] Ärzt*innen sollen nicht durch Informationen, die für die Behand-

---

bare Einsparungen durch Effizienzgewinne im Bereich der stationären und ambulanten Versorgung gegenüber [stehen]."., DVG – Gesetzesentwurf, BT-Drs. 19/13438 v. 23. September 2019, S. 38.

34 BVerfGE 65, 1 (1) = BVerfG Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 –, 1. Leitsatz – Volkszählungsurteil.

35 Bislang ist problematisch, dass zum Zeitpunkt der ePA-Einführung zum 1. Januar 2021 noch keine Möglichkeit besteht, selbst einzugrenzen, welche Ärtzt*innen, Apotheker*innen oder Therapeut*innen Zugriff auf welche persönliche Daten haben. D. h. bspw., dass eine Zahnärztin vom HIV-Testergebnis, der Physiotherapeut vom Schwangerschaftsabbruch oder der Notfallmediziner von der Psychotherapie erfährt. Vgl. *Ludwig*, Bei Spahns Patientenakte wird Datenschutz erst nachgeliefert, Süddeutsche Zeitung v. 21. Mai 2019. Aufgegriffen in: Kleine Anfrage an die Bundesregierung, BT-Drs. 19/15313 v. 20. November 2019/Antwort der Bundesregierung, BT-Drs. 19/16228 vom 23. Dezember 2019.

36 „Der Einzelne soll selbst darüber befinden dürfen, wie er sich gegenüber Dritten oder der Öffentlichkeit darstellen will […]", BVerfGE 63, 131 (142) = BVerfG, Beschl. v. 08. Februar 1983 – 1 BvL 20/81 –, Rn. 30 – Gegendarstellung; noch etwas anders in der Lebach-Entscheidung, auf die in der Entscheidung zur Gegendarstellung verwiesen wird: „Jedermann darf grundsätzlich selbst und allein bestimmen, ob und wieweit *andere* sein Lebensbild im Ganzen oder bestimmte Vorgänge aus seinem Leben öffentlich darstellen dürfen." (Hervorhebung nur hier), BVerfGE 35, 202 (220) = BVerfG, Urt. v. 05. Juni 1973 – 1 BvR 536/72 –, Rn. 44 – Lebach-Urteil.

37 *Britz*, NVwZ 2019, 672 (675).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lung nicht erforderlich sind, in unnötiger Weise in ihrer Wahrnehmung der Patient*innen beeinflusst werden. Dies betrifft nicht nur schambehaftete Diagnosen (psychische Krankheiten, sexuelle übertragbare Krankheiten, Abtreibungen), sondern auch den Wunsch, ggf. gerade eine Doppeluntersuchung i. S. einer ärztlichen Zweitmeinung zu erhalten. Zusätzlich gefährdet eine zentrale Datenspeicherung[38] die informationelle Selbstbestimmung durch ein höheres Risiko bei unbefugtem Zugriff.[39] Der status quo, nämlich die fragmentierte Speicherung einzelner Daten bei einzelnen Ärzt*innen, entspricht auf Grund ihrer Dezentralität dem, was Datenschützer*innen empfehlen.[40] Wer sich nach Einführung der ePA Zugang zu den gespeicherten Daten verschafft, erfährt nicht etwas über die Behandlung durch eine*n bestimmte*n Ärzt*in, sondern hat gläserne Patient*innen vor sich. Dem zusätzlichen Wissen und den geringen Kosten, die sich hinter dem Argument Effizienz verbergen, stehen somit nicht unerhebliche Beeinträchtigungen der Patient*innen in ihrer informationellen Selbstbestimmung gegenüber.

3. *Effizienz in der Verhältnismäßigkeitsprüfung*

Wie in III.1 und III.2 diskutiert, ist nicht die Effizienz, sondern nur die durch sie verfolgten Handlungszwecke grundrechtlich geschützt. Daraus folgt eigentlich, dass Erwägungen zum Argument Effizienz in der Verhältnismäßigkeit gar nicht mehr angestellt werden müssen. Doch sollen hier Effizienz und Verhältnismäßigkeitsprüfung aus einem anderen Grund genauer betrachtet werden. Effizienz und Verhältnismäßigkeit scheinen auf den ersten Blick strukturelle Ähnlichkeiten aufzuweisen. Beide beschreiben ein möglichst optimales Verhältnis von Mittel zu Zweck. Insbesondere die Grundrechtstheorie *Robert Alexys* hat dem Gedanken der Optimierung im Bereich der Grundrechte einen prominenten Platz eingeräumt.

---

38 Unabhängig vom Speicherort. Vgl. zu möglichen Speicherorten: *Kolain/Molavi*, Zukunft Gesundheitsdaten – Wegweiser zu einer forschungskompatiblen elektronischen Gesundheitsakte, 2019, S. 23 ff.

39 Der CCC (Computer Chaos Club) hat bereits nachgewiesen, dass der Zugriff auf die Daten durch Dritte möglich ist und auf Daten der bereits an das Telematik-Netz angeschlossenen Praxen zugegriffen, *erdgeist*, CCC diagnostiziert Schwachstellen im deutschen Gesundheitsnetzwerk, v. 27. Dezember 2019, https://www.ccc.de/de/updates/2019/neue-schwachstellen-gesundheitsnetzwerk (abgerufen am 16. März 2020).

40 Vgl. *Weichert*, Die Ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, NJW 2001, 1463 (1469).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Alexy beschreibt Grundrechte als *Prinzipien*. Im Unterschied zu Regeln finden Prinzipien nicht schlicht Anwendung oder keine Anwendung (ja/nein-Muster),[41] sondern sind Normen, „die gebieten, daß etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird."[42] Dies erinnert an *Eidenmüllers* Zusammenfassung dessen, was unter Jurist*innen als Effizienz verstanden wird, nämlich „daß mit einem gegebenen Aufwand ein bestimmtes Ziel in möglichst hohem Maße erfüllt wird."[43] Für *Alexy* folgt aus dem Charakter von Grundrechten als Prinzipien, die er auch Optimierungsgebote nennt,[44] zwingend Inhalt und Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Er versteht die Geeignetheitsprüfung als Verbot von Maßnahmen, die nicht zur Optimierung geeignet sind.[45] Die Erforderlichkeitsprüfung fasst er als Gebot zur Optimierung *tatsächlicher* Möglichkeiten auf, während die Verhältnismäßigkeitsprüfung i. e. S. auf die Optimierung *rechtlicher* Maßnahmen zielt.[46] Wenn zwei Mittel ein Grundrecht (oder allgemein ein Prinzip) in unterschiedlichem Maße beeinträchtigen, so erschöpfe das noch nicht das Spektrum der tatsächlichen Möglichkeiten – gegenüber jedem beliebigen beeinträchtigenden Mittel wäre nämlich *kein* Mittel, d. h. nicht zu handeln, weniger einschränkend. Folglich bedarf es eines rechtlichen Arguments dafür, dass dennoch eingegriffen werden darf.

Hinsichtlich des Erforderlichkeitsgebots kann – und hier löst sich die Betrachtung von den Erwägungen *Alexys* – danach gefragt werden, wie zwischen unterschiedlichen tatsächlichen Mitteln ein milderes Mittel gleicher Wirkung zu bestimmen ist. Man könnte darüber nachdenken, inwieweit ein Problem des vergleichbaren Maßstabs besteht – so wie es in der Abwägung nach Kaldor-Hicks oder beim Reichtumsmaximierungsprinzip der Fall war. *Bernhard Schlink* findet hier eine befriedigende Antwort, die sich vom Maßstabproblem löst. Er betrachtet das Erforderlichkeitsgebot als Ausformung der Pareto-Effizienz. Erfüllt sei das Erforderlichkeitsgebot, wenn kein „Spielraum derart besteht, daß der eine besser gestellt werden kann, ohne daß dadurch der andere schlechter gestellt wird."[47] Da für die-

41 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 76.
42 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 75.
43 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl. 1998, S. 55.
44 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 75 f.
45 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 103.
46 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 101 ff.
47 *Schlink*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Badura/Dreier, FS 50 Jahre BVerfG, 2. Bd., 2001, 445, 457.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

se Erwägung, wie oben gesehen, kein einheitlicher quantifizierbarer Maßstab gebildet werden muss, führt dies zu schlüssigen Ergebnissen.

Die Verhältnismäßigkeit i. e. S. kann sich der Schwierigkeit der Maßstabbildung jedoch nicht entziehen. Es ist möglich, dass jeder verfolgte Zweck einen eigenen Maßstab aufweist. Im Falle der oben andiskutierten elektronischen Patientenakte stehen sich Wissen und Geld auf der einen und Privatheit (informationelle Selbstbestimmung) auf der anderen Seite gegenüber. Diese lassen sich nicht auf einen gemeinsamen Nenner bringen, der einen Vergleich zulässt.

Bislang konnte für den Umgang mit dieser Multi-Maßstäblichkeit keine Lösung gefunden werden, was einer der Gründe dafür ist, dass die Verhältnismäßigkeit noch als offenes Problem der Grundrechtsdogmatik gehandelt wird. Den praktischen Umgang mit dem Abwägungserfordernis charakterisiert *Schlink* daher als gestützt auf „ein bißchen Grundgesetz, ein bißchen Bundeverfassungsgerichtsrechtsprechung und ein bisschen Konsens“.[48]

4. *Grundrechte als Rechte auf Ineffizienz*

Die Multimaßstäblichkeit in der Abwägung ist Folge des Pluralismus der Grundrechte hinsichtlich ihrer Schutzzwecke: Würde, Autonomie, Gesundheit und Leben, Glaube und Gewissen, um nur die ersten vier Artikel des Grundgesetzes zu berücksichtigen, haben keine gemeinsamen Nenner. Vor dem Hintergrund des pluralistischen Grundrechtsschutzes noch einmal auf die Effizienz zu blicken, gibt Anlass zu der Vermutung, dass viele Grundrechte geradezu effizienzfeindlich sind: Sie schützen Werte, die sich nur im Verhältnis zueinander, nicht aber als Werte an sich optimieren lassen. Zum einen schützen Grundrechte *Zwecke*; etwa die "der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage.“[49] Zum anderen schützen sie *Handlungen*: „jede *Tätigkeit*, die auf Dauer berechnet ist und der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dient.“[50]

Der genauere Blick auf die Handlungen zeigt, dass diese nicht um eines Ziels Willen geschützt sind. Bspw. fehlt es dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG an einem Zweck, der durch die Handlung

48 *Schlink*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Badura/Dreier, FS 50 Jahre BVerfG, 2. Bd., 2001, 445, 454.

49 BVerfGE 105, 252 (265) = BVerfG, Beschl. v. 26. Juni 2002 – 1 BvR 558/91 – Rn. 41 – Glykolwarnung.

50 *Ebed.*

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

erreicht werden kann. Geschützt ist die freie Entfaltung der Persönlichkeit als zielunabhängiger Prozess. Der Prozess, den das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Art. 2 Abs. 1 GG schützt, ist auf endlose Wiederholung ausgerichtet. Während die allgemeine Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG die nach außen hin sichtbare Handlung schützt,[51] umfasst die dem Recht auf freie Persönlichkeit zu Grunde liegende Autonomievorstellung auch einen inneren Vorgang: Sie gewährleistet, dass den nach außen sichtbaren Handlungen eine selbstbestimmte innere Entscheidung des Menschen vorausgeht.[52] Es geht um das Verhältnis des Menschen zu seinen eigenen Handlungen.[53] Ein Endpunkt der freien Entfaltung der Persönlichkeit wäre gleichbedeutend damit, keine Entscheidungen mehr zu treffen und nicht mehr zu handeln. Der Schutz jedes einzelnen Entscheidungsprozesses hängt nicht davon ab, ob er in eine Handlung mündet. Es ist daher nicht möglich, die Handlung als Mittel zu begreifen, das in Verhältnis zu einer Zweckerreichung gesetzt werden kann. Ohne Zweck/Mittel-Relation sind Effizienzerwägungen gar nicht möglich, denn es fehlt gerade an dem Verhältnis, das optimiert werden könnte. Dies trifft auch auf die Glaubens-, Meinungs- oder Versammlungsfreiheit zu, die mangels Zielorientierung der geschützten Handlung ebenfalls nicht optimierbar sind. Auch sie schützen einen Prozess ohne finalen Endpunkt. Daher stehen viele der in dieser Weise strukturierten Grundrechte der Ineffizienz näher als der Effizienz. Sie sind Optimierungs*verbote* in dem Sinne, dass sie Prozesse um ihrer selbst und nicht um eines Ergebnisses willen schützen. Grundrechte gewähren i. d. S. ein Recht auf Ineffizienz.

IV. Fazit

Aus dem ersten Teil der Betrachtungen ist zu schlussfolgern, dass Effizienz meist (d. h. immer außer in Fällen der Pareto-Effizienz) eine einzige, quan-

---

51 *Britz,* NVwZ 2019, 672 (673); *dies.*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung: Eine Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I GG, 2007, S. 6 ff.

52 *Britz,* NVwZ 2019, 672 (673). *dies.*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung: Eine Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I GG, 2007, S. 27 ff.

53 Vgl. *Britz,* NVwZ 2019, 672 (673): „Der wesentliche Schritt, den das Autonomiekonzept mit dieser zusätzlichen Komponente über die bloße Gewährung äußerer Handlungsfreiheit hinausgeht, liegt in der Anreicherung des Freiheitsgedankens um Elemente des „Sich-zu-sich-verhaltens“, in dem sich eine spezifische Beziehung zwischen Handlung und Person vermittelt.“

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tifizierbare Ressource als Vergleichsmaßstab voraussetzt. In den Überlegungen zu Effizienz als grundrechtlichem Argument wurde festgestellt, dass (1.) Effizienz weder Maxime sein darf, der die *unveräußerlichen* Grundrechte untergeordnet werden, noch kann (2.) Effizienz als solche ein Argument in einer grundrechtlichen Debatte sein, sondern muss, soweit objektiv-rechtliche Belange eine Rolle spielen, auf die einzelnen Zwecke, die hinter Effizienz als Zweck/Mittel-Relation stehen, heruntergebrochen werden. (3.) Gibt es strukturelle Ähnlichkeiten zwischen Effizienz und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Aufschlussreich ist in beiden Fällen die Reflexion der Maßstabs(un)abhängigkeit. (4.) Sind Grundrechte, soweit sie Handlungen schützen, Optimierungs*ver*bote und gewähren i. d. S. ein Recht auf Ineffizienz.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Recht auf 5G oder: Digitalisierung – Gefahr oder Grundrecht?[1]

Roman Friedrich

A. Einleitung, Erkenntnisinteresse und Fragestellung

In der aktuellen rechtspolitischen Debatte[2] und grundrechtlichen Literatur wird Digitalisierung häufig diskutiert als neue Gefahr, die Grund- und Menschenrechte einzuschränken oder zumindest in ihrer Wirksamkeit abzuschwächen droht[3] und vom Staat schleunigst zu bekämpfen ist.

Und es ist freilich nicht von der Hand zu weisen, dass vom weiten Begriff „Digitalisierung" erfasste Phänomene wie Drohneneinsatz durch die Polizei[4], Künstliche Intelligenz, die an Gerichtsverfahren partizipiert[5], der

---

1 Da sich der Beitrag mit dem „Recht auf Internet" auseinandersetzt, sei ihm zugestanden, in überdurchschnittlichem Ausmaß auf Quellen zu verweisen, die (auch) online zur Verfügung stehen.

2 Vgl. *Teubert*, Digitalisierung: die unsichtbare Gefahr, NachDenkSeiten – die kritische Website, abrufbar unter https://www.nachdenkseiten.de/?p=53682 (Zugriff am 31.1.2020); Bundesregierung, Schutz von Frauen und Mädchen vor digitaler Gewalt, abrufbar unter https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/digital-made-in-de/schutz-von-frauen-und-maedchen-vor-digitaler-gewalt-1546684 (Zugriff am 25.1.2020).

3 *Liu*, The Digital Disruption of Human Right Foundations, in *Susi* (Hrsg), Human Rights, Digital Society and the Law: A Research Companion, 75; *Martinetz/Maringele*, A digitalised world - eine Charta für digitale Grundrechte der Europäischen Union?, AnwBl 2018/23, 30; *Boehme-Neßler*, Relativierung des Rechts durch Digitalisierung, JRP 2009, 1. *GBS*, Defending human rights in the age of digitalization, abrufbar unter https://www.giordano-bruno-stiftung.de/sites/gbs/files/download/howshoulditwork.pdf (Zugriff am 3.9.2019); *Verones*, The Dark Side of Digitalization, Völkerrechtsblog (30.11.2016), abrufbar unter https://voelkerrechtsblog.org/the-dark-side-of-digitalization/ (Zugriff am 6.9.2019).

4 *Kleine Zeitung*, Vielversprechender Drohneneinsatz der Polizei (10.7.2019), abrufbar unter https://www.kleinezeitung.at/oesterreich/5657399/Pilotprojekt_Vielversprechender-DrohnenEinsatz-der-Polizei (Zugriff am 4.9.2019).

5 *CEPEJ*, European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and the environment, adopted at the 31st plenary meeting at Strasbourg (2018); *Sourdin*, Judge v. Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-making (2018), UNSW Law Journal, 41(1), 1114. *Wiener Zeitung*, Der Preis, den wir zahlen? Unsere Freiheit (28.6.2019), abrufbar unter https://www.wienerzeitung.at/

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„Staatstrojaner"[6] oder autonom fahrende Autos[7] Implikationen auf Grundrechte betroffener Personen (zB polizeilich beamtshandelte Personen oder Straftäter vor Gericht) entfalten können.[8] Noch tieferes Unbehagen mögen die (potenziellen) Auswirkungen der Nanotechnologie auf den ArbeitnehmerInnenschutz[9] oder der Gentechnik auf den Menschen überhaupt[10] auslösen.

Neben der Problematik, wie beispielsweise prozessuale Rechte vor einem „Roboter-Richter"[11] oder wie etwa das Versammlungsrecht gegenüber einer nunmehr mit Drohnen arbeitenden Polizei wirken sollen, stellt sich ganz grundlegend die Frage, ob der Staat seine Bevölkerung vor bestimmten „gefährlichen" Innovationen schützen muss. Der Schutz des Individuums vor den grenzenlos erscheinenden Errungenschaften von Technik und Innovation hat neben ethischen[12] freilich auch rechtliche Implika-

---

nachrichten/digital/digitale-republik/2015585-Der-Preis-den-wir-zahlen-Unsere-Freiheit..html (Zugriff am 4.9.2019); *Der Standard*, Estland will Richter durch künstliche Intelligenz ersetzen (3.4.2019), abrufbar unter https://www.derstandard.at/story/2000100613536/justiz-estland-will-richter-durch-kuenstliche-intelligenz-ersetzen (Zugriff am 4.9.2019).

6 Vgl. § 135a öStPO.

7 *Eisenberger/Lachmayer/Eisenberger*, Autonomes Fahren und Recht (2017); allgemein zu autonomem Fahren s. *Krause*, Automatisiertes Fahren in Deutschland – Einblick in aktuelle Forschung und Entwicklung (2017).

8 *Eisenberger/Gruber/Huber/Lachmayer*, Automatisiertes Fahren, ZVR 2016/158, 383; *Eisenberger*, Drohnen in den Life Sciences: Das Luftfahrtgesetz zwischen Gefahrenabwehr und Chancenverwirklichung, ÖZW 2016, 66; *Hertwig/Kuvvet*, Technik vs. Recht: Verfassungs- und polizeirechtliche Probleme des Einsatzes von Aufklärungsdrohnen in Deutschland – am Beispiel des Castor-Transportes nach Gorleben im November 2010, Humanitäres Völkerrecht 2/2011, 120; *Eisenberger*, Digitalisierung und Selbstbestimmung, ALJ 2017, 140; *Die Presse*, Ich will nicht den Polizeistaat im Wohnzimmer (25.9.2017).

9 *Eisenberger ua*, Nano-Regulierung in Österreich (II): ArbeitnehmerInnenschutz, Anlagen- und Umweltrecht, in ÖAW, nano trust dossiers (Nr. 19), 2010.

10 *Der Standard*, Chancen und Risiken von Gen-Manipulation beim Menschen (19.2.2020), abrufbar unter https://www.derstandard.at/story/2000114715581/chancen-und-risiken-von-gen-manipulation-beim-menschen (Zugriff am 19.2.2020); vgl. zur Rechtslage in Österreich *Stelzer/Eisenberger*, Gentechnikrecht, in Holoubek/Potacs (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Band 2, 4. Auflage (2019), 971-1030.

11 *Sourdin*, Judge v. Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-making (2018), UNSW Law Journal, 41(1), 1114.

12 Vgl. *Goebel/Kruip* (Hrsg.), Gentechnologie und die Zukunft der Menschenwürde (2003); Deutscher Ethikrat, Menschenwürde im Angesicht neuer Technologien – Infobrief (Juli 2018), abrufbar unter https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikati

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tionen: Schließlich scheint im europäischen Grundrechtsmodell[13] doch geklärt, dass den Staat als Ausfluss bestimmter Grundrechte Schutz- bzw. Abwehrverpflichtungen gegenüber Gefahren zumindest gegen Leib und Leben von Personen treffen.[14] Dass solche Gefahren auch oder gerade auch von technologischen Innovationen (Stichwort „autonomes Fahren" oder Drohneneinsatz) ausgehen können, liegt auf der Hand.[15]

---

onen/Infobrief/infobrief-02-18-web.pdf (Zugriff am 31.1.2020); *Kettner*, Biomedizin und Menschenwürde (2004); *Grunwald/Saupe*, Ethik in der Technikgestaltung (1999).

13 Ich verwende diesen Begriff hier in provokanter Weise selbstverständlich und im vollen Wissen um die teilweise stark divergierenden mitgliedstaatlichen Grundrechtstraditionen (vgl. schon Art. 6 Abs. 3 EUV sowie *Rickert*, Grundrechtsgeltung bei der Umsetzung europäischer Richtlinien in innerstaatliches Recht [1997] 280 sowie *Frenz*, Handbuch Europarecht[4] [2009] 44 ff.) und meine das durch die verschiedenen Instrumentarien des europäischen Grundrechtsschutzes aggregierte (vgl. *Berka*, Die Grundrechte. Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich [1999] Rn. 511 ff. sowie *ders.*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die österreichische Grundrechtstradition, ÖJZ 1979, 365 [428]) Schema grundrechtlicher Positionen, ohne mich hingegen in dogmatische Ahnenforschung zu versteigen, vgl. *Von Bogdandy ua*, Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte, ZaöRV 72 (2012), 45-78 (58). Man könnte vor dem Hintergrund der Internationalisierung der Grundrechte (vgl. *Adamovich*, Grundrechte – Eine Einführung, in Machacek/Pahr/Stadler [Hrsg.], 70 Jahre Republik. Grund- und Menschenrechte in Österreich [1991]) auch von „europäischen Grundrechten" sprechen (s. *Merli*, Funktionen des europäischen Grundrechtsschutzes, in FS Adamovich, 449-462). Für in diese Kerbe schlagende Ausführungen zu *translatio imperii* und *constitutio cosmopolitica* aus kritischer österreichischer Perspektive s. *Bezemek/Somek*, Die Wiederentdeckung Weltösterreichs, Der Staat 57 (2018), 135-147 (142 ff.). Zur verallgemeinerungsfähigen „normativen Struktur" des Grundrechts s. *Kalteis*, Art. 14 GRC, in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar (Stand 1.4.2019) Rn. 11. Zur insbesondere für die grundrechtlichen Gewährleistungspflichten (s. unten C.II.a.) wichtigen „gesamteuropäische[n] Grundrechtsfunktion" s. *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht: Inhalt und Reichweite einer „gesamteuropäischen Grundrechtsfunktion" (2002).

14 *Calliess*, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis , JZ, 2006, 321; *Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Band IX, Allgemeine Grundrechtslehren (2011) § 191; im Kontext der EMRK s. *Grabenwarter*, European Convention on Human Rights – Commentary (2014), Article 2, Rn. 16 ff.; EGMR 17.7.2014, 47848/08 (Centre for Legal Resources/Rumänien); 20.3.2008, 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (Budayeva/Russland).

15 *Eisenberger*, Drohnen in den Life Sciences: Das Luftfahrtgesetz zwischen Gefahrenabwehr und Chancenverwirklichung, ÖZW 2016, 66.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Auf mannigfaltige Implikationen der fortschreitenden Digitalisierung auf die Durchsetzbarkeit des Grundrechts auf Datenschutz[16], diesbezüglich wohl das anfälligste Grundrecht überhaupt, sei an dieser Stelle überhaupt nur kurz hingewiesen.[17]

Ich will, diesem (in weiten Teilen durchaus begründeten) Pessimismus trotzend, eine andere Seite der Medaille beleuchten und den Fokus von der Frage „Muss mich der Staat *vor* Digitalisierung schützen?" hinwenden zur Frage „Habe ich ein Recht *auf* Digitalisierung?"

B. 0. Kapitel: Zum Begriff der „Digitalisierung"

Definitionen sind dem Juristen[18] lieb und teuer.[19] An dieser Stelle sollen keine etymologischen Abhandlungen stattfinden; auch umfangreiche Auslegungsübungen von Rechtsbegriffen können unterbleiben. Als Arbeitsbegriff dieses Beitrags soll „Digitalisierung" bloß grundsätzlich verstanden sein als orts- und zeitunabhängige Umwandlung von analogen Informationen in digitale Daten mit dem Ziel, diese anschließend speichern, verteilen oder weiterverarbeiten zu können[20] und mit der Wirkung, dass Teile der persönlichen Lebens- und Arbeitswelt auf die „digitale Ebene" transferiert werden.[21]

Vor dem Hintergrund einer breiteren Perspektive läuft dies darauf hinaus, Digitalisierung zu begreifen als die Gesamtheit der laufenden Veränderungsprozesse, welche als Folge des soeben Beschriebenen in gesell-

16 Art. 8 EMRK, s. auch EGMR 4.12.2008, 30562/04 and 30566/04 (S. and Marper/United Kingdom); Art. 8 GRC.

17 *Ennöckl*, Aktuelle Herausforderungen im Datenschutzrecht, JRP 2015, 158; Digitalisierung und Datenschutz.

18 Personenbezogene Bezeichnungen beziehen sich auf Personen beider Geschlechter gleichermaßen sowie auf Personen, die sich keinem der beiden Geschlechter zugehörig fühlen.

19 *Böckenförde*, Die Sprache des Juristen, in NZZ (10.11.2012), abrufbar unter https://www.nzz.ch/die-sprache-des-juristen-1.17782270 (Zugriff am 24.1.2020).

20 Vgl. *Litzel*, Definition. Was ist Digitalisierung? (9.1.2019), abrufbar unter https://www.bigdata-insider.de/was-ist-digitalisierung-a-626489/ (Zugriff am 25.1.2020).

21 Vgl. *Hamidian/Kraijo*: DigITalisierung – Status quo, in Keuper ua (Hrsg.): Digitalisierung und Innovation. Planung – Entstehung – Entwicklungsperspektiven (2013), S. 1-23.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schaftlichen, sowie wirtschaftlichen und politischen Bereichen ausgelöst werden.[22]

C. In Medias Res

I. Gang der Analyse: Überblick

Zurück zur Sache: Die Frage, ob ein Recht *auf* Digitalisierung bzw. womöglich gar in bestimmter Form bzw. Quantität oder Qualität[23], besteht, soll in weiterer Folge aus zwei grundlegenden Perspektiven formuliert und in Ansätzen beantwortet werden.

Erstens: Im Rahmen der Meinungsfreiheit, wiewohl ein „klassisches"[24] Abwehrgrundrecht oder Freiheitsrecht[25], ist zu fragen: Kann eine positive Verpflichtung[26] des Staates darin liegen, dass dieser gehalten ist, dafür zu sorgen, dass jedermann in der Lage ist, die Meinungsfreiheit im Internet, d.h. unter Zuhilfenahme digitaler Vorrichtungen, auszunützen? Besteht also unter Umständen *allgemein* eine rechtlich begründbare staatliche Pflicht zur Bereitstellung von Internetzugängen, also Zugangsgeräten bzw. Internetverbindungen, und das womöglich gar in einer bestimmten Qualität (Stichwort „Breitband" oder „5G")? Dies insbesondere zumal heutzutage weite Teile der Meinungsäußerung in sozialen Medien, also „im Internet", stattfinden[27] und die Meinungsfreiheit gemeinhin als Voraussetzung für eine funktionierende Demokratie gilt?[28]

---

22 Vgl. *Litzel*, Definition. Was ist Digitalisierung? (9.1.2019), abrufbar unter https://www.bigdata-insider.de/was-ist-digitalisierung-a-626489/ (Zugriff am 25.1.2020); *Pannagl*, Digitalisierung der Wirtschaft. Bedeutung, Chancen und Herausforderungen, in Wirtschaftskammer Oberösterreich (Hrsg.): Dossier Wirtschaftspolitik. 2015/05.

23 Vgl. unten C.II.

24 *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997) 3.

25 *Kucsko-Stadlmayer*, Die Allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in *Merten/Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte, Band VII/1 (2014) § 187 Rn. 16.

26 *Bychawska-Siniarska*, Protecting the Right to Freedom of Expression under the European Convention of Human Rights (2017) 90; *Grabenwarter*, European Convention on Human Rights – Commentary (2014), Article 10, Rn. 63 ff.; EGMR 16.3.2000, 23144/93 (Özgür Gündem/Türkei; grundlegend zu Leistungsrechten s. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II (2017) 26 f, 55.

27 Vgl. *Congressional Research Service*, Free Speech and the Regulation of Social Media Content (2019), abrufbar unter https://fas.org/sgp/crs/misc/R45650.pdf (Zugriff am 10.9.2019).

28 EGMR 16.3.2000, 23144/93 (Özgür Gündem/Türkei).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zweitens: Politische Forderungen trachten derzeit häufig danach, die Schule „digital" zu machen. Dies zielt wohl darauf ab, Digitalisierung verstärkt Einzug in Schule und Unterricht halten zu lassen,[29] teils gar unter den Strapazen verfassungsrechtlicher Nachbesserungen.[30] Zu fragen ist nun, ob ein allfälliges Grundrecht auf Bildung[31] auch Bildung in einer bestimmten Qualität mit einschließt, dass das Bildungssystem also gehalten ist, etwa durch Lehrinhalte (Stichwort „Digitalkunde")[32] aber auch durch technische Ausstattung (Stichwort „digitales Klassenzimmer")[33] auf gesellschaftliche Veränderungen zu reagieren.[34] Mit anderen Worten ist zu ergründen, ob neben einem *allgemeinen* Recht auf Digitalisierung also von einem *speziellen Recht auf Digitalisierung in der Schule* gesprochen werden kann. Untersuchungsebene sind das internationale und das Europarecht, soweit es für Deutschland und Österreich Relevanz entfaltet.

II. Meinungsfreiheit

a) Gewährleistungspflichten bei „klassischen" Abwehrrechten – dogmatische Schlaglichter

Grundsätzlich verpflichten die Grundrechte den Staat, in Individualrechtspositionen – bei Abwehr- oder Freiheitsrechten eben den Freiheitsbereich

29 *Wiener Zeitung*, Schule wird digital (5.9.2019), abrufbar unter https://www.wienerzeitung.at/nachrichten/politik/oesterreich/ 987351-Schule-wird-digital.html (Zugriff am 11.9.2019).

30 *Zeit Online*, Große Koalition, Grüne und FDP vereinbaren Grundgesetz-Änderung (23.11.2018), abrufbar unter https://www.zeit.de/gesellschaft/schule/2018-11/digitalpakt-aenderung-grundgesetz-kompromiss-grosse-koalition-fdp-gruene (Zugriff am 11.9.2019).

31 Ein klassiches „soziales" Grundrecht, vgl. *Kucsko-Stadlmayer*, Die Allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in *Merten/Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte, Band VII/1 (2014) § 187 Rn. 14; Art. 14 GRC, Art. 13 IPwskR.

32 *Handelsblatt*, CSU-Staatsministerin Bär fordert „Digitalkunde" als Pflichtfach ab der Grundschule, abrufbar unter https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/digitalisierung-csu-staatsministerin-baer-fordert-digitalkunde-als-pflichtfach-ab-der-grundschule/24029670.html?ticket=ST-30454714-CIEKB0bwfPNCTpdhQJoU-ap3 (Zugriff am 11.9.2019).

33 *Welt*, Das digitale Klassenzimmer (6.12.2018), abrufbar unter https://www.welt.de/newsticker/dpa_nt/afxline/topthemen/ hintergruende/ article185105568/Das-digitale-Klassenzimmer.html (Zugriff am 11.9.2019).

34 CESCR, General Comment Nr. 13, E/C.12/1999/10 (1999) 3.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

– nicht einzugreifen, also zu *unterlassen*.[35] In der grundrechtlichen Dogmatik[36] scheint allerdings längst anerkannt, dass den Staat auch als Ausfluss von Abwehrrechten Gewährleistungspflichten treffen, die ihn nunmehr zu einem *Handeln* verpflichten.[37] Auch in der Gewährleistungsdimension geht es letzten Endes um die Abwehr der den staatlichen Spielraum überschreitenden Ingerenz.[38] Derartige Handlungspflichten treffen primär den Gesetzgeber[39] und wurden neben nationalen Verfassungsgerichten[40] insbesondere von EGMR und EuGH als *positive obligations* anerkannt.[41] Die Gewährleistungspflichten zielen meist auf den Schutz der Ausübung[42] und die organisatorische bzw. verfahrensmäßige Ausgestaltung des Freiheitsrechts ab.[43] Jene positiven Pflichten, die sich aus einem bestimmten Grundrecht ableiten lassen, sind jeweils interpretativ zu ermitteln[44], wobei

---

35 *Berka ua*, Die Grundrechte. Grund- und Menschenrechte in Österreich (2019) 158.

36 S. dazu umfangreich und grundlegend *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997). Um mit seinen Worten zu sprechen, kann uU gesagt werden, dass die positiven Verpflichtungen als Spielart der Freiheitsrechte mittlerweile nicht mehr nur die Zukunft (S. 3), sondern die Gegenwart der Grundrechte beherrschen. Für Deutschland s. *Schilling*, Die staatliche Pflicht zum Schutz von Grundrechten und Menschenwürde, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Vol. 82), Nr. 4 (1999), S. 452-475. Zu den „objektiven Grundrechtsgehalten", die den Ausgangspunkt der deutschen Dogmatik bildet, s. etwa *Stern*, StR III/1, 2. und 3. Abschnitt; vgl. auch *Böckenförde*, Der Staat (1990) 1 ff. Für Österreich vgl. weiters *Korinek*, Entwicklungstendenzen in der Grundrechtsjudikatur des Verfassungsgerichtshofes (1992) insbes. 8 ff., die Zeitzeugen-Perspektive auf den stark auf Entwicklungen in der Judikatur abstellenden und auslegungsfokussierten österreichischen Zugang.

37 *Berka ua*, Die Grundrechte. Grund- und Menschenrechte in Österreich (2019) 159 f.

38 *Berka ua*, Die Grundrechte. Grund- und Menschenrechte in Österreich (2019) 159 f.

39 *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997) 40 ff.; *Dröge*, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention (2003).

40 In Bezug auf den VfGH vgl. VfSlg 6850/1972, 8609/1979, 11.062/1986, 12.501/1990, 14.260/1995, 16.054/2000, 16.928/2003.

41 Vgl. schon Art. 1 EMRK; *Klatt*, Positive Obligations under the European Convention on Human Rights, ZaöRV 2011, 691-718.

42 *Bezemek*, Grundrechte in der Rechtsprechung der Höchstgerichte (2015) 33.

43 *Berka ua*, Die Grundrechte. Grund- und Menschenrechte in Österreich (2019) 160.

44 *Holoubek*, in Holoubek ua (Hrsg.), Dimensionen des modernen Verfassungsstaats: Symposion zum 60. Geburtstag von Karl Korinek (2001) 41 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sie bei manchen Grundrechten schon im Wortlaut angelegt sind und sich bei anderen wiederum aus Systematik und Teleologie ergeben.[45]

b) Das Internet in der Gegenwart – die Gegenwart im Internet

Die Bedeutung des Internets für die Meinungs- und Informationsfreiheit im heutigen (post-)digitalen Zeitalter[46] ist notorisch. Daher in aller Kürze: Aufgrund der allgegenwärtigen Möglichkeit, Meinungen auszudrücken und faktisch weltweit zu verbreiten, zählen digitale Technologien zu den wichtigsten Instrumenten zur Ausübung der Meinungsfreiheit[47] in Bezug auf politische wie allgemeine Themen[48] und eröffnen damit nie dagewesene Möglichkeiten der Ausübung des Rechts auf Meinungs- und Informationsfreiheit.[49] Das Internet ermöglicht Individuen einfache und komfortable – da schnelle und gegebenenfalls anonyme – Kommunikation[50] mit hohem Interaktionspotential.[51] Damit wurde es, so meinen manche, zum Instrument der Demokratisierung[52], zum „Forum der Demokratie"[53], zum globalen Marktplatz der Ideen[54] oder gar zur elektronischen Renaissance der griechischen Agora[55]. Insbesondere vermag das Internet dabei nämlich

---

45 *Berka ua*, Die Grundrechte. Grund- und Menschenrechte in Österreich (2019) 160 mit Beispielen und mwN.

46 *Horx/Zukunftsinstitut*, Das postdigitale Zeitalter, abrufbar unter https://www.zukunftsinstitut.de/artikel/zukunftsreport/das-postdigitale-zeitalter/ (Zugriff am 13.2.2020).

47 Zur Meinungsfreiheit gemäß Art. 11 GRC s. EuGH 8.9.2016, ECLI:EU:C:2016:644 (GS Media BV/Sanoma Media Netherlands BV ua) Rn. 45.

48 *Schabas*, The European Convention on Human Rights: A Commentary (2015) 462.

49 Vgl. Erklärung CM(2005)56 final („Declaration of the Committee of Ministers on human rights and the rule of law in the Information Society").

50 Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue vom 16.5.2011 (A/HRC/17/27) Abs. 23.

51 *Emmer ua*, Online-Kommunikation und politische Öffentlichkeit, in Schweiger ua (Hrsg.), Handbuch Online-Kommunikation (2010) 36-58 (38).

52 *Schabas*, The European Convention on Human Rights: A Commentary (2015) 462.

53 *Emmer ua*, Online-Kommunikation und politische Öffentlichkeit, in Schweiger ua (Hrsg.), Handbuch Online-Kommunikation (2010) 36-58 (37, 40).

54 EGMR 13.7.2012, 16354/06 (Mouvement Raelien Suisse/CH), Sondervotum Pinto de Albuquerque.

55 *Mayer-Schönberger*, Das Recht am Info-Highway (1997) 31.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Kommunikationsmöglichkeiten massiv auszudehnen[56] sowie marginalisierte und traditionell benachteiligte Gruppen gar zu *empowern*.[57] Auch der EGMR hat anerkannt, dass das Internet die Partizipation an der Informationsgesellschaft ermöglicht[58] und in seiner Bedeutung den Printmedien nicht nachsteht.[59] Daher verwundert nicht, dass Staaten politisch gehalten und aufgefordert[60] sind, Zugang zu neuen Technologien zur Verfügung zu stellen[61], um damit den drohenden innergesellschaftlichen *digital divide* hintanzuhalten[62], und manche gar auf nationaler verfassungsrechtlicher Ebene das Recht auf Internetzugang verankert haben.[63] In Entsprechung mit EU-Sekundärrecht[64] sehen auch Deutschland und Österreich in ihrem jeweiligen nationalen Telekommunikationsrecht vor, dass der einzurichtende Telekommunikations-Universaldienst den Zugang zu einem öffentlichen Kommunikationsnetz, einschließlich der Übertragung von

---

56 *Emmer ua*, Online-Kommunikation und politische Öffentlichkeit, in Schweiger ua (Hrsg.), Handbuch Online-Kommunikation (2010) 36-58 (39); nicht einmal der zivilrechtlichen Judikatur blieb die Bedeutung des Internets im Alltag verborgen, s. BGH 24.1.2013, III ZR 98/12, wonach das Internet heutzutage die Lebensgestaltung eines Großteils der Bevölkerung entscheidend mitprägt und von zentraler Bedeutung für die Lebenshaltung auch im privaten Bereich ist (Abs. 17).

57 Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue vom 16.5.2011 (A/HRC/17/27) Abs. 61 f.

58 EGMR 18.12.2012, 3111/10 (Yildirim/TR) Rn. 31.

59 EGMR 22.4.2010, 40984/07 (Fatullayev/AZ) Rn. 95.

60 Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue vom 16.5.2011 (A/HRC/17/27) Abs. 66.

61 Vgl. Ziel 8.F der Millennium Development Goals; Ziele 5.b und 9.c der Sustainable Development Goals; Plan of Action des Geneva World Summit on the Information Society (12.12.2003), WSIS-03/GENEVA/DOC/5-E; „Connect the World"-Initiative der ITU, s. "Connect the World," International Telecommunication Union, abrufbar unter https://www.itu.int/en/ITU-D/Conferences/connect/Pages/default.aspx (Zugriff am 13.2.2020); vgl. auch die One Laptop per Child-Initiative, abrufbar unter http://one.laptop.org/ (Zugriff am 13.2.2020).

62 *Sporn*, Das Grundrecht auf Meinungs- und Informationsfreiheit in einer Europäischen Grundrechtscharta, ZUM 2000, 537 (541).

63 So etwa Estland, Frankreich und Costa Rica, vgl. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue vom 16.5.2011 (A/HRC/17/27) Abs. 65.

64 Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), Art. 4 Abs. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Daten mit Datenraten, die für einen funktionalen Internetzugang[65] ausreichen, umfassen muss.[66]

Aus alledem folgt jedoch noch nicht, dass die Staaten (hochwertigen) Internetzugang auch schaffen *müssen*.

c) *Zurück zu Gewährleistungspflichten: Recht auf 5G?*

Anknüpfend an die grundsätzlichen Erwägungen zu Gewährleistungspflichten bei „klassischen" Freiheitsrechten[67] und angesichts der enormen Bedeutung des Internets als Grundrechtsmedium ist nun zu fragen, ob aus dem Recht auf Meinungs- bzw. Informationsfreiheit ein (allgemeines) Recht auf Digitalisierung in Form von Internetzugang bzw. – bejahendenfalls – auf Internetzugang in hoher Qualtität abzuleiten ist. Zunächst soll das internationale Vertragsrecht in Form des Internationalen Pakts für bürgerliche und politische Rechte (IPbpR), anschließend die europäische Ebene in den Blick genommen werden.

i) Art. 19 IPbpR

Art. 19 IPbpR normiert die Meinungsfreiheit auf Ebene des internationalen Vertragsrechts.[68] Die im IPbpR verankerten Rechte, einschließlich der Freiheitsrechte, verlangen von vornherein nicht nur staatliches Unterlassen, sondern auch aktives Tun (vgl. Art. 2 Abs. 1).[69] Der Vertragsstaat muss den Genuss der Rechte gegenüber seinen eigenen Organen und gegenüber Dritten ermöglichen[70], dies mittels Schutz-, Förderungs- und Gewährleistungspflichten.[71] Zu bemerken ist aber, dass die einschlägige Literatur und

---

65 Eine bestimmte Datenrate ist weder in der RL (Fn. 64), noch im nationalen Recht festgeschrieben, die Regelung geht allerdings wohl von einem Schmalbandanschluss aus, s. *Steiner-Pauls*, § 26, in Riesz ua (Hrsg.), TKG: Telekommunikationsgesetz: Kommentar (2016) Rn. 8 f.

66 Vgl. § 78 Abs. 2 Z 1 dTKG 2004; § 26 Abs. 2 Z 1 öTKG 2003.

67 S. oben C.II.a.

68 Sowohl Deutschland (BGBl. 1973 II S. 1533, 1534) als auch Österreich (BGBl. Nr. 591/1978) haben den Pakt ratifiziert.

69 „*Respect*", „*ensure*" und „*fulfill*", s. *Schabas*, Nowak's CCPR Commentary[3] (2019) 41 f.; allgemein s. *Nowak*, Politische Grundrechte (1988).

70 HRC, General Comment Nr. 31, Rn. 6 ff.

71 *Schabas*, Nowak's CCPR Commentary[3] (2019) 42.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Äußerungen des zuständigen *treaty body*[72] an der Oberfläche verbleiben und über die dargestellten Grundsätze kaum hinausgehen; feststehen dürfte bloß, dass sich die konkreten positiven Verpflichtungen aus dem jeweiligen Recht ergeben.[73] Dies erschwert die praktische Operationalisierbarkeit der gewährleistungsrechtlichen[74] Schlagseite der IPbpR-Rechte. Konkret zur Meinungsfreiheit (Art. 19): Wenngleich ein positive Verpflichtungen vorsehender sowjetischer Textentwurf in den Vorbereitungen abgelehnt wurde[75] und die Bestimmung klar abwehrrechtlich konzipiert ist[76], anerkennen die zu Art. 19 ergangene Literatur und Akte des HRC positive Verpflichtungen, darunter verschiedenste Schutzpflichten gegenüber Dritten[77], staatliche Informationspflichten[78] sowie die Verpflichtung, Medienmonopole zu verhindern und stattdessen für diverse und pluralistische Medien zu sorgen.[79] Bemerkenswerterweise findet sich im einschlägigen *General Comment* des HRC vor dem Hintergrund sich verändernder Kommunikationspraktiken die Aufforderung[80], die Unabhängigkeit neuer internetbasierter Medien zu stärken und individuellen Zugang dazu sicherzustellen.[81] Ob sich aus dieser Aussage ein individuelles Recht auf Internetzugang ableiten lässt, ist angesichts der weichen Formulierung sowie der mithin umstrittenen Rechtsnatur der *General Comments*[82] zweifelhaft, zumal Art. 19 IPbpR wie dargestellt nur punktuell positive Verpflichtungen um-

---

72 Dies ist im Falle des IPbpR das Human Rights Committee (HRC).

73 *Schabas*, Nowak's CCPR Commentary[3] (2019) 42.

74 Gemeint sind selbstredend die *positive obligations* gemäß *Holoubek*s Terminologie („Gewährleistungspflichten"), s. abermals *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997).

75 *Schabas*, Nowak's CCPR Commentary[3] (2019) 543.

76 *Schabas*, Nowak's CCPR Commentary[3] (2019) 542.

77 HRC, General Comment Nr. 34, Rn. 7, 23; *Schabas*, Nowak's CCPR Commentary[3] (2019) 549; derartige Schutzpflichten bestehen insbesondere zugunsten von Journalisten u. dgl., vgl. *Schabas*, Nowak's CCPR Commentary[3] (2019) 552, 559.

78 HRC, General Comment Nr. 34, Rn. 19; *Schabas*, Nowak's CCPR Commentary[3] (2019) 557.

79 HRC, General Comment Nr. 34, Rn. 14, 40; *Schabas*, Nowak's CCPR Commentary[3] (2019) 564.

80 „*should*", HRC, General Comment Nr. 34, Rn. 15.

81 „*ensure*", HRC, General Comment Nr. 34, Rn. 15; vgl. auch *Schabas*, Nowak's CCPR Commentary[3] (2019) 553.

82 Vgl. Art. 40 Abs. 4 IPbpR; teilweise werden *General Comments* als *authorative interpretations* der Vertragsbestimmungen angesehen, vgl. *Schabas*, Nowak's CCPR Commentary[3] (2019) 908, während ihnen andernorts jedwede Bedeutung als Rechtserkenntnis- oder gar Rechtsquelle abgesprochen wird, vgl. *Alston*, The Historical Origins of the Concept of "General Comments" in Human Rights Law, in Boisson de Chazournes ua (Hrsg.), The International Legal System in Quest of

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fasst, die überdies recht nahe am Abwehrcharakter der Bestimmung angesiedelt sind und primär Angriffe Dritter auf Träger und Ausübende der Meinungsfreiheit sowie Machtkonzentrationen von Medien mittels staatlichen Handelns *abwehren* sollen.

ii) Art. 10 EMRK und Art. 11 GRC

In der Rsp. des EGMR sind positive Verpflichtungen der Vertragsstaaten seit langem anerkannt, wobei der Fokus auf den in den Art. 8 bis 11 verbürgten Konventionsrechten liegt.[83] Allgemein gehen diese positiven Verpflichtungen in den Kategorien Schutzpflichten[84], Teilhaberechte[85], verfahrensrechtliche Verbürgungen[86] und institutionelle bzw. organisatorische Gewährleistungspflichten[87] auf.

Die speziell zu Art. 10 EMRK, also zur Meinungs- und Informationsfreiheit, anerkannten positiven Verpflichtungen lassen sich mE in folgender Weise kategorisieren: Zunächst hat der EGMR anerkannt, dass den Vertragsstaat in bestimmten Konstellationen aktive Informationspflichten tref-

---

Equity and Universality: Liber Amicorum Georges Abi-Saab (2001) 763-776 (764). Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass *General Comments* nicht rechtsverbindlich sind, s. *Keller ua*, General Comments of the Human Rights Committee and their legitimacy, in Keller ua (Hrsg.), UN Human Rights Treaty Bodies (2012) 116-198 (129) mwN und mit einem soliden Überblick über die Debatte.

83 *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997) 54 ff.; *Klatt*, Positive Obligations under the European Convention on Human Rights, ZaöRV 2011, 691-718 (692); vgl. auch *Mowbray*, The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights (2004).

84 *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997) 55 ff.

85 *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997) 61 f.; *Krieger*, Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer gemeineuropäischen Grundrechtsdogmatik, leeres Versprechen oder Grenze der Justiziabilität?, ZaöRV 2014, 187-213 (189) mwN.

86 *Van Dijk/Van Hoof*, Theory and Practicy of the European Convention on Human Rights[2] (1990) 384 ff.

87 *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997) 63 ff.; *Krieger*, Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer gemeineuropäischen Grundrechtsdogmatik, leeres Versprechen oder Grenze der Justiziabilität?, ZaöRV 2014, 187-213 (189) mwN.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fen[88], dies insbesondere dann, wenn persönliche Daten von Betroffenen involviert sind[89], eine Gefahrenlage besteht, über die staatlicherseits zu warnen ist[90] oder schädliches Fehlverhalten des Staates vorliegt[91]; die Rsp. zu allgemeinen Informations- bzw. Auskunftspflichten des Staates ist demgegenüber derzeit im Fluss.[92] Ein weiterer Kreis an aus Art. 10 EMRK abgeleiteten positiven Verpflichtungen betrifft auf horizontaler Ebene Schutzpflichten zugunsten von Journalisten und Medienorganisationen gegenüber Dritten; sie sollen die ungehinderte Ausübung des Konventionsrechts garantieren.[93] Von besonders herausragender Bedeutung sind weiterhin die positiven Verpflichtungen der Vertragsstaaten, die Diversität und Plu-

88 Vgl. *Steyn ua*, Positive Obligations to Provide Access to Information under the European Convention on Human Rights, Judicial Review 2012, 308-319. Anzumerken ist, dass die Entscheidungen in dieser Fallgruppe häufig nicht (bloß) auf Art. 10, sondern auch auf Art. 8 EMRK Bezug nehmen und im Einzelfall oft nicht klar ist, aus welcher der Bestimmungen (wenn nicht gar aus beiden) der EGMR sich die konkrete positive Verpflichtung ableitet.

89 EGMR 7.7.1989, 10454/83 (Gaskin/UK).

90 EGMR 19.2.1998, 116/1996/735/932 (Guerra ua/IT); 30.11.2004, 48939/99 (Öneryildiz/TK).

91 EGMR 9.6.1998, 21825/93; 23414/94 (McGinley ua/UK).

92 *Steyn ua*, Positive Obligations to Provide Access to Information under the European Convention on Human Rights, Judicial Review 2012, 308-319 (315 ff.) mwN; *Grabenwarter*, European Convention on Human Rights – Commentary (2014), Article 10, Rn. 67; *Frowein*, Artikel 10 (Freiheit der Meinungsäußerung), in Frowein/Peukert (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention[3] (2009), Rn. 13; *Schiedermair*, Art. 10, in Pabel/Schmahl/Golsong (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (2014) Rn. 61 ff.; *Bezemek*, in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar Art. 11 (1.4.2019, rdb.at) Rn. 10; von besonderer Bedeutung ist hierbei die relativ rezente Entscheidung in EGMR, 26.5.2009, 31475/05 (Kenedi/HU); die Entwicklung dieser Rsp. kann hier aber nicht dargestellt werden.

93 S. grundlegend EGMR 16.3.2000, 23144/93 (Özgür Gündem/TR) sowie zur arbeitsrechtlichen Perspektive EGMR 29.2.2000, 39293/98 (Fuentes Bobo/ES); vgl. *Mowbray*, The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights (2004) 194 ff.; *Meyer-Ladewig*, Artikel 10 Freiheit der Meinungsäußerung, in *ders.* (Hrsg.) Europäische Menschenrechtskonvention (2011) Rn. 9 f; *Grabenwarter*, European Convention on Human Rights – Commentary (2014), Article 10, Rn. 63. Die Vertragsstaaten sind allgemein gehalten, ein *environnement favorable* für die Ausübung der Meinungsfreiheit sicherzustellen, vgl. *Schabas*, The European Convention on Human Rights: A Commentary (2015) 453.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ralität der Medien[94] und insbesondere die Unabhängigkeit des Rundfunks[95] sicherzustellen.[96] Daneben sind noch vereinzelte verfahrensrechtliche Garantien aus Art. 10 EMRK abgeleitet worden.[97] Hingegen vermittelt Art. 10 kein (vom Staat zu garantierendes und dabei etwa gegen das Recht auf Eigentum durchzusetzendes) Recht auf ein bestimmtes Forum zur Ausübung der Meinungsfreiheit.[98] Hinzuweisen ist aber darauf, dass den applicants in *Appleby*[99] ein alternatives Forum für ihre Meinungsäußerung zur Verfügung stand, weshalb ein Recht auf Bereitstellung öffentlichen Raums zwecks Ausübung der Meinungsfreiheit in anderen Konstellation durchaus denkbar ist. So wurde etwa in Bezug auf ältere Technologien bereits judiziert, dass Art. 10 EMRK kein Recht auf Zugang zu Sendemöglichkeiten in Radio oder Fernsehen vermittelt, aber die Verweigerung des Zugangs für bestimmte Personen oder Gruppen vor dem Hintergrund des Art. 10 problematisch sein kann.[100] Für das Internet könnte dies bedeuten, dass der Staat zumindest auf horizontaler Ebene gehalten ist, sicherzustellen, dass dem Individuum der Netzzugang durch den Infrastrukturbetreiber nicht (grundlos) verweigert wird.[101] Dass der Staat selbst den Zugang zum Internet nicht aktiv behindern darf, ist ohnehin klargestellt; der

94 Der Staat ist gar *ultimate guarantor* von Pluralismus und Diversität, s. EGMR 24.11.1993, 13914/88 (Informationsverein Lentia/AT).

95 EGMR 17.9.2009, 13936/02 (Manole/MD).

96 *Grabenwarter*, European Convention on Human Rights – Commentary (2014), Article 10, Rn. 66 mwN; *Meyer-Ladewig*, Artikel 10 Freiheit der Meinungsäußerung, in *ders.* (Hrsg.) Europäische Menschenrechtskonvention (2011) Rn. 29; *Schabas*, The European Convention on Human Rights: A Commentary (2015) 453, 467.

97 Diese sind relativ punktuell und einzelfall-bezogen und reichen etwa von Beweislast-Regelungen bis zur Gewährung von Verfahrenshilfe. Auch dieser Bereich kann hier nicht vertieft dargestellt werden, vgl. aber *Grabenwarter*, European Convention on Human Rights – Commentary (2014), Article 10, Rn. 65.

98 EGMR 6.5.2003, 44306/98 (Appleby ua/UK); dies gilt wohl nicht für krasse Ausnahmefälle, vgl. *Grabenwarter*, European Convention on Human Rights – Commentary (2014), Article 10, Rn. 63.

99 EGMR 6.5.2003, 44306/98 (Appleby ua/UK).

100 EMRK 12.7.1971, D 4515/70 (X. and the association of Z./UK); vgl. *Frowein*, Artikel 10 (Freiheit der Meinungsäußerung), in Frowein/Peukert (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention[3] (2009), Rn. 10.

101 Vgl. *Woods*, Digital Freedom of Expression in the EU, in Douglas-Scott ua (Hrsg.), Research Handbook on EU Law and Human Rights (2017) 394-417 (413).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

EGMR hat in diesem Zusammenhang sogar ausdrücklich ein *right to (unhindered) Internet access* anerkannt.[102]

Die Entwicklung einer positiven Dimension aus diesem Anerkenntnis heraus scheint denkbar, doch haben sich die bisher anerkannten positiven Verpflichtungen der Vertragsstaaten mE (bisher noch) nicht derart verdichtet, dass Art. 10 EMRK ein allgemeines Recht auf Zugang zu digitaler Infrastruktur vermittelt. Dies muss erst recht für teilweise noch nicht bestehende Infrastruktur einer bestimmten Qualität („5G") gelten.

Nichts anderes kann für Art. 11 GRC gelten, der Art. 10 EMRK entspricht[103], gleichsam primär Abwehrcharakter hat[104] und „die gleiche Bedeutung und Tragweite wie das durch die EMRK garantierte Recht" hat (Art. 52 Abs. 3 GRC). Demzufolge kann auch aus Art. 11 GRC kein Recht auf Zugang zu digitaler Infrastruktur abgeleitet werden.[105]

iii) Fazit

Zum jetzigen Zeitpunkt kann weder aus Art. 19 IPbpR noch aus Art. 10 EMRK und Art. 11 GRC ein (allgemeines) Recht auf Internetzugang im Sinne einer staatlichen Gewährleistungspflicht abgeleitet werden, dies umso weniger in einer bestimmten Qualität („5G").

III. Recht auf ein „digitales Klassenzimmer"?

Muss es „Digitalkunde" (in staatlichen Schulen) geben? Hat eine Schülerin ein Recht auf ein nach dem Stand der Technik ausgestattetes Klassenzimmer, samt Whiteboard, schneller WLAN-Verbindung und eigenem Ta-

---

102 Zu betonen ist aber, dass die zugrunde liegende Causa staatliche Website-Sperren und damit eine klassische abwehrrechtliche Dimension betraf, s. EGMR 18.12.2012, 3111/10 (Yildirim/TR), Rn. 31.

103 *Bezemek* in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar[2] Art. 11 (Stand 1.4.2019, rdb.at) Rn. 4; EuGH 7.12.2015, ECLI:EU:C:2015:823 (Neptune Distribution SNC/Ministre de l'Économie et des Finances), Rn. 65.

104 *Sporn*, Das Grundrecht auf Meinungs- und Informationsfreiheit in einer Europäischen Grundrechtscharta, ZUM 2000, 537 (540 f.).

105 Auf die Thematik, wann die Mitgliedstaaten das Recht der Union durchführen (Art. 51 Abs. 1 GRC) und die GRC damit überhaupt auf ihr Handeln anwendbar ist, muss daher nicht eingegangen werden.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

blet[106]? Diesen Fragen ist vor dem Hintergrund des vielfach statuierten Rechtes auf Bildung zu begegnen, wobei die Analyse auf Art. 13 IPwskR und Art. 28f. CRC, Art. 2 1. ZPEMRK sowie Art. 14 GRC eingeschränkt wird. Um in der gewählten Reihenfolge vorzugehen, sei der Blick zunächst auf die Ebene des internationalen Vertragsrechts und anschließend auf die europäischen Menschenrechtsinstrumente gelenkt.[107]

a) Internationales Vertragsrecht: Art. 13 IPwskR

Trotz seiner entscheidenden Bedeutung für das Individuum, insbesondere in einer entwickelten Gesellschaft und vor dem Hintergrund der Wahrnehmung anderer Grundrechte, betrat das Recht auf Bildung das weite Feld der Grundrechte erst vergleichsweise spät.[108] Art. 13 Internationaler Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR), den sowohl Österreich[109] als auch Deutschland[110] ratifiziert haben, statuiert nunmehr ein „Recht eines jeden auf Bildung" (Abs. 1). Das Recht umfasst neben der staatlichen Verpflichtung, eine Bildungsinfrastruktur zur Verfügung zu stellen, auch – ebenfalls rechtsverbindliche[111] – Vorgaben für die zu leistenden Bildungsinhalte.[112] Dazu zählen Vorgaben zur Qualität der Bildung[113] und zwar einerseits solche, die den Rechtsträger als Individuum betreffen und andererseits jene, die den Menschen als Teil einer Gemeinschaft verorten und ihn daher in seiner sozialen Rolle adressieren.[114] Ange-

106 *BMBWF*, Mobile Learning – Tablets im Unterricht einsetzen, abrufbar unter https://www.bmbwf.gv.at/Themen/schule/zrp/dibi/inipro/mobilelearning.html (Zugriff am 3.2.2020).

107 Da Deutschland die revidierte Fassung der Europäischen Sozialcharta (ESC) noch nicht ratifiziert hat, Österreich hingegen schon, und eine vergleichende Betrachtung beider Fassungen den Rahmen dieses Beitrags sprengen würde, wird darauf verzichtet, das Recht auf berufliche Bildung gemäß Art. 10 ESC zu behandeln.

108 *Mialaret* (UNESCO), The Child's Right to Education (1979) 19.

109 BGBl. Nr. 590/1978.

110 BGBl. 1973 II S. 1569.

111 *Beiter*, The Protection of the Right to Education by International Law (2006) 469.

112 Vgl. Art. 13 Abs. 1 S. 1 und 2; *Beiter*, The Protection of the Right to Education by International Law (2006) 463.

113 *Beiter*, The Protection of the Right to Education by International Law (2006) 465.

114 Vgl. *Beiter*, The Protection of the Right to Education by International Law (2006) 468.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sichts der Ähnlichkeit der Struktur des Art. 13 IPwskR mit insbesondere den Art. 28 und 29 CRC[115] und des Umstandes, dass das CESCR als *treaty body* des IPwskR u.a. die entsprechenden CRC-Artikel als Bekräftigung und Weiterentwicklung des normativen Gehalts des Art. 13 IPwskR ansieht[116], sei an dieser Stelle auf die Ausführungen zur CRC verwiesen.[117]

Hier ist ganz allgemein festzuhalten, dass die in den internationalen Verträgen vorgesehenen sozialen Rechte stets unter dem Vorbehalt der *progressive realization* stehen (Art. 2 Abs. 1 IPwskR), wonach die – insbesondere positiven – Verpflichtungen der Staaten auf sukzessive, flexible und auf Ressourcenverhältnisse rücksichtnehmende Weise zu verwirklichen sind.[118] Dabei ist allerdings so schnell und effektiv wie möglich vorzugehen;[119] die Verpflichtung, das *minimum core* eines sozialen Rechts, also den Mindeststandard, zu verwirklichen, greift überdies ohnehin sofort.[120]

b) Internationales Vertragsrecht: Durch die Augen des Kindes[121] - die Kinderrechtskonvention 1989 (CRC)[122]

Ohne Wagnis wird Bildung verstanden werden können als Übermittlung jener Fertigkeiten und ethischen Standards, die Heranwachsende[123] individuell und als Teile einer Gruppe befähigen, sich einerseits die elementare Existenz zu sichern[124], anderseits aber auch zu seiner Verortung in seiner

---

115 *Beiter*, The Protection of the Right to Education by International Law (2006) 461.

116 CESCR, General Comment Nr. 13, Abs. 5.

117 C.III.b.

118 CESCR, General Comment Nr. 3, Abs. 9; vgl. ausführlich zum Konzept der *progressive realization Saul ua*, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (2014) 133 ff.

119 Vgl. *Saul ua*, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (2014) 143 ff. sowie UN Commission on Human Rights, Note verbale dated 5 December 1986 from the Permanent Mission of the Netherlands to the United Nations Office at Geneva addressed to the Centre for Human Rights ("*Limburg Principles*"), 8 January 1987, E/CN.4/1987/17.

120 CESCR, General Comment Nr. 3, Abs. 10.

121 *Reamonn* (2008).

122 Auch diese ist, das sei der Vollständigkeit halber festgehalten, sowohl von Deutschland als auch von Österreich ratifiziert worden (vgl. BGBl. II S. 121 respsektive BGBl. Nr. 7/1993).

123 „A Man in the Making" (Henri Piéron), zit. nach *Mialaret* (UNESCO), The Child's Right to Education (1979) 47.

124 Vgl. *Mialaret* (UNESCO), The Child's Right to Education (1979) 11.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Umwelt beizutragen.[125] Da die CRC darauf abzielt, „das Kind umfassend auf ein individuelles Leben in der Gesellschaft vor[zu]bereit[en]"[126] überrascht die Aufnahme des Rechts des Kindes auf Bildung in den Vertragstext nicht. Dessen Verbürgung in Art. 28 CRC kommt als Anknüpfungspunkt für ein Recht auf Digitalisierung im Klassenzimmer zunächst in Betracht.

Tatsächlich ist davon auszugehen, dass Art. 28 CRC ähnlich wie Art. 13 IPwskR[127] ein weiter, holistischer Bildungsbegriff vorschwebt und jene Fertigkeiten umfasst, die im Hinblick auf das Potential, welches das individuelle Kind in seinem spezifischen Kontext zu entfalten vermag[128], notwendig sind. In den Kategorien des in Art. 28 CRC verbürgten Rechts des Kindes auf Bildung, den „4As"[129], stellt die *acceptability* u.a. darauf ab, dass Lehrinhalte sowie Lehrmethoden von hinreichend guter Qualität zu sein haben.[130] Die *adaptability* wiederum verlangt u.a., dass das Bildungssystem sich auf verändernde Gegebenheiten und Herausforderungen in der Gesellschaft anzupassen hat.[131] Sinn dessen ist, das Individuum in die Lage zu versetzen, seine Lebensbedürfnisse zu stillen.[132] Kein Zweifel kann darüber bestehen, dass hierzu Vorkehrungen in Lehrplänen und Unterrichtsmethoden zu treffen sind.[133] Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die CRC positive Verpflichtungen der Vertragsstaaten ganz selbstverständlich miteinschließt[134], scheint ein Recht auf „digitale Bildung", verstanden zumindest als Vermittlung „digitaler" Fertigkeiten, aus Art. 28 CRC prima vista durchaus ableitbar.

---

125 *Mialaret* (UNESCO), The Child's Right to Education (1979) 47 ff.
126 Präambel, CRC.
127 A.C.3/SR.782 Abs. 38; A/C.3/SR.783, Abs. 66; *Beiter*, The Protection of the Right to Education by International Law (2006) 470.
128 *Courtis/Tobin*, Art. 28, in Tobin (Hrsg.), The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary (2015) 1063; vgl. auch *UNICEF*, The State of the World's Children 1999: Education (UNICEF 1998) 21–22.
129 Die insbesondere in der englischsprachigen Lit. erarbeiteten „4As" stehen für *availability*, *accessibility*, *acceptability* sowie *adaptability*; vgl. *Saul ua*, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (2014) 1096 ff.
130 *Courtis/Tobin*, Art. 28, in Tobin (Hrsg.), The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary (2019) 1067 ff.
131 *Courtis/Tobin*, Art. 28, in Tobin (Hrsg.), The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary (2019) 1067 ff.
132 *Beiter*, The Protection of the Right to Education by International Law (2006) 471.
133 CRC, General Comment Nr. 1, Abs. 18.
134 *Courtis/Tobin*, Art. 28, in Tobin (Hrsg.), The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary (2019) 1072.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zu konstatieren ist nun, dass in der überblickbaren Auslegung der Art. 28 und 29 CRC der Persönlichkeitsentwicklung des Kindes und Vermittlung von Grundwerten gegenüber der Verbürgerung konkreter, nützlicher und dem Kind praktisch dienender Fertigkeiten offenbar der Vorrang eingeräumt wird.[135] Vor diesem Hintergrund sind Ansprüche auf digitale Bildungsinhalte und Lehrmethoden eher aus dem durch das Recht auf Bildung vermittelten Anspruch auf Entfaltung des Individuums als Träger von Menschenrechten[136] (zB Meinungsfreiheit[137]) sowie auf gesellschaftliche Teilhabe[138] abzuleiten, als aus Überlegungen, die das Recht auf *Bildung in einer bestimmten Qualität* dahingehend verstehen, dass Bildung Individuen befähigen muss, in einer „digitalisierten" Arbeitswelt wirtschaftlich zu reüssieren.[139]

Selbstredend unterliegen auch die von Art. 28 CRC gewährten Rechtspositionen jedenfalls dem typischen Vorbehalt der Verfügbarkeit entsprechender staatlicher Ressourcen (*progressive realization*)[140], wenngleich die Anspannungspflichten der Staaten gerade beim Recht des Kindes auf Bildung besonders schwerwiegen dürften.[141] Zum unabhängig von der Res-

---

135 Dies reicht etwa von der Vermittlung von Respekt gegenüber der Kultur des Kindes, über Respekt vor der Natur bis hin zu Grundwerten wie Toleranz und Vielfalt sowie Menschenrechtsbildung allgemein, vgl. *Lundy/Tobin*, Art. 29, in Tobin (Hrsg.), The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary (2019) 1116 ff., insbes. 1128; vgl. auch *Beiter*, The Protection of the Right to Education by International Law (2006) 470 ff.

136 Zum Recht auf Bildung als *multiplier right* s. etwa *Tomaševski*, Human Rights Obligations in Education: The 4A Scheme (2006) 7 sowie *Saul ua*, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (2014) 1086.

137 Zur Relevanz des „Digitalen" für die Ausübung der Meinungs- und Informationsfreiheit in der heutigen Zeit, s. oben C.II.

138 Vgl. CESCR, General Comment Nr. 13, Abs. 2.

139 Kaum zu bestreiten ist wohl, dass Digitalisierung auch in der Arbeitswelt Einzug hält und dass digitale Inhalte daher zur „Arbeitsmarkttauglichkeit" von Personen beitragen können, vgl. etwa *Die Presse*, Digitale Kompetenzen: Wie verändert die Digitalisierung die Arbeitswelt? (22.6.2018), abrufbar unter https://www.diepresse.com/5451128/digitale-kompetenzen-wie-verandert-die-digitalisierung-die-arbeitswelt (Zugriff am 6.2.2020). Man wäre versucht, an dieser Stelle Überlegungen darüber anszustellen, ob die mangelnde Vermittlung digitaler Fertigkeiten mit dem vielfach statuierten Recht auf Arbeit (s. zB Art. 6 IPwskR) konfligieren könnte. Aus Platzgründen haben sie zu unterbleiben.

140 Vgl. oben C.III.a.

141 Vgl. *Courtis/Tobin*, Art. 28, in Tobin (Hrsg.), The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary (2019) 1072; ESCR, General Comment Nr. 13, Rn. 43 f.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sourcenfrage unmittelbar verbindlichen *minimum core*[142] des Rechts des Kindes auf Bildung zählt die Bereitstellung digitaler Unterrichtsmittel sowie die Inkorporation „digitaler" Inhalte in Curricula oder dergleichen derzeit mE (noch) nicht.[143] Angesichts der weitreichenden Gleichläufigkeit des normativen Gehalts des Art. 13 IPwskR und der korrespondierenden CRC-Artikel[144] muss dieses Ergebnis gleichsam für die Beurteilung gemäß Art. 13 IPwskR Geltung beanspruchen.

c) Europäische regionale Instrumente: EMRK und GRC

Auf genuin europäischer Ebene sind Art. 2 1. ZPEMRK („Art. 2") sowie Art. 14 GRC als maßgebliche Rechtsquellen in Augenschein zu nehmen. Neben Elternrechten statuiert Art. 2 ein individuelles Recht auf Bildung.[145] Wenngleich als Abwehr- bzw. Freiheitsrecht und nicht als soziales Recht konzipiert[146], erwachsen dem Staat aus der Bestimmung positive Verpflichtungen gegenüber den Grundrechtsträgern. Dies nicht zuletzt deshalb, weil in der heutigen Zeit allein der Staat in der Lage zu sein scheint, ein angemessenes Bildungssystem einzurichten und zu gewährleisten.[147] Art. 2 muss daher wohl voraussetzen, dass der Staat für den Bildungsbereich die Hauptverantwortung trägt und sowohl für die Organisation des Schulwesens als auch für die Konzeption der Curricula zuständig ist.[148] Die positiven Verpflichtungen aus Art. 2 liegen zum einen darin, den Zugang zu (bestehenden) Bildungseinrichtungen sicherzustellen[149], doch bedeutet dies in weiterer Folge auch, dass – insbesondere in wissens-

142 S. *Tobin*, Art. 4, Tobin (Hrsg.), The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary (2019) 143 ff.
143 Vgl. ESCR, General Comment Nr. 13, Rn. 57.
144 Vgl. oben C.III.a.
145 *Grabenwarter*, European Convention on Human Rights. Commentary (2014) 389.
146 *Meyer-Ladewig*, Artikel 2 Recht auf Bildung, in *ders.* (Hrsg.) Europäische Menschenrechtskonvention (2011) Rn. 1.
147 *Frowein*, Artikel 2 des 1. ZP (Recht auf Bildung), in Frowein/Peukert (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention[3] (2009), Rn. 3.
148 EGMR 7.12.1976, 5095/71; 5920/72; 5926/72 (Kjeldsen ua/DK) Rn. 53; EGMR 29.6.2007, 15472/02 (Folgerø/N) Rn. 84; *Schabas*, The European Convention on Human Rights: A Commentary (2015) 996.
149 *Schabas*, The European Convention on Human Rights: A Commentary (2015) 996; EGMR 7.12.1976, 5095/71; 5920/72; 5926/72 (Kjeldsen ua/DK) Rn. 52.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

basiserten Gesellschaften[150] – Bildungschancen eröffnet werden müssen.[151] Wenngleich Art. 2 im Lichte des Art. 13 IPwskR zu interpretieren ist[152], lässt die Rsp. des EGMR keinen Zweifel, dass Art. 2 primär ein gleiches Zugangs- und Nutzungsrecht in Bezug auf bestehende Bildungseinrichtungen vermittelt und damit in erster Linie ein Diskriminierungsverbot darstellt.[153] Hingegen verpflichtet die Bestimmung die Vertragsstaaten nicht, „ein Bildungswesen einer bestimmten Art oder auf einer bestimmten Stufe […] einzurichten…".[154] Da sich die Vertragsstaaten jedoch für die Bildungsinfrastruktur grundsätzlich verantwortlich fühlen, wird Art. 2 auch einen Anspruch aller Kinder auf ein Minimum an Ausbildung vermitteln.[155] Ein weitergehender Anspruch auf sinnvolle und (etwa in Gesellschaft allgemein oder Arbeitsmarkt im Speziellen) verwertbare Bildung wird zwar mitunter vertreten, ist aber aus der bisherigen Rsp. der Straßburger Organe nicht ableitbar.[156] Aus diesen Gründen und weil Art. 2 derart spezifische und detaillierte Fragestellungen im Bildungsbereich nicht adressiert[157], vermittelt Art. 2 mE kein Recht auf Digitalisierung in der Schule, weder Lehrinhalte noch Lehrmittel betreffend.

Art. 14 GRC enthält verschiedene, über Art. 2 hinausgehende bildungsbezogene Rechtspositionen[158], derer eine, das allgemeine Recht auf Bildung (Abs. 1 erster HS), maßgeblich von Art. 2 inspiriert wurde und auch in dessen Lichte (und der dazu ergangenen Rsp. und Doktrin) zu interpre-

---

150 *V. Engelhardt/Kajetzke*, Handbuch Wissensgesellschaft. Theorien, Themen und Probleme (2010).

151 *Grabenwarter*, European Convention on Human Rights. Commentary (2014) 394.

152 *Schabas*, The European Convention on Human Rights: A Commentary (2015) 997; EGMR 19.10.2012, 43370/04, 8252/05 and 18454/06 (Catan ua/MD) Rn. 136.

153 *Wildhaber*, Art. 2, in Pabel/Schmahl/Golsong (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (2014) Rn. 27 ff.

154 EGMR 23.7.1968, 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 (Belgischer Sprachenfall) Rn. 3.

155 *Van Dijk/Van Hoof*, Theory and Practicy of the European Convention on Human Rights[2] (1990) 467 f.

156 *Wildhaber*, Art. 2, in Pabel/Schmahl/Golsong (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (2014) Rn. 30.

157 *Wildhaber*, Art. 2, in Pabel/Schmahl/Golsong (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (2014) Rn. 34.

158 Vgl. *Kalteis*, Art. 14 GRC, in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar[2] (Stand 1.4.2019) Rn. 4 f.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tieren ist.[159] Daher ist davon auszugehen, dass Art. 14 GRC primär ein Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zu *bestehenden* Bildungseinrichtungen vermittelt.[160] Von inhaltlichen Anforderungen – auch an berufliche Bildungseinrichtungen – bzw. einem Individualrecht auf spezifische Bildungsinhalte kann nicht ausgegangen werden.[161] Den Mitgliedstaat wird nur eine positive Verpflichtung treffen können, ein Mindestmaß an Bildungsinfrastruktur einzurichten und die so geschaffenen Strukturen mit allgemeinen schulischen Bildungszielen aufzuladen.[162] Vom Grundrechtsträger aufzugreifen wäre allenfalls ein völlig unzureichendes Bildungsangebot.[163] Selbst bei Anerkenntnis der Wichtigkeit digitaler Bildungsinhalte in der heutigen Zeit wird man selbst bei deren weitgehendem Fehlen kaum die Schwelle erreichen, die vor dem Hintergrund des Gesagten grundrechtlich problematisch erscheint. Zum sehr weiten Ermessensspielraum, der dem Mitgliedstaat daher im Regime des Art. 14 GRC verbleibt[164], kommt hinzu, dass die GRC die Organe der Union und die Mitgliedstaaten nur insoweit bindet, als sie Unionsrecht durchführen (Art. 51 Abs. 1 GRC). Angesichts der geringen Unionskompetenzen und der mangelnden Reichweite des Unionsrechts im Bildungsbereich würde Art. 14 GRC derzeit kaum eine wesentliche normative Bindung des Mitgliedstaats herstellen können[165], selbst wenn er materiell im Hinblick auf ein Recht auf „digitale Bildung" scharf zu machen wäre.

---

159 *Kalteis*, Art. 14 GRC, in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar[2] (Stand 1.4.2019) Rn. 5.

160 *Kalteis*, Art. 14 GRC, in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar[2] (Stand 1.4.2019) Rn. 19.

161 *Kalteis*, Art. 14 GRC, in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar[2] (Stand 1.4.2019) Rn. 16.

162 *Kalteis*, Art. 14 GRC, in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar[2] (Stand 1.4.2019) Rn. 17 f.; *Kempen*, Art. 14 GRC, in Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta (2006) Rn. 14.

163 *Kalteis*, Art. 14 GRC, in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar[2] (Stand 1.4.2019) Rn. 19; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union[2] (2013) Art. 14 GRC Rn. 13.

164 *Kalteis*, Art. 14 GRC, in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar[2] (Stand 1.4.2019) Rn. 18.

165 *Kalteis*, Art. 14 GRC, in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar[2] (Stand 1.4.2019) Rn. 35.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

d) Fazit

Aus Art. 2 1. ZPEMRK und Art. 14 GRC lässt sich kein Recht auf „digitale Bildung" ableiten, aus Art. 13 IPwskR und Art. 28f. CRC nur unter dem Ressourcenvorbehalt sozialer Rechte. Dieser wird insbesondere mit höheren Investitionen verbundene digitale Unterrichtsmittel betreffen, weniger aber die wohl weitgehend kostenneutrale Inkorporation „digitaler" Inhalte in Curricula und dergleichen.[166] Hier muss ein Hinweis darauf genügen, dass die Durchsetzungsmöglichkeiten eines Rechts gemäß IPwskR oder CRC durch den einzelnen Grundrechtsträger im Vergleich zum stark ausgebauten Individualrechtsschutz gemäß EMRK und GRC defizitär sind.[167]

D. Abschließende Bemerkungen

Zweifellos ist der Mensch zur Teilnahme am sozialen, politischen und wirtschaftlichen Leben auf Kommunikation angewiesen.[168] Und zweifellos hat das Internet mit seinem befreierischen Potential[169] die Kommunikation und damit die Ausübung der Meinungsfreiheit[170] in vielfältiger Weise revolutioniert. Rechtspolitisch kann das Ansinnen zahlreicher Staaten sowie der internationalen Gemeinschaft, (hochwertigen) Internetzugang zu

---

166 Fraglich ist freilich, ob die (Weiter-)Bildung des Lehrpersonals hier Kosten nach sich ziehen könnte, die sehr wohl vor dem Hintergrund der *progressive realization* ins Gewicht zu fallen vermögen.

167 Weder Deutschland noch Österreich haben das Optional Protocol zum IPwskR (Resolution der GA vom 10.12.2008, A/RES/63/117) ratifiziert, sodass *individual communications* nicht möglich sind, sofern sie Rechtsverletzungen dieser beiden Staaten zu adressieren trachten. *Individual communications* gemäß dem Optional Protocol zur CRC (Resolution der GA vom 19.12.2011, A/RES/66/138) wären in Deutschland, nicht aber in Österreich möglich. Das Ergebnis des Individualbeschwerdeverfahrens sind die *views* des CRC-Komitees hinsichtlich der *communication*, die dem Vertragsstaat samt *recommendations* zugestellt wird. Zu den *individual mechanisms* vor den UN-*treaty bodies* s. *Harrington*, Don't Mind the Gap: The Rise of Individual Complaint Mechanisms within International Human Rights Treaties, in *Duke Journal of Comparative and International Law* (Vol. 22), 153-182.

168 *Trenkelbach*, Internetfreiheit (2005) 42.

169 Vgl. *Council of Europe*, Council of Europe and Internet: Maximizing rights, minimizing restrictions (2013).

170 Vgl. *Council of Europe*, Guide to Human Rights for Internet Users, Recommendation CM/Rec(2014)6 and explanatory memorandum (2014) 3.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ermöglichen[171], nicht zuletzt vor diesem Hintergrund unterstützt werden. Dies gilt erst recht, wenn die Dimension der internationalen Entwicklung mitreflektiert wird.[172]

Von der rechtspolitischen Perspektive stets zu trennen ist jedoch die Rechtslage *de lege lata*: Aus dieser ist zum jetzigen Zeitpunkt kein (allgemeines) Recht auf Digitalisierung im Sinne einer (hochwertigen) Internetzugangs-Infrastruktur abzuleiten[173], noch besteht vorbehaltlos[174] ein (spezielles) Recht auf Digitalisierung im Kontext von Schule und Bildung. Dabei ist freilich nicht ausgeschlossen, dass sich die aus Art. 10 EMRK abgeleiteten positiven Verpflichtungen der Vertragsstaaten eines Tages zu einem Recht auf kommunikative Grundversorgung verdichten[175] oder dass ein Recht auf Internetzugang aus anderen grund- bzw. menschenrechtlichen Garantien abgeleitet werden kann.[176] Auch, und das sei im „Corona-Jahr"[177] 2020 noch aufgeworfen, kann das Ergebnis anders ausfallen, wenn man (bis vor kurzem) undenkbare Sonderkonstellationen mitberücksichtigt: Ist der (hochwertige) Internetzugang nicht ungleich wichtiger, wenn die Erwerbsarbeit von zu Hause aus erfolgt („Home Office")? Und gewinnt die Frage nach der Digitalisierung im Bildungsbereich nicht dann besondere Brisanz, wenn Schulen virus-bedingt über Monate geschlossen sind?[178]

---

171 Vgl. die *digitale Agenda für Europa*, s. Mitteilung der Kommission, Europa 2020: Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, KOM(2010) 2020 endgültig (2010) 16 f.

172 Vgl. *Kettemann*, Wo soll Vint Cerf sein Pferd unterstellen?, juridikum 1/2012, 14-16 (15).

173 So im Ergebnis auch (allerdings ohne rechtliche Analyse), *The New York Times/Cerf*, Internet Access Is Not a Human Right (5.1.2012), abrufbar unter https://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right.html (Zugriff am 15.2.2020).

174 Vgl. die Ausführungen zur *progressive realization* der sozialen Rechte, oben C.III.a.

175 *Kettemann*, Wo soll Vint Cerf sein Pferd unterstellen?, juridikum 1/2012, 14-16 (14).

176 Vgl. *Internet Rights & Principles Coalition*, Charter of Human Rights and Principles for the Internet (4. Aufl., 2014), die das *Right to Access to the Internet* in seiner engen Verflechtung mit bestehenden und neu vorgeschlagenen Rechten vorschlägt und begreift.

177 Gemeint ist die Krise rund um das Virus SARS-CoV-2 bzw. die von ihm hervorgerufene Krankheit COVID-19.

178 Vgl. für Österreich den Erlass des Bundesministers für Bildung, Wissenschaft und Forschung vom 12. März 2020 zur Aussetzung des regulären Unterrichtsbetriebs, abrufbar unter https://www.bmbwf.gv.at/dam/jcr:224ef638-49dc-44b1-b58e-e6420a8e11bd/corona_erlass.pdf (Zugriff am 16.5.2020).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Viele dieser Fragen werden in nächster Zeit zu stellen sein[179], wobei (insbesondere junge) RechtswissenschafterInnen nicht davor zurückschrecken sollten, Antworten zu skizzieren. Dies gilt gerade auch dann, wenn rechtliche Fragen vom politisch-medialen Diskurs überlagert werden und das Fortkommen bloß schleppend zu erfolgen scheint.

Recht entwickelt sich oft bloß langsam, und wird, wie wir von *Jhering* wissen, unter Schmerzen geboren.[180]

179 Selbstredend kann (insbesondere) auf die Corona-bezogenen Aspekte im Rahmen dieses Beitrags nicht eingegangen werden.

180 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, zit. nach *Ermacora*, Rudolf von Jhering. Der Kampf ums Recht. Zum hundersten Todesjahr des Autors (1992) 34.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Brauchen wir ein Recht auf „digitalen Herdenschutz"? – Die Gefahren kommerziellen Profilings für die pluralistische Demokratie und gesellschaftliche Minderheiten

Dirk Müllmann

I. Die Funktionsweise und Gefahren von kommerziellem Profiling

„*I don't want to live in a world, where everything that I say, everything I do, everyone I talk to, every expression of creativity, or love, or friendship is recorded (…)*"[1] sagte Edward Snowden im Jahr 2013 über die Gefahr umfassender staatlicher Überwachung. Doch längst leben wir in einem technischen Umfeld ubiquitärer Datenverarbeitung, in dem nahezu jeder Vorgang in der realen Welt eine virtuelle Entsprechung findet. Der Großteil dieser Erfassung, Speicherung und Analyse unserer Daten findet jedoch nicht allein durch staatliche Stellen, sondern durch private Akteure statt, die unser Nutzungs- oder Konsumverhalten mit Hilfe von Profiling auswerten, um so ihre Produkte und Angebote zu optimieren.[2]

Das technische Vorgehen beim Profiling unterscheidet sich je nach dem Umfeld und dem Gerät, mit dem es stattfindet. Neben der Nutzung von *first*- oder *third*-party *cookies*, *Browser*- oder *Device-Fingerprints* erfolgt die Erfassung von Daten auch über das Smartphone selbst, dessen Sensoren oder auf ihm installierten Apps.[3] Auch über andere vernetzte Objekte, wie Au-

1 Ewen MacAskill, Interview: Edward Snowden, NSA files source: 'If they want to get you, in time they will', The Guardian, 10.06.2013, https://www.theguardian.com/world/2013/jun/09/nsa-whistleblower-edward-snowden-why (Stand: 12.04.2020).

2 *Christl/Spiekermann*, Networks of Control, 2016, 24; *Sehic/Rengers/Hense*, Internet of Things, in Taeger (Hrsg.), Internet der Dinge, 2015, 393 (395); *Gerhartinger* ZD 2012, 303; *Hoeren* ZD 2011, 3; *Grages*, Marketing per Datenanalyse und Zielgruppenbildung, in Taeger (Hrsg.), Law as a Service, Bd. 2, 2013, 815.

3 *Christl/Spiekermann*, Networks of Control, 2016, 45ff.; *Eckersly*, How unique is Your Web Browser, in Atallah/Hopper (Hrsg.), Privacy Enhancing Technologies, 2010, 1 (3ff.); *Mayer/Mitchell*, Third-Party web Tracking: Policy and Technology, in IEEE, Proceedings of the 2012 IEEE Symposium on Security and Privacy, 2012, 413 (415ff.); *Gabriel/Cornels*, MMR 2008, XIV (XIV f.); *Karg/Kühn* ZD 2014, 285 (286f.); *Busche/Rabus*, Customer Tracking, in Taeger (Hrsg.), Die Welt im Netz, 2011, 463 (465ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tos, *Wearables*, *Smart Home* Geräte oder digitale Sprachassistenten können Anbieter eine Vielzahl sensibler Daten sammeln.[4] Dabei stehen wir erst am Anfang der umfassenden Vernetzung unseres Alltags durch das *Internet of Things*, dessen Einbindung in unser Leben, auch vor dem Hintergrund der Vision einer Industrie 4.0,[5] immer weiter zunehmen wird.[6]

Für benachteiligte und diskriminierte Gesellschaftsgruppen birgt die technische Entwicklung angesichts des Missbrauchspotentials der Mengen an sensiblen Daten bedeutende Risiken, da es wahrscheinlich erscheint, dass zukünftig auch themenfremde Daten für Prognoseentscheidungen herangezogen werden, z.B. Gesundheitsdaten bei der Kreditvergabe.[7] Die verarbeiteten Daten erlauben zudem sichere Schlüsse auf Diskriminierungsmerkmale, wie die sexuelle Orientierung, politische oder religiöse Einstellungen oder Herkunft und Ethnie.[8] Diese Angaben können angesichts ihrer umfassenden Verfügbarkeit in Kontexten herangezogen werden, in denen sie keine Rolle spielen und bisher nicht sichtbar waren. Benachteiligten Personengruppen droht vor diesem Hintergrund ein gesellschaftliches „Pariadasein", in dem sie aufgrund der umfassenden diskriminierenden Berücksichtigung einzelner Eigenschaften in sachfremden Kontexten privatwirtschaftlich von Verträgen, Netzwerken und gesellschaftlich relevanten Beteiligungsmöglichkeiten ausgeschlossen werden. Für den er-

4 *Christl/Spiekermann*, Networks of Control 2016, 52ff.; *Völkel*, Wearables und Gesundheitsdaten, in: Taeger (Hrsg.), Internet der Dinge, 2015, 35 (43); *Dregelies* VuR 2017, 256; *Kopp/Sokoll* NZA 2015, 1352; *Braun* ZD 2018, 71; *Cimiano/Herlitz* NZM 2016, 409 (412ff.); *Ametbichler* InTer 2019, 169 (170); *Schaar*, Siri, Alexa und das KI Dilemma, https://peter-schaar.de/siri-alexa-und-das-ki-dilemma (Stand: 12.04.2020); *Wagner/Eidenmüller* ZfPW 2019, 220 (224 f.).

5 *Müllmann* WRP 2018, 1177 (1178) mwN.; *ders.*, Smart Regulation for Smart Industry, in Taeger, Smart World - Smart Law?, 2016, 603 (603ff.).

6 *Christl/Spiekermann*, Networks of Control, 2016, 69ff.; *Boes/Ziegler*, Der Aufstieg des Internet of Things, 2018, 9ff.

7 Schon heute setzt der Arbeitsmarktservice Österreich einen Algorithmus zur optimalen Ressourcenallokation ein, der die Merkmale „Frau" und „alleinerziehende Mutter" negativ bewertet, vgl. *Fröhlich/Spiecker gen. Döhmann*, Können Algorithmen diskriminieren?, 26.12.2018, https://verfassungsblog.de/koennen-algorithmen-diskriminieren/ (Stand 12.04.2020).

8 *Christl/Spiekermann*, Networks of Control, 2016, 15; *Kosinski/Stillwell/Kohli et al.*, Personality and Website Choice in Contractor/Uzzi/Macy, Proceedings of the 4th Annual ACM Web Science Conference, 151 (151ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

forderlichen Pluralismus einer demokratischen Gesellschaft ist eine solche Entwicklung fatal[9] und erfordert Gegenmaßnahmen.

Wenn sich der Einzelne der Gefahren durch Erfassung und Auswertung seiner Daten im Rahmen von Profiling nicht durch eigenes Handeln erwehren kann, bedarf er der Hilfe der Mehrheitsgesellschaft. Die Situation ist vergleichbar mit dem aus der Medizin bekannten Institut des Herdenschutzes[10]. Der Begriff beschreibt die Widerstandsfähigkeit einer Gruppe gegenüber einem Krankheitsausbruch aufgrund der Immunität eines großen Teils der Gruppenmitglieder und der daraus resultierenden geringeren Wahrscheinlichkeit betroffener Individuen mit einem anfälligen Individuum in Kontakt zu kommen.[11] Es handelt sich somit um den indirekten Schutz, den eine Person durch andere erfährt. Übertragen aufs Profiling stellt sich die Frage, ob ein vergleichbarer rechtlicher Schutzmechanismus für durch die digitale Entwicklung potentiell gefährdete Gesellschaftsgruppen von der Mehrheitsgesellschaft gewährt, wie er etabliert und ausgestaltet werden kann.

Die Beantwortung dieser Fragen ist Gegenstand des folgenden Beitrags. Hierbei wird zur Vermeidung einer inzidenten Darstellung zunächst die sekundärrechtliche Regelung des Profiling untersucht. Sodann wird dessen verfassungsrechtliche Dimension betrachtet. Bevor in der Folge eine Auseinandersetzung mit dem Recht auf digitalen Herdenschutz selbst erfolgt, werden mögliche Alternativen in Form von Maßnahmen Betroffener und von Datenverarbeitern beleuchtet. Das Fazit bietet einen Ausblick auf die zukünftigen gesellschaftlichen Aufgaben im Zusammenhang mit der Regulierung neuer Technologien.

---

9 *Spiecker gen. Döhmann* Fragmentierungen, VVDStRL 77 (2018), 10 (37ff., 43f., 51); *Holtz-Bacha* in Gellner/von Korff (Hrsg.), Demokratie und Internet, 1998, 219 (224); *Hoffmann-Riem* AöR 142 (2017), 1 (13f.).

10 Die Begriffe Herdenschutz, Herdeneffekt und Herdenimmunität werden teilweise synonym verwendet, teilweise wird der Herdeneffekt als Folge der Herdenimmunität verstanden, vgl. hierzu: *John/Samuel*, Eur J Epidemiol 16 (2000), 601 (603); *Johnstone/Loeb*, Scand J InfectDiseases 43 (2011), 683.

11 Saunders, Dorland's Illustrated Medical Dictionary, 28. Aufl. 1994, 812; John/*Samuel*, Eur J Epidemiol 16 (2000), 601; *Maurer*, PiuZ 37 (2008), 64 (65); *Schröder-Bäck/Martakis*, Bundesgesundheitsblatt 62 (2019), 472 (472f.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Die rechtlichen Grundlagen von Profiling

Die zentrale Rechtsquelle des europäischen Datenschutzrechts ist die Datenschutz-Grundverordnung[12]. Mit ihrem Inkrafttreten hat das Datenschutzrecht eine noch weitreichendere europäische Integration erfahren.[13] Zwar war das nationale Recht bereits zuvor durch die europäische Datenschutzrichtlinie[14], die durch die DS-GVO vollständig abgelöst wurde, sowie die e-Privacy-Richtlinie[15], die neben der DS-GVO weiterhin Geltung beansprucht, europarechtlich hinterlegt; mit der seit Mai 2018 anzuwendenden Verordnung bleiben den Mitgliedsstaaten im umfassenden Anwendungsbereich der DS-GVO aber sowohl im privaten als auch öffentlichen Datenschutz nur noch die in der Verordnung in Form von Öffnungsklauseln vorgesehenen Regelungsräume für autonome Datenschutzrechtsetzung.[16]

1. Sekundärrechtliche Regelung des Profilings

Die DS-GVO adressiert erstmals explizit die Verarbeitungsform des Profilings und definiert sie in Art. 4 Nr. 4 DS-GVO. Es handelt sich dabei um jede Art der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten, die darin besteht, dass diese personenbezogenen Daten verwendet werden, um bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, (...) zu analysieren oder vorherzusagen.

Angesichts des datenschutzrechtlichen Prinzips des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt[17] bedarf es für den Einsatz von Profiling einer gesetzlichen Er-

---

12 Verordnung (EU) 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl. L 119 vom 4.5.2016, 1; in der Folge: DS-GVO.

13 *Kühling/Raab* in Kühling/Buchner (Hrsg.), 2017, Einleitung, Rn. 1; *Selmayr/Ehmann* in Ehmann/Selmayr (Hrsg.), 2017, Einleitung, Rn. 3f.

14 Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281 vom 23.11.1995, 31; in der Folge: Datenschutzrichtlinie.

15 Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl. L 201 vom 31.07.2009, 37; in der Folge: e-Privacy-Richtlinie.

16 *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, Teil 9, Rn. 1ff.

17 *Albrecht* in Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, 2019, Art. 6, Rn. 1; *Albers/Veit* in BeckOK Datenschutzrecht, 30. Ed., Stand 01.11.2019, Art. 6, Rn. 12; *Brettthauer* in Specht/Mantz (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, 2019, Teil A, Rn. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

laubnisgrundlage. Hierfür kommt zunächst Art. 22 DS-GVO in Betracht. Die Norm regelt jedoch nicht die Zulässigkeit des Profilings, sondern lediglich das Verfahren automatisierter Entscheidungen und die Nutzung von deren Ergebnissen.[18] Profiling wird daher von ihr nur insoweit erfasst, als es Bestandteil einer automatisierten Entscheidung ist.[19] Für den Sonderfall der Telemedien kann sich nach umstrittener Ansicht die Erlaubnis zur Bildung von pseudonymisierten Nutzerprofilen aus § 15 Abs. 3 TMG[20] ergeben, was aber angesichts einer Verdrängung der Regelung durch die DS-GVO,[21] jedenfalls aber der Entscheidung des EuGH zur Cookie-Einwilligung[22] abzulehnen ist. Art. 22 Abs. 2 lit. b) DS-GVO enthält ferner eine Öffnungsklausel, die sich jedoch ausschließlich auf Ausnahmen vom Verbot der automatisierten Entscheidung und nicht auf die Schaffung eigenständiger Erlaubnistatbestände für Profiling bezieht.[23] Daher setzt die neue Regelung zum *Scoring*, als Unterfall des Profilings,[24] in § 31 BDSG nunmehr in Absatz 1 Nr. 1 auch die Einhaltung des Datenschutzrechts explizit voraus und kann anders als zuvor noch § 28b BDSG a.F.[25] nicht als Erlaub-

18 *Buchner* in Kühling/Buchner, 2. Aufl. 2018, Art. 22, Rn. 11; *von Lewinski* in BeckOK Datenschutzrecht, 30. Ed., Stand 01.11.2019, Art. 22, Rn. 3f.

19 *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, Teil 3, Rn. 6; *Kugelmann* DuD 2016, 566 (569); *Richter* ZD 2016, 581 (585); *Scholz* in Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, 2019, Art. 22, Rn. 5 mwN.

20 *Heidrich/Forgó/Moos*, Betrieblicher Datenschutz, 3. Aufl. 2019, Kapitel 1, Rn. 33; differenzierend *Jandt* ZD 2018, 405 (407ff.); ablehnend *Schmitz* in Spindler/Schmitz (Hrsg.), 2. Aufl. 2018, § 15, Rn. 87, 95ff.; *ders.* In Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), Multimedia-Recht, 50. EL Oktober 2019, Teil 16.2, Rn. 266f.; *Kremer* in Auer-Reinsdorff/Conrad (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 28, Rn. 55, 65.

21 *Kremer* in Auer-Reinsdorff/Conrad (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 28, Rn. 55, 65; *Hullen/Roggenkamp* in Plath (Hrsg.), BDSG/DS-GVO, 3. Aufl. 2018, Einl. TMG, Rn. 13; *Jandt* ZD 2018, 405 (407).

22 EuGH, Urt. v. 01.10.2019 - C-673/17, MMR 2019 - Planet49; vgl. bereits vor dem Urteil die Widerspruchslösung bemängelnd *Schmitz* in Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), Multimedia-Recht, 50. EL Oktober 2019, Teil 16.2, Rn. 266f.

23 *Buchner* in Kühling/Buchner, 2. Aufl. 2018, Art. 22, Rn. 48; *von Lewinski* in BeckOK Datenschutzrecht, 30. Ed. Stand 01.11.2019, Art. 22, Rn. 62f.

24 *Buchner* in Kühling/Buchner, 2. Aufl. 2018, Art. 22, Rn. 22; *Hladjk* in Ehmann/Selmayr, 2. Aufl. 2018, Art. 22, Rn. 7; *Scholz* in Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, 2019, Art. 22, Rn. 24.

25 *Lapp* in Gola/Heckmann, 13. Aufl. 2019, § 31 BDSG, Rn. 9; *Helfrich* in Forgó/Helfrich/Schneider (Hrsg.), Betrieblicher Datenschutz, 3. Aufl. 2019 Kapitel 3, Rn. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nistatbestand herangezogen werden.[26] Für die rechtmäßige Durchführung von Profiling muss somit auf die allgemeinen Erlaubnistatbestände in Art. 6 Abs. 1 DS-GVO zurückgegriffen werden, wobei neben einer Einwilligung nach lit. a) regelmäßig nur die Vornahme von Profiling zur Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen nach lit. f) in Betracht kommt.[27] Bei dem wohl häufigsten Fall der Durchführung von Profiling aufgrund einer Einwilligung muss diese nicht nur den in Art. 4 Nr. 11 DS-GVO niedergelegten definitorischen Anforderungen entsprechen, also freiwillig, auf einen bestimmten Fall bezogen, informiert und unmissverständlich erfolgen, sondern auch den Bedingungen des Art. 7 DS-GVO genügen.

2. *Verfassungsrechtliche Dimension des Profilings*

Angesichts der Regelung des Art. 51 Abs. 1 S. 1 EUGrCh[28] und vor dem Hintergrund der umfassenden europarechtlichen Harmonisierung des Datenschutzrechts in Form einer Verordnung scheint der heranzuziehende Grundrechtsmaßstab eindeutig aus der Europäischen Grundrechtecharta hervorzugehen.[29] Mit seinen Urteilen *„Recht auf Vergessen I und II"*[30] hat das Bundesverfassungsgericht jedoch jüngst das komplexe Wechselspiel zwischen den nationalen und europäischen Grundrechtsregimen am Beispiel des Datenschutzrechts herausgearbeitet. Vor diesem Hintergrund muss die Frage der einschlägigen Grundrechtsquelle und der aus ihr zu entnehmenden Grundrechte genauer betrachtet werden.

---

26 *Buchner* in Kühling/Buchner, 2. Aufl. 2018, § 31 BDSG, Rn. 7; *Lapp* in Gola/Heckmann, 13. Aufl. 2019, § 31 BDSG, Rn. 9; *Taeger* in Taeger/Gabler, 3. Aufl. 2019, § 31 BDSG, Rn. 56.

27 *Kremer* in Auer-Reinsdorff/Conrad (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 28, Rn. 65; *Schantz* in Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, 2019, Art. 6 Abs. 1, Rn. 121.

28 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2010/C 83/02), ABl. C 326 vom 26.10.2012, 391, in der Folge: EUGrCh.

29 Vgl. EuGH, Urt. v. 08.11.2016 - C-243/15, ZUR 2017, 86 (89) - Slowakischer Braunbär II; Urt. v. 14.06.2017 - C-685/15, GRUR-Int 2017, 769 (771) - Online Games; *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union, 9. Aufl. 2011, 60, 62; *Schwerdtfeger* in Meyer/Hölscheidt, 5. Aufl. 2019, Art. 51, Rn. 40 mwN; *Nusser*, Die Bindung der Mitgliedsstaaten an die Unionsgrundrechte, 2011, 10ff.

30 BVerfG, Urt. v. 06.11.2019 - 1 BvR 16/13, NJW 2020, 300 - Recht auf Vergessen I; Urt. v. 06.11.2019 - 1 BvR 276/17, EuZW 2019, 1035 - Recht auf Vergessen II.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Einschlägige Grundrechtsquelle

In der Sache *Recht auf Vergessen I*[31] führt das Gericht aus, dass ein Anwendungsbereich für die Grundrechte des Grundgesetzes auch dort verbleiben kann, wo innerstaatliches Recht im Anwendungsbereich des Unionsrechts liegt, aber nicht vollständig durch Unionsrecht bestimmt wird.[32] Der Umfang der Vereinheitlichung wird dabei durch das europäische Fachrecht vorgegeben.[33] Sofern der europäische Gesetzgeber den Mitgliedsstaaten Gestaltungsspielräume in der Durchführung des Unionsrechts belässt, kann die primäre Anwendung der grundgesetzlichen Grundrechte auf den Gedanken gestützt werden, dass regelmäßig kein einheitlicher Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene beabsichtigt ist und durch die Anwendung deutscher Grundrechte ein Vielfalt akzeptierendes, grundrechtliches Schutzniveau gewährleistet wird.[34] Von diesem alleinigen Geltungsanspruch der deutschen Grundrechte sind in Einzelfällen Ausnahmen zu machen.[35]

Gemäß der Entscheidung *Recht auf Vergessen II*[36] geht auch das Verfassungsgericht von einer vollständigen Vereinheitlichung des Datenschutzrechts aus und sieht allein die Unionsgrundrechte als einschlägig an.[37] Es betont aber, dass trotz der europäischen Rechtsvereinheitlichung einer Materie durch eine Verordnung ein mitgliedsstaatlicher Gestaltungsspielraum in Form von Öffnungsklauseln eingeräumt sein kann,[38] der als Einfallstor für die nationalen Grundrechte dient. Die Existenz einer Öffnungsklausel allein rechtfertigt jedoch noch nicht die Annahme der Gestaltungsoffenheit, da sie den Gestaltungsspielraum nur in einem bestimmten Umfang

---

31 BVerfG, Urt. v. 06.11.2019 - 1 BvR 16/13, NJW 2020, 300 - Recht auf Vergessen I.

32 BVerfG, Urt. v. 06.11.2019 - 1 BvR 16/13, NJW 2020, 300 (301), Rn. 42 - Recht auf Vergessen I.

33 BVerfG, Urt. v. 06.11.2019 - 1 BvR 16/13, NJW 2020, 300 (302 f.), Rn. 51, 53ff. - Recht auf Vergessen I.

34 BVerfG, Urt. v. 06.11.2019 - 1 BvR 16/13, NJW 2020, 300 (302 f.), Rn. 49, 55ff. - Recht auf Vergessen I.

35 BVerfG, Urt. v. 06.11.2019 - 1 BvR 16/13, NJW 2020, 300 (304), Rn. 63ff. - Recht auf Vergessen I.

36 BVerfG, Urt. v. 06.11.2019 -1 BvR 276/17, EuZW 2019, 1035 - Recht auf Vergessen II.

37 BVerfG, Urt. v. 06.11.2019 - 1 BvR 276/17, EuZW 2019, 1035 (1036), Rn. 32, 35 - Recht auf Vergessen II.

38 BVerfG, Urt. v. 06.11.2019 - 1 BvR 16/13, NJW 2020, 300 (305), Rn. 74 - Recht auf Vergessen I; BVerfG, Urt. v. 06.11.2019 - 1 BvR 276/17, EuZW 2019, 1035 (1037), Rn. 41 - Recht auf Vergessen II.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einräumen.[39] Gestaltungsoffenheit ist vielmehr anhand der im konkreten Fall anzuwendenden Vorschriften, nicht aber aufgrund einer generellen Betrachtung des Regelungsbereichs zu bestimmen.[40] Von einer vollständig einheitlichen Regelung kann nur ausgegangen werden, wenn ein Sachverhalt durch einen Rechtsakt auch tatsächlich abschließend geregelt werden soll.[41]

Wie zuvor bereits herausgearbeitet, ergibt sich die rechtliche Zulässigkeit der Durchführung von Profiling ausschließlich aus Art. 6 DS-GVO. Die im Zusammenhang mit Profiling existierende Öffnungsklausel in Art. 22 Abs. 2 lit. b) DS-GVO betrifft nur Ausnahmen vom Verbot der automatisierten Entscheidung und tangiert nicht die Frage der Rechtmäßigkeit des Profilings selbst. Auch wenn somit Teilaspekte des Themenbereichs Profiling mitgliedsstaatlicher Gestaltung offenstehen, ist in Anbetracht des Regelungsrahmens in der DS-GVO davon auszugehen, dass der europäische Gesetzgeber mit der Verordnung die Frage der Rechtmäßigkeit des Profilings abschließend regeln wollte. Auf sie ist daher der Grundrechtsmaßstab der EUGrCh anzuwenden.

b) Einschlägige Grundrechte

Als im vorliegenden Fall einschlägige und gegeneinander abzuwägende Grundrechte stellen sich daher Art. 8 und 16 EUGrCh dar. Art. 8 EuGrCh gewährt den umfassenden Schutz in Bezug auf die Verarbeitung aller personenbezogenen Daten unabhängig von deren Qualität oder Verarbeitungskontext.[42] Kern des Grundrechts ist seine Funktion als Abwehrrecht, die sich in der grundsätzlichen Herrschaft eines jeden über die ihn betreffenden Daten, sowie dem Schutz der freien Entscheidung äußert, ob und wofür diese Daten verwendet werden.[43] Dem Grundrecht wohnt angesichts der verankerten Auskunfts- und Berichtigungsrechte aber ebenso

---

39 BVerfG, Urt. v. 06.11.2019 - 1 BvR 276/17, EuZW 2019, 1035 (1041), Rn. 78f. - Recht auf Vergessen II.

40 Ebd.

41 Ebd.

42 *Bernsdorff* in Meyer/Hölscheidt, 5. Aufl. 2019, Art. 8, Rn. 20, 22; *Rengeling/Szczekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union, 2004, Rn. 681; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. IV, 2009, Rn. 1380f.; *Bretthauer* in Specht/Mantz (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, 2019, Teil A, Rn. 13.

43 *Kingreen* in Calliess/Ruffert, Art. 8 GRC, 4. Aufl. 2011, Rn. 12; *Bock/Engeler* DVBl 2016, 593 (596); *Streinz*, Art. 8 GRC, 2. Aufl. 2012, Rn. 8; *Gersdorf* in Gersdorf/Paal, 26. Ed. 2019, Art. 8 GRC, Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

eine Leistungs- sowie, vor dem Hintergrund der Manifestation einer Kontrollinstanz, eine organisatorische Funktion inne.[44]

Da kommerzielles Profiling durch Unternehmen und nicht von staatlichen Stellen durchgeführt wird, ist im vorliegenden Fall neben der Schutzfunktion[45] des Grundrechts insbesondere die Frage relevant, ob ihm eine mittel- oder gar unmittelbare Drittwirkung zu entnehmen ist[46]. Ein Kernargument der Drittwirkungsbefürworter stellt dabei das besondere Schutzbedürfnis von Bürgern angesichts der allgegenwärtigen Datenverarbeitung durch Konzerne dar.[47] Ebenso legen einige vom EuGH gewählte Formulierungen[48] die Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung von Art. 8 EUGrCh nahe.[49] Sie ist aber aus dogmatischen Gründen abzulehnen. Private sind in erster Linie Grundrechtsberechtigte, nicht aber -verpflichtete.[50] Zudem sieht auch Art. 51 Abs. 1 S. 1 EUGrCh nur die Mitgliedsstaaten, Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union als durch die EUGrCh gebunden an. Eine unmittelbare Drittwirkung ist in der Rechtsprechung des EuGH ferner nur im Kontext mit Gleichheits- nicht aber mit Freiheitsgrundrechten postuliert worden.[51] Auch bedarf es der mit der Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung verbundenen dogmatischen Verwerfungen nicht. Das Ziel des Schutzes Betroffener vor Gefahren der Datenverarbeitung durch Private kann über die Wahrnehmung der anerkannten, wenn auch nicht näher spezifizierten, Schutzdimension des Grundrechts erreicht werden und Art. 8 EUGrCh zusätzlich bei der Auslegung des Sekundärrechts eine mittelbare Drittwirkung entfalten.[52]

---

44 *Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht, 2018, 227ff., 237ff.

45 *Gersdorf* in Gersdorf/Paal, Art. 8 GRC, 26. Ed., 2019, Rn. 12; *Heselhaus/Nowak/Mehde*, Handbuch der EU-Grundrechte, 2006, § 21, Rn. 11; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. IV, 2009, Rn. 1386ff.

46 *Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht, 2018, 247ff.

47 *Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht, 2018, 247; *Spiecker* CMLR 52 (2015), 1033 (1033ff.); *Simitis* NJW 1984, 398 (401); *Rengeling/Szczekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union, 2004, Rn. 684.

48 EuGH, Urt. v. 13.05.2014 - C 131/12, GRUR 2014, 895 (900f.), Rn. 80f., 87 - Google Spain, das von einem zu rechtfertigenden Eingriff Googles in Grundrechte spricht.

49 *Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht, 2018, 254; *Wolff* BayVBl 2015, 9 (15); *Boehme-Neßler* NVwZ 2014, 825 (828); *Danwitz* DuD 2015, 581 (584).

50 *Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht, 2018, 248f.

51 *Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht, 2018, 249; *Vilotti* ZÖR 71 (2016), 241 (246ff.).

52 *Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht, 2018, 249f.; *Streinz/Michl* EuZW 2011, 384 (387); *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 8,

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Aus dem Grundrecht folgt somit das grundsätzliche Recht von Datenobjekten, dass sie betreffende personenbezogene Daten nicht Gegenstand einer Datenverarbeitung sind, was sich auch in Art. 6 Abs. 1 DS-GVO und dem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt widerspiegelt. Zugleich gehört zur Herrschaft über die eigenen Daten aber auch das Recht, eine Verarbeitung zulassen zu dürfen, mithin die Anerkennung einer positiven und berechtigenden Grundrechtsdimension, die sich unter anderem in den umfassenden Verarbeitungsmöglichkeiten aufgrund einer Einwilligung zeigen (vgl. nur Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a), 9 Abs. 2 lit. a), 22 Abs. 2 lit. c) DS-GVO). Sowohl ein potentiell zu schaffendes Recht auf digitalen Herdenschutz als auch zu diskutierende Ersatzmaßnahmen können daher auf eine aus Art. 8 EUGrCh herzuleitende gesetzgeberische Schutzpflicht oder aber eine mittelbare Drittwirkung gestützt werden.

Soweit es zudem aufgrund einer Datenverarbeitung zu einer Ungleichbehandlung oder Diskriminierung Betroffener kommt, ist ferner Art. 21 EUGrCh zu beachten. Er verbietet die Diskriminierung aufgrund einer Vielzahl, nicht abschließend aufgeführter Merkmale. Anders als bei Art. 8 EUGrCh wird der Norm keine unmittelbare Drittwirkung zugesprochen.[53] Im Verhältnis zwischen Privaten kommt dem Grundrecht nur im Rahmen der Auslegung des Sekundärrechts und in Form der inhaltlich übereinstimmenden Richtlinien Bedeutung zu.[54] Gegen Art. 21 EUGrCH verstoßende Normen sind zudem unanwendbar.[55] Auf die sich im vorliegenden Fall stellenden Fragen eines Rechts auf digitalen Herdenschutz zum Schutz vor Maßnahmen privater Datenverarbeiter kann die Norm da-

---

Rn. 3; *Bretthauer* in Specht/Mantz (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, 2019 Teil A, Rn. 63; BVerfG, Urt. v. 06.11.2019 - 1 BvR 276/17, EuZW 2019, 1035 (1043), Rn. 97 - Recht auf Vergessen II.

53 *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 21, Rn. 4; *Streinz* EUV AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 21 GRC, Rn. 6; *Stern* in Stern/Sachs, 2016, Art. 21, Rn. 14; *Hölscheidt* in Meyer/Hölscheidt, 5. Aufl. 2019, Art. 21, Rn. 34 mwN.

54 *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 21, Rn. 4; *Hölscheidt* in Meyer/Hölscheidt, 5. Aufl. 2019, Art. 21, Rn. 34; *Rossi* in Calliess/Ruffert, Art. 21 GRC, 5. Aufl. 2016, Rn. 5; *Streinz*, EUV AEUV, 3. Aufl., 2018 Art. 21, Rn. 6; EuGH, Urt. v. 03.09.2014 - C-201/13, GRUR 2014, 972 (974) - Vrijheidsfonds/Vandersteen; Urt. v. 19.01.2010 - C-555/07, NZA 2010, 85 (87) - Kücükdeveci; Urt. v. 19.04.2016 - C-441/14, NZA 2016, 537.

55 *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 21, Rn. 4; *Hölscheidt* in Meyer/Hölscheidt, 5. Aufl. 2019, Art. 21, Rn. 34; *Rossi* in Calliess/Ruffert, Art. 21 GRC, 5. Aufl. 2016, Rn. 5; EuGH, Urt. v. 22.11.2005 - C-144/04, NJW 2005, 3695 (3698) - Mangold; Urt. v. 19.01.2010 - C-555/07, NZA 2010, 85 (88) - Kücükdeveci; Urt. v. 11.09.2018 - C-68/17, NJW 2018, 3068 (3089); Urt. v. 17.04.2018 - C-414/16, NZA 2018, 569 (573) - Egenberger.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

her nicht direkt herangezogen werden. Ihre Ausprägung in den europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien[56] und deren Umsetzungen in nationales Recht sind in Bezug auf die Unterbindung diskriminierenden Verhaltens Privater jedoch ebenso zu berücksichtigen, wie die Möglichkeit der Auslegung datenschutzrechtlicher Normen im Lichte des Art. 21 EuGrCh. Zudem kann der europäische Gesetzgeber auf der Grundlage seiner Kompetenz in Art. 19 AEUV gesetzliche Regelungen erlassen, mit denen diskriminierendes Verhalten unterbunden werden kann.[57] Angesichts des Wortlauts der Norm ist ihm dabei jedoch ein Handlungsermessen eingeräumt.[58]

Der Datenverarbeiter, der das Profiling regelmäßig im Rahmen seiner wirtschaftlichen Betätigung vornehmen wird, kann sich wiederum auf den Schutz des Art. 16 EUGrCh berufen. Die Norm schützt die unternehmerische Freiheit in allen Ausprägungen.[59] Bei dem Recht handelt es sich im Kern um ein Abwehrrecht, mit nur begrenzten schutz- und leistungsrechtlichen Dimensionen.[60] Eine direkte Anwendung zwischen Privaten scheidet somit aus. Es ist bei der Auslegung datenschutzrechtlicher Normen jedoch als Abwägungsbelang auf Seiten der Datenverarbeiter ebenso heranzuziehen, wie es als zu wahrendes Recht bei einer etwaigen Schaffung neuer datenschutzrechtlicher Instrumente zwingend berücksichtigt werden muss.

III. Alternativen zu einem Recht auf digitalen Herdenschutz

Ein Recht auf „digitalen Herdenschutz" ist juristisch mit der ab 01. März 2020 geltenden und zuvor kontrovers diskutierten Masernimpfpflicht des § 20 Abs. 8 - 14 IfSG vergleichbar. Beide erfordern das Tätigwerden der gesellschaftlichen Mehrheit zum Schutz anderer und verpflichten dabei unbetroffene Personen zum Handeln. Die gesetzliche Verankerung einer Handlungspflicht stellt dabei jedoch auch einen Eingriff in Grundrechte

---

56 Vgl. hierzu *Chege* NJ 2012, 503.

57 *Mohr* in Franzen/Gallner/Oetker, 3. Aufl. 2020, Art. 19 AEUV, Rn. 1f.; *Epiney* in Calliess/Ruffert, Art. 19 AEUV, 5. Aufl. 2016, Rn. 1f.; *Grabenwater* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, 68. EL 2019, Art. 19 AEUV, Rn. 6, 9.

58 *Grabenwater* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, 68. EL 2019, Art. 19 AEUV, Rn. 6.

59 *Ruffert* in Calliess/Ruffert, Art. 16 AEUV, 5. Aufl. 2016, Rn. 1; *Streinz*, EUV AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 16, Rn. 6; *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 16, Rn. 7.

60 *Bernsdorff* in Meyer/Hölscheidt, 5. Aufl. 2019, Art. 16, Rn. 10 mwN.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dar. So beinhaltet das Recht auf Datenschutz auch die Freiheit, seine Daten verarbeiten zu lassen. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit kann ein solcher Eingriff daher nur gerechtfertigt sein, wenn keine Maßnahmen auf Seiten der Betroffenen und der Datenverarbeiter ergriffen werden können, die ein Recht auf Herdenschutz, und damit das Handeln oder Unterlassen anderer, überflüssig machen.

1. Maßnahmen auf Seiten der Betroffenen

Es kann angesichts der fortschreitenden Verknüpfung alltäglicher Aktivitäten mit dem virtuellen Raum keine Alternative für von Benachteiligung und Diskriminierung betroffene Personengruppen sein, sich potentiell gefährlicher Technologien völlig zu enthalten. Dies würde zu einer sozialen, wirtschaftlichen und politischen Isolation innerhalb der Gesellschaft führen, da viele Dienste für sie nicht mehr nutzbar und etliche alltägliche Aktivitäten nicht mehr durchführbar wären. Dennoch sollte überlegt werden, ob die Nutzung der Angebote möglicherweise auf eine Art vorgenommen werden kann, mit der Risiken minimiert bzw. ausgeschlossen werden oder ob Gefahren mit bereits existierenden oder neuen Instituten des Datenschutzrechts eingedämmt werden können. Die hier vorgenommene Untersuchung beschränkt sich dabei auf die den Betroffenen selbst zustehenden Möglichkeiten und geht nicht auf die ebenso relevanten Wirkungen externer Effekte ein.

a) Verweigern der Verarbeitungserlaubnis

Profiling ist nur auf der Basis der Erlaubnisnormen des Art. 6 Abs. 1 lit. a) oder f) DS-GVO rechtmäßig durchführbar. Anders als im Fall des Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO, der die Vornahme zur Wahrung berechtigter Interessen ermöglicht und Betroffenen kaum Einflussmöglichkeiten lässt, könnte im Fall der Durchführung von Profiling auf der Grundlage einer Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 lit. a) DS-GVO) deren Erteilung verweigert werden.

Diese Verweigerung hat jedoch regelmäßig zur Folge, dass der gewünschte Dienst nicht mehr genutzt werden kann und käme somit einem Ausschluss von der Technologie gleich. Problematisch ist in diesem Zusammenhang zudem, dass sich Datenverarbeiter bei der Erteilung einer Einwilligung exzessive Möglichkeiten zur Datenerfassung und -verarbei-

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tung zugestehen lassen. Dies ist eigentlich durch das in Art. 7 Abs. 4 DSGVO enthaltenen sog. Kopplungsverbot ausgeschlossen. Hierbei handelt es sich um das Verbot, die Gewährung des Zugangs zu einem Vertrag oder einer Leistung von der Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung abhängig zu machen, die über einen für den Vertrag erforderlichen Umfang hinausgeht.[61] Insofern besteht einerseits ein Vollzugsdefizit in Bezug auf die Bekämpfung zu umfassender Erlaubniserteilungen. Andererseits erweist sich das Kopplungsverbot aber auch als inhaltlich nicht so breit anwendbar, wie es sich auf den ersten Blick präsentiert; zumal die Wertung des Betreibers, was eine notwendige Datenverarbeitung darstellt, nur schwer überprüft werden kann.[62] Außerdem genügen in vielen Fällen bereits für die Nutzung eines Dienstes erforderliche Angaben, um daraus sensible Informationen über den Verwender abzuleiten.

Die Einwilligung stellt zudem keine so hohe praktische Zugangsschranke zur Erlangung einer Verarbeitungsgrundlage dar, wie man erwarten könnte. An ihr zeigen sich vielmehr praktische Defizite des Datenschutzrechts, die auch im Zuge der Reform und Stärkung der Anforderungen der Einwilligung nicht behoben werden konnten. Laut Art. 4 Nr. 11 DSGVO muss es sich bei der Einwilligung zwar um eine für den bestimmten Fall, unmissverständlich und insbesondere auch freiwillige und informierte Willensbekundung handeln, Studien zeigen jedoch, dass die Nutzer weder wissen, worin sie einwilligen, noch, dass die Einwilligung in den meisten Fällen freiwillig erfolgt.[63] Es ist unmöglich die Vielzahl der Einwilligungserklärungen und deren enormen Umfang in der Einwilligungssituation zu lesen, geschweige denn zu verstehen. Die Nutzer willigen daher oftmals automatisch ein, wenn es von ihnen verlangt wird.[64] Aus diesem Grund stellt sich die Erteilung der datenschutzrechtlichen Einwilligung als „*Manzipation der Neuzeit*" dar, also als eine Handlung, deren eigentliche

---

61 *Engeler* ZD 2018, 55; *Golland* MMR 2018, 130; *Krohm/Müller-Peltzer* ZD 2017, 551 (551f.).

62 *Engler* ZD 2018, 55 (58f.); *Golland* MMR 2018, 130 (131); *Krohm/Müller-Peltzer* ZD 2017, 551 (551f.); *Schulz* in Gola, 2. Aufl. 2018, Art. 7, Rn. 26.

63 *Schermer/Custers/van der Hof* Ethics Info Technol 16 (2014), 171; *Custers/ van der Hof/Schermer et al.* scripted 10 (2013), 435; *Brockdorff/Appleby-Arnold/Montalto/Camilleri* European Citizens and Online Privacy: Towards a new Typology, 2015, https://www.researchgate.net/publication/268800126_European_Citizens_and_Online_Privacy_Towards_a_new_typology (Stand 12.04.2020); *Utz/Schaub/Degeling/Holz/Fahl* (Un)informed consent in 2019 ACM SIGSACConference on Computer and Communications, 2019.

64 Vgl. nur *Schermer/Custers/van der Hof* Ethics Info Technol 16 (2014), 171.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rechtliche Bedeutung immer mehr verloren gegangen ist.[65] Es ist daher dringend erforderlich, das Konzept der Einwilligung zu überarbeiten und realitätsnah neu zu denken, um so die Informiertheit und Freiwilligkeit der Erteilung wieder zu beleben. Konzepte hierfür sind, z.B. in Form der Information durch Piktogramme in Art. 12 Abs. 8 DS-GVO, bereits in der DS-GVO enthalten. Auch die Stärkung der Rolle der Aufsichtsbehörden mit der DS-GVO scheint geeignet, bestehende Vollzugsdefizite in Bezug auf unrechtmäßige Einwilligungserklärungen zu beseitigen.[66] Andere Ansätze, wie z.B. die Schaffung von Einwilligungsagenten,[67] müssen durch die Intensivierung interdisziplinärer Forschung noch weiter ausgereift werden.

Selbst wenn die Aussagekraft der Einwilligung auf die genannten Weisen gestärkt und die Möglichkeit zur Wahrnehmung größerer Eigenverantwortung Betroffener geschaffen werden, bleiben Fälle, in denen die Verarbeitung von Daten im Zuge des Profilings zulässig wäre (Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO). Abgesehen von den beschriebenen praktischen Defiziten ist eine Lösung über die Verweigerung einer Einwilligung nicht praktikabel.

b) Verweigerung von Angaben

Ein weiterer Ansatz zum Selbstschutz Betroffener könnte in der Verweigerung von Angaben bestehen, die Rückschlüsse auf ein zur Benachteiligung oder Diskriminierung geeignetes Merkmal zulassen. Hierbei darf aber nicht übersehen werden, dass auch einer Nichtangabe ein Informationsgehalt entnommen werden kann. Sofern eine Person sich anders als alle anderen einer Vergleichsgruppe nicht zu einer Frage äußert, besteht darin eine Auffälligkeit, die vom Datenverarbeiter interpretiert werden kann. So kann erst recht offenbart werden, was mit der Nichtangabe eigentlich versteckt werden soll.

Es kommt hinzu, dass sich die für Profiling verwendeten Daten nur in geringem Umfang aus von Nutzern direkt gemachten Angaben zusam-

---

65 *Kamantauskas* Teises apzvalga Law review 12 (2015), 51 (78f.).

66 *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, Teil 7, Rn. 2.

67 Vgl. *Matzutt/Müllmann/Zeissig et al.* myneData: Towards a Trusted and User-controlled Ecosystem for Sharing Personal Data in Eibl/Gaedke, INFORMATIK 2017, Lecture Notes in Informatics, 2017, 1073.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mensetzen. Eine Vielzahl sensibler Eigenschaften wird vielmehr mit hoher Treffsicherheit aus der Beobachtung unseres Surfverhaltens abgeleitet.[68]

Es bestünde zwar die Möglichkeit, den Zugriff auf Daten mittels technischer Anwendungen zu unterbinden.[69] Je nach Anwendungsfeld sieht sich eine solche Maßnahme jedoch Problemen ausgesetzt. So müsste ein Unterbinden der Datenerfassung meist in der Sphäre des Datenverarbeiters erfolgen, was einen Eingriff in dessen IT-Infrastruktur von außen erfordern würde, der straf- und zivilrechtlich relevant und angesichts seiner Massivität nicht per se durch die potentielle oder gar abstrakte Gefahr für Betroffene zu rechtfertigen wäre.[70] Unproblematisch ist hingegen die oft geäußerte Befürchtung, dass in diesen Fällen die Daten als Gegenleistung für die Nutzung eines ansonsten kostenlosen Angebots entzogen würden, da in diesen Austauschverhältnissen nicht die Abgabe von Daten, sondern lediglich die Gewährung einer Verarbeitungsmöglichkeit geschuldet ist.[71]

Betroffene sollten daher zwar versuchen, Angaben zu verweigern, als adäquate Maßnahme zur Erreichung eines angemessenen Schutzniveaus kann dieses Vorgehen jedoch nicht pauschal gewertet werden.

c) Recht auf Löschung

Die DS-GVO räumt den Nutzern in den Art. 12 - 23 DS-GVO gegenüber Datenverarbeitern umfassende Rechte ein. Im vorliegenden Kontext könnte das in Art. 17 Abs. 1 DS-GVO enthaltene Recht auf Löschung Bedeutung entfalten. Es gewährt den Betroffenen die Möglichkeit, die Löschung sie betreffender personenbezogenen Daten zu verlangen, wenn z.B. die Daten für den Erhebungszweck nicht mehr erforderlich sind (lit. a), die Einwilligung widerrufen wird und keine alternative Verarbeitungsgrundlage

---

68 *Christl/Spiekermann*, Networks of Control, 2016, 15, 45; *Valentino-DeVries*, What they know about you, Wall Street Journal, 31.07.2010, https://www.wsj.com/artcles/SB10001424052748703999304575399041849931612 (Stand 12.04.2020); *Kosinski/Stillwell/Kohli et al.*, Personality and Website Choice in Contractor/Uzzi/Macy, Proceedings of the 4th Annual ACM Web Science Conference, 151 (151ff.).

69 Vgl. *Wagner*, Datenökonomie und Selbstdatenschutz, im Erscheinen, 2020, Rn. 366ff.

70 Die Konsequenzen hängen von der konkreten Vorgehensweise ab, was eine generalisierende juristische Betrachtung verbietet. In Abhängigkeit vom Einzelfall wären bei einem Eingriff jedoch die Einschlägigkeit der §§ 202a - 204 sowie §§ 303a f. StGB sowie Ansprüche aus vertraglicher und deliktischer Haftung zu prüfen.

71 *Wagner*, Datenökonomie und Selbstdatenschutz, im Erscheinen, 2020, Rn. 341ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zur Verfügung steht (lit. b), Widerspruch gem. Art. 21 Abs. 1, 2 DS-GVO gegen die Verarbeitung eingelegt wird (lit. c) oder die Daten unrechtmäßig verarbeitet wurden (lit. d). Der Löschungsanspruch kann nicht durchgesetzt werden, sofern einer der in Art. 17 Abs. 3 DS-GVO genannten Gründe vorliegt. Abgesehen von den wenigen Konstellationen im Zusammenhang mit Profiling, in denen entweder kein Löschungsgrund vorliegt oder aber eine Ausnahme nach Art. 17 Abs. 3 DS-GVO einschlägig ist, wäre es den Betroffenen somit möglich, eine Datenverarbeitung durch Löschung der sie betreffenden Daten zu unterbinden, da sich der Anspruch im Zusammenhang mit Profiling sowohl auf die In- als auch die Output-Daten bezieht[72].

Doch auch dieser Ansatz begegnet in der Praxis erheblichen Problemen. So ist es angesichts der Vielzahl der Anbieter, an die Löschungsverlangen gerichtet werden müssten, praktisch unmöglich eine umfassende Löschung zu erreichen. Schon die Geltendmachung der Löschung gegenüber jedem Betreiber einer besuchten Webseite wäre herausfordernd, erst recht jedoch das Verlangen gegenüber allen Anbietern von *third-party-Cookies*. Dass die Niederlassungen von Anbietern zudem oftmals im außereuropäischen Ausland liegen, berührt zwar nicht deren gemäß Art. 3 Abs. 2 lit. a) DS-GVO bestehenden Verpflichtung nach dem Marktortprinzip die Regelungen der DS-GVO einzuhalten,[73] erschwert die Durchsetzung dieses Rechts jedoch enorm. Vor diesem Hintergrund scheidet daher auch das Recht auf Löschung als Ersatz für ein Recht auf Herdenschutz aus.

d) Recht zur Lüge

Aus dem Arbeitsrecht ist das Recht eines Bewerbers bekannt, unzulässige Fragen nicht wahrheitsgemäß beantworten zu müssen.[74] Eine Frage wird demnach nur als zulässig angesehen, wenn ein Arbeitgeber ein berechtigtes, billigens- und schützenswertes Interesse an ihrer Beantwortung in Hin-

72 *Kamann/Braun* in Ehmann/Selmayr, 2. Aufl. 2019, Art. 17, Rn, 36.

73 *Hornung* in Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, 2019, Art. 3, Rn. 39; *Zerdick* in Ehmann/Selmayr, 2. Aufl. 2019, Art. 3, Rn, 14; *Klar* in Kühling/Buchner, 2. Aufl. 2018, Art. 3, Rn. 60ff.

74 BAG, Urt. v. 05.12.1957 - 1 AZR 594/56, NJW 1958, 516; Urt. v. 22.09.1961 - 1 AZR 241/60, NJW 1962, 74; *Preis/Bender* NZA 2005, 1321 (1321f.); *Armbrüster* in MK-BGB, 8. Aufl. 2018, § 123, Rn. 46.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

blick auf das Arbeitsverhältnis hat.[75] Das ist nur dann der Fall, wenn sein Interesse so gewichtig ist, dass dahinter das Interesse des Arbeitnehmers zurückzutreten hat, seine persönlichen Lebensumstände zum Schutz seines Persönlichkeitsrechts und zur Sicherung der Unverletzlichkeit seiner Individualsphäre geheimzuhalten.[76] Würde man diese Grundsätze auf den digitalen Raum übertragen, könnten Betroffene bei Fragen, die in ihre Privatsphäre eingreifen und gleichzeitig in einem sachfremden Kontext erfolgen, bewusst eine falsche Antwort geben.

Die Idee eines „Rechts zur Lüge" im digitalen Raum als „Datennotwehr" ist vor dem Hintergrund immer umfassenderer Überwachung und immer tieferer Eingriffe in das Privatleben nicht neu.[77] Doch wie schon in Bezug auf die Möglichkeit der Verweigerung von Angaben ausgeführt, bestehen die für Profiling genutzten Daten nur zu einem geringen Teil aus expliziten Nutzerangaben, im Übrigen aber aus Beobachtungen des Nutzerverhaltens.[78] Ein möglicher technischer Eingriff zur Übermittlung falscher Daten müsste in diesen Fällen oftmals in der Verarbeitersphäre erfolgen und wäre nicht pauschal mit abstrakten Gefahren für Betroffene zu rechtfertigen.

Ein „Recht zur Lüge", d.h. bewusste Falschangaben zum Schutz der eigenen Privatsphäre, sollte möglich sein, wenn das Geheimhaltungsinteresse des Betroffenen das schutzwürdige Interesse des Verarbeiters an der Erlangung der Daten aufgrund des Rechtsverhältnisses und mit Bezug hierauf überwiegt.[79] Insoweit kann auf die aus dem Arbeitsrecht bekannten Grundsätze zurückgegriffen werden. Da dieser Schutz jedoch nur situativ gewährt werden kann, scheidet er als adäquates Schutzmittel ebenfalls aus.

2. *Maßnahmen auf Seiten der Verarbeiter*

Nachdem festgestellt wurde, dass auf Seiten der Betroffenen keine Maßnahmen ergriffen werden können, mit denen sich ihr Schutz vor Diskrimi-

---

75 BAG, Urt. v. 05.10.1995 - 2 AZR 923/94, NZA 1996, 371 (371f.); Urt. v. 07.06.1984, 2 AZR 270/83, NJW 1985, 645.

76 Ebd.

77 *Ronellenfitsch* DuD 2008, 110.

78 *Christl/Spiekermann*, Networks of Control, 2016, 45; *Valentino-DeVries*, What they know about you, Wall Street Journal, 31.07.2010, https://www.wsj.com/artcles/SB10001424052748703999304575399041849931612 (Stand 12.04.2020).

79 Im Ergebnis auch *Wagner,* Datenökonomie und Selbstdatenschutz, im Erscheinen, 2020, Rn. 724ff., 738ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nierung und Benachteiligung ausreichend sicherstellen lässt, muss untersucht werden, ob auf Seiten der Datenverarbeiter Konzepte implementiert werden könnten, die einen Diskriminierungsschutz garantieren. Auch hierbei handelt es sich im Vergleich zu Maßnahmen, die von der Gesamtbevölkerung getroffen werden müssten, um mildere und somit durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebotene Instrumente.

a) Zeitliche Begrenzung von Datenspeicherung

Ausgehend von Art. 5 Abs. 1 lit. e) DS-GVO, der eine zeitliche Speicherbegrenzung von personenbezogenen Daten auf die Dauer der Erforderlichkeit für den Verarbeitungszweck vorsieht, könnte man Datenverarbeitern enge zeitliche Grenzen für die Speicherung von Profilingdaten setzen. Eine solche zeitliche Speicherbegrenzung wird auch vom BVerwG als potentiell eindämmende Maßnahme für Profiling verstanden.[80] In der Tat ließen sich durch die Beschränkung des Speicherzeitraums von Daten mögliche Langzeitbeobachtungen von Personen zumindest vordergründig verhindern. Da mit einer Obergrenze für den Speicher- aber keine Grenze für den Gesamtbeobachtungszeitraum einhergeht und eine solche angesichts der wiederkehrenden Nutzung von Angeboten und der damit verbundenen notwendigen Datenverarbeitung auch nicht durchsetzbar wäre, bestünde jedoch die Gefahr, dass im Profil lediglich permanent ältere Daten gegen aktuellere ausgetauscht werden. Hierdurch würden die Profile sogar aussagekräftiger in Bezug auf aktuelles Nutzerverhalten. Eine Langzeitbeobachtung mit aktuellen Daten wäre dennoch denkbar. Zudem übersieht dieser Ansatz, wie aussagekräftig Daten von Kurzzeitbeobachtungen angesichts der Gleichförmigkeit unseres Alltags sind.[81] Sofern eine Kurzzeitbeobachtung bei einer Person in einer besonderen Lebenslage vorgenommen wird, z.B. während einer Phase gesundheitlicher Probleme oder Arbeitslosigkeit, birgt die Speicherbegrenzung zudem die Gefahr der insgesamt falschen Wahrnehmung eines Menschen mit den daraus resultierenden negativen Konsequenzen.

Eine zeitliche Speicherbegrenzung ist angesichts dieser Überlegungen daher kritisch zu hinterfragen und bietet keinen ausreichenden Schutz Betroffener vor Benachteiligung oder Diskriminierung.

---

80 BVerwG, Beschl. v. 25.09.2019 - 6 C 12.18, K&R 2019, 819 (821).
81 *Hammer/Müllmann* K&R 2020, 103 (104).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Restriktion der Dateninterpretation

Ein weiterer Ansatz zum Schutz Betroffener auf Seiten der Datenverarbeiter könnte in der Auferlegung von Restriktionen bei der Interpretation von Daten bestehen. So könnte untersagt werden, eine Nichtangabe mit einem anderen Ergebnis, als dass keine Angabe gemacht wurde, zu bewerten. Ferner wäre es denkbar, die Implementierung von privatsphäreschützenden Systemen vorzuschreiben, mit denen, insbesondere Diskriminierung ermöglichende, Ergebnisse verrauscht werden. Wie schon zuvor dargestellt, handelt es sich bei den meisten für Profiling genutzten Daten jedoch nicht um aktiv von Nutzern gemachte, sondern aus ihrem Verhalten abgeleitete Informationen.[82] Die Fälle, in denen die Interpretation einer Nichtangabe als solche relevant wäre, sind in der Praxis daher gering. Zudem existieren zwar technische Methoden aus dem Bereich der Forschung zur *Differential Privacy*[83] oder *k-anonimity*[84], um Datensätze zu verschleiern. Beim Profiling geht es jedoch gerade darum, dass einer konkreten Person bestimmte Eigenschaften zugeordnet werden. Dieses Ziel ist mit privatsphärewahrenden Techniken, mit denen ein Ergebnis verrauscht oder durch die Wahl einer sehr einheitlichen Vergleichsgruppe relativiert wird, unmöglich in Einklang zu bringen.

Der Verzicht auf die Aufnahme potentiell für Benachteiligungen oder Diskriminierung zu nutzender Eigenschaften in Profile würde wiederum dazu führen, dass durch das Nichtvorhandensein eines Merkmals, das in anderen Profilen regelmäßig zu finden ist, ein auffälliges Unterscheidungskriterium existieren würde, das explizit auf das Vorhandensein dieses Merkmals hinweist. Denkbar wäre insoweit nur, dass die Merkmalsangabe ebenfalls bei anderen Profilen unterlassen wird, in denen das Merkmal eigentlich unauffällig, d.h. nicht zu Benachteiligung oder Diskriminierung geeignet, ist, um so auf Seiten des Verarbeiters potentiell Betroffenen einen Herdenschutz zu gewähren. In diesem Fall müsste jedoch sichergestellt

82 *Christl/Spiekermann*, Networks of Control, 2016, 45; *Valentino-DeVries*, What they know about you, Wall Street Journal, 31.07.2010, https://www.wsj.com/artcles/SB10001424052748703999304575399041849931612 (Stand 12.04.2020).

83 *Dwork* in van Tiborg/Jajodia (Hrsg.), Encyclopedia of Cryptography and Security, 2011, 338 (338ff.); *Li* in Shen/Lin/Zhang (Hrsg.), Encyclopedia of Wireless Networks, Stand 2020, Eintrag Differential Privacy.

84 *Demiryurek/Shahabi* in Shekhar/Xiong/Zhou (Hrsg.), Encyclopedia of GIS, Stand 2017, 1097 (1097ff.); *Domingo-Ferrer* in Liu/Özsu (Hrsg.), Encyclopedia of Database Systems, Stand 2018, 2053 (2053ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sein, dass auch den Profilinhabern, deren Angabe zum Schutz potentiell Betroffener gelöscht wurde, keine Nachteile aus deren Fehlen erwächst.

IV. Das Recht auf digitalen Herdenschutz

Die vorhergehende Untersuchung hat gezeigt, dass Maßnahmen Betroffener und Datenverarbeiter bestenfalls punktuell wirken, jedoch keinen umfassenden Schutz potentiell benachteiligter oder diskriminierter Personengruppen sicherstellen können. Insofern verbleibt ein großer Raum für Maßnahmen der Gesamtgesellschaft zum Schutz Gefährdeter.

Diese Maßnahmen stellen jedoch auch einen Selbstschutz für die freie Gesellschaft und pluralistische Demokratie dar. Demokratie bedeutet Veränderungsoffenheit.[85] Sie erfordert den begründbaren Kompromiss, der aus der Diskussion entsteht und beständig angepasst werden kann.[86] Sie birgt das Versprechen, dass aus der Position der Minderheit die der Mehrheit werden kann, da sie offen ist für Irrtümer, neue Erkenntnisse und die daraus folgenden Veränderungen.[87] In Ermangelung eines absoluten Wahrheitsanspruchs existiert in der Demokratie kein unabänderliches Allgemeinwohl, dafür aber eine Vielfalt an Konzepten und deren Pflicht einander, bei aller Auseinandersetzung, zu tolerieren.[88] Diese Dynamik der Demokratie und die Wahrung von Minderheitenrechten wird durch Profiling bedroht, das Menschen streng nach Interessen und Einstellungen trennt. Es erzeugt Teilöffentlichkeiten in Form von Echokammern und Filterblasen, die extreme Positionen fördern und angesichts ihrer Abschottung keine Auseinandersetzung mit konträren Positionen mehr erfordern.[89] Algorithmische Empfehlungen, die auf Daten zu vergangenem

85 *Spiecker gen. Döhmann* Fragmentierungen, VVDStRL 77 (2018), 10 (19); *Nolte*, Was ist Demokratie?, 2012, 283.

86 *Spiecker gen. Döhmann* Fragmentierungen, VVDStRL 77 (2018), 10 (19f.); *Schuppert* AöR 120 (1995), 32 (64).

87 *Spiecker gen. Döhmann* Fragmentierungen, VVDStRL 77 (2018), 10 (21f.); *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, Rn. 135; *Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre, 2013, 242; *Lepsius* Der Staat 52 (2013), 157 (169).

88 *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, Rn. 159; *Spiecker gen. Döhmann* Fragmentierungen, VVDStRL 77 (2018), 10 (22f); *Schumpeter* Capitalism, Socialism and Democracy, 1976, 295.

89 *Spiecker gen. Döhmann* Fragmentierungen, VVDStRL 77 (2018), 10 (24f., 37ff., 43, 51); *Lepsius* Der Staat 52 (2013), 157 (175f.); *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, Rn. 135, 138; *Holtz-Bacha* in Gellner/von Korff (Hrsg.), Demokratie und Internet, 1998, 219 (224); *Ungern-Sternberg* in Unger/Ungern-Stern-

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verhalten basieren, fördern zudem die Perpetuierung bestehenden Verhaltens und somit selbsterfüllende Prophezeiungen, da nur zu bisherigem Handeln passende Optionen, nicht aber außerhalb des Interessens- und Verhaltensspektrums liegende Alternativen vorgeschlagen werden. Mit der allgegenwärtigen Datenerfassung und der Schaffung eines gläsernen Konsumenten geht zugleich ein großer Überwachungsdruck[90] einher, der Menschen dazu bewegen kann, von der Mehrheit abweichendes Verhalten zu unterlassen, um nicht aufzufallen. In China wird dieses Ziel mit der Einführung des Sozialkreditsystems sogar bewusst verfolgt.[91] Der Minderheit wird auf diese Weise die Chance genommen, zur Mehrheit zu werden und die Vielfalt der Lebensentwürfe schwindet. Profiling gefährdet so durch die Möglichkeit der Begrenzung von Zugang und Teilhabe[92] und die Katalysation des Wegfalls gesamtgesellschaftlicher Foren nicht nur Einzelne, sondern die Basis der Demokratie insgesamt und macht daher Gegenmaßnahmen erforderlich.

Die konkrete Ausgestaltung schützender Maßnahmen als Ausfluss eines Rechts auf digitalen Herdenschutz ist dabei fraglich. Es ist praktisch unmöglich, sie wie bei einer Impfung durch unkoordinierte Einzelmaßnahmen von Nichtbetroffenen sicherzustellen, da es nicht genügt, an die Bevölkerung zu appellieren, sich gelegentlich nicht mehrheitskonform und virtuell wie ein Mitglied einer gefährdeten Gruppe zu verhalten. Vielmehr bedarf es zentraler Maßnahmen durch den Gesetzgeber, der sein Tätigwerden dabei auf die aus Art. 8 EUGrCh resultierende Schutzpflicht unter besonderer Berücksichtigung der grundrechtlichen Gleichbehandlungsgebote stützen kann. Dem steht auch das Recht der Datenverarbeiter auf unternehmerische Freiheit nicht entgegen, da kein unternehmerisches Interesse eine sachgrundlose Ungleichbehandlung erfordern kann.[93]

Im Ergebnis kann ein Recht auf digitalen Herdenschutz im Zusammenhang mit Profiling daher nur die Form eines risikoadaptierten Regulierungsansatzes mit gestuften Verboten annehmen. Die Verwerfung dieser

---

berg (Hrsg.), Demokratie und künstliche Intelligenz, 2019, 3 (10), *Schumpeter* Capitalism, 1976, 263; *Hoffmann* AöR 142 (2017), 1 (13f.).

90 Vgl. hierzu nur: BVerfG, Urt. v. 02.03.2010 - 1 BvR 256/08, 263/08, 586/08, NJW 2010, 833 (838ff.); *Bretthauer*, Intelligente Videoüberwachung, 2017, 97f.

91 Vgl. nur: *Landwehr*, Digitale Überwachung: China schafft den „besseren Menschen", 01.03.2018, beck-link 2009207; *Kostka*, China's Social Credit System and Public Opinion, 23.7.2018, https://ssrn.com/abstract=3215138 (Stand 12.04.2020).

92 *Spiecker gen. Döhmann* Fragmentierungen, VVDStRL 77 (2018), 10 (44).

93 Vgl. hierzu am Beispiel der Arbeitnehmerdiskriminierung und einer ggf. konsequenten Neutralitätsausrichtung eines Unternehmens *Schubert* in Franzen/Gallner/Oetker, 3. Aufl. 2020, Art. 16 GRCh, Rn. 38ff., 41.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

in Grundzügen schon vom Europäischen Parlament im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses der DS-GVO vorgebrachten Idee erweist sich insofern nachträglich als Fehler.[94] Es sollte je nach Kritikalität[95] des Zwecks der Datenverwendung ein Regelungssystem zur Verfügung gestellt werden, das sowohl die gesamtgesellschaftlichen Gefahren als auch die Risiken für potentiell diskriminierte und benachteiligte Gruppen minimiert. Hierbei sollte, wie bereits in § 28b BDSG a.F. in Bezug auf *Scoring* geschehen, anwendungs- oder anwendungsgruppenorientiert vorgegangen werden, um das individuelle Risikopotential der Einsatzzwecke adressieren zu können. Ein generelles Verbot der Verarbeitung von bestimmten Kategorien von Daten sollte hingegen nicht erwogen werden, da gesellschaftlich wichtige Zwecke für die grundsätzliche Verarbeitungsmöglichkeit aller Daten sprechen können, z.B. von Gesundheitsdaten zur Forschung.

In einer ersten Kritikalitätsstufe könnten Verwendungszwecke ohne großes Schädigungspotential zusammengefasst werden, wie z.B. die Verbesserung der Nutzungserfahrung einer Webseite. Für sie können die bisher existierenden Regelungen als ausreichend angesehen werden. Für Anwendungen, die bedeutendere Auswirkungen auf das Leben der Betroffenen haben, könnte in einer zweiten Kritikalitätsstufe ein Verbot der Verknüpfung konkreter Datengruppen oder der Heranziehung bestimmter Daten zu sachfremden Zwecken vorgesehen werden, wie z.B. von Gesundheitsdaten zur Kreditgewährung. In der höchsten Kritikalitätsstufe, deren Anwendungen ein inakzeptables Gefährdungspotential für Betroffene aufweisen, sollte ein Verbot der Vornahme von Profiling zu diesem Zweck stehen. Dies erscheint besonders im Bereich vieler Gesundheitsanwendungen geboten.

Diese gesetzgeberischen Maßnahmen zum digitalen Herdenschutz müssen, um effektiv wirken zu können und durchsetzbar zu sein, mit Auskunfts- und in Fällen von Verstößen auch mit Klagerechten flankiert werden. Die sich hierbei stellenden Probleme in Bezug auf die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen der Datenverarbeiter[96] und der Nachvollziehbarkeit und Erklärbarkeit algorithmischer Entscheidungen[97] bedürfen jedoch noch weiterer rechtswissenschaftlicher Forschung und Entwicklung.

---

94 Vgl. *Scholz* in Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, 2019, Art. 22, Rn. 14.

95 *Datenethikkommission,* Gutachten der Datenethikkommission, 2019, 173ff.

96 Vgl. BGH, Urt. v. 28.01.2014 - VI ZR 156/13, NJW 2014, 1235; *Gausling* ZD 2019, 335 (340f.); *Brink/Joos* ZD 2019, 483 (483ff.); *Conrad/Schneider* in Auer-Reinsdorff/Conrad (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 11, Rn. 108.

97 *von Maltzan/Käde* CR 2020, 66 (66ff.); *Herberger* NJW 2019, 2825 (2827f.); *Hänold* ZD-aktuell 2019, 06471.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

V. Fazit

„Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert oder als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. (...) Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungsfähigkeit und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist"[98],

stellte das BVerfG bereits 1983 mit einer beeindruckenden Weitsicht und unter Antizipation unserer technischen Gegenwart fest, als es im Volkszählungsurteil die Grundlagen des nationalen Datenschutzes legte. Es bezog sich zwar auf das Handeln des Staats selbst und nicht auf das Privater; doch wenn durch die Versagung des Zugangs zu Dienstleistungen, Netzwerken oder Verträgen eine Teilhabe am gesellschaftlichen Leben unmöglich wird, ist angesichts der Wirkungsgleichheit unerheblich, wer diesen Ausschluss herbeiführt.

Die Antwort auf die titelgebende Frage dieses Beitrags lautet daher: Wir brauchen ein Recht auf digitalen Herdenschutz. Der Staat muss sich zum Schutz des Einzelnen und der Pluralität der Demokratie derer annehmen, denen durch eine ubiquitäre Verarbeitung ihrer Daten Nachteile drohen, weil sie zu Gruppen gehören, die Ausgrenzung erfahren. Das fordert schon die Schutzdimension des Art. 8 EUGrCh. Der Herdenschutz muss jedoch nur dort greifen, wo Betroffene nicht dazu ermächtigt werden können, selbst für den eigenen Schutz einzustehen. Im Fall des Datenschutzes wäre das durch die Beseitigung datenschutzrechtlicher Vollzugsdefizite sowie die Überarbeitung von Rechtsinstituten, z.B. der Einwilligung oder des Kopplungsverbots, möglich. Erforderlich sind aber auch neue, nutzerorientierte Instrumente, wie Einwilligungsagenten, Icon-Lösungen oder Vorgaben für Mustereinwilligungserklärungen in Anlehnung an §§ 307 ff. BGB. Wo diese Mittel zur Selbstverteidigung nicht greifen, muss der Staat mit sinnvoller Gesetzgebung einspringen. Beherrschbare Gefahren können über einen Eingriff in Form techniksteuernder Regulierung eingedämmt werden. In Fällen, in denen aber angesichts unkontrollierbarer Risiken untragbare Folgen für Betroffene drohen, müssen auch Verbote ausgesprochen werden.

---

98 BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 - 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83, BVerfGE 65, 1 (43), Rn. 154 - Volkszählungsurteil.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Eine wesentliche Zukunftsaufgabe des Staates und der gesellschaftlichen Debatte wird es sein, das bereichernde Potential des digitalen Wandels gegen die mit ihm verbundenen Gefahren für das demokratische Fundament der Gesellschaft abzuwägen und ausgewogene Lösungen aufzuzeigen.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Digitalisierung – Feind oder Freund der Demokratie

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Staatlicher Schutz des Meinungsbildungsprozesses in sozialen Netzwerken gegen potentielle Beeinträchtigungen durch Meinungsroboter

Alexander Iben

Seit der US-Präsidentschaftswahl 2016 stehen soziale Netzwerke wegen politisch motivierter Manipulationen der Willensbildung im Fokus. Neben *Cambridge Analytica* sorgten vor allem sog. *Social Bots* für weltweite Aufmerksamkeit. So sollen zusammenagierende, automatisch gesteuerte Fake-Accounts in sozialen Netzwerken politische Propaganda zugunsten der Kandidaten betrieben haben. Damit stieg auch in Deutschland die Angst vor einer Manipulation, weshalb immer wieder eine Regulierung des neuen Phänomens gefordert wurde.[1] Ob diese Forderung berechtigt ist, hängt von den konkreten Auswirkungen der Meinungsroboter auf die sozialen Netzwerke und die Willensbildung der Nutzer ab (I.). Wegen der demokratischen Bedeutung, kann sogar die Frage nach einer staatlichen Handlungspflicht gestellt werden (II.).

I. Grundlagen – Die Beeinflussung des Meinungsbildungsprozesses durch Meinungsroboter innerhalb sozialer Netzwerke

1. Meinungsroboter in sozialen Netzwerken

Soziale Netzwerke basieren auf Verbindungen zwischen den Nutzern (Abonnement, Freundschaftsanfrage o.ä.) und den darauf basierenden Interaktionen. Auf der Startseite wird jedem Nutzer eine Übersicht von Beiträgen aus seinem persönlichen Netzwerk angezeigt (sog. Feed). Die Beiträge werden von einem Ranking-Algorithmus nach verschiedenen Kriterien ausgesucht und in Abhängigkeit von der ermittelten Relevanz angezeigt.[2] Auf die Beiträge kann man reagieren, sie mit seinem Netzwerk teilen oder kommentieren. Dadurch kommen auch andere Nutzer mit Inhal-

1 So etwa BR-Drs. 519/18 oder BT-Drs. 18/1856, S. 2.

2 Vgl. hierzu etwa *Drexl*, Bedrohung der Meinungsvielfalt durch Algorithmen, ZUM 2017, 529 (532f.) zum (überholten) Algorithmus von Facebook.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten in Kontakt, zu denen sie ansonsten keinen Bezug hätten. Über eine Suchmaske kann man aber auch nach bestimmten Signalwörtern, Personen, Seiten oder Beiträgen suchen. Besonders prägnant sind sog. Hashtags, die zur Kennzeichnung bestimmter Themen genutzt werden.

Social Bots sind letztlich normale Nutzerkonten, die eine menschliche Identität suggerieren. Ihre Aktionen werden (halb-)automatisiert durch ein Programm gesteuert. Die Programmierschnittstellen (sog. API) der Netzwerke ermöglichen dabei den externen Zugriff auf die Netzwerke. Je nach Aufwand und Geschick des Urhebers können die Bots simple Interaktionen, wie das Hinzufügen von Nutzern zum Netzwerk, bis hin zu komplizierten Aufgaben, etwa das Reagieren auf bestimmte Signalwörter oder Kommentare, übernehmen. Vor dem Hintergrund des zunehmenden technischen Fortschritts sind hier – jedenfalls theoretisch – keine Grenzen gesetzt.[3] Weil (gute) Bots sich nach außen als normale Nutzer gerieren, sind sie für andere Nutzer nur schwer als solche identifizierbar.[4] Dadurch können sie letztlich unbemerkt Propaganda betreiben und Einfluss auf den Meinungsbildungsprozess innerhalb der Netzwerke nehmen, was letztlich zu ihrer Bezeichnung als Meinungsroboter führt.[5]

2. *Meinungsbildung und der Einfluss von Meinungsrobotern*

Meinungsbildung vollzieht sich auf drei unterschiedlichen Ebenen, gesellschaftlich (Makro-), individuell (Mikro-) und innerhalb bzw. durch Teil-Gruppen (Mesoebene), die sich wechselseitig beeinflussen. Betrachtet man die Mikroebene, um die es hier primär gehen soll, so hängt die Willensbildung von den eigenen Erfahrungen und dem eigenen Wissen aber auch von der Wahrnehmung der Umwelt und der vorhandenen Informationen ab.[6] Dabei kommt vor allem Medien eine zentrale Funktion zu. Zunehmend werden die herkömmlichen Print- und Rundfunkmedien durch so-

3 Etwaige Beispiele liefern bspw. *Thieltges/Hegelich*, Manipulation in sozialen Netzwerken – Risikopotenziale und Risikoeinschätzungen, ZfP 64 (2017), 493 (495ff.).

4 *Ferrara u.a.*, The Rise of Social Bots, Communications of the ACM 59 (2016), 96; *Kind u.a.*, Büro für Technikfolgenabschätzung, Social-Bots, Horizon-Scanning Nr. 3, April 2017, S. 4.

5 In diese Richtung auch *Haeg*, The Ethics of Political Bots, Journal of Practical Ethics Vol. 5 (2017), 85 (86); *Pfaffenberg/Adrian/Heinrich*, in: Holtz-Bacha (Hrsg.), (Massen-)Medien im Wahlkampf, 97 (98).

6 Vgl. *Schoen*, Kognitionspsychologische Einblicke in die black box politischer Meinungsbildung, Politische Vierteljahresschrift 47 (2006), 89 (92).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ziale Netzwerke und ihre personalisierten Feeds abgelöst, was auch an einem Vertrauensverlust in herkömmliche Medien liegt; der Ausdruck Lügenpresse ist dafür symptomatisch.[7]

Innerhalb der Netzwerke wird besonders der Einfluss der sozialen (Teil-)Gemeinschaft relevant: Sowohl bei der Informationsaufnahme als auch bei der Verarbeitung und Meinungsbildung kommen heuristische Denkweisen zum Einsatz.[8] Bei komplexen Themen versuchen wir auf logische Schlüsse zurückzugreifen, um uns mit wenig Aufwand eine erste klare Meinung zu bilden. Nach dem *Prinzip der sozialen Bewährtheit*[9] orientiert man sich hierbei an anderen: Wenn eine Mehrheit von Personen eine bestimmte Haltung zu einem bestimmten Thema hat, so ist die Wahrscheinlichkeit groß, dass auch der Einzelne diese Haltung annimmt. In sozialen Netzwerken ist dieses Prinzip in der Struktur verankert. Die Anzahl der Follower, Abos und Likes lassen solche Heuristiken ohne Weiteres zu und dienen als schnelle Entscheidungshilfen, etwa bei der Bewertung der Qualität eines Beitrags.[10] Auch der Ranking-Algorithmus der Netzwerke macht sich letztlich diese statistischen Daten zu Eigen.[11] Daneben kommt aber auch der sog. *Isolationsfurcht* und der dadurch bedingten Selbstzensur Bedeutung zu. Um von der sozialen Gemeinschaft nicht isoliert zu werden, tendiert man dazu, seine von der (situativen) Mehrheit abweichende Meinung nicht kundzugeben (Theorie der Schweigespirale)[12]. Diese zensierenden Effekte können in sozialen Netzwerken durchaus stärker sein als in der realen Welt.[13]

---

7 Vgl. hierzu *Schweiger*, Der (des)informierte Bürger im Netz, 2017, S. 105f.

8 Vgl. *Schweiger* (Fn. 7), S. 74ff.; *Weber/Knorr*, in: Appel (Hrsg.), Die Psychologie des Postfaktischen, 103 (110); *Schoen* (Fn. 6), S. 92.

9 Hierzu im Zusammenhang mit Meinungsrobotern *Klaas*, in: Möller (Hrsg.), Was tun gegen Fake News und Hate Speech?, 2019, 47 (52); *Graber/Lindemann*, in: Sachs-Hombach/Zywietz (Hrsg.), Fake News Hashtags & Social Bots, 2018, 51 (59ff.); *Pfaffenberger/Adrian/Heinrich*, in: Holtz-Bacha (Fn. 5), (Massen-) Medien, 97 (99).

10 *Klaas* (Fn. 9), S. 52; *Graber/Lindemann*, (Fn. 9), S. 59ff. Vgl. auch *Kaerlein*, in: Haug/Pallaver (Hrsg.), Talk with the Bots, 2018, 17 (23ff.).

11 Vgl. *Drexl* (Fn. 2), S. 532. Das gilt insbesondere dann, wenn Nutzertrends ausgewertet werden sollen oder eine Anordnung in Abhängigkeit von der Relevanz für andere Nutzer mit einem ähnlichen Nutzungsprofil vorgenommen wird.

12 Zurückgehend auf *Noelle-Neumann*, Die Schweigespirale, 1991.

13 So etwa *Neubaum/Krämer*, What do we fear? Expected sanctions for expressing Minority Opinions in offline and online Communication, Communication Research 45 (2018), 139 (157f.); *Hampton u.a.*, Social Media and the ‚Spiral of Silence‘, 2014, S. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Unter Zugrundelegung dieser grob skizzierten Einflüsse lassen sich drei wesentliche Strategien der Meinungsroboter ausmachen: die Manipulation von statistischen Daten (Likes, Kommentare usw.), die Informationsdiffusion und die Veränderung des Meinungsklimas.[14] Indem massenhaft geliked, abonniert oder Inhalte veröffentlicht werden, wird sowohl den Nutzern als auch den Algorithmen ein Trend suggeriert und die Popularität bestimmter Inhalte erhöht,[15] wodurch sich auch die relevanten Parameter für heuristische Annahmen verändern. Zugleich wird dies auch für die Informationsdiffusion relevant:[16] Werden so Trends erschaffen, erkennen dies die Algorithmen und zeigen entsprechende Inhalte priorisiert im Feed an.[17] Reagiert ein Nutzer dann auf die Beiträge, so verbreiten sie sich innerhalb der Netzwerke seiner Abonnenten. Ein solches „Schneeballsystem" entsteht oftmals, wenn es um Fake News geht.[18] Und letztlich lässt sich so auch das Meinungsklima verändern, indem die zensierenden Effekte der Schweigespirale genutzt werden.[19] Denken Nutzer, sie vertreten die Mindermeinung, äußern sie sich womöglich nicht, wodurch sich Diskussionen stören, unterbinden oder umkehren lassen.[20] Meinungsroboter

---

14 Einordnung nach *Woolley*, Social bot interference in global politics., in: First Monday, abrufbar unter http://firstmonday.org/article/view/6161/5300, (Stand 14.02.2020). Instruktiv zum gesamten Thema *Thieltges/Hegelich* (Fn. 3), S. 493ff.

15 *Brings-Wiesen*, Meinungskampf mit allen Mitteln und ohne Regeln? – Eine Replik auf Jens Milkers „'Bot-Armeen' als Meinungsmacher im Wahlkampf", juwiss-Blog v. 30.11.2016, bezeichnet dies als „quantitative Legitimität". Vgl. hierzu auch *Thieltges/Hegelich* (Fn. 3), S. 497; *Mehrens*, in: Steinbrecher/Rager, Wenn Maschinen Meinung machen, 2018, 20 (25); *Müller/Denner*, Was tun gegen „Fake News"? – Eine Analyse anhand der Entstehungsbedingungen und Wirkweisen gezielter Falschmeldungen im Internet, 2017, S. 9; *Grimme u.a.*, Social Bots: Human-Like by Means of Human Control?, Big Data Vol. 5 (2017), 279 (281). Zur Beeinflussung des Ranking-Algorithmus etwa *Lazer u.a.*, The science of Fake News, Science Vol. 359 (2018), 1094 (1095).

16 Im Zusammenhang mit Fake News etwa *Boberg/Schatto-Eckrodt/Frischlich*, Welt und Frieden 2018, 44ff.; *Lazer u.a.* (Fn. 15), S. 1095. Zur Diffusion von Informationen siehe auch *Lou/Flammini/Menzer*, Information Pollution by Social Bots, 2019 (arXiv:1907.06130 [cs.CY]).

17 *Lazer u.a.* (Fn. 15), S.1095.

18 Vgl. *Mafi-Gudarzi*, Desinformation: Herausforderung für die wehrhafte Demokratie, ZRP 2019, 65. Ausführlich zur Verbreitung von Fake News *Vosoughi u.a.*, The spread of true and false news online, Science 359 (2018), 1146ff. Zu Grundlagen der Diffusion *Thieltges/Hegelich* (Fn. 3), S. 504ff.

19 *Frischlich/Boberg/Quandt*, in: Kaspar/Gräßer/Riffi (Hrsg.), Online Hate Speech, 71 (74); *Ross et al.*, European Journal of Information Systems Vol. 28 (2019), 394ff.

20 Siehe hierzu etwa *Stieglitz u.a.*, A Categorisation of Social Media Bot Accounts, 2017 oder *Thieltges/Hegelich* (Fn. 3), S. 498.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

können also Einfluss auf die Informationsvermittlung, die Meinungsäußerung und auf die Meinungsbildung anderer Nutzer insgesamt haben.[21]

II. Staatliche (Schutz-)Verantwortung vor den neuen Risiken der Meinungsroboter

Freilich sehen die Nutzungsbedingungen der Netzwerke entsprechende Verbote derartiger „Manipulationen" vor. In der Vergangenheit wurden diese aber – wenn überhaupt – nur dann durchgesetzt, wenn entsprechender öffentlicher Druck aufkam. Insoweit stellt sich gerade die Frage nach einer staatlichen Verantwortung. Für den klassischen Rundfunk wurde diese wie selbstverständlich bejaht[22]. Im hiesigen Kontext soll es aber eher um die Frage einer staatlichen Schutzpflicht gehen: Weil die Grundrechte Private nur mittelbar binden,[23] die Grundrechte aber in erheblichem Umfang durch diese gefährdet werden können, ist man sich (mittlerweile)[24] einig, dass der Staat die grundrechtlichen Rechtsgüter auch vor nicht-staatlicher Gefährdung zu schützen hat.[25] Die hieraus resultierende Verantwor-

---

21 Vgl. *Frischlich/Boberg/Quandt*, in: Kaspar/Gräßer/Riffi (Fn. 19), S. 74.

22 St. Rspr. seit BVerfGE 12, 205 (260ff.) – *1. Rundfunkentscheidung*. Der Ansatz des BVerfG ist aber – zu Recht – nicht unkritisiert geblieben, ausführlicher zur Kritik etwa *Grabenwater*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1 Rn. 536f. m.w.N.

23 St. Rspr. des BVerfG seit BVerfGE 7, 196 (204ff.) – *Lüth*.

24 Zur anfänglichen Kritik siehe etwa das SV von den Richtern *Rupp-v. Brünneck* und *Simon*, BVerfGE 39, 1 (73ff.) – *Schwangerschaftsabbruch I*. Zur Kritik insgesamt vgl. *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht Band IX, § 191 Rn. 165 ff. oder *Calliess*, in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte Band II, § 44 Rn. 8 mit entsprechenden weiteren Verweisen.

25 Siehe nur *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, S. 369f.; *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 34 ff.; *Gerbig*, Grundrecht auf staatlichen Schutz, S. 33ff., 83; *Moritz*, Staatliche Schutzpflichten gegenüber pflegebedürftigen Menschen, S. 96; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201 (225f.); *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990), 1 (12); *Neubert*, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates gegen grundrechtsbeeinträchtigende Maßnahmen fremder Staaten am Beispiel der Überwachung durch ausländische Geheimdienste, AöR 140 (2015), 267 (270f.) m.w.N. Aus der Judikatur ohne Anspruch auf Vollständigkeit: zu Art. 2 Abs. 1 (Privatautonomie) BVerfGE 81, 242 (254f.) – *Handelsvertreter*; zum allg. Persönlichkeitsrecht BVerfGE 96, 56 (64) – *Vaterschaftsauskunft*; zur informationellen Selbstbestimmung BVerfG (K) MMR 2007, 93; zu Art. 4 GG BVerfG (K), NVwZ 2001, 908; BVerfGE 125, 39 (78ff.) – *Adventssonntage Berlin*; zu Art. 12 Abs. 1 BVerfGE 92, 26 (46) – *Zweitregister*; zu Art. 14 GG BVerfGE 114, 73 (90) – *Lebensversicherungen mit Überschussbeteiligung*.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tung richtet sich primär an den Gesetzgeber, der einen effektiven Schutz durch die Rechtsordnung zu gewährleisten hat.[26] Im Vergleich zum Abwehrrecht kann die Schutzpflicht auf keine genaue Dogmatik aufbauen, allein die (grobe) Differenzierung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge hat sich etabliert.[27] Im ersten Fall geht es zunächst um die Frage, ob Schutzpflichten in einem Fall *abstrakt* bestehen, und im zweiten Fall um die Frage, was aus ihnen *konkret* folgt.[28]

1. Bestehen staatliche Schutzpflichten beim Einsatz von Meinungsrobotern?

Schutzpflichten wurden auch im Schrifttum bereits in dem hiesigen Kontext aufgegriffen.[29] Eine umfangreichere Aufbereitung des Problems sucht man aber vergebens. Interessant hierbei ist, dass häufig bloß darauf hingewiesen wird, dass Schutzpflichten zugunsten der Meinungsfreiheit dort eingreifen würden, wo diese ernsthaft bedroht sei,[30] ohne dass für diese Grenze überzeugende Argumente vorgetragen werden. Unklar ist allerdings, ob bereits das Bestehen der Schutzpflichten abgelehnt wird oder ob

---

26 *Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 199; *Stern*, in: ders., Staatsrecht III/1, S. 951. *Krings*, Grund und Grenzen staatlicher Schutzpflichten, S. 243ff.

27 Siehe etwa *Isensee*, HbStR IX (Fn. 24), § 191 Rn. 217; *Calliess*, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsverhältnis, JZ 2006, 320 (327).

28 Vgl. zu dieser Differenzierung zwischen abstrakt und konkret BVerfGE 142, 313 (337ff.) – *Zwangsbehandlung*.

29 So etwa bei *Milker*, „Social Bots" im Meinungskampf, ZUM 2017, 216 (220f.); *ders.*, InTeR 2017, 199 (202f.); *Löber/Roßnagel*, Kennzeichnung von Social Bots – Transparenzpflichten zum Schutz integrer Kommunikation, MMR 2019, 493 (496). Nur oberflächlich *Klaas*, Demokratieprinzip im Spannungsfeld mit künstlicher Intelligenz – Demokratische Entscheidungsfindung durch und mithilfe von selbstlernenden Algorithmen, MMR 2019, 84 (89); *Libertus*, Rechtliche Aspekte des Einsatzes von Social Bots de lege lata und de lege ferenda, ZUM 2018, 20 (22). *Dankert/Dreyer*, Social Bots – Grenzenloser Einfluss auf den Meinungsbildungsprozess?, K&R 2017, 73 (75) beschäftigen sich mit dem Ausgestaltungsauftrag hinsichtlich des Rundfunks.

30 Allgemein zur Meinungsfreiheit *Grabenwater*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1 Rn. 109. Zu Meinungsrobotern etwa *Löber/Roßnagel* (Fn. 29), ebd.; *Libertus* (Fn. 29), ebd.; *Semizoglu*, in: Hetmank/Rechenberg (Hrsg.), Kommunikation, Kreation und Innovation, 2019, 79 (95); Teilweise wird dies etwa dahingehend spezifiziert, dass konkrete Schutzpflichten dort bestehen, wo ein Diskussionskanal vollständig lahmgelegt wird, *Semizoglu*, ebd., S. 95; *Milker* (Fn. 29), S. 220; *Liesem*, in: Litschka/Krainer, Der Mensch im Digitalen Zeitalter, 183 (194). Lediglich *Brings-Wiesen* meint, dass Schutzpflichten schon jetzt einen zumindest vorsichtig regulierenden Eingriff erforderten, *Brings-Wiesen* (Fn. 15).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

damit eine Einschränkung auf Rechtsfolgenseite gemeint ist.[31] Und generell lässt sich fragen, warum in einem so sensiblen grundrechtlichen Bereich mit der „ernsthaften Bedrohung" vergleichsweise restriktive Anforderungen gestellt werden. Mit Blick auf die Rundfunkfreiheit ist das BVerfG immerhin deutlich rigider und betont die Notwendigkeit präventiver Maßnahmen.[32] Jedenfalls besteht Anlass, näher über eine staatliche Schutzpflicht nachzudenken.

2. *Nicht-staatlicher Übergriff auf grundrechtliche Schutzgüter*

Zunächst setzt der Tatbestand eine eingriffsäquivalente Lage, einen nicht staatlichen Übergriff auf das grundrechtliche Schutzgut voraus.[33] Ein potentieller nicht-staatlicher Übergriff kommt hier vor allem hinsichtlich der Informations- und Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG in Betracht.[34] Und weil der gesamte Kommunikationsvorgang Grundlage der Wahlentscheidung ist, wird auch die Freiheit der Wahl (Art. 28 Abs. 1 S. 2, 3. Var, Art. 38 Abs. 1 S. 1, 3. Var. GG) – zumindest verstärkend – relevant.[35] Die Informationsfreiheit ist dort tangiert, wo Bots Einfluss auf die Darstellung von Inhalten in den Netzwerken haben, etwa durch die Beeinflussung der Ranking-Algorithmen oder über die Informationsdiffusion. Aber auch dort, wo Diskussionen gestört und unliebsame Meinungen unterdrückt werden, kann ein Informationsverlust für potentielle Rezipienten die Folge sein. Letzteres tangiert wegen der selbstzensierenden Effekte

---

31 Wenn von *konkreten* Schutzpflichten gesprochen wird, deutet dies eher auf eine Beschränkung der Rechtsfolgenseite, vgl. hierzu BVerfGE 142, 313 (337ff.) – *Zwangsbehandlung*.

32 Siehe etwa BVerfGE 121, 30 (52) – *Parteibeteiligung an Rundfunkunternehmen*, m.w.N., auch wenn es sich dabei um den rundfunkrechtlichen Regelungsauftrag handelt.

33 Vgl. *Calliess* (Fn. 27), S. 326; *Isensee*, HbStR IX (Fn. 24), § 191 Rn. 225.

34 Ob wegen der kollektiven Sphäre der Diskussionen in sozialen Netzwerken, auch noch ein besonderer Schutz durch Art. 8 Abs. 1 GG eingreift, soll hier unbeachtet bleiben. Ausführlicher zu dieser Frage und i.E. bejahend *Möhlen*, Das Recht auf Versammlungsfreiheit im Internet - Anwendbarkeit eines klassischen Menschenrechts auf neue digitale Kommunikations- und Protestformen, MMR 2013, 221ff. Ablehnend hingegen *Depenheuer*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 8 Rn. 45. Siehe hierzu auch in diesem Band *Rike Sinder*, 223 ff.

35 Zum Zusammenhang zwischen Meinungsfreiheit und Freiheit der Wahl siehe etwa BVerfGE 20, 56 (97ff.) – *Parteibeteiligung an Rundfunkunternehmen*; 44, 125 (139) – *Öffentlichkeitsarbeit*.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auch die Meinungsäußerungsfreiheit anderer Nutzer. Dabei handelt es sich nicht um bloß innere Effekte, weil die Wirkung gerade künstlich herbeigeführt wird, also keine Begleiterscheinung „normaler" menschlicher Kommunikation ist. Und mit der Störung wird den bisherigen Teilnehmern die Wirkkraft ihrer Äußerungen genommen und damit die kommunikative Chancengleichheit berührt.[36] Ein die Schutzpflicht grundsätzlich auslösendes Drittverhalten läge somit also vor.

3. *Überschreiten einer Gefahrenschwelle?*

Unklar ist aber, ob dieses Verhalten eine bestimmte Qualitätsschwelle erreichen muss. Bestehen also generell Schutzpflichten und der Grad der Bedrohung wird allein auf Rechtsfolgenseite relevant,[37] oder ist dieser schon für den Anwendungsbereich maßgeblich?[38] Übereinstimmend werden aber Schutzpflichten jedenfalls dann angenommen, wenn eine Gefahr in entsprechender Anwendung der polizeirechtlichen Maßstäbe besteht. Entscheidend hierfür ist die Produktformel aus Schadensfolgen und Eintritts-

---

36 Kommunikative Chancengleichheit setzt die chancengleiche Teilhabe am Kommunikationsprozess voraus, siehe hierzu BVerfGE 44, 125 (142) – *Öffentlichkeitsarbeit*; *Hartl*, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht, 2017, S. 32 . Unterschiede die *kommunikativ* begründet sind, etwa aus der Überzeugungskraft des Äußernden resultieren, sind hierbei indes unproblematisch. Das gilt etwa für die stärkere Stellung von Medienunternehmen oder Influencern gegenüber Einzelpersonen. Dort wo die Mächtigkeit nicht mehr kommunikativ sondern technisch oder wirtschaftlich begründet ist, ergeben sich aber Probleme mit der kommunikativen Chancengleichheit, etwa dann wenn sie wirtschaftlich (hierzu insbesondere BVerfGE 25, 256 [258ff.]– *Blinkfüer*) oder technisch bedingt sind, (vgl. hierzu *Bortnykov*, Verbot des Access-Tierings: Ausfluss kommunikativer Chancengleichheit oder unzulässige "Gleichmacherei"?, K&R 2015, 703 [704]). Aber auch hier geht es gerade darum, die Rezeptionschancen auf technischem und nicht auf sachlich-kommunikativem Wege zu erhöhen.

37 In diese Richtung neben *Dietlein* (Fn. 25), S. 112, auch *Moritz* (Fn. 25), S. 112. Tendenziell auch *Szczekalla*, Grundrechtliche Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, S. 303f.

38 So etwa mit der Parallele zum Gefahrenbegriff *Neubert* (Fn. 25), S. 272; *Isensee*, HbStR IX (Fn. 24), § 191 Rn. 235; *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 236; *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 140ff.; *Epping*, Grundrechte, 2019, Rn. 124; *Schmidt am Busch*, in: Kollmer/Klindt/Schucht, Arbeitsschutzgesetz, A. Rn. 29; *Gärditz*, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, GG Art. 20a Rn. 86; *Krings* (Fn. 26), S. 231.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wahrscheinlichkeit.[39] Dabei gilt: Je gravierender die potentiellen Folgen und je bedeutender das Rechtsgut, desto geringere Anforderungen sind an die Eintrittswahrscheinlichkeit zu stellen.[40]

Vorliegend wird gerade diese Qualitätsschwelle relevant: Anders als bei der Erzeugung von Kernenergie,[41] kann eine Gefahr bei Meinungsrobotern nicht ohne weiteres angenommen werden. Zwar haben verschiedene Studien entsprechende Phänomene in unterschiedlichen Ländern nachweisen können.[42] Hierzulande hielt sich der Umfang aber in Grenzen[43] und abseits theoretischer Befunde[44] ist in der Praxis ein Einflusspotential noch nicht nachgewiesen worden. Prima vista haben wir es hier also vor allem mit einem *Risiko,* der Vorstufe der Gefahr, zu tun. Allerdings bedeutet das nicht, dass Schutzpflichten bereits deshalb nicht bestehen. Wegen der flexiblen Produktformel kann schon ein reines Risiko eine Gefahr darstellen, wenn etwa die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit herab zu setzen sind.[45]

---

39 So etwa *Krings* (Fn. 26), S. 231. Deutlich ausführlicher zu dieser Produktformel *Murswiek* (Fn. 38) S. 165ff.

40 *Krings* (Fn. 26), S. 231; siehe auch *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 2 Rn. 90f. Das BVerfG betont dies bei Beeinträchtigungen des Lebensrechts, siehe hierzu nur BVerfG, NVwZ 2010, 702 Rn. 12 – *CERN*.

41 Vgl. BVerfGE 49, 89 (121f.) – *Kalkar I*; 53, 50 (57f.) – *Mühlheim-Kärlich*.

42 Siehe etwa zu Venezuela *Forelle u.a.*, Political Bots and the Manipulation of Public Opinion in Venezuela, 2017 (arXiv:1507.07109 [cs.SI]); zu Japan *Schäfer/Evert/Heinrich*, Japan's 2014 General Election: Political Bots, Right-Wing Internet Activism and Prime Minister Shinzo Abe's Hidden Nationalist Agenda, Big Data Vol. 5 (2017), S. 294ff.; zu den USA *Howard u.a.*, Journal of Information Technology&Politics Vol. 15, S. 81ff.; zu Deutschland in Ansätzen *Institut for Strategic Dialogue*, Make Germany Great Again, S. 18 f.; zu Mexiko *Suárez-Serrato*, in: SocInfo, Proceedings of the 8th International Conference, 269ff. und *Treré*, Trípodos, Número 39 (2016), 35 (39ff.); zum Iran *Thieltges u.a.*, Effects of Social Bots in the Iran-Debate on Twitter, 2018 (arXiv:1805.10105 [cs.SI]); zu Brasilien vgl. *Department of public policy analysis*, Bots and Brazil's Electoral legal system, Policy Paper 3, 2019. Weitere Nachweise bei *Woolley* (Fn. 14).

43 Hierzu *Pfaffenberger/Adrian/Heinrich*, in: Holtz-Bacha (Fn. 5), S. 99; *Grimme u.a.*, PropStop Bericht Bundestagswahl 2017, abrufbar unter: http://www.propstop.de/wp-content/uploads/2017/09/bundestagswahl-2017-social-media.pdf, (Stand 08.04.2020); *Medina Serrano u.a.*, Social Media Report: The 2017 German Federal Elections, 2018, S. 21ff.

44 Zur Meinungsklimaveränderung siehe *Ross et al.* (Fn. 19), 394 ff.; zum Einfluss und zur Weiterleitung der Informationen siehe *Freitas u.a.*, Social Network Analysis and Mining Vol. 6 (2016), Iss. 23; *Lou/Flammini/Menzer* (Fn. 16).

45 Das zeigt insbesondere die Judikatur zum Lebensrecht. So hat das BVerfG, NVwZ 2010, 702 Rn. 12 – *CERN*, bereits „theoretisch herleitbare Risiken" ausreichen lassen, um Schutzpflichten anzunehmen.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

M.E. muss auch vorliegend die Gefahrenschwelle bereits als überschritten gelten. Maßgeblich hierfür sind mehrerer Argumente: Zwar ist hier nicht das Lebensgrundrecht betroffen. Gleichwohl geht es mit den Rechtsgütern des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG einerseits um die Entfaltung des Individuums in der politisch-sozialen Sphäre, also um seine „politisch-gesellschaftliche Existenz" und andererseits um die zentrale Voraussetzung für die Demokratie.[46] Dies verdeutlicht auch die Freiheit der Wahl, für die ein offener und pluraler Kommunikationsprozess elementar ist.[47] Wegen dieser grundlegenden Bedeutung sind entsprechende Risiken deutlich gewichtiger zu bewerten, als bei anderen Grundrechten.[48] Hinzu kommt, dass der Eintritt potentieller Schäden mehr als nur theoretisch herleitbar ist: Die Bots nutzen die Nutzeroberfläche ideal aus, verhalten sich wie mustergültige Nutzer,[49] wodurch die Grundlage eines Einflusses geschaffen ist.[50] Dass sie konkrete Auswirkungen auf die Meinungsäußerungsfreiheit haben können, indem wichtige Diskussionen angegriffen, gestört oder verzerrt werden, zeigen Beispiele aus dem Iran[51] und aus Mexiko[52], wo die Trending Hashtags auf Twitter in einem anderen Kontext verwendet wurden, um so die Aufmerksamkeit vom eigentlichen Diskussionsthema abzulenken. Im mexikanischen Fall war das auch vergleichsweise erfolgreich.[53] Je nachdem wie zentral die Diskussion ist, kann dies im Einzelfall stärkere Bedeutung haben.[54] Und auch das Meinungsklima lässt sich beeinflus-

46 Zu diesem Zusammenspiel siehe schon BVerfGE 5, 85 (204) – *KPD-Verbot*; 7, 196 (208) – *Lüth*.

47 Siehe hierzu schon BVerfGE 20, 56 (98) – *Parteifinanzierung I*; 44, 125 (139) – *Öffentlichkeitsarbeit*.

48 In diese Richtung auch *Semizoglu* (Fn. 30), S. 95.

49 *Kaerlein* (Fn. 10), S. 24.

50 Vgl. *Kaerlein* (Fn. 10), S. 24; *Thieltges/Hegelich* (Fn. 3), S. 504.

51 *Abokhodair/Yoo/McDonald*, in: Proceedings of the 18th ACM Conference on Computer Supported Cooperative Work & Social Computing, S. 839ff.

52 *Suárez-Serrato u.a.* (Fn. 42).

53 Dort führte die Intervention immerhin dazu, dass die Diskussionen unter den entsprechenden Hashtags eingestellt und verlagert worden sind. Dabei nahm die Anzahl der Tweets sukzessive ab, was allerdings auch an dem zeitlichen Abstand liegen mag, hierzu näher *Suárez-Serrato u.a.* (Fn. 42).

54 Wegen der dezentralen Kommunikationsstruktur lässt sich nämlich nicht *der* „Diskussionskanal" ausmachen, der vollständig lahmgelegt wird (in diese Richtung allerdings u.a. *Milker* (Fn. 29), S. 220; *Semizoglu* (Fn. 30), S. 95. Denn themenbezogene Diskussionen findet man an verschiedenen Stellen. Vielmehr sind die besonderen Umstände der Diskussion für die Frage relevant, ob der Diskussionsort zentral ist oder nicht. So werden etwa Diskussionen unter Beiträgen von

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sen,[55] was teilweise so weit geht, dass versucht wird, die Popularität eines Kandidaten in bestimmten ethnischen Bevölkerungsteilen zu steigern.[56] Auf diesem Wege lassen sich gerade die oben beschriebenen Effekte nutzen, um auf die Informationsaufnahme und Meinungsbildung einzuwirken.

Freilich werden Meinungsroboter Wahlen nicht allein entscheiden können. Zahlreiche Möglichkeiten abseits sozialer Netzwerke sichern jedenfalls die Versorgung mit qualitativ hochwertigen Informationen. Das bedeutet aber nicht, dass das Thema zu vernachlässigen ist. Wie stark der Einfluss im Einzelfall ist, hängt von vielen Faktoren auf Seiten der Bots und der potentiell betroffenen Nutzer ab.[57] Je stärker ein Nutzer soziale Netzwerke – insbesondere als Informationsmedium – nutzt, desto wahrscheinlicher wird ein Einflusspotential. Hier wird auch der Personalisierung und der Vermittlung der Inhalte durch die Algorithmen selbst Bedeutung zukommen. So können bestimmte Teilgruppen eher in den Kontakt mit entsprechenden Inhalten kommen, weil sie der Algorithmus als empfänglicher ansieht und wegen der Heuristiken können diese dann auch eher beeinflusst werden. Ein Einfluss ist auch dann naheliegender, wenn die unterschiedlichen Strategien kumulativ verfolgt werden. Insoweit können Meinungsroboter durchaus in der Lage sein, Nutzer zu einem gewissen Grad zu beeinflussen.[58]

Auch wenn sich der Einfluss zurzeit in Grenzen halten mag, ist damit eine potentielle Intensivierung nicht ausgeschlossen. Zugleich muss man sich vor Augen halten, dass die aktuelle Diskussionslandschaft ohnehin von einer starken Spaltung geprägt ist. Insoweit ist es umso kritischer zu

---

Medien oder Politikern tendenziell relevanter sein, als eine Diskussion unter einem privaten Beitrag, was regelmäßig schon die Teilnehmerzahl zeigt.

55 Zu Venezuela *Forelle u.a.* (Fn. 42); zu Japan *Schäfer/Evert/Heinrich*, (Fn. 42), S. 294ff.; zum Ukraine Konflikt *Hegelich/Janetzko*, in: Proceedings of the 10th International AAAI Conference on Web and Social Media (ICWSM 2016), S. 579ff.

56 So etwa im US-amerikanischen Wahlkampf, wo durch zahlreiche Accounts mit hispanischem Hintergrund versucht wurde den Eindruck zu erwecken, Trump genieße breite Zustimmung bei hispanischen Bevölkerungsteilen, obgleich sich sein Wahlkampf deutlich gegen diese richtete, hierzu *Thieltges/Hegelich* (Fn. 3), S. 498.

57 Auf Seiten der Bots etwa Anzahl, Vernetzung innerhalb des Netzwerks, konkrete Aufgaben, Intention, konkrete Inhalte u.v.m. Auf Seiten der Nutzer werden neben politischer Vorbildung (hierzu etwa *Schoen* (Fn. 6), S. 90f.), das Selbstbewusstsein, die Vernetzung im Netzwerk, Gruppenzugehörigkeit etc. Zu den Risikofaktoren siehe auch *Thieltges/Hegelich* (Fn. 3), S. 503ff.

58 *Kind u.a.*, (Fn. 4), S. 58ff. Differenzierend *Thieltges/Hegelich* (Fn. 3), S. 509f.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bewerten, wenn hier auch noch weitere Manipulationen vorgenommen werden. Und auch die Bedeutung der sozialen Netzwerke muss Berücksichtigung finden. Sie bieten die einzige Möglichkeit, sich an einem größeren Diskurs zu beteiligen und gewinnen jedenfalls in Wahlkampfzeiten deutlich an Bedeutung, sodass auch die Bots eher dann aktiv sein werden.[59] Wegen der tendenziell langen Periode dazwischen können also nur eingeschränkt Aussagen über die Aktivität gemacht werden. Zeigen aber (theoretische) Studien auf, dass Meinungsroboter das konkrete Potential haben, Einfluss auszuüben, muss dies ausreichen. Wegen der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter wäre es nicht ratsam höhere Anforderungen zu stellen, weil eingetretene Fehlentwicklungen sich nicht oder nur schwer rückgängig machen ließen.[60] Das lässt sich an dem deutlichen Vertrauensverlust in Medien und der Spaltung des Diskurses bereits erahnen. Deshalb ist der Staat bereits jetzt verpflichtet Schutz vor den Meinungsrobotern zu gewähren.

III. Rechtsfolge – Ausgestaltungsauftrag an den Gesetzgeber

Aus der Schutzpflicht folgen aber nicht zwingend konkrete, intensive und vor allem regulative Maßnahmen. Da die Schutzpflicht letztlich zu Eingriffen in die Freiheitsrechte Dritter führt, setzt die abwehrrechtliche Funktion der Grundrechte hier Grenzen. So hat man es vorliegend mit einem Spannungsverhältnis zwischen Meinungsrobotern, Netzwerkbetreibern und Nutzern zu tun. So streitet die Meinungsfreiheit für die Urheber der Roboter[61] und die Berufs- und Eigentumsfreiheit für die Betreiber. Inso-

---

59 In diese Richtung auch *Forelle u.a.* (Fn. 42), S. 6.

60 Diese fehlende Restitutionsfähigkeit betont das BVerfG etwa, wenn es um Gefahren für die Vielfalt im Rundfunk geht, so etwa BVerfGE 131, 30 (52) – *Runfunkbeteiligung v. Parteien*, m.w.N. Die Restitutionsfähigkeit wird auch als Grundlage für eine Herabsetzung des Maßstabes andernorts herangezogen, vgl. hierzu etwa *Klein*, Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates, NJW 1989, 1633 (1638). So letztlich auch *Semizoglu* (Fn. 30), S. 96.

61 Ausführlich hierzu etwa *Milker* (Fn. 29), S. 220; *Schröder*, Rahmenbedingung der staatlichen Regulierung von Social Bots, DVBl. 2018, 465 (466ff.); *Semizoglu* (Fn. 30), S. 84ff. Dabei ist allerdings der Ansatz über den Schutz anonymer und pseudonymer Äußerungen m.E. nicht überzeugend. Diese sollen einerseits *chilling effects* vorbeugen und dienen andererseits dem Schutz der informationellen Selbstbestimmung. Dieser Zusammenhang besteht bei Meinungsrobotern indes nicht, vgl. *v. Ungern-Sternberg*, Demokratische Meinungsbildung und künstliche Intelligenz, in: Unger/dies., Demokratie und künstliche Intelligenz, 3 (17ff.);

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

weit greifen hier also auch Abwehrrechte ein, die staatliches Handeln durch das Übermaßverbot begrenzen. Der Ausgleich dieser widerstreitenden Interessen obliegt allein dem Gesetzgeber.[62] Das BVerfG gewährt ihm deshalb einen weitreichenden Spielraum bei der Umsetzung der Schutzpflicht.[63] Die Grenze ist – jedenfalls nach der jüngeren Judikatur – dort erreicht, wo das Untermaßverbot (evident) verletzt wird.[64] Dies ist nur dann der Fall, wenn ein wirksamer Schutz gar nicht besteht, das Konzept gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich ist, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder erheblich dahinter zurückbleibt.[65] Insoweit ist die Frage der Existenz eines wirksamen Schutzkonzeptes (2.), auch in Abhängigkeit von dem konkreten Schutzbedarf zu beantworten (1.). Dabei ist entscheidend, ob ergriffene Maßnahmen eine sachgerechte Balance zwischen Schutz und Eingriff darstellen (3.). Daneben lassen sich auch de lege ferenda ergänzende Maßnahmen aufzeigen (4.).

1. Konkreter Schutzbedarf

Betrachtet man die Schutzbedürftigkeit der Nutzer, so muss bedacht werden, dass wesentliche Wirkungsvoraussetzungen nutzerseitig bedingt sind.[66] Das gilt besonders für die Auswahl und die Art des Konsums von Medien und ihren Inhalten. Abseits des Internets besteht immerhin eine vielfaltssichernde Medienpluralität.[67] Allerdings kann es durchaus rational bedingt sein, wenn die Meinungsbildung vor allem auf Grundlage der Netzwerke erfolgt und dabei alternativen Quellen eher Glauben geschenkt

---

Semizoglu, ebd. Entscheidender ist hier, dass sie potentiell auch schützenswerte Inhalte verbreiten ohne dabei zwingend demokratiefeindlich zu sein. Deshalb sollte von einer Schutzbereichsbeschränkung schon deshalb abgesehen werden.

62 Vgl. hierzu BVerfGE 96, 56 (64f.) – *Vaterschaftsauskunft.* Ausführlicher zu dem „Konfliktschlichtungsauftrag" des Gesetzgebers *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 203ff. *Calliess* (Fn. 27), S. 329; *ders.*, in: FS Starck, 2007, 201 (216) spricht deshalb von einem „Handlungskorridor“ des Gesetzgebers.

63 BVerfGE 142, 313 (337) – *Zwangsbehandlung*, m.w.N.

64 Aus der Lit. zustimmend etwa *Krings* (Fn. 26), S. 271; *Gröpl*, in: FS Käfer, 2009, 95 (107); *Hesse*, in: FS Mahrenholz, 1994, 541 (556f.). In diese Richtung auch *Ruffert* (Fn. 62), S. 215.

65 Zuletzt etwa BVerfG NJW 2018, 2312 (2313) – *Fliegerhorst Büchel* m.w.N.

66 Vgl. hierzu *Thieltges/Hegelich* (Fn. 3), S. 504ff. mit Blick auf die Informationsdiffusion.

67 Insbesondere hierauf verweisend *Semizoglu* (Fn. 30), S. 95.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wird.[68] Entscheidend ist vorliegend vielmehr, dass die suggerierten Mehrheiten oder scheinbar wahren Nachrichten nicht existieren und deshalb anders zu bewerten sind als (sachliche) Kritik gegen Mainstream-Themen durch alternative Anbieter. Die Aufmerksamkeit der Nutzer und die darauffolgende rationale Informationsverarbeitung wird „erschlichen".[69] Und auch das Argument der Medienpluralität ist nur begrenzt überzeugend, weil man damit tendenziell an das Idealbild eines vollends rationalen und gut informierten Bürgers anknüpft, was aber nicht der Realität entspricht.[70] Vielmehr muss man hier eher den tatsächlichen Medienkonsum berücksichtigen.

Mit Blick auf die Täuschungswirkung geht es primär um die Gewährleistung von Transparenz, um den Nutzern wesentliche Informationen für eine eigenständige Entscheidung zur Verfügung zu stellen, wodurch bereits die Entstehung bestimmter Heuristiken oder selbstzensierender Effekte verhindert werden kann.[71] Mit Blick auf bestimmte Inhalte und die kollektive Wirkungssphäre, wäre zudem denkbar, Schutz vor gemeinschaftsschädlichen Informationen zu gewähren.[72] Insoweit soll und kann es gar nicht um die Herstellung eines „repräsentativen Internets"[73] oder gar den Schutz vor jedweder Lüge gehen.

---

68 Vgl. *Drexl* (Fn. 5), S. 535.

69 In der Tendenz lässt sich diese Situation etwa mit der beim Influencer-Marketing vergleichen. Auch hier wird durch die Vorspiegelung privater Kommunikation letztlich verdeckte kommerzielle Interessen verfolgt, die für die Follower – so denn dies nicht kenntlich gemacht ist – nicht oder nur schwer erkennbar ist, hierzu etwa *Fries*, Influencer-Marketing – Informationspflichten bei Werbung durch Meinungsführer in Social Media, 2019, S. 163.

70 Die Verhaltensökonomik hat sich bereits von dem Idealbild eines *homo oeconomicus* verabschiedet, weil Verbraucher eben auch irrationale Handlungen treffen, siehe *Ebers*, Beeinflussung und Manipulation von Kunden durch Behavioral Microtargeting, MMR 2018, 423 (424). Im Zusammenhang mit den hier besprochenen Problemen siehe *Drexl* (Fn. 2), S. 534 und mit Blick auf die Veränderung der Informationsaufnahme siehe *Boehme-Neßler*, Das Ende der Demokratie?, 2018, S. 36f und *Kaerlein* (Fn. 10), S. 23f.

71 Die Korrelation zwischen Transparenz und Täsuchungswirkung betont u.a. auch *v. Ungern-Sternberg*, in: Unger/dies. (Fn. 61), S. 19. Zur Forderung nach Transparenz etwa *Löber/Roßnagel* (Fn. 29), S. 497 oder *Klaas* (Fn. 29), S. 90.

72 Hierauf wird noch unter 4. zurückzukommen sein.

73 So nämlich *Milker* (Fn. 29), S. 220.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Das bisherige Schutzkonzept des Gesetzgebers

Wegen des dichotomen nationalen Kompetenzgefüges im Kontext der Medienregulierung können auf Bundes- und Landesebene Schutzkonzepte bestehen.[74] Und auch die EU wird hier zunehmend aktiv.[75] Die bisherigen nationalen Regelungen gewähren aber keinen spezifischen Schutz vor Meinungsrobotern. Sie sind vielmehr individualschützend ausgerichtet. Für Netzwerkbetreiber bietet das Vertragsrecht, insbesondere die Nutzungsbedingungen, das Urheberrecht (u.a. § 97 Abs. 1 UrhG)[76] und die Datenveränderungstatbestände des StGB (§§ 303a, b StGB)[77] Grundlagen, um den Einsatz von Bots zu verhindern und ihm (wirksam) entgegen treten zu können. Gerade das ist aber das eigentliche Problem, weil die Betreiber oft nur durch äußeren Druck eigenständig Maßnahmen ergreifen.

Nutzer werden in erster Linie vor den konkreten Äußerungsinhalten geschützt (§§ 130, 185ff. StGB). Das NetzDG erweitert diesen Schutz auch gegenüber den Netzwerkbetreibern. Mit Blick auf die angesprochene Intransparenz sieht insbesondere der RStV in § 55 Abs. 1 eine Kennzeichnungspflicht vor,[78] die allerdings eher die Täuschung verstärkt,[79] sofern sie überhaupt befolgt wird.

Spezifische wahlrechtliche Regelungen bestehen zwar mit den §§ 107 ff. StGB oder etwa mit § 32 Abs. 1 BWahlG. Allerdings erfassen sie Bots nicht oder stehen ihnen jedenfalls nicht wirksam im Wege.[80] Mit der DS-GVO bestehen Regelungen, die die Datenverarbeitung für die Personalisierung der Netzwerkbetreiber einschränkt, also Auswirkungen auf die Informationsvermittlung im Feed haben kann.[81] Allerdings werden nur hinsichtlich

---

74 Das zeigen etwa die Regelungen des TMG und des NetzDG des Bundes und der RStV der Länder. Zu den Kompetenzen ausführlicher *Hain*, in: Spindler/Schuster, elektronische Medien, Erster Teil Rn. 154ff.

75 Neben der geänderten AVMD-RL in der Fassung von RL 2018/1808, Ambl. 2018 L 303/69 auch der Verhaltenskodex zur Bekämpfung von Desinformation und der Vorschlag einer VO zur Verhinderung der Verbreitung terorristischer Online-Inhalte, KOM(2018) 640 final.

76 Zur urheberrechtlichen Seite ausführlich *Wolf*, Social Bots im Wahlkampf – Das UrhG als Handhabe gegen „Meinungsroboter"?, WRP 2019, 440ff.

77 Ausführlicher hierzu *Libertus* (Fn. 29), S. 23f.

78 *Klaas* (Fn. 29), S. 89 m.w.N.

79 Der Anbieter wird immerhin verpflichtet, persönliche Informationen bereit zu halten und nicht etwa die Automatisierung kenntlich zu machen. Dadurch kann sich aber der Eindruck einer menschlichen Identität verstärken.

80 Zu den Regelungen der §§ 107ff. ausführlicher *v. Ungern-Sternberg*, in: Unger/dies. (Fn. 61), S. 15f.

81 Hierzu näher auch *v. Ungern-Sternberg*, in: Unger/dies. (Fn. 61), S. 22ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des Umfangs der Datenverarbeitung Grenzen gezogen, sie bleibt aber i.d.R. zulässig.

Am Rande sei hier erwähnt, dass auch die EU mit ihrem Verhaltenskodex zur Bekämpfung von Desinformation[82] erste Maßnahmen gegen Desinformation, Meinungsroboter und Intransparenz bei der Filterung von Inhalten ergriffen hat. Zwar verhindert man durch die Freiwilligkeit der Unterzeichnung eine Beschränkung der Freiheiten der Dienstleister, allerdings erfolgt dies auf Kosten einer wirksamen Durchsetzung, die allein von den Unterzeichnern abhängt. In gewisser Weise opfert man also den Schutzaspekt zugunsten einer Kooperation und „Besänftigung" der Dienstleister. Sinnvoller könnte es indes sein, verbindliche Mindestvorgaben zu machen, um zum einen eine wirksame Umsetzung zu gewährleisten und zum anderen ein potentielles Over-Blocking zu vermeiden.

Das bestehende Schutzkonzept überlässt die wirksame Bekämpfung in erster Linie den Netzwerkbetreibern. Eine wirksame (staatliche) Kontrolle ist kaum sichergestellt und angesichts der Zurückhaltung der privaten Anbieter in der Vergangenheit äußerst fraglich. Regelungen, die die spezifischen Wirkmechanismen auf das Netzwerk und seine Nutzer abseits konkreter Inhalte erfassen, existieren hingegen nicht.

3. *Der Medienstaatsvertrag als Antwort und Balance zwischen Schutz und Eingriff?*

Im Dezember 2019 einigten sich die Ländervertreter – endlich – auf einen Entwurf eines Medienstaatsvertrages, der einerseits der Umsetzung der AVMD-Richtlinie[83] dient anderseits auch den RStV an ein digitales Zeitalter anpassen und im September 2020 in Kraft treten soll. Für Meinungsroboter sieht § 18 Abs. 3 erstmals eine Kennzeichnungspflicht vor, [84] die den Umstand einer automatisierten Veröffentlichung erfasst, wenn die Äußerung durch ein Nutzerkonto erfolgt, welches gewöhnlich von natürlichen Personen genutzt wird.[85] Verstöße stellen eine Ordnungswidrigkeit dar

82 Abrufbar unter https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation, Stand (8.04.2020).

83 RL 2010/13/EU i.d.F. der RL 2018/1808, Ambl. 2018 L 303/69.

84 In Kalifornien hat man eine solche bereits eingeführt, siehe Business and Professions Code, Ch. 6 s. 17490 f. In Deutschland war sie bereits seit längerem in der Diskussion, siehe etwa BR-Drs. 519/18.

85 § 18 Abs. 3 MStV lautet: „Anbieter von Telemedien in sozialen Netzwerke sind verpflichtet, bei mittels eines Computerprogramms automatisiert erstellten Inhal-

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(§ 117 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 MStV). Weil aber die Regelung nach § 1 Abs. 7 MStV-E nur für inländische Urheber gilt und zudem (wohl) erkannt wurde, dass die Kennzeichnung durch die Urheber unwahrscheinlich ist, erweitert § 93 Abs. 4 MStV-E die Pflicht auf die Netzwerkbetreiber. Danach haben sie „Sorge zu tragen", dass die entsprechenden Inhalte auch nach § 18 Abs. 3 gekennzeichnet werden. Das kann nach dem Marktortprinzip des § 1 Abs. 8 MStV-E auch für im EU-Ausland ansässige Betreiber gelten.[86]

Ganz unproblematisch ist der neue Entwurf allerdings nicht. So bleibt fraglich, was unter „Sorge tragen" überhaupt zu verstehen ist. Unzweifelhaft ist wohl noch, dass die Netzwerke die Voraussetzungen für eine Kennzeichnung schaffen müssen.[87] Was darüber hinaus zu fordern ist, ist unklar. Von Identitätskontrolle bis hin zu einer proaktiven Überwachungspflicht und eigenständigen Kennzeichnung ist vieles denkbar. Letzteres führt prima vista zu Konflikten mit Art. 15 Abs. 1 der E-Commerce-RL. Allerdings könnte die Regelung damit legitimiert werden, dass einerseits die dem Art. 15 zugrundeliegende Wertung hier nicht betroffen ist[88] und zu-

---

ten oder Mitteilungen den Umstand der Automatisierung kenntlich zu machen, sofern das hierfür verwandte Nutzerkonto seinem äußeren Erscheinungsbild nach für die Nutzung durch natürliche Personen bereitgestellt wurde. Dem geteilten Inhalt oder der Mitteilung ist der Hinweis gut lesbar bei – oder voranzustellen, dass diese unter Einsatz eines das Nutzerkonto steuernden Computerprogrammes automatisiert erstellt und versandt wurde. (…)"

86 Auch insoweit bestehen Probleme hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem durch die E-Commerce-RL geschaffenen Herkunftslandprinzip des Art. 3 Abs. 1 der RL.

87 *Löber/Roßnagel*, (Fn. 29), S. 498

88 I.E. bleibt diese Haftung unberührt. Ob hier ein Hinweis ausreicht, dass es nur um Modalitäten und nicht um Inhalte geht, ist fragwürdig, immerhin führt auch hier die Überwachungspflicht zu einer weitgehenden Analyse der Netzwerkdaten, anders *Löber/Roßnagel*, (Fn. 29), S. 498. Entscheidender ist hier eher, dass keine Rechtsverletzung im eigentlichen Sinne, wie etwa bei Urheber- oder persönlichkeitsrechtlichen Fällen vorliegt, hierzu zuletzt EuGH, Urt. v. 3.10.2019 – Rs. C-18/18, ECLI:EU:C:2019:821 – *Glawischnig-Piesczek*. Eine Haftung besteht i.E. nicht und selbst wenn, könnten Dritte diese mangels Erkennbarkeit der Täuschung kaum begründen. Insoweit besteht also eine ganz andere Wertungslage. Hier sei auch nur am Rande darauf hingewiesen, dass in neueren Rechtsakten der Union den Betreibern ebenfalls proaktive Pflichten auferlegt werden sollen, ohne dass sich dies auf die Haftungsprivilegien auswirkt, siehe hierzu etwa Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Erwggr. 5 des Vorschlags einer VO zur Bekämpfung von terroristischen Online-Inhalten KOM(2018) 640 final. Hier werden die Betreiber zur Verfolgung gemeinwohlorientierter Zwecke tätig. Nichts anders gilt auch für § 93 Abs. 4 MStV-E.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dem Art. 1 Abs. 6 der RL pluralismussichernde Regeln der Mitgliedstaaten gerade ermöglicht.[89]

Betrachtet man das verfassungsrechtliche Spannungsverhältnis zwischen Schutz und Eingriff, so ist zunächst zu begrüßen, dass der MStV von einer Pflicht der Betreiber nach dem Vorbild des NetzDG ausgeht, um die Durchsetzung der Vorgaben zu effektuieren. Abgesichert wird diese Pflicht zum einen durch den Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 117 Abs. 1 S. 2 MStV-E und durch aufsichtsrechtliche Befugnisse der Landesmedienanstalten nach § 95 i.V.m. § 56 MStV-E bzw. nach § 111 MStV-E. Zwar werden die Betreiber damit in ihrer wirtschaftlichen Freiheit eingeschränkt. Aber zum einen ist dies nur ein vergleichsweise geringer Eingriff[90] und zum anderen lässt sich das gut mit einer Art „Garantenpflicht" für ihre Systeme begründen. Auch hier greifen im Übrigen die Aspekte, die auch einer mittelbaren Drittwirkung zugrunde gelegt werden: Relevanz des Dienstes, öffentliches Forum, Machtstellung usw.[91] Und auch die Meinungsfreiheit der Urheber wäre nicht über Gebühr belastet, weil nur die erschlichene Wirkung rückgängig gemacht wird, die Äußerung aber möglich bleibt.[92]

Probleme tun sich aber an anderer Stelle auf: So wird durch die Regelung – ginge man von einer Überwachungspflicht aus – nicht sicher gestellt, dass gewöhnliche Nutzer nicht als Bots gekennzeichnet werden. Ent-

---

89 Insoweit sichert dieser gerade die medienrechtliche bzw. kulturpolitische Kompetenz der Mitgliedstaaten ab. Und vorliegend geht es gerade um Vielfaltssicherung, die allerdings – wegen des Regelungsgegenstandes – anders ausfallen muss als etwa beim Rundfunk, vgl. hierzu die Mitteilung der Kommission im Notifizierungsverfahren, TRIS(2020) 00328 unter 8.

90 Das liegt einerseits an dem Freiraum, den die Norm gewährleistet, andererseits aber auch daran, dass durch gewisse Automatisierungsprozesse jedenfalls der primäre Arbeitsaufwand in Grenzen gehalten werden kann und nur eine sekundäre händische Kontrolle notwendig wäre. Zudem trifft die Pflicht nur Netzwerke mit einer gewissen Bedeutung, vgl. § 91 Abs. 2 Nr. 2 MStV-E.

91 Vgl. BVerfG NJW 2019, 1935 Rn. 15; OLG Dresden, ZUM-RD 2019, 2 (6); LG Bamberg, MMR 2019, 56; *v. Ungern-Sternberg*, in: Unger/dies. (Fn. 61), S. 27; Das LG Leipzig, Endurteil v. 12.7.2019 – 08 O 2491/18, GRUR-RS 2019, 38785 Rn. 47 spricht von einer „mit der traditionellen Pflichten- oder Garantenstellung des Staates vergleichbaren Lage".

92 Ausführlicher zu der Vereinbarkeit mit der Meinungsfreiheit etwa *v. Ungern-Sternberg*, in: Unger/dies. (Fn. 61), S. 17ff. Insgesamt zur Vereinbarkeit mit den kollidierenden Interessen siehe etwa Löber/Roßnagel (Fn. 29), S. 496. Unklar bleibt aber, wie sich die Betreiberpflicht etwa zu der von Facebook vorgenommenen Sperrung von Fake-Profilen auf Grundlage der Nutzungsbedingungen verhält.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sprechende Analysesoftware lieferte schon in der Vergangenheit falsch-positive Ergebnisse.[93] Wird aber ein Nutzer fälschlich als Bot qualifiziert und gekennzeichnet, hat das Einfluss auf die Rezeptionschance von Äußerungen und damit wiederum auf die Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.[94] Auch hier besteht tendenziell die Gefahr eines Over-Blockings, worauf der MStV-E überhaupt nicht eingeht. Sinnvoller wäre es gewesen, dem bereits gesetzlich vorzubeugen.[95] So könnte eine gewisse Abstufung vorgenommen werden, die nach Grad der wahrscheinlichen Automatisierung unterscheidet und unterschiedlich intensive Rechtsfolgen vorsieht. So lässt sich zwischen erneuter Verifizierung bis hin zur Kennzeichnung variieren. Daneben ist aber auch eine verfahrensrechtliche Absicherung der betroffenen Nutzerrechte nicht gewährleistet. Vergleichbare Probleme stellten sich schon beim NetzDG, die durch den im Änderungsentwurf vorgesehenen Gegenvorstellungsverfahren (§ 3b NetzDG) aber beseitigt werden sollen.[96]

Insoweit ergibt sich mit Blick auf den MStV-E ein gemischtes Ergebnis. Zwar kommt der Gesetzgeber hier dem Schutzauftrag (endlich) nach, verkennt dabei aber die abwehrrechtlichen Grenzen, sodass verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Entwurf bestehen.

4. Ergänzende Maßnahmen de lege ferenda

De lege ferenda könnte das Schutzkonzept auch anderweitig abgesichert und ergänzt werden. Ob es hierfür ratsam ist, einen Straftatbestand für Fake News zu schaffen, ist aber zweifelhaft.[97] In Betracht käme zwar eine

---

93 Vgl. *Neudert*, Ausschuss Drs. 19(23)046, S. 3f.

94 Ähnlich auch *Löber/Roßnagel* (Fn. 29), S. 498. Zumal die AGB ja auch den gänzlichen Ausschluss aus dem Netzwerk in solchen Fällen vorsehen, also noch über die gesetzliche Wirkung hinausgehen.

95 Europäische Rechtsakte verpflichten die Betreiber dazu, die betroffenen Grundrechte und ihre Bedeutung zu berücksichtigen, siehe hierzu etwa den Kommissionsentwurf KOM(2018) 640 final, Art. 3 Abs. 1, 6 Abs. 1.

96 BT-Drs. 19/18792, S. 9.

97 Ausführlicher zu einem solchen Ansatz *Hoven*, Zur Strafbarkeit von Fake News – de lege lata und de lege ferenda, ZStW 2017, 718 (737ff.). Eine ähnliche Diskussion wurde bereits in Italien geführt, vgl. Wissenschaftlicher Dienst d. Bundestages, WD 10-3000-27/19. Eine Änderung des dortigen Strafrechts ist bisher aber nicht erfolgt. Und da bspw. Facebook bereits den Kampf gegen Fake News mit Hilfe externer Factchecker aufgenommen hat, lässt sich zumindest fragen, ob eine solche Regelung überhaupt notwendig wäre.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Erweiterung des § 130 oder der §§ 108 ff. StGB, sodass mit dem NetzDG dann auch die wirksame Durchsetzung gesichert werden kann.[98] Mit Blick auf die Meinungsfreiheit dürfte das in aller Regel aber nur bei bewusst oder erwiesen unwahren Tatsachenbehauptungen oder dort in Betracht kommen, wo Sorgfaltspflichten evident verletzt worden sind. Eine isolierte Tatsachenbehauptung wird aber nur selten vorliegen, sodass das Schutzniveau höher ist.[99] Eine verfassungsmäßige Grenze zu ziehen – etwa bei einer erheblichen Vergiftung des Meinungsklimas – gestaltet sich schwer, wäre aber notwendig, weil ein Schutz nicht vor jeder Lüge geboten ist[100]. Vielmehr ist die Ermittlung der Wahrheit und Enttarnung der Lüge zuvörderst Aufgabe des Meinungskampfes. Hinzu kommen Wertungsfragen um die Bedeutung der Unwahrheit ähnlich wie auch bei § 186 StGB.[101] Und einmal mehr besteht die Gefahr des Over-Blockings.

In jedem Fall ratsam ist es aber auch die Medienkompetenz der Nutzer zu stärken. Hierfür wäre die Anpassung von Lehrplänen im Rahmen der Schulaufsicht der Länder möglich, um eine deutlich stärkere Fokussierung auf den Umgang mit (digitalen) Medien zu erreichen. Und auch staatliche Informationskampagnen sind denkbar, um ältere Nutzerschichten zu erreichen.

Daneben wäre es ratsam, dass der Gesetzgeber weiterhin die Forschung finanziell unterstützt und die Ergebnisse sorgsam auswertet, um bei Bedarf nachzujustieren. Insoweit wäre es gar hilfreich, wenn man einen Forschungszugang zu den Netzwerken zunächst auf freiwilliger Basis, ggf. aber auch mit gesetzlichem Zwang, schaffen würde, um das Einflusspotential bestimmter Phänomene besser beurteilen zu können.[102]

Ebenso wäre es auch denkbar, dass die Betreiber generell stärker in die Pflicht genommen werden, ihre Algorithmen darauf zu trainieren bestimmte Manipulationen zu erkennen und entsprechende Inhalte jeden-

98 Hierzu *Mafi-Gudarzi* (Fn. 18), S. 68. Kritisch hierzu *Drexl* (Fn. 2), S. 540f.

99 St. Rspr. seit BVerfGE 85, 1 (15) – *Bayer-Aktionäre*.

100 *Milker* (Fn. 29), S. 220.

101 Statt vieler *Regge/Pegel*, in: MüKo StGB, Bd. IV, § 186 Rn. 24ff. m.w.N. Etwaige strafrechtsdogmatische und rechtspolitische Fragen stellt in diesem Zusammenhang auch *Mafi-Gudarzi* (Fn. 18), S. 68.

102 Twitter gewährleistet einen solchen Zugang jedenfalls, weshalb auch die meisten Studien hierzu veröffentlicht werden. Facebook ist hier zurückhaltender. Die berechtigten Interessen der Betreiber sind dann allerdings zu berücksichtigen und abzusichern. Datenschutzrechtlich wäre aber eine Analyse der Netzwerkdaten grundsätzlich möglich, siehe u.a. Artt. 5 lit b.), 85 DS-GVO, § 27 BDSG.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

falls nicht priorisiert weiterzuleiten.[103] Der MStV-E enthält „nur" Vorschriften zur Transparenz und zum diskriminierungsfreien Angebot von redaktionell-journalistischen Inhalten (§§ 93, 94 MStV-E). Und allgemein lässt sich sicherlich auch über eine europäische verbindliche Lösung nachdenken, um ein einheitliches Schutzniveau im Binnenmarkt zu gewährleisten.[104]

IV. Fazit

Von Meinungsrobotern geht eine potentielle Gefahr für den Willensbildungsprozess aus, die staatliche Schutzpflichten aktiviert und durch die im MStV-E vorgesehene Pflichten vorerst erfüllt werden. Aus abwehrrechtlicher Sicht werden aber wesentliche Schutzvorkehrungen für die Meinungsfreiheit in dem Vorschlag nicht getroffen. Insoweit besteht ggf. Nachbesserungsbedarf. Inwieweit sich die Norm in der Praxis schlägt, bleibt abzuwarten. In jedem Fall ist der Gesetzgeber aber dazu verpflichtet, die bestehende Lage zu beobachten. Hierfür böte es sich an, nicht nur die empirische Forschung finanziell zu unterstützen, sondern auch einen Zugang zu den Netzwerkdaten zu schaffen. Nur so lässt sich die Überprüfung bisheriger Einschätzungen ermöglichen. Abhängig von diesen Ergebnissen, kann der Gesetzgeber zu einer Nachbesserung oder Aufhebung der Regelungen verpflichtet sein. [105]

---

103 Hierzu *Drexl* (Fn. 2), S. 541. Das wird aber auch wieder Spannungen mit Art. 15 Abs. 1 der E-Commerce-Richtlinie hervorrufen, weshalb auch über eine europäische Lösung nachzudenken wäre.

104 Abgrenzungsprobleme ergeben sich insoweit nur hinsichtlich der allein den Mitgliedstaaten vorbehaltenen Medienpolitik und der wirtschaftlich ausgerichteten EU-Kompetenz. Wegen des Doppelcharakters der Medien als Kultur- und Wirtschaftsgut, kann aber auch ein europäischer Zugriff, insbesondere über Art. 114 AEUV erfolgen, um Beeinträchtigungen des Binnenmarktes zu verhindern.

105 Zur Nachbesserungspflicht vgl. BVerfGE 56, 54 (78) – *Fluglärm* m.w.N. Die abwehrrechtliche Seite der betroffenen Grundrechte kann den Gesetzgeber aber dazu veranlassen, die Regelungen aufheben zu müssen, sobald erkennbar wird, dass Meinungsroboter überhaupt keine Relevanz im Meinungsbildungsprozess besitzen.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Das Recht auf menschliche Entscheidung – Freiheit in Zeiten der Digitalisierung und einer automatisierten Rechtsanwendung

Dorothea Mund

I. Digitalisierung der Staatsgewalt

Der grenzüberschreitende Prozess der Digitalisierung[1] hat die öffentliche Hand erreicht. Die drei Gewalten nutzen dabei im In- wie im Ausland die moderne Technik in unterschiedlichem Maße.

Die Unterstützung US-amerikanischer Richter bei der Beurteilung der Strafrückfälligkeit von Angeklagten mittels einer Software,[2] das Ziel, Richter in Estland in bestimmten Fällen durch sog. Künstliche Intelligenz zu ersetzen,[3] oder die Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Ra-

---

1 Unter dem Begriff der Digitalisierung „verstand man ursprünglich nur die Umwandlung analoger Werte in digitale Formate", *Mellinghoff*, in: Drüen/Hey/Mellinghoff (Hrsg.), FS 100 Jahre BFH, Bd. I, 2018, S. 421; s. a. *Würkert/Klafki/Winter*, in: Klafki/Würkert/Winter (Hrsg.), Digitalisierung und Recht, 2017, S. 1 (3). Informationstechnologisch geht es beim Digitalen um die computerkompatible Darstellung von Informationen durch einen binären Code aus „1" und „0", s. *Gumm/Sommer*, Einführung in die Informatik, 10. Aufl. 2013, S. 5 f., 11 ff.; vgl. *Albers*, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung. Vernetztes E-Government, 2019, S. 509 (515). Im allgemeinen Sprachgebrauch wird darunter inzwischen die Speicherung, Be- und Verarbeitung, Verwendung und die Darstellung von Informationen mithilfe von Informationstechnologie verstanden, s. *Mellinghoff*, in: Drüen/Hey/Mellinghoff (Hrsg.), FS 100 Jahre BFH, Bd. I, 2018, S. 421. Oftmals wird in diesem Zusammenhang auch der Begriff der Künstlichen Intelligenz verwendet, auf den jedoch im Folgenden nicht weiter eingegangen werden soll.

2 S. nur *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016); *State v. Loomis*, 130 Harv. L. Rev. 1530. S. a. *Smith*, In Wisconsin, a Backlash Against Using Data to Foretell Defendants' Futures, New York Times v. 22.6.2016, https://www.nytimes.com/2016/06/23/us/backlash-in-wisconsin-against-using-data-to-foretell-defendants-futures.html (Stand: 3.1.2020); *Tashea*, Courts are using AI to sentence criminals. That must stop now, wired v. 4.7.2017, https://www.wired.com/2017/04/courts-using-ai-sentence-criminals-must-stop-now/ (Stand: 3.1.2020).

3 *Nüler*, Can AI be a fair judge in court? Estonia thinks so, wired v. 25.3.2019, https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/ (Stand: 27.1.2020).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tes über die Einrichtung eines sogenannten einheitlichen digitalen Zugangstores (Single Digital Gateway)[4] können als Beispiele von Digitalisierungsmaßnahmen im Ausland beziehungsweise auf Ebene der Europäischen Union genannt werden. In der Bundesrepublik Deutschland und den Ländern lassen sich unter anderem das Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs,[5] die gerichtliche Verwendung von Subsumtionsautomaten in den Bereichen des Familien- und Erbrechts[6] und die Umsetzung des Onlinezugangsgesetzes vom 14. August 2017[7] als Beispiele aufführen.

Angesichts der Vielzahl an Maßnahmen und Ansätzen ist die Digitalisierung im Bereich der staatlichen und überstaatlichen Gewalt nur schwer zu überblicken. Der Fokus begrenzt sich daher vorliegend auf die Automation der Verwaltung.[8]

II. Automation der Verwaltung und technische Erzeugung von Verwaltungsmaßnahmen

Einen in Deutschland bisher beispiellosen Schritt Richtung Automation der Verwaltung – nämlich einer automatischen beziehungsweise automatisierten Rechtsanwendung ohne personelle Bearbeitungsschritte[9] – ging zur

---

4 Verordnung 2018/1724/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 2. Oktober 2018 über die Einrichtung eines einheitlichen digitalen Zugangstors zu Informationen, Verfahren, Hilfs- und Problemlösungsdiensten und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012, ABl. 2018 L 295, 1; *Denkhaus*, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung (Fn. 1), S. 51 (71) mwN.

5 Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs v. 5.7.2017 (BGBl. 2017 I 2208).

6 *Fries*, RW 4 (2018), 414 (422). Die Ergebnisse der Subsumtionsautomaten sollen nach *Fries* bereits teilweise ungeprüft übernommen werden (ebd.).

7 Gesetz zur Verbesserung des Onlinezugangs zu Verwaltungsleistungen (Onlinezugangsgesetz – OZG) v. 14.8.2017 (BGBl. 2017 I 3122, 3138).

8 Auf den Unterschied zwischen den Begriffen der Automation und der Automatisierung soll hier nicht eingegangen werden. Vgl. aber § 35a VwVfG.

9 S. *Braun Binder*, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung (Fn. 1), S. 311 (311, 321); *Heckmann*, in: ders. (Hrsg.), jurisPK-Internetrecht, 6. Aufl. 2019, Kapitel 5, Rn. 507; *Braun Binder*, NVwZ 2016, 960. Differenzierend *Bull*, DVBl. 2017, 409 (410 f.) mwN, der nur jene Verfahren als vollständig automatisiert bezeichnen will, bei denen auch der Impuls zur Auslösung des Verfahrens elektronisch bzw. „automatisiert" geschieht. Hinsichtlich der Änderungen in der AO und der „Technisierung der Staat/Bürger-Kommunikation" lässt sich seiner Ansicht nach jedoch

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bewältigung des steuerlichen Massenverfahrens[10] das Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens (StModG).[11]

1. *Ausschließlich automationsgestützt erlassener oder korrigierter Steuerbescheid als Leitbild der Steuerfestsetzung*

Der Gesetzgeber des StModG hat im Gesetzgebungsverfahren die „ausschließlich automationsgestützte[…] Bearbeitung mit einem ausschließlich automationsgestützt erlassenen oder korrigierten Steuerbescheid als Ergebnis"[12] als „Leitbild"[13] der Steuerfestsetzung beschrieben.[14] Das StModG soll eine „Verabschiedung vom althergebrachten Leitbild einer im Kern durch Amtsträger bearbeiteten Steuererklärung"[15] und der persönlichen Überprüfung durch die Amtsträger bewirken.[16] Mit den Worten der Bundesregierung nehme die Modernisierung des Besteuerungsverfahrens die „Herausforderung des technisierten Verwaltungshandelns an".[17] Durch das StModG wurde zur Bewältigung des steuerlichen Massenverfahrens die – soweit kein Anlass dazu besteht, den Einzelfall durch Amtsträger zu bearbeiten[18] – ausschließlich automationsgestützte Vornahme, Berichtigung, Rücknahme, der Widerruf, die Aufhebung oder Änderung von

---

vertreten, „von einer vollständig automatisierten VA-Erstellung zu sprechen" (ebd., S. 411).

10 *Braun Binder*, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung (Fn. 1), S. 311 (318); *Maier*, JZ 2017, 614. Vgl. *G. Kirchhof*, ALJ 2 (2017), 125 mwN; vgl. *G. Kirchhof*, in: Drüen/Hey/Mellinghoff (Hrsg.), FS 100 Jahre BFH, Bd. I, 2018, S. 361 (362); BVerfG, Beschl. v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224 (254) – Pauschalierung eines Betriebsausgabenabzugsverbots; s. *Isensee*, Die typisierende Verwaltung, 1976, S. 52.

11 Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens v. 18.7.2016 (BGBl. 2016 I 1679).

12 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens v. 3.2.2016, BT-Drs. 18/7457, 48 (im Folgenden: RegE StModG).

13 RegE StModG, BT-Drs. 18/7457, 48.

14 RegE StModG, BT-Drs. 18/7457, 48; s. a. *G. Kirchhof*, in: Schön/Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 99 (108); *Maier*, JZ 2017, 614. Ausführlich zum Gesetzgebungsverfahren *Schmitz/Prell*, NVwZ 2016, 1273 (1274); vgl. *Kube*, VVDStRL 78 (2019), 289 (301); *Heintzen*, DÖV 2015, 780 (780 f.).

15 RegE StModG, BT-Drs. 18/7457, 49.

16 RegE StModG, BT-Drs. 18/7457, 49, 82.

17 RegE StModG, BT-Drs. 18/7457, 49.

18 S. § 155 Abs. 4 Satz 1 AO nF.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Steuerfestsetzungen sowie Anrechnungen von Steuerabzugsbeträgen und Vorauszahlungen (§ 155 Abs. 4 Satz 1 AO)[19] und der Einsatz von Risikomanagementsystemen zur Beurteilung der Notwendigkeit weiterer Ermittlungen und Prüfungen (§ 88 Abs. 5 Satz 1 AO)[20] gesetzlich[21] legitimiert.[22]

2. *Wandel des Vollzugs von Gesetzen durch menschliche Überprüfung des Einzelfalls hin zu vollständig automatisiert erlassenen Verwaltungsakten*

Ferner wurden durch das StModG die Verfahrensvorschriften § 35a VwVfG[23] und § 31a SGB X[24] über den vollständig automatisierten Erlass[25] eines Verwaltungsaktes eingeführt.

Zwar liegen über den vollständig automatisierten Erlass von Verwaltungsakten[26] keine detaillierten Regelungen wie für das Besteuerungsver-

---

19 Hierzu *Gläser/Schöllhorn*, DStR 2016, 1577; *Kube*, VVDStRL 78 (2019), 289 (301 f.); vgl. RegE StModG, BT-Drs. 18/7457, 82 f.

20 Neu gef. mWv 1.1.2017 durch Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens v. 18.7.2016 (BGBl. 2016 I 1679). Hierzu *Bruschke*, SteuK 2016, 355 (356 f.).

21 §§ 154 Abs. 4, Abs. 5 AO, 88 Abs. 5 AO nF. Vgl. § 88 Abs. 3 AO aF. S. a. *Braun Binder*, NVwZ 2016, 960 (964).

22 Nur *Kube*, VVDStRL 78 (2019), 289 (302); *Bruschke*, SteuK 2016, 355 (356 f.); RegE StModG, BT-Drs. 18/7457, 69 f.; *Braun Binder*, NVwZ 2016, 960 (961 f., 964); *Baldauf*, DStR 2016, 833 (835 ff.); *Müller-Franken*, StuW 2018, 113 (119 f.); *Seer*, in: Drüen/Hey/Mellinghoff (Hrsg.), FS 100 Jahre BFH, Bd. II, 2018, S. 1717 (1727 ff.). Zur Verifikation im digitalen Besteuerungsverfahren durch Risikomanagementsysteme s. a. *Mellinghoff*, in: Drüen/Hey/Mellinghoff (Hrsg.), FS 100 Jahre BFH, Bd. I, 2018, S. 421 (435 ff.).

23 Eingef. mWv 1.1.2017 durch Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens v. 18.7.2016 (BGBl. 2016 I 1679). Hierzu anstatt vieler: *Berger*, NVwZ 2018, 1260 ff.; *Guckelberger*, VVDStRL 78 (2019), 235 (263 ff.) mwN; *Kube*, VVDStRL 78 (2019), 289 (301 ff.) mwN; *Stegmüller*, NVwZ 2018, 353 (354 f.); *Ziekow*, NVwZ 2018, 1169 (1170 f.); vgl. *Braun Binder*, NVwZ 2016, 960 (963 f.).

24 Eingef. mWv 1.1.2017 durch Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens v. 18.7.2016 (BGBl. 2016 I 1679).

25 S. *Kube*, VVDStRL 78 (2019), 289 (303): „Der ‚vollständig durch automatische Einrichtungen' erlassene Verwaltungsakt gemäß den neuen Ermächtigungsgrundlagen ist deshalb auch vom ‚elektronisch' erlassenen Verwaltungsakt (§ 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG) und vom ‚elektronisch übermittelt[en]' Verwaltungsakt (§ 41 Abs. 2 S. 2 VwVfG) zu unterscheiden."

26 S. § 35a VwVfG (Hervorhebung d. Verf.): „Ein Verwaltungsakt kann vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden, *sofern dies durch Rechtsvorschrift zugelassen* ist […]."

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fahren[27] seit dem StModG vor,[28] in der Literatur wird jedoch der Blick auf ein mögliches vollautomatisiertes Verwaltungsverfahren im Bereich des Baugenehmigungsverfahrens,[29] die Verlängerung von Personal-, Behinderten- oder Parkausweisen oder ein antragsloses Kindergeld[30] – also „standardisierte Verfahren, die häufig vorkommen"[31] – geworfen. Es bestehe die realistische Möglichkeit, dass menschliche Amtswalter zunehmend durch technische Systeme abgelöst werden[32] und die „Haupttätigkeit menschliche[r] Amtswalter [in Zukunft] in der Programmierung, Überwachung und Anpassung der IT-Systeme" bestehen werde.[33] Ferner könnte der Einsatz sog. Legal Robots[34] als „autonome[…] Subsumtionsautomaten"[35] bei der Anwaltschaft und in der Rechtspflege[36] die öffentliche Hand inspirie-

27 S. § 155 Abs. 4, Abs. 5 AO und § 88 Abs. 5 AO.

28 S. *Braun Binder*, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung (Fn. 1), S. 311 (318).

29 *Siegel*, DVBl. 2017, 24 (26 f.); *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a Rn. 46; *Braun Binder*, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung (Fn. 1), S. 311 (318). Zur Digitalisierung des Baugenehmigungsverfahrens in Nordrhein-Westfalen s. a.: *Partnerschaft Deutschland*, Digitales Baugenehmigungsverfahren. Abschlussbericht der 1. Projektphase v. 26.4.2019, https://www.mhkbg.nrw/sites/default/files/media/document/file/AbschlussberichtDigitalesBaugenehmigungsverfahren_NRW_1.Projektphase_270619.PDF (Stand: 30.1.2020).

30 *Martini/Nink*, NVwZ-extra 10 (2017), 1 (2); *Braun Binder*, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung (Fn. 1), S. 311 (318).

31 *Braun Binder*, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung (Fn. 1), S. 311 (318) mwN; *Siegel*, VerwArch 105 (2014), 241 (258) mwN; *Siegel*, DVBl. 2017, 24 (26); *Braun Binder*, NVwZ 2016, 960 (963) mwN.

32 *Guckelberger*, VVDStRL 78 (2019), 235 (249) mwN; vgl. *Mühlberger*, Nie wieder Schlange stehen, brand eins 07/2018, S. 76 ff., https://www.brandeins.de/magazine/brand-eins-wirtschaftsmagazin/2018/service /nie-wieder-schlange-stehen (Stand: 6.1.2020); vgl. *Bull*, Der Staat 58 (2019), 57 (75); *Kube*, VVDStRL 78 (2019), 289 (302 f.) mwN.

33 *Guckelberger*, VVDStRL 78 (2019), 235 (245).

34 Zum Begriff s. *Wagner*, BB 2017, 898 (902, 898); *Wagner*, BB 2018, 1097. S. insgesamt zur Legal Tech anschaulich die „Legal Geek Startup Map", https://www.legalgeek.co/startup-map/#LGMap (Stand: 31.1.2020).

35 *Burr*, BB 2018, 476 (477); *Fries*, RW 4 (2018), 414 (419, 422); *Wagner*, BB 2017, 898 (900); *Anzinger*, DStJG 42 (2019), 15 (35). S. ferner für das Zivilrecht *Fries*, NJW 2016, 2860 (2863).

36 Hierzu *Fries*, RW 4 (2018), 414 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ren,[37] diese als „automatische Einrichtungen"[38] ebenfalls in der Verwaltung einzusetzen und weitere Schritte in Richtung einer digitalen beziehungsweise automatischen oder automatisierten Rechtsanwendung zu gehen.[39]

So zeichnet sich ein Wandel des Vollzugs von Gesetzen durch menschliche Überprüfung des Einzelfalls hin zu vollständig automatisiert erlassenen Verwaltungsakten[40] ab.[41] Zuweilen könnten Verwaltungsakte gänzlich ohne die Beteiligung eines menschlichen Amtswalters ergehen.[42]

---

37 Vergleichbar *Fries*, RW 4 (2018), 414 (418 ff., 422); vgl. *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots. Der Wandel im Rechtsmarkt durch neue Technologien und künstliche Intelligenz, 2018, S. VII.

38 § 35a VwVfG und § 31a Satz 1 SGB X.

39 Vergleichbar *Fries*, RW 4 (2018), 414 (418 ff., 422); vgl. *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots (Fn. 37), S. VII. S. a. zum Einsatz Künstlicher Intelligenz in den öffentlichen Verwaltungen Art. 5 lit. b) des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Aufstellung des Programms „Digitales Europa" für den Zeitraum 2021-2027, COM(2018)434 final, 28; *Bundesregierung*, Antwort auf kleine Anfrage, Konkrete Ziele und Vorhaben der Bundesregierung im Bereich Künstliche Intelligenz, BT-Drs. 19/1982, 7 und 12 ff.

40 S. § 35a VwVfG und § 31a Satz 1 SGB X.

41 Anstatt vieler: *Guckelberger*, VVDStRL 78 (2019), 235 (245, 249 f.) mwN; vgl. *Kube*, VVDStRL 78 (2019), 289 (302 ff.) mwN; *Braun Binder*, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung (Fn. 1), S. 311 f.; *Bull*, DVBl. 2017, 409 ff.; *Braun Binder*, DÖV 2016, 891 ff.; *Braun Binder*, NVwZ 2016, 960; *Siegel*, DVBl. 2017, 24 ff.; *Berger*, NVwZ 2018, 1260 ff.; *Schmitz/Prell*, NVwZ 2016, 1273 ff.; vgl. *Bundesregierung*, Digitale Verwaltung 2020, Regierungsprogramm 18. Legislaturperiode, https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/ publikationen/themen/moderne-verwaltung/regierungsprogramm-digitale-verwaltung-2020.pdf;jsessionid=1B932CC7681E4C238F6659600F788BDD .2_cid364?__blob=publicationFile&v=4 (Stand: 28.1.2020); *Pitterle*, Pl-Prot18/159, 15715: „*umfassende Umstellung auf Computernutzung*"; vgl. *Schliesky*, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung (Fn. 1), S. 221; vgl. *Heinemann*, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung (Fn. 1), S. 141 (149).

42 *Braun Binder*, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung (Fn. 1), S. 311 (311 f., 321); *Braun Binder*, NVwZ 2016, 960; *Braun Binder*, DÖV 2016, 891 (892); *Kube*, VVDStRL 78 (2019), 289 (302 f.) mwN; vgl. *G. Kirchhof*, in: Schön/Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 99 (109 f.); Differenzierend *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a Rn. 19 ff.; s. a. *Bull*, DVBl. 2017, 409 (410 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Chancen und Risiken durch die Automation der Verwaltung

Eine solche Automation der Verwaltung mit der technischen Erzeugung von Verwaltungsmaßnahmen ist im Grundsatz zu begrüßen, ergeben sich daraus schließlich Chancen für die Verwaltung und die betroffenen Menschen in einem gleichheitsgerechten und effizienten Vollzug.[43] Doch birgt der vollständig automatisierte Erlass von Verwaltungsakten[44] beziehungsweise die technische Erzeugung von Verwaltungsmaßnahmen[45] auch erhebliche Risiken,[46] denen zu begegnen ist. Es tritt ein besonderes Bedürfnis, die Freiheit zu schützen, hinzu.

IV. Das Recht auf menschliche Entscheidung im Grundgesetz

Um diesem Schutzbedürfnis zu begegnen, lässt sich aus den Grundrechten aber auch aus staatsorganisationsrechtlichen Vorgaben des entwicklungsoffenen[47] Grundgesetzes ein Recht auf menschliche Entscheidung ableiten.

Vorgabe des Grundgesetzes ist nämlich zum einen die Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns[48] durch die tatbestandsmäßige Anwendung ge-

---

43 Nur *Kube*, VVDStRL 78 (2019), 289 (307 ff.); *Bull*, DVBl. 2017, 409 (414 ff.). In Bezug auf die Modernisierung des Besteuerungsverfahrens anstatt vieler: Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 18/7457), BT-Drs. 18/8434, 1; RegE StModG, BT-Drs. 18/7457, 1, 46 f. und 68 ff.; *Gläser/Schöllhorn*, DStR 2016, 1577 ff.

44 S. § 35a VwVfG und § 31a Satz 1 SGB X.

45 Vgl. *Berger*, DVBl. 2017, 804 (806).

46 Vgl. anstatt vieler: Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 18/7457), BT-Drs. 18/8434, 122; vgl. *G. Kirchhof*, in: Schön/Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 99 (107 ff.); *G. Kirchhof*, in: Drüen/Hey/Mellinghoff (Hrsg.), FS 100 Jahre BFH, Bd. I, 2018, S. 361 (362 ff.).

47 Ebenso *Härtel*, LKV 2019, 49 (52) mwN; vgl. *Morlok*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 61 ff.

48 S. Art. 20 Abs. 3 GG. Anstatt vieler: BVerfG, Beschl. v. 6.6.1989 – 1 BvR 921/85, BVerfGE 80, 137 (161) – Reiten im Walde; BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 (126 f.) mwN – Kalkar I; *Sommermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 270 ff.; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 72; vgl. *G. Kirchhof*, in: Schön/Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 99 (108 f.); vgl. *G. Kirchhof*, in: Drüen/Hey/Mellinghoff (Hrsg.), FS 100 Jahre BFH, Bd. I, 2018, S. 361 (363).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

setzlicher Entscheidungsmaßstäbe (tatbestandsmäßige Umsetzung auch im digitalen Gesetzesvollzug) im Wege des „Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung".[49] In diesem Zusammenhang können etwaige behördliche Pflichten zur Ermittlung des Sachverhalts[50] zur „Bildung des Untersatzes des Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung"[51] maßgeblich sein. Auch gebietet der Grundsatz des fairen (Verwaltungs-) Verfahrens[52] der Behörde die sorgfältige Ermittlung entscheidungserheblicher Tatsachen.[53] Dabei spielt die Komplexität von Erfassung, Beurteilung und gegebenenfalls weiterer Aufklärung des Sachverhalts[54] eine Rolle.[55]

---

49 S. nur *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 99, 92 f. mwN. Vgl. *Anzinger*, DStJG 42 (2019), 15 (35).

50 S. *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 51 ff., 114; *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1263); *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15 Aufl. 2016, § 13 Rn. 14 mwN, § 14 Rn. 27 ff.; vgl. BVerwG, Urt. v. 20.9.1984 – 7 C 57/83, BVerwGE 70, 143 ff. – Prüfungsentscheidungen. S. in Bezug auf die Finanzverwaltung: *Seer*, DStJG 31 (2008), 7 (12). S. einfachgesetzlich § 24 Abs. 1 Satz 3 VwVfG: „Setzt die Behörde automatische Einrichtungen zum Erlass von Verwaltungsakten ein, muss sie für den Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben des Beteiligten berücksichtigen, die im automatischen Verfahren nicht ermittelt würden." S. a. § 31a Satz 2 SGB X und § 88 Abs. 1 Satz 2 AO.

51 S. nur *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 99, 92 f. mwN; vgl. *Anzinger*, DStJG 42 (2019), 15 (35).

52 Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip) iVm Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 1 Abs. 1 GG. S. *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 58 f. mwN. Abgeleitet aus Art. 20 Abs. 3 GG iVm Art. 2 Abs. 1 GG: BVerfG, Beschl. v. 18.1.2000 – 1 BvR 321/96, BVerfGE 101, 397 (404) – Kontrolle des Rechtspflegers; BVerwG, Beschl. v. 31.8.2000 – 11 B 30/00, DVBl. 2000, 1863. Abgeleitet aus Art. 20 Abs. 3 GG iVm Art. 1 Abs. 1 GG: *Kallerhoff/Mayen*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 28 Rn. 2 mwN.

53 *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 59; vgl. BVerwG, Urt. v. 20.9.1984 – 7 C 57/83, BVerwGE 70, 143 ff. – Prüfungsentscheidungen.

54 S. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 99 ff.; vgl. *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 80 ff., 92; vgl. *Wagner*, BB 2017, 898 (898, 902).

55 Ebenso *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1263 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zwar besteht wegen der exekutivischen Eigenverantwortung „kein Totalvorbehalt des Gesetzes".[56] Eine gesetzeswidrige Entscheidung[57] beziehungsweise eine grundrechtsbeschränkende behördliche Entscheidung, die sich auf keine parlamentsgesetzliche Eingriffsermächtigung[58] zurückführen lässt, steht aber der Verfassungskonformität technisch erzeugter Verwaltungsmaßnahmen im Wege. Daher kann auch die Frage, ob exekutive Algorithmen Richtlinien-, Verwaltungsvorschrifts-, Rechtsverordnungs- oder Gesetzescharakter[59] haben oder ob sie in Gerichtsverfahren ähnlich einem antizipierten Sachverständigengutachten zu behandeln sind,[60] hier offen bleiben.[61]

---

56 BVerfG, Urt. v. 18.12.1984 – 2 BvE 13/83, BVerfGE 68, 1 (109) – Atomwaffenstationierung; BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 (124 ff.) – Kalkar I; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Losebl. [Stand: 89. EL Oktober 2019], Art. 20 GG Rn. 108; *Ossenbühl,* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl. 2007, § 101 Rn. 61.

57 Zum Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes anstatt vieler: *Sommermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 270 ff. mwN; *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 26 Rn. 61 ff. Im Bereich der Finanzverwaltung ist der Vorbehalt des Gesetzes besonders zu betonen, die Belastungsmaßstäbe ergeben sich nämlich „kaum aus der Natur der Sache", *Jochum*, in: Kube/Mellinghoff/Morgenthaler ua (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts, Bd. II, § 149 Rn. 2 mwN; vgl. BVerfG, Urt. v. 24.1.1962 – 1 BvR 232/60, BVerfGE 13, 318 (328) – Ehegatten-Arbeitsverhältnisse.

58 *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Losebl. [Stand: 89. EL Oktober 2019], Art. 20 GG Rn. 111.

59 Zu einer quasi-gesetzlichen Wirkung: *Lessig,* Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0, 2006, S. 5 („code is law"); *Reidenberg*, Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology, 76 Tex. L. Rev. 553 (1997-1998), https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/42 (Stand: 17.1.2020); *Kube*, VVdStRL 78 (2019), 289 (308 ff.). Zur Einordnung als Verwaltungsvorschrift nur *Kube*, VVdStRL 78 (2019), 289 (317); *Guckelberger*, VVDStRL 78 (2019), 235 (269 f.) mwN.

60 S. SaarlVerfGH, Urt. v. 5.7.2019 – Lv 7/17, NJW 2019, 2456 (2457).

61 Jedenfalls ist nämlich der Vorrang des Gesetzes (hierzu nur *Sommermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 271 f.) und die Wesentlichkeitstheorie des BVerfG zu berücksichtigen, s. nur BVerfG, Beschl. v. 9.5.1972 – 1 BvR 518/62 und 308/64, BVerfGE 33, 125 (158 f.) – Facharzt; BVerfG, Beschl. v. 21.12.1977 – 1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75, BVerfGE 47, 46 (79 f.) – Sexualkundeunterricht; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 113 ff.; *Sommermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 273 ff.; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Losebl. [Stand: 89. EL Oktober 2019], Art. 20 GG Rn. 105.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zudem muss sich jede amtliche Entscheidung materiell an weiteren Vorgaben der Verfassung messen lassen: Aus dem Rechtsstaatsprinzip[62] oder der „verfassungsrechtliche[n] Gewährleistung der Grundrechte auch im jeweiligen Verfahrensrecht"[63] können sich Beratungs- und Fürsorgepflichten der öffentlichen Hand ergeben.[64] Nach dem Grundsatz des fairen Verfahrens[65] muss dem Betroffenen im Verwaltungsverfahren die Möglichkeit der Verfahrensbeteiligung gegeben werden.[66] Einwände zu erheben[67] und „zu Wort zu kommen, um Einfluss auf das Verfahren und dessen Ergebnis nehmen zu können",[68] muss weiterhin möglich bleiben. Außerdem

62 S. Art. 20 Abs. 3 GG.

63 BVerfG, Beschl. v. 13.11.1979 – 1 BvR 1022/78, BVerfGE 52, 380 (389) – Schweigender Prüfling.

64 *Pünder*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 13 Rn. 13 mwN, der auf das Sozialstaatsprinzip abstellte. Hierzu auch *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 60 ff. mwN. Später leitet *Pünder* die Gewährleistung des „Rechtsschutzes durch Verfahren" aus dem „prozeduralen Gewährleistungsgehalt" der Grundrechte und dem Rechtsstaatsprinzip ab, *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 13 Rn. 15 f. S. a. BVerfG, Beschl. v. 13.11.1979 – 1 BvR 1022/78, BVerfGE 52, 380 (389) – Schweigender Prüfling; *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl. 2007, § 109 Rn. 25 ff.; *Kallerhoff/Fellenberg*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 25 Rn. 1 mwN. Einfachgesetzlich wurde die behördliche Beratungspflicht in § 25 VwVfG geregelt.

65 Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip) iVm Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 1 Abs. 1 GG. S. nur *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 58 f. mwN. Für weitere Nachweise s. Fn. 52.

66 BVerfG, Beschl. v. 18.1.2000 – 1 BvR 321/96, BVerfGE 101, 397 (405) mwN – Kontrolle des Rechtspflegers; BVerfG, Beschl. v. 7.12.1977 – 1 BvR 734/77, BVerfGE 46, 325 (334 f.) mwN – Zwangsversteigerung II; *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 58 ff. mwN; *Kallerhoff/Mayen*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 28 Rn. 2; *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 13 Rn. 15 ff.; § 14 Rn. 32 ff.; *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1264); *Baldauf*, DStR 2016, 833 (834 f.); *Braun Binder*, DÖV 2016, 891 (895). Vgl. § 28 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG: „Von der Anhörung kann abgesehen werden, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalls nicht geboten ist, insbesondere wenn […] die Behörde eine Allgemeinverfügung oder gleichartige Verwaltungsakte in größerer Zahl oder Verwaltungsakte mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassen will".

67 Vgl. *Bull*, DVBl 2017, 409 (412). Vgl. *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1264): „Bei zunehmender Automation der Entscheidungsebene gewinnt die menschliche Kontrollebene, insbesondere die Widerspruchsebene, an Bedeutung." Vgl. a. *Berger*, DVBl. 2017, 804 (808).

68 BVerfG, Beschl. v. 18.1.2000 – 1 BvR 321/96, BVerfGE 101, 397 (405) mwN – Kontrolle des Rechtspflegers; BVerwG, Beschl. v. 31.8.2000 – 11 B 30/00, DVBl. 2000, 1863.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

könnte das Gebot der guten Verwaltung eine menschliche Entscheidung erfordern.[69] Auch kann sich bei einer besonderen Grundrechtsintensität ein Abwägungserfordernis der Behörde bei ihrer Entscheidung ergeben.[70]

Sowohl die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung[71] als auch weitere materiell-rechtliche Vorgaben der Verfassung können eine menschliche Beteiligung im Prozess der Entscheidungsfindung bei der Verwaltung notwendig machen.

V. Kategorien technisch erzeugbarer Verwaltungsentscheidungen

Aufgrund des Rechts auf menschliche Entscheidung stellt sich die Frage, inwieweit die Exekutive eine Entscheidungsermächtigung technischen Systemen überantworten darf, der Einzelne gar „rein technisch erzeugte Verwaltungsentscheidungen"[72] akzeptieren muss.[73]

Hierfür sollen Verwaltungshandeln beziehungsweise „Verwaltungsentscheidungen"[74] nach ihrem „Automationspotenzial"[75] kategorisiert[76] und eine Dogmatik entwickelt werden, wie weit die Automation im Bereich der Verwaltung gehen darf. Die Kategorien knüpfen dabei an zwei Hauptelemente an: Die von Verfassung wegen gebotene Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns[77] und weitere materiell-rechtliche Vorgaben des Grundgesetzes, insbesondere den Grundsatz des fairen Verfahrens,[78] etwai-

69 Vgl. *Berger*, DVBl. 2017, 804 (806) mwN; vgl. *Di Fabio*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 27 Rn. 10.
70 *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1264).
71 Hierzu anstatt vieler: *Sommermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 270 ff. Für weitere Nachweise s. Fn. 48.
72 *Berger*, DVBl. 2017, 804 (806).
73 Vgl. *Berger*, DVBl. 2017, 804 (806); vgl. § 35a VwVfG und § 31a Satz 1 SGB X.
74 *Berger*, DVBl. 2017, 804 (805, 806); *Berger*, NVwZ 2018, 1260 ff.
75 *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1263).
76 Ebenso *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1263 f.).
77 Hierzu anstatt vieler: *Sommermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 270 ff. Für weitere Nachweise s. Fn. 48.
78 Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip) iVm Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 1 Abs. 1 GG. S. nur *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 58 f. mwN. Für weitere Nachweise s. Fn. 52.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ge behördliche Fürsorge- und Beratungspflichten[79] und Abwägungserfordernisse bei einer Grundrechtsintensität.[80]

Diesen Maßstäben des Grundgesetzes folgend werden vorliegend vier Kategorien technisch erzeugbarer Verwaltungsentscheidungen gebildet: *Vollständig technisch erzeugbare Entscheidungen unter Ausschluss des Menschen*, *automationsgeleitete menschliche Entscheidungen*, *automationsgestützte menschliche Entscheidungen* und *vollständig menschliche Entscheidungen unter Ausschluss der Technik*.

1. *Vollständig technisch erzeugbare Entscheidung unter Ausschluss des Menschen*

Im Falle einer *vollständig technisch erzeugbaren Entscheidung unter Ausschluss des Menschen* trifft ein technisches Entscheidungssystem ausschließlich eines menschlichen Amtswalters eine „Entscheidung",[81] wie beispielsweise Verkehrsampeln i.S.v. § 37 StVO.[82] Ein so erlassener Verwaltungsakt könnte als „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen"[83] bewertet werden. Das Recht auf menschliche Entscheidung könnte in diesem Fall durch die rechtsprechende Gewalt erfüllt werden.[84]

---

79 Nur *Pünder*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 13 Rn. 13 mwN, der auf das Sozialstaatsprinzip abstellte. Hierzu auch *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 60 ff. mwN. Später *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 13 Rn. 15 f. Für weitere Nachweise s. Fn. 64.

80 *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1264).

81 Ob in diesem Fall tatsächlich von einer „Entscheidung" gesprochen werden kann, soll hier offen bleiben.

82 Ebenso *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1264). Vgl. *Golla*, DÖV 2019, 673 (679). S. hierzu BGH, Urt. v. 18.12.1986 – III ZR 242/85, BGHZ 99, 249 (252) mwN: „Die Entscheidung, in welchen Intervallen die Anlage bei ihrem Betrieb die möglichen Lichtzeichen aussendet, wird dabei nicht von der Maschine selbsttätig getroffen, sondern die Verwaltungsentscheidung liegt für jede einzelne der von der Ampelanlage ausgestrahlten Allgemeinverfügungen bereits in ihrer Programmierung und wird durch das jeweilige Farbzeichen den Adressaten lediglich bekanntgegeben".

83 § 35a VwVfG; § 31a Satz 1 SGB X.

84 Vgl. in Bezug auf die Geschwindigkeitsmessung durch ein standardisiertes Messverfahren SaarlVerfGH, Urt. v. 5.7.2019 – Lv 7/17, NJW 2019, 2456.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns

Eine *technisch erzeugbare Entscheidung unter Ausschluss des Menschen* könnte im digitalen Vollzug von Gesetzen jedoch am Maßstab der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns[85] nur möglich sein, wenn kein Ermessensraum eröffnet ist,[86] also die Entscheidung der Verwaltung nach dem Gesetz (als Handlungsanweisung) gebunden ist. Eine Abwägung oder Wertung sei derzeit nämlich nur dem menschlichen Rechtsanwender möglich.[87] Wenn das Ermessen jedoch durch Selbstbindung der Verwaltung durch die Verwaltungspraxis, Verwaltungsvorschriften oder Weisungen[88] oder aus verfassungsrechtlichen Gründen stets nur in einer Weise ausgeübt

85 Hierzu anstatt vieler: *Sommermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 270 ff. Für weitere Nachweise s. Fn. 48.

86 Anstatt vieler: ausführlich *Helbich*, DStR 2017, 574 (575 f.); Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 18/7457), BT-Drs. 18/8434, 122; *Martini/Nink*, NVwZ 2017, 681; *Mellinghoff*, in: Drüen/Hey/Mellinghoff (Hrsg.), FS 100 Jahre BFH, Bd. I, 2018, S. 421 (428 f.); s. *Siegel*, DVBl. 2017, 24 (26), nach dem auch „Fälle eines intendierten Ermessens als Anwendungsfeld für einen vollautomatisierten Verwaltungsakt aus[scheiden]." Vgl. *Ziekow*, NVwZ 2018, 1169 (1171); vgl. *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots (Fn. 37), S. 19; s. a. § 35a VwVfG. So scheint der Gesetzgeber in § 35a VwVfG anerkannt zu haben, dass eine Ermessensentscheidung nicht automatisiert ergehen kann, eine gewisse „‚Unsicherheit' bei der Rechtsanwendung scheint aus Sicht des Gesetzgebers dafür zu sprechen, die Entscheidungsfindung dem Amtswalter und seiner juristischen Methode, dh der menschlichen Rechtsanwendungstechnik zu überlassen", *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1263) mwN; vgl. *Guckelberger*, VVDStRL 78 (2019), 235 (265). Kritisch *Stegmüller*, NVwZ 2018, 353 (357).

87 *Guckelberger*, VVDStRL 78 (2019), 235 (265) mwN; s. a. *Braun Binder*, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung (Fn. 1), S. 311 (318 f.) mwN. Vgl. *Ernst*, JZ 2017, 1026 (1027 f.); vgl. *Berger*, DVBI. 2017, 804 (808) mwN; vgl. *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1264); vgl. *Stegmüller*, NVwZ 2018, 353 (357) mwN; vgl. *G. Kirchhof*, ALJ 2 (2017), 125 (127): „Der Computer aber entscheidet – anders als der Mensch – nicht, er rechnet." Kritisch *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a Rn. 40 ff. Vgl. a. Entwurf der Bundesregierung eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG), BT-Drs. 7/910, 59: Es bestünden keine rechtsstaatlichen Bedenken gegen automatisch hergestellte Verwaltungsakte, „wenn auf Grund bestimmter Daten, die von einem Bediensteten verantwortlich ermittelt oder geprüft werden, der darauf zu erlassende Verwaltungsakt nur einen bestimmten Inhalt haben kann, so daß keinerlei verantwortliche Wertung mehr erforderlich ist. Nur in solchen Fällen wird es vertretbar sein, die zwingend vorgeschriebene ‚Entscheidung' auf Grund programmierter Daten der Maschine zu überlassen."

88 *Stegmüller*, NVwZ 2018, 353 (357).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wird,[89] könnte diese konsistente Ermessensausübung „auch in vollautomatisierten Entscheidungssystemen abgebildet werden".[90]

Daneben können aber Interpretations- oder Beurteilungsräume aus dem Tatbestand des Gesetzes[91] eine technisch erzeugbare Entscheidung unter Ausschluss des Menschen verhindern. Der Entscheidungsraum bei der Gesetzesauslegung[92] müsste auf Null reduziert sein, die Tatbestandsmerkmale müssten selbst deskriptiv[93] und bestimmt sein und dürften „dem Rechtsanwender [keinen] größeren Entscheidungsspielraum zuweisen",[94] um im besten Fall das Gesetz von technischen Entscheidungssystemen vollziehen zu lassen.

Zur „Bildung des Untersatzes des Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung"[95] müsste der Sachverhalt klar zu erfassen und zu beurteilen sein und keiner weiteren Aufklärung[96] bedürfen. Eine Verwaltungsentscheidung kann unter Ausschluss des Menschen technisch erzeugt werden, wenn der Behörde keine weitere Ermittlung des Sachverhalts[97] obliegt.

---

89 *Stegmüller*, NVwZ 2018, 353 (357); *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a Rn. 40; *Di Fabio*, VerwArch 1995, 214 (233).

90 *Ziekow*, NVwZ 2018, 1169 (1171); *Stegmüller*, NVwZ 2018, 353 (357).

91 Vgl. *Aschke*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG [Stand: 46. Ed. 1.1.2020], § 40.

92 Zur Gesetzesauslegung anstatt vieler: *v. Savigny*, Juristische Methodenlehre, hrsg. v. Wesenberg, 1951, S. 18 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 93 f., 133 ff.

93 Zu den deskriptiven Begriffen s. nur: *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 160 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 8. Aufl. 2015, Rn. 177 ff.

94 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 8. Aufl. 2015, Rn. 177 ff. S. a. *Kube*, VVDStRL 78 (2019), 289 (304) mwN; vgl. *Berger*, DVBI. 2017, 804 (808) mwN.

95 S. nur *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 99, 92 f. mwN; vgl. *Anzinger*, DStJG 42 (2019), 15 (35).

96 S. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 99 ff.; vgl. *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 80 ff., 92; vgl. *Wagner*, BB 2017, 898 (898, 902).

97 S. *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 51 ff., 114; vgl. BVerwG, Urt. v. 20.9.1984 – 7 C 57/83, BVerwGE 70, 143 ff. – Prüfungsentscheidungen. Für weitere Nachweise s. Fn. 50.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Weitere materiell-rechtliche Vorgaben der Verfassung

Ferner könnten weitere materiell-rechtliche Vorgaben der Verfassung, wie Beratungs- und Fürsorgepflichten der Behörde,[98] Beteiligtenrechte[99] nach dem Grundsatz des fairen Verwaltungsverfahrens[100] und eine besondere Grundrechtsintensität[101] einer *vollständig technische Erzeugung einer Verwaltungsentscheidung unter Ausschluss des Menschen* im Wege stehen.

2. Automationsgeleitete menschliche Entscheidung und automationsgestützte menschliche Entscheidung

Bei einer *automationsgeleiteten menschlichen Entscheidung* erfasst die Überantwortung der Entscheidung auf ein technisches Entscheidungssystem nicht die Gesamtentscheidung, sondern es werden „nur einzelne Elemente einer abschließenden Entscheidungskompetenz"[102] der Technik überantwortet. Im Falle einer *automationsgestützten menschlichen Entscheidung* unterstützen technische Entscheidungssysteme die menschliche Entscheidung, sind selbst aber nicht entscheidend tätig.[103] So könnte die Steuerfestsetzung mithilfe eines Risikomanagementsystems[104] mit der Möglichkeit

98 Nur *Pünder*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 13 Rn. 13 mwN, der auf das Sozialstaatsprinzip abstellte. Hierzu auch *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 60 ff. mwN. Später *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 13 Rn. 15 f. Für weitere Nachweise s. Fn. 64.

99 S. nur BVerfG, Beschl. v. 18.1.2000 – 1 BvR 321/96, BVerfGE 101, 397 (405) mwN – Kontrolle des Rechtspflegers; BVerfG, Beschl. v. 7.12.1977 – 1 BvR 734/77, BVerfGE 46, 325 (334 f.) mwN – Zwangsversteigerung II. Für weitere Nachweise s. Fn. 66.

100 Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip) iVm Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 1 Abs. 1 GG. S. nur *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 58 f. mwN. Für weitere Nachweise s. Fn. 52.

101 S. *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1264).

102 *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40 VwGO, Rn. 209 im Zusammenhang mit Beurteilungsräumen der Exekutive.

103 Die „Erkenntnisse" der technischen Entscheidungssysteme könnten in diesem Fall ähnlich antizipierter Sachverständigengutachten behandelt werden, vgl. *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40 VwGO, Rn. 208a; vgl. a. SaarlVerfGH, Urt. v. 5.7.2019 – Lv 7/17, NJW 2019, 2456 (2457).

104 S. § 88 Abs. 5 Satz 1 AO. Für weitere Nachweise s. Fn. 20 und Fn. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Aussteuerung[105] an einen menschlichen Amtswalter unter eine dieser beiden Kategorien gefasst werden.

a) Unterscheidung zwischen automationsgeleiteter menschlicher Entscheidung und automationsgestützter menschlicher Entscheidung

Die hier vorgenommene Unterscheidung richtet sich nach dem Entscheidungsraum, der dem menschlichen Amtswalter im Vorgang der Entscheidungsfindung gegenüber dem technischen Entscheidungssystem verbleibt: Bei einer *automationsgeleiteten menschlichen Entscheidung* übernimmt die Technik im Prozess der Entscheidungsfindung wesentliche Entscheidungsschritte, sodass sich der Entscheidungsraum des menschlichen Amtswalters auf ein Minimum reduziert, er lediglich den „letzten Schritt zur Entscheidung gehen muss". Die Entscheidung des menschlichen Amtswalters wird von den technischen Entscheidungssystemen geleitet. Im Kooperationsverhältnis zwischen menschlichem Amtswalter und Technik ist in diesem Fall der Entscheidungsraum der Technik größer als der des Menschen.

Ist der Entscheidungsraum des menschlichen Amtswalters hingegen größer als jener der Technik, kann von einer *automationsgestützten menschlichen Entscheidung* gesprochen werden. Technische Entscheidungssysteme unterstützen in diesem Fall lediglich die menschliche Entscheidungsfindung. Die vorliegende Differenzierung in *automationsgeleitete menschliche Entscheidung* und *automationsgestützte menschliche Entscheidung* ist daher eine Frage der Gewichtung der jeweiligen Entscheidungsanteile.

b) Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns

Aus der verfassungsrechtlichen Vorgabe der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns[106] erschließen sich die Kategorien der *automationsgestützten menschlichen Entscheidung* und der *automationsgeleiteten menschlichen Entscheidung* nach denselben Maßstäben:

---

105 Vgl. § 150 Abs. 7 Satz 1 AO nF. S. *Kube*, VVDStRL 78 (2019), 289 (302) mwN. Zum sog. qualifizierten Freitextfeld bei Steuererklärungen s. *Gläser/Schöllhorn*, DStR 2016, 1577; *Bruschke*, SteuK 2016, 355 (357).

106 Hierzu anstatt vieler: *Sommermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 270 ff. Für weitere Nachweise s. Fn. 48.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verwaltungsmaßnahmen können diesen beiden Kategorien zugeordnet werden, wenn – wie bei einer vollständig technisch erzeugten Verwaltungsentscheidung – Gesetze vollzogen werden sollen, die keinen Ermessensraum[107] oder deskriptive Tatbestandsmerkmale[108] und bestimmte Rechtsbegriffe keinen Auslegungs- und Wertungsraum eröffnen.[109] Auch ist eine *automationsgeleitete menschliche Entscheidung* oder eine *automationsgestützte menschliche Entscheidung* nach der hier vertretenen Ansicht möglich, wenn zwar normative Begriffe[110] oder unbestimmte Rechtsbegriffe vorliegen, das Gesetz aber durch Richtlinien und Verwaltungsvorschriften[111] hinreichend konkretisiert wurde[112] beziehungsweise das Gesetz in der Verwaltungspraxis ohnehin stets nur in einer Weise ausgelegt wird.[113] Die automatische beziehungsweise automatisierte Rechtsanwendung könnte dann gleichmäßig und gleichheitsgerecht der Verwaltungspraxis entsprechen.[114]

Bedarf der Sachverhalt gegebenenfalls einer weiteren behördlichen Ermittlung, kann der Ermittlungspflicht[115] in diesen beiden Fällen durch

---

107 Nur *Siegel*, DVBl. 2017, 24 (26). Für weitere Nachweise s. Fn. 86.

108 Zu den deskriptiven Begriffen s. nur *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 160 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 8. Aufl. 2015, Rn. 177 ff.

109 S. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 8. Aufl. 2015, Rn. 177 ff.; s. a. *Kube*, VVDStRL 78 (2019), 289 (304) mwN; vgl. *Berger*, DVBI. 2017, 804 (808) mwN.

110 Zu den normativen Begriffen s. nur *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 160 ff. mwN; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 59 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 8. Aufl. 2015, Rn. 180 ff.

111 Zur Selbstbindung der Verwaltung bei ermessensregelnden Verwaltungsanweisungen s. nur BFH, Urt. v. 10.6.1992 – I R 142/90, BStBl. II 1992, 784 (785); *Englisch*, in: Tipke/Lang ua (Hrsg.), Steuerrecht, 23. Aufl. 2018, § 5 Rn. 35 mwN.

112 S. *Isensee*, Die typisierende Verwaltung, 1976, S. 134 f. mwN: „Die Verwaltungsvorschriften […] lenken die Norminterpretation, die Sachverhaltserschließung und die Tatsachenbewertung in der gesetzesakzessorischen Verwaltung." Vgl. *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1262 f.); *Englisch*, in: Tipke/Lang ua (Hrsg.), Steuerrecht, 23. Aufl. 2018, § 5 Rn. 31 f. S. a. *Guckelberger*, VVDStRL 78 (2019), 235 (264) mwN. Vgl. *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 192: Verwaltungsvorschriften als „administrative Selbstprogrammierung".

113 Vgl. *Stegmüller*, NVwZ 2018, 353 (357); *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a Rn. 40.

114 Vgl. *Di Fabio*, VerwArch 1995, 214 (233); vgl. a. *Kube*, VVDStRL 78 (2019), 289 (307) mwN.

115 S. *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 51 ff., 114; vgl. BVerwG, Urt. v. 20.9.1984 – 7 C 57/83, BVerwGE 70, 143 ff. – Prüfungsentscheidungen. Für weitere Nachweise s. Fn. 50.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einen menschlichen Amtswalter beispielsweise durch Aussteuerung[116] nachgekommen werden.

c) Weitere materiell-rechtliche Vorgaben der Verfassung

Zudem könnte eine menschliche Entscheidung zwar automationsgeleitet beziehungsweise automationsgestützt ergehen, behördliche Fürsorge- oder Beratungspflichten[117] oder Beteiligtenrechte[118] nach dem Grundsatz des fairen Verwaltungsverfahrens[119] können jedoch eine menschliche Beteiligung im Prozess der Entscheidungsfindung erfordern. Auch kann eine Verwaltungsentscheidung zwar automationsgeleitet oder automationsgestützt getroffen werden, ein menschlicher Amtswalter muss aber weiterhin beteiligt sein, wenn eine „grundrechtsintensive Entscheidung[…]" zu treffen ist, „[…] die eine umfangreiche Abwägung der betroffenen staatlichen und grundrechtlichen Interessen voraussetz[t]",[120] da eine Wertung und Abwägung derzeit nur dem Menschen möglich sei.[121]

3. Vollständig menschliche Entscheidung unter Ausschluss der Technik

Im Falle einer *vollständig menschlichen Entscheidung unter Ausschluss der Technik* wird allein der menschliche Amtswalter zur Entscheidung ermäch-

---

116 Vgl. § 150 Abs. 7 Satz 1 AO nF. S. *Kube*, VVDStRL 78 (2019), 289 (302) mwN. Zum sog. qualifizierten Freitextfeld bei Steuererklärungen s. ferner *Gläser/Schöllhorn*, DStR 2016, 1577; *Bruschke*, SteuK 2016, 355 (357).

117 Nur *Pünder*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 13 Rn. 13 mwN, der auf das Sozialstaatsprinzip abstellte. Hierzu auch *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 60 ff. mwN. Später *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 13 Rn. 15 f. Für weitere Nachweise s. Fn. 64.

118 S. nur BVerfG, Beschl. v. 18.1.2000 – 1 BvR 321/96, BVerfGE 101, 397 (405) mwN – Kontrolle des Rechtspflegers; BVerfG, Beschl. v. 7.12.1977 – 1 BvR 734/77, BVerfGE 46, 325 (334 f.) mwN – Zwangsversteigerung II. Für weitere Nachweise s. Fn. 66.

119 Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip) iVm Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 1 Abs. 1 GG. S. nur *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 58 f. mwN. Für weitere Nachweise s. Fn. 52.

120 *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1264).

121 Nur: *Guckelberger*, VVDStRL 78 (2019), 235 (265) mwN. Kritisch *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a Rn. 40 ff. Für weitere Nachweise s. Fn. 87.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tigt – wie bei einer grundrechtsintensiven polizeilichen Maßnahme, die sich auf eine Ermessensnorm zurückführen lässt.[122]

a) Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns

Denn eine *vollständig menschliche Entscheidung unter Ausschluss der Technik* ist erforderlich, wenn das Gesetz einen Ermessensraum eröffnet[123] oder tatbestandlich normative[124] oder unbestimmte Begriffe vorliegen, deren Auslegung dem Bürger unzumutbar wäre. Auch können ein für die Rechtsanwendung vom Bürger nicht klar erfassbarer, ermittelbarer oder aufklärbarer Sachverhalt[125] beziehungsweise behördliche Ermittlungspflichten[126] eine *vollständig menschliche Entscheidung* notwendig machen.

b) Weitere materiell-rechtliche Vorgaben der Verfassung

Hinsichtlich behördlicher Fürsorge- oder Beratungspflichten,[127] Beteiligtenrechte[128] nach dem Grundsatz des fairen Verwaltungsverfahrens[129] oder

---

122 Wie beispielsweise die Ingewahrsamnahme nach Art. 17 BayPAG.

123 S. *Siegel*, DVBl. 2017, 24 (26). Für weitere Nachweise s. Fn. 86.

124 Zu den normativen Begriffen s. nur *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 160 ff. mwN; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 59 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 8. Aufl. 2015, Rn. 180 ff.

125 S. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 99 ff.; vgl. *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 80 ff., 92; vgl. *Wagner*, BB 2017, 898 (898, 902).

126 S. *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 51 ff., 114; vgl. BVerwG, Urt. v. 20.9.1984 – 7 C 57/83, BVerwGE 70, 143 ff. – Prüfungsentscheidungen. Für weitere Nachweise s. Fn. 50.

127 Nur *Pünder*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 13 Rn. 13 mwN, der auf das Sozialstaatsprinzip abstellte. Hierzu auch *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 60 ff. mwN. Später *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 13 Rn. 15 f. Für weitere Nachweise s. Fn. 64.

128 S. nur BVerfG, Beschl. v. 18.1.2000 – 1 BvR 321/96, BVerfGE 101, 397 (405) mwN – Kontrolle des Rechtspflegers; BVerfG, Beschl. v. 7.12.1977 – 1 BvR 734/77, BVerfGE 46, 325 (334 f.) mwN – Zwangsversteigerung II. Für weitere Nachweise s. Fn. 66.

129 Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip) iVm Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 1 Abs. 1 GG. S. nur *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 58 f. mwN. Für weitere Nachweise s. Fn. 52.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einem Abwägungserfordernis durch Grundrechtsintensität[130] bestehen keine Unterschiede zur *automationsgeleiteten* menschlichen Entscheidung sowie zur *automationsgestützten* menschlichen Entscheidung. Das Recht auf eine menschliche Entscheidung – ob teilweise oder vollständig – kann sich aus diesen materiell-rechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes ergeben. Jedoch kann eine *vollständig* menschliche Entscheidung *unter Ausschluss der Technik* nötig sein, wenn die Achtung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) eine vollständig menschliche Rechtsanwendung erfordert.

V. Fazit

Ein Recht auf menschliche Entscheidung begegnet dem Schutzbedürfnis des Menschen, welches sich aus den Risiken der Automation der Verwaltung ergibt. Das entwicklungsoffene[131] Grundgesetz gibt mit grundrechtlichen und staatsorganisationsrechtlichen Vorgaben der Automation der Verwaltung das erforderliche Maß.

Das Recht auf menschliche Entscheidung kann aus dem Gebot der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns,[132] dem Grundsatz des fairen Verfahrens,[133] etwaigen von Verfassung wegen gebotenen behördlichen Fürsorge- und Beratungspflichten[134] oder Abwägungserfordernissen bei einer Grundrechtsintensität[135] abgeleitet werden.

Dabei kann das Recht auf menschliche Entscheidung nur in den Fällen *vollständig technisch erzeugbarer Entscheidungen* ausschließlich durch die rechtsprechende Gewalt erfüllt werden. In den meisten Fällen müssen Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung in den Kategorien der hier sog.

---

130 *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1264).

131 Ebenso *Härtel*, LKV 2019, 49 (52) mwN; vgl. *Morlok*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 61 ff.

132 Hierzu anstatt vieler: *Sommermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 270 ff. Für weitere Nachweise s. Fn. 48.

133 Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip) iVm Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 1 Abs. 1 GG. S. nur *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 58 f. mwN. Für weitere Nachweise s. Fn. 52.

134 Nur *Pünder*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 13 Rn. 13 mwN, der auf das Sozialstaatsprinzip abstellte. Hierzu auch *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 60 ff. mwN. Später *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 13 Rn. 15 f. Für weitere Nachweise s. Fn. 64.

135 *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1264).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

automationsgeleiteten menschlichen Entscheidung, der *automationsgestützten menschlichen Entscheidung* und der *vollständig menschlichen Entscheidung* den Menschen vorbehalten sein oder jedenfalls rein technisch erzeugte Maßnahmen der Verwaltung durch Aussteuerung beziehungsweise auf Antrag von Menschen überprüft werden.

Auf Grundlage des Rechts auf menschliche Entscheidung lassen sich der Automation der Verwaltung rechtliche Grenzen ziehen.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verfassungsmäßigkeit von Internetwahlen? Neukonzeption eines Bewertungsmaßstabs für innovative Wahlmethoden

Lasse Ramson

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Internetwahlen und anderen innovativen Wahltechniken stellt sich die Frage nach den anwendbaren verfassungsrechtlichen Maßstäben. In der Wahlgeräteentscheidung und weiterer wahlrechtlicher Rechtsprechung misst das Bundesverfassungsgericht neue Wahltechniken an den Wahlrechtsgrundsätzen. Dabei begreift es einen ungeschriebenen Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl als Erfordernis einer umfassenden Ende-zu-Ende-Laienkontrolle. Eingriffe darin sollen durch Förderung der Wahlallgemeinheit gerechtfertigt werden können, wobei die Rechtsprechung eine Förderung der Wahlallgemeinheit dann annimmt, wenn die Wahlbeteiligung gefördert wird. Immer wieder betont sie dabei den strikten Charakter der Wahlrechtsgrundsätze und den eingeschränkten gesetzgeberischen Spielraum.[1]

Der Beitrag stellt dieser verfassungsgerichtlichen Maßstabsbildung einen dynamischen Bewertungsmaßstab gegenüber, dem ein anderes Verständnis zugrunde liegt. Er wird nötig, da der herkömmliche Maßstab keine überzeugende Unterscheidung zwischen rechtsnormativen und rechtstatsächlichen Komponenten vornimmt, was dazu führt, dass er nicht angemessen dynamisch auf gesellschaftlichen und technologischen Wandel reagieren kann.

Dazu ist zunächst der gegenwärtige Bewertungsmaßstab nachzuvollziehen (I). Darauf folgt die Kritik (II), eine eigene Neukonzeption (III) und ein erster Anwendungsausblick dieses Maßstabs unter Berücksichtigung rechtsvergleichender und interdisziplinärer Perspektiven (IV). In einer Gesamtschau (V) werden der Maßstab und seine Leistungsfähigkeit bewertet.

1 Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BVerfGE 146, 327 (349 f.) m.w.N.; 4, 31 (39).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Viele Jahrzehnte lang war die Urnenwahl die einzig übliche Wahlmethode in Deutschland. Das änderte sich erstmals mit der Einführung der Briefwahl 1957. Zwar ist die Briefwahl eng mit der Urnenwahl verknüpft, denn im Brief befindet sich bekanntermaßen ein (gewöhnlicher) Urnenstimmzettel. Indes kommt es durch den Postlauf zu einer zeitlichen wie räumlichen Zäsur von Stimmabgabe, Einwurf und Auszählung. Daher verwundert es auch nicht, dass die Briefwahl immer wieder Gegenstand verfassungsgerichtlicher Verfahren war. Dabei wurde sie allerdings stets für zulässig erklärt,[2] auch als ihre Nutzung allen Wählenden völlig freigestellt und nicht mehr an besondere Voraussetzungen, wie etwa den Aufenthalt im Ausland, angeknüpft wurde.[3] Ganz anders verhielt es sich mit der Einführung der Wahlgeräte Mitte der Zweitausenderjahre: Der Nutzung dieser für den Einsatz in den Wahlbüros anstelle gewöhnlicher Stimmzettel und -urnen vorgesehenen Computer schob das Bundesverfassungsgericht in der bereits erwähnten Wahlgeräteentscheidung einen Riegel vor.[4]

1. Die Öffentlichkeit der Wahl

Nicht erst in dieser Entscheidung griff das Gericht dabei auf die Figur der Öffentlichkeit der Wahl zurück, die es als ungeschriebenen Wahlrechtsgrundsatz gleich den geschriebenen in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG (i.V.m. Art. 20 Abs. 1, 2 GG) verortet; allerdings wurde der Grundsatz in der Entscheidung erstmals präzise konturiert. Er wurde dabei als umfassende Ende-zu-Ende-Laienkontrolle ausgestaltet:[5]

> »Jeder Bürger muss die zentralen Schritte der Wahl *ohne besondere technische Vorkenntnisse* zuverlässig nachvollziehen und verstehen können.[6]«
> »Ein Wahlverfahren, in dem der Wähler nicht zuverlässig nachvollziehen kann, ob seine Stimme unverfälscht erfasst und in die Ermittlung des Wahlergebnisses einbezogen wird und wie die insgesamt abgegebenen Stimmen zugeordnet und gezählt werden, schließt zentrale Ver-

2 BVerfGE 59, 119; 21, 200.
3 BVerfGE 132, 39.
4 BVerfGE 123, 39.
5 Vgl. *Meinel* KJ 2004, 413 (427).
6 BVerfGE 123, 39 (69) (Hervorhebung durch Verf.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> fahrensbestandteile der Wahl von der öffentlichen Kontrolle aus und genügt daher nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen.[7]«

Damit schloss sich das Bundesverfassungsgericht dem Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen an und verschärfte gleichzeitig dessen Maßstab, der abstrakter die Notwendigkeit festhielt, dass das Volk, sofern es durch Wahl die Ausübung seiner Staatsgewalt auf andere Organe überträgt, die Möglichkeit zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit dieses Übertragungsaktes haben muss.[8] Der Zweck des Grundsatzes der Öffentlichkeit der Wahl liegt demnach unter anderem in der Schaffung begründeten Vertrauens in die Wahl,[9] worauf noch einzugehen sein wird.

2. *Die Allgemeinheit der Wahl*

Die Allgemeinheit der Wahl erscheint auf zweierlei Weisen in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung. In ihrer ersten, wahlrechtlich näherliegenden Ausformung wird sie wie folgt verstanden:

> »Der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl verbürgt die aktive und passive Wahlberechtigung aller Staatsbürger.[10]«
>
> »Der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl […] streitet für eine Teilnahme aller Deutschen […] an den Wahlen zum Deutschen Bundestag.[11]«

Wahlallgemeinheit bedeutet also die (grundsätzliche) Wahlberechtigung aller Staatsbürger.[12] Dieses Verständnis der Wahlallgemeinheit ist unmittelbar einleuchtend, geht doch die Staatsgewalt vom ganzen deutschen Volk aus: Das Wahlrecht muss daher alle Deutschen in den Wahlakt als

---

7 BVerfGE 123, 39 (70).

8 VerfGH NRW NVwZ 1991, 1175 (1179); weniger streng auch die vom BVerfG zitierte *Hanßmann,* Möglichkeiten und Grenzen von Internetwahlen, 2003, S. 189, die die öffentliche Ergebnis*ermittlung* hervorhebt.

9 BVerfGE 121, 266 (291); *Schiedermair,* Anm. zu BVerfGE 123, 39 = JZ 2009, 572 (574).

10 BVerfGE 123, 39 (47) (Beleg weggelassen).

11 BVerfGE 132, 39 (53).

12 Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BVerfG NJW 2019, 1201 (1209); BVerfG NJW-RR 2019, 705 (708), jew. m.w.N.; BVerfGE 11, 262 (272); *Badura* in Bonner Kommentar GG, 193. Akt. 10/2018, Anh. z. Art. 38 Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den maßgeblichen Vermittlungsakt der Staatsgewalt vom Volk zu den Staatsorganen einbinden.[13]

Weniger naheliegend, in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch stets nur auf Abwägungsebene bei der Einschränkung eines der anderen Wahlrechtsgrundsätze auftauchend, ist das Verständnis der Allgemeinheit der Wahl als Förderungsgebot bzgl. der Wahl*beteiligung.*[14]

Die Wahlrechtsgrundsätze stehen in einer Interdependenz zueinander. Die Rechtsprechung hat es daher vorgesehen, dass bei der Auslegung und Anwendung eines Wahlrechtsgrundsatzes stets auch das Gewicht und Verhältnis der anderen Wahlrechtsgrundsätze angemessen zu berücksichtigen ist.[15] Bei der Briefwahl etwa sei eine Förderung der Allgemeinheit der Wahl in der Lage, eine Schmälerung eines anderen Wahlrechtsgrundsatzes – hier: der Öffentlichkeit der Wahl –[16] zu rechtfertigen. Wichtig ist dabei allerdings zu bemerken, dass der Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl in der früheren Rechtsprechung zu den Briefwahlen (noch) keine so umfassende Rolle wie in der Wahlgeräteentscheidung spielte, da er zu diesem Zeitpunkt noch nicht vollständig entwickelt war. Eine ähnliche Abwägung musste in der Wahlgeräteentscheidung zur Verfassungswidrigkeit führen, denn diese fördern die Wahlbeteiligung gerade nicht, sondern erleichtern nur die Auszählung. Zudem schmälern sie die Wahltransparenz völlig, denn die Funktionsweise der Wahlgeräte ist, da ihre Software nicht-offenen Quellcode nutzt, selbst im Wege der Fachkundigenkontrolle nicht nachzuvollziehen.

3. *Zwischenergebnis*

Bleibt man bei diesen Maßstäben, kann sich eine Bewertung von Internetwahlen nur so darstellen, dass man sie für verfassungswidrig halten muss, dass sie also insbesondere gegen den Grundsatz der Öffentlichkeit der

13 Vgl. *Butzer* in Epping/Hillgruber (Hg.), BeckOK GG, 42. Ed., Art. 38 Rn. 61; vgl. *Böckenförde* in Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR II, 3. Aufl. 2005, § 24 Rn. 26.

14 BVerfGE 134, 25 (30); 124, 1 (22); 123, 39 (75); 59, 119 (125).

15 Vgl. BVerfGE 124, 1 (22).

16 BVerfGE 134, 25 (30).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wahl – im Verständnis der Wahlgeräteentscheidung –[17] verstoßen.[18] Es ist nicht zu erwarten, dass aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts die mögliche Förderung der Wahlbeteiligung durch Internetwahlen die Einschränkung des Grundsatzes der Öffentlichkeit der Wahl aufwiegen kann, sofern es bei seinem in der Wahlgeräteentscheidung aufgestellten Maßstab bleibt.[19] Der maßgebliche Grund dafür ist, dass selbst eine gewichtige Allgemeinheitssteigerung nicht aufwiegen kann, dass die Öffentlichkeit der Wahl als Ende-zu-Ende-*Laien*kontrolle von komplexen Wahlverfahren wie der Internetwahl stets in ihrem Kernbereich betroffen sein muss. Ein System, welches die strengen Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts erfüllen könnte, ist daher nicht ersichtlich.[20] Das mag einen der Gründe bilden, warum die zu Beginn des Jahrtausends so vital geführte Debatte über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Internetwahlen nach der Wahlgeräteentscheidung an Schwung verlor.[21]

II. Kritik

Um das vorgestellte Verständnis der Öffentlichkeit der Wahl und der Wahlallgemeinheit einer Kritik unterziehen zu können, ist zunächst die Einordnung der Sachverhalte *Nachvollziehbarkeit* und *Wahlbeteiligung* in die Kategorie *Wahlrechtsgrundsätze* nachzuvollziehen. Dazu ist die Natur dieser verfassungsrechtlichen Kategorie zu ermitteln.

---

17 Vorher hielten etwa *Bremke* LKV 2004, 102 (108); *Karpen*, Elektronische Wahlen?, 2005, S. 58 f.; *Khorrami*, Bundestagswahlen per Internet, 2006, S. 88; *Rüß* ZRP 2001, 518 (520); *Will*, Internetwahlen, 2002, S. 161 die Internetwahl für mit den Wahlrechtsgrundsätzen vereinbar.

18 BT-Drs. 19/11921, S. 4; *Seedorf* in Maurer/Barrat (Hg.), E-Voting Case Law, 2015, 23 (42); *Martini* in Hill/Schliesky (Hg.), Die Neubestimmung der Privatheit, 2014, 193 (195); *Ramson* in Albers/Katsivelas (Hg.), Recht & Netz, 2018, 375 (385); anders *Haibl/Hötzel*, Verfassungskonformer Einsatz rechnergesteuerter Wahlgeräte, 2014, 314 f. und *Bräunlich u.a.*, Sichere Internetwahlen, 2013.

19 *Lukan* EuR 2019, 222 (253); *Seckelmann/Bauer* in Hill/Schliesky (Hg.), Die Vermessung des virtuellen Raums, 2012, 325 (338).

20 BT-Drs. 17/12290, S. 47 f.; *Volkmann* in Mörschel (Hg.), Wahlen und Demokratie, 2016, 9 (26).

21 *Bieber* in Schünemann/Weiler (Hg.), E-Government und Netzpolitik im europäischen Vergleich, 2012, 353 (369): »Phase der Lähmung«; siehe auch *Buchstein* ZParl 2000, 886 (888).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Natur und Funktion der Wahlrechtsgrundsätze

Die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG konkretisieren das Demokratieprinzip.[22] Sie sind aber nicht nur speziellere Norm gegenüber dem Art. 20 Abs. 1, 2 GG. Sie erfüllen als allgemeine Rechtsprinzipien[23] verfassungs- und verfassungsprozessrechtlich eine bestimmte Funktion. Die liegt darin, zur rechtsnormativen oder *formellen* Gewährleistung der demokratischen Legitimation des Wahlaktes und der ihm zugrunde liegenden Regelungen und Vorgänge Maßstäbe zu schaffen, die bereits so ausgeformt sind, wie es im Verfassungsrecht möglich ist. Anders als bei anderen Verfassungsgrundsätzen i.S.v. verfassungsrechtlichen Optimierungsgeboten sind bei den Wahlrechtsgrundsätzen der Begriffskern, der nicht beschränkt werden darf, und der Begriffshof, der Abwägungs- und Auslegungsspielräume lässt, soweit wie möglich angenähert. Damit ist zweierlei bewirkt: Einerseits können verfassungsgerichtliche Entscheidungen auf diesem Gebiet einer hohen Vorhersehbarkeit unterliegen; andererseits kann Streit zwischen den Verfassungsorganen über Auslegung und Anwendung vermieden werden. Beides hilft dabei, den Wahlvorgang selbst als maßgebliches Moment demokratischer Legitimation dem Kampf des politischen Alltags und dem juristischen Meinungsstreit so weit wie möglich zu entziehen. Daher rührt auch das Postulat der *Strenge* der Wahlrechtsgrundsätze durch das Bundesverfassungsgericht: So wie Allgemeinheit und Gleichheit im Gegensatz zu Art. 3 Abs. 1 GG streng formale Gleichheitsgebote begründen,[24] ist der Freiheit, Geheimheit und Unmittelbarkeit der Wahl ein solches striktes Verständnis inhärent.[25] Anders formuliert handelt es sich bei den Wahlrechtsgrundsätzen um formalisierte Ausprägungen des Demokratieprinzips in der Form seiner Verwirklichung in der Wahl.[26] Diese Ausgestaltung und dieses Verständnis erfordern es dann auch, nur solche Einschränkungen der Wahlrechtsgrundsätze zuzulassen, die aus ihrer Interdependenz[27] oder aus dem Charakter der Wahl selbst zwingend folgen, ohne dass ihr jeweiliger Kern berührt ist. Die Freiheit des Gesetzgebers wird dazu durch die Wahlrechtsgrundsätze in ihrem Zusammenspiel erheblich beschränkt.[28]

---

22 *Morlok* in Dreier, 3. Aufl. 2015, Art. 38 GG Rn. 56.
23 *Badura* in Bonner Kommentar GG, 193. Akt. 10/2018, Anh. z. Art. 38 Rn. 5.
24 BVerfGE 146, 327 (349 f.) m.w.N.
25 Vgl. *Meyer* in Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 44 Rn. 45.
26 *Brenner* in Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 44 Rn. 2.
27 *Morlok* in Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 62.
28 *Morlok* in Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 58.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. *Die Öffentlichkeit der Wahl ist kein Wahlrechtsgrundsatz*

Legt man obiges Verständnis zu Grunde, wird ersichtlich, dass die Öffentlichkeit der Wahl kein Wahlrechtsgrundsatz in diesem Sinne sein kann. Das wird schon daran deutlich, dass vor der Wahlgeräteentscheidung einige Stimmen in der Wissenschaft die Internetwahl – und auch den Einsatz von Wahlgeräten – als durchaus mit dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl vereinbar ansahen, das Bundesverfassungsgericht hingegen in aller Deutlichkeit gegen ein solches Ergebnis – zumindest in Hinblick auf die Wahlgeräte – entschied. Das liegt daran, dass der Begriff der Öffentlichkeit in viel höherem Maße auslegungsbedürftig ist als die geschriebenen Wahlrechtsgrundsätze. Er ist daher als Wahlrechtsgrundsatz nicht geeignet. Das führt besonders dann zu einem Problem, wenn eine mögliche Auslegung dieses Begriffs als Begriffskern deklariert wird und anschließend – wie die anderen Wahlrechtsgrundsätze – als formalisiertes, kaum mehr abwägungsfähiges Gebot genutzt wird. Genau dies ist mit der Öffentlichkeit der Wahl geschehen: Das Bundesverfassungsgericht hat sich mit der zur Ende-zu-Ende-Laienkontrolle durch jeden einzelnen Wählenden für eine spezifische Auslegung des Begriffs der Öffentlichkeit entschieden und damit den Begriffskern festgelegt. So wurde ein eigentlich nicht als Wahlrechtsgrundsatz denkbarer Grundsatz zu einem starren formellen Verfassungsgebot.

Zu einer größeren Vorhersehbarkeit der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen im Wahlrecht hat dies nur in einem gewissen Maße geführt: Die Einführung elektronischer Wahlmethoden wird heute im Allgemeinen als unzulässig angesehen (s.o.). Die Auswirkungen auf die Zulässigkeit der Briefwahl sind hingegen auch nach der neuesten Briefwahl-Entscheidung[29] unklar. Es ist dabei zu betonen, dass damit noch nichts über die Zulässigkeit der Internetwahl gesagt sein soll. Der dogmatische Befund über den Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl bleibt auch dann bestehen, wenn aus verschiedenen Gründen die Internetwahl kritisch beurteilt wird.[30]

3. *Zwei Verständnisse der Allgemeinheit der Wahl*

Wie bereits dargelegt, begegnet uns die Wahlallgemeinheit in der Rechtsprechung auf zweierlei Weisen: Einerseits beschreibt sie – und steht damit

29 BVerfGE 134, 25.
30 *Volkmann* in Mörschel (Hg.), Wahlen und Demokratie, 2016, 9 (26).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

im Zusammenhang mit der Gleichheit der Wahl – ein strenges Gebot der Wahlberechtigung aller Deutschen. Andererseits wird sie im Rahmen von Abwägungen zwischen den Wahlrechtsgrundsätzen als Förderungsgebot bzgl. der Wahlbeteiligung oder auch als Verbot der Erschwernis der tatsächlichen Teilnahme der Berechtigten an der Wahl verstanden.[31]

Hier soll selbstverständlich nichts dagegen eingewandt werden, dass es verfassungsrechtlich erwünscht ist, eine hohe Wahlbeteiligung zu erzielen. Vielmehr erweist sich die Zuordnung dieses Gebots zum Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl als problematisch. Denn bei der Allgemeinheit der Wahl handelt es sich um einen rechtlichen Maßstab, der auf das Innehaben des Wahl*rechts* selbst abstellt.[32] Die Wahlbeteiligung ist hingegen eine nur mittelbar beeinflussbare tatsächliche Größe. Diese beiden Momente haben selbst in Randbereichen keine Berührungspunkte, denn Wahlbeteiligung errechnet sich anhand des Verhältnisses zwischen den Wahlberechtigten und den Wählenden. Entzöge der Gesetzgeber also einem großen Anteil des Volkes das Wahlrecht, könnte das die Wahlbeteiligung unberührt lassen oder gar steigern. Andererseits könnte durch eine Vergrößerung der Gruppe der Wahlberechtigten eine Senkung der Wahlbeteiligung eintreten, falls die neu Wahlberechtigten unterdurchschnittlich von ihrem Wahlrecht Gebrauch machten.[33]

Bei der Zuordnung der Wahlbeteiligung zur Allgemeinheit der Wahl handelt es sich daher um eine Vermischung verschiedener Maßstäbe. Zudem werden in einen formalrechtlichen Maßstab außerrechtliche Tatsachen hineingelegt. Damit wird zudem der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl notwendig dynamisiert; eine solche Dynamik ist aber mit dem strikten Verständnis der Wahlrechtsgrundsätze und ihrer normativ legitimationssichernden Funktion unvereinbar.

III. Neukonzeption

Das Ziel dieses Beitrags ist daher einerseits, die eigentlich den Wahlgrundsätzen der Öffentlichkeit der Wahl und der Allgemeinheit i.S.v. Wahlbeteiligung zugrunde liegenden Maßstäbe offenzulegen und sie im Verfassungsrecht zu verorten um daraus dann andererseits zu einem transparenteren und flexibleren Bewertungsmaßstab für Wahlmethodeninnovationen zu

31 *Klein* in Maunz/Dürig, GG, Lfg. 10/2010, Art. 38 Rn. 97.
32 *Meyer* in Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 46 Rn. 1.
33 Vgl. *Nohlen,* Wahlrecht und Parteiensystem, 7. Aufl. 2014, S. 50.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kommen, der sich von der engen Anknüpfung an die Wahlrechtsgrundsätze löst.

1. Grundlegung

Wahlen, die die breite Teilnahme der Bürgerschaft an der Demokratie erst ermöglichen,[34] dienen in der repräsentativen parlamentarischen Massendemokratie als grundlegender Legitimationsakt.[35] Sie sind die prototypische Form der Input-Legitimation als verfassungs-maßgebliche Legitimationsmethode.[36] Das gilt auch für die Bundesrepublik Deutschland:

Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG verdeutlicht die überragende Stellung der Wahl für die Ausübung der Staatsgewalt durch das Volk.[37] Das Parlament als notwendiges Glied jeder Legitimationskette wird seinerseits durch die Wahl legitimiert.[38] In ihm sind die Entscheidungs- und Handlungsmöglichkeiten der politischen Herrschaft vereinigt[39] und angelegt. Für die Legitimationskraft von Wahlen ist dabei aber nicht nur die verfassungsmäßige Konstruktion der Volksherrschaft durch Wahl des Repräsentationsorgans und die Umsetzung der Wahl im Rahmen des geltenden Wahlrechts bedeutsam (*rechtsnormative* oder *formelle* Dimension der Legitimation)[40], wie sie verfassungsrechtlich in den Wahlrechtsgrundsätzen des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG zum Ausdruck kommt. Legitimation hat auch eine *rechtstatsächliche*[41] oder *materielle* Dimension. Der verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkt für diese tatsächliche Dimension ist das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1, 2 GG selbst. Diese Dimension der demokratischen Legitimation setzt sich ihrerseits aus einer qualitativen und einer quantitati-

---

34 Vgl. *Nohlen,* Wahlrecht und Parteiensystem, 7. Aufl. 2014, S. 29; vgl. *Scharpf,* Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, 1970, S. 75 f.; vgl. *Schäfer,* Der Verlust politischer Gleichheit, 2015, S. 192.

35 *Klein* in Maunz/Dürig, GG, Art. 38, 60. Lfg. 10/2010, Rn. 68; *Kneip/Merkel* APuZ 38-39/2017, 18 (18, 24); *Morlok* in Dreier, GG, 3. Aufl. 2015 Art. 38 Rn. 51; *Volkmann* in Mörschel (Hg.), Wahlen und Demokratie, 2016, 9 (ebd.).

36 Vgl. *Abromeit/Stoiber* in Hurrelmann/Schneider/Steffek (Hg.), Legitimacy in an Age of Global Politics, 2007, S. 35 (40).

37 Vgl. *Dreier* Jura 1997, 249 (253).

38 *Böckenförde* in Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 16.

39 *Badura* in Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 25 Rn. 5.

40 *Bauer/Seckelmann* in Hill/Schliesky (Hg.), Die Vermessung des virtuellen Raums, 2012, 325 (ebd.).

41 *Bauer/Seckelmann* in Hill/Schliesky (Hg.), Die Vermessung des virtuellen Raums, 2012, 325 (ebd.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ven[42] Komponente zusammen. Die bisher vom Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl bezweckte Sicherung des bürgerlichen Vertrauens in die Wahl[43] kann dabei der qualitativen Komponente zugeordnet werden, die Konzeption der Wahlallgemeinheit als Wahlbeteiligung entspricht der quantitativen Komponente. Sie fußen im Charakter der Wahl als tatsächliches Wirksamwerden der Massendemokratie.[44] Beide zusammen bedingen auch die tatsächliche Akzeptanz[45] der Wahl gerade derjenigen, die nicht gewählt oder die unterlegende Kandidierende gewählt haben.[46] Eine geringe Wahlbeteiligung[47] oder ein geringes Vertrauen in die Wahl sind daher nicht nur politisch, sondern auch für die Legitimationskraft der Wahl problematisch.[48] Sie sind daher im und durch das Wahlverfahren in Hinwirken auf die maximal mögliche Partizipation zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen.

2. *Vertrauen*

Vertrauen kann dabei in Hinblick auf Wahlen auf zwei verschiedene Weisen konstruiert werden: Es kann einerseits – praktisch rein tatsächlich – als ein Aspekt der empirisch feststellbaren nachträglichen Akzeptanz des Wahlvorgangs gedacht werden[49] oder aber als Vertrauens*erwartung* anhand ermittelbarer Kriterien.

Beide Betrachtungsweisen haben ihren spezifischen Anwendungsbereich, für die Bewertung der Einführung neuartiger Wahlmethoden kann aber nur die zweite Möglichkeit relevant werden: Ein Gesetzgeber kann nur daran gemessen werden, ob er angesichts der zur Verfügung stehen-

---

42 Vgl. *de Nève,* NichtwählerInnen – eine Gefahr für die Demokratie?, 2009, S. 48 ff.; vgl. *Feist* in Starzacher u.a. (Hg.), Protestwähler und Wahlverweigerer, 1992, 40 (45); vgl. *Walther,* Mehrheitswahlsysteme, 2017, S. 143.

43 *Hanßmann,* Möglichkeiten und Grenzen von Internetwahlen, 2003, S. 184.

44 Vgl. *Leisner* in Randelzhofer/Süß (Hg.), Konsens und Konflikt, 1986, 287 (294).

45 Vgl. für das Vertrauen *Khorrami,* Bundestagswahlen per Internet, 2006, S. 173 f.; für die Partizipation *Leisner* in Randelzhofer/Süß (Hg.), Konsens und Konflikt, 1986, 287 (294); *Nadeu/Blais* BJPolS 1993, 553 (562); *Thiele,* Verlustdemokratie, 2016, S. 49 f., 214; *Vetter/Remer-Bollow,* Bürger und Beteiligung in der Demokratie, 2017, S. 218; dagegen *Buchstein* Leviathan 2001, 147 (155).

46 Vgl. *Nohlen,* Wahlrecht und Parteiensystem, 7. Aufl. 2014, S. 471.

47 Vgl. *Kadel* JR 1988, 54 (55 f.); anders *Dreier* BayVBl. 1999, 513 (520).

48 Vgl. *Siegmund/Münch* in Münch/Oberreuter (Hg.), Die neue Offenheit, 2015, 29 (40).

49 Vgl. *Khorrami,* Bundestagswahlen per Internet, 2006, S. 173 f.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den Erkenntnisse und Daten eine in die Zukunft – auf eine daraus abgeleitete Erwartung gerichtete – Entscheidung in legitimer Weise getroffen hat.[50] Er hat dabei auch das Recht, Erkenntnisse eigenständig zu gewichten, zu verwerfen oder zur Grundlage seiner Entscheidung zu machen. Sich aufdrängende Erkenntnisse dürfen freilich nicht ignoriert werden.[51]

Dabei zerfällt die Vertrauenserwartung in zwei Faktoren: Dies ist einerseits die tatsächliche Integrität der Wahlmethode, in die Faktoren wie Angreifbarkeit und Fehleranfälligkeit als außerrechtliche Erkenntnisse einfließen[52] und die zum Teil eng mit den Wahlrechtsgrundsätzen und damit mit den formellen Kriterien demokratischer Legitimation verbunden ist, und andererseits die Nachvollziehbarkeit der Integrität der Wahl durch nicht-staatliche Stellen, etwa durch Kontrollen durch Fachleute oder Bevölkerung, und im ersteren Fall die Vermittlung der nachvollzogenen Integrität an die Wählenden.[53] Im Hinblick auf Wahlmethodeninnovation bedeutet dies gleichzeitig, dass ein zurückgenommener verfassungsgerichtlicher Kontrollmaßstab – auch in diesem demokratiesensiblen Bereich – gelten muss.[54] Angesichts mangelnder Erfahrungen mit einer neuen Wahlmethode sind Prognosen über ihre Wirkungen notwendigerweise in gewissem Umfang diffus und die resultierenden Gesetzgebungsakte notwendigerweise in gewissem Umfang experimentell.[55] Und auch der Verfassungsgerichtsbarkeit stehen keine darüberhinausgehenden, gesicherteren Erkenntnisse zur Verfügung;[56] es gibt im Wahlrecht keine Vermutung für das Bekannte.[57]

3. *Partizipation*

Für die Partizipation gilt im Wesentlichen das gleiche: Kann der Gesetzgeber hinreichend sicher erwarten, dass eine Partizipationssteigerung eintritt? Besonders an der Partizipation an Wahlen ist der Umstand, dass diese

---

50 Vgl. BVerfGE 50, 290 (334).
51 BVerfGE 39, 210 (226), *Lücke* ZG 2001, 1 (26) m.w.N.; *Augsberg/Augsberg* VerwArch 2007, 290 (ebd.) m.w.N.
52 *Brücher* in Prosser/Krimmer (Hg.), e-Democracy, 2003, 121 (124).; vgl. zur Integritätsmessung nur *van Ham* Democratization 2015, 714 (insb. 719 f.).
53 Vgl. *Warkentin u.a.* GovInfQ 2018, 195 (204).
54 Vgl. BVerfGE 50, 290 (333).
55 Vgl. *Steinbach* Der Staat 2015, 267 (272).
56 Vgl. BVerfGE 50, 290 (336).
57 Vgl. *Meyer* in Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 45 Rn. 33 f.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bekanntermaßen nicht gleichverteilt ist. Der Gesetzgeber darf daher keine neuen Wahlmethoden als *einzige* Wahlmethode einführen, bei der er davon ausgehen muss, dass es dadurch in bestimmbaren Bevölkerungsgruppen oder insgesamt zu einer Partizipationssenkung kommt. Er hat umgekehrt den Auftrag, im Rahmen der Erkenntnisse über die unterschiedliche Aktivierungsfähigkeit verschiedener Wahlsysteme und -prozeduren *repräsentationsideal* zu regulieren.[58] Im Umkehrschluss bedeutet dies aber auch – und bildet ein typisches Experimentierfeld für neue Wahlmethoden –, dass eine Einführung neuer Wahlmethoden besonders für solche Bevölkerungsgruppen zulässig erscheint, wo (1) gegenwärtig eine überdurchschnittlich geringe Partizipation zu verzeichnen ist und (2) gerade diese Wahlmethode eine Steigerung dieser Partizipation erwarten lässt. Bei der Einführung einer solchen Methode kann eine hinreichend sichere Prognose auf verschiedenen Wegen erreicht werden: Es kann auf Erkenntnisse vorhandener Experimente oder Nutzungen, etwa aus anderen Staaten zurückgegriffen werden, wobei die Übertragbarkeit der entsprechenden Erkenntnisse stets zu reflektieren ist. Es ist auch denkbar, auf Erfahrungen mit der Einführung entsprechender Technologien in anderen Anwendungen zurückzugreifen. Dabei gilt: Je geringer die Partizipation in einer Gruppe ist, desto geringere Anforderungen sind auch an die Unterfütterung der Partizipationssteigerungserwartung durch vorhandene Erkenntnisse zu stellen.

4. Verhältnis

Beide Faktoren sind nicht unabhängig voneinander zu denken. Nicht nur sind sie in Ausgleich zu bringen; sie bedingen sich teilweise gegenseitig. Eine vertrauenswürdige Technologie kann zu einer höheren Partizipation führen. Anderseits ist denkbar, dass im Sinne eines Gewöhnungseffekts mit der zunehmenden Nutzung einer Technologie auch eine Steigerung des Vertrauens in diese Technologie einhergeht, ohne dass es dazu einer Verbesserung ihrer Integrität bedürfe.

58 *Kotzur* in Bonner Kommentar GG, 174. Akt. 09/2015, Vorbem. z. Art. 38–49, Rn. 42, 49.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

IV. Das Beispiel der Internetwahl

Anlassfall und Ausgangspunkt dieses Beitrags ist die Internetwahl, darum soll sie nun am aufgestellten Maßstab gemessen werden. Dabei zeigt sich, dass der Maßstab für interdisziplinäre und rechtsvergleichende Betrachtungen nicht nur offen ist, sondern sie erzwingt, soweit die Vertrauens- und Partizipationsprognosen methodisch angemessen vonstatten gehen sollen. Die Interdisziplinarität ist durch die bereits angesprochene tatsächliche Dimension der Legitimationsfunktion der Wahl vorgegeben.

Dabei soll es an dieser Stelle nicht darum gehen, eine umfassende und endgültige Bewertung der Internetwahl vorzunehmen, denn dazu wären umfassendere Untersuchungen auch empirischer Art notwendig, die den Umfang dieses Beitrags bei weitem überschreiten. Vielmehr sind gerade die gegenwärtigen und hiesigen Grenzen einer solchen Untersuchung aufzuzeigen, um aufzuzeigen, wie die Kontrolle gesetzgeberischer Entscheidungen dort notwendigerweise nur zurückgenommen erfolgen kann, wo dieser im Innovationsbereich auf prognostisches Wissen angewiesen ist.

1. Vertrauen

Im Gegensatz zur Urnenwahl ist bei Distanzwahlverfahren, zu denen die Internetwahl zählt, aufgrund der gewollten räumlichen Zäsur von Stimmabgabe und Stimmauszählung eine Ende-zu-Ende-Laienkontrolle nicht möglich; insoweit handelt es sich um kein spezifisches Problem der Internetwahl. Bei der Internetwahl kommt allerdings erschwerend hinzu, dass ein großer Teil der Wählenden die korrekte Funktionsweise der komplexen Software nicht selbst nachprüfen kann. Klar ist, dass die Integrität des Wahlverfahrens Vertrauen schaffen kann.[59] Diese Integrität reicht aber nicht aus, sondern es bedarf auch einer Vermittlung der Integrität.[60] Dabei ist nicht notwendig, allen Wahlberechtigten im Sinne einer Allgemeinbildung in jahrzehntelangen Prozessen die notwendigen Kenntnisse zu vermitteln, um die Integrität des Wahlverfahrens selbst überprüfen zu können.[61] Denkbar ist etwa, den Wählenden zu ermöglichen, die korrekte Zählung ihrer eigenen Stimme mittels eines technischen Verfahrens zu ve-

59 *Brücher* in Prosser/Krimmer (Hg.), e-Democracy, 2003, 121 (124).
60 Vgl. *Warkentin u.a.* GovInfQ 2018, 195 (204).
61 Vgl. *Hanßmann,* Möglichkeiten und Grenzen von Internetwahlen, 2003, S. 228.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rifizieren.[62] Eine solche Verifikation hat freilich mit den gleichen Nachteilen zu kämpfen wie das Wahlverfahren selbst. Deshalb sollte ein solches Verfahren durch die Möglichkeit der Kontrolle der Integrität des Wahlvorgangs durch die Fachöffentlichkeit ergänzt werden. Möglichkeiten hierzu sind die Veröffentlichung des Quellcodes der verwendeten Software[63] und/oder die Einführung eines unabhängigen Gremiums mit der entsprechenden Expertise zur Bewertung der ordnungsgemäßen Funktionsweise.[64] Wichtig ist dabei die Staatsferne entsprechender Gremien, denkbar auch eine Besetzung durch technisch Versierte *und* Wahlberechtigte.[65] Eine solche Kombination aus Fachkontrolle und individueller Verifizierbarkeit kann das hohe Vertrauensbildungsniveau der Urnenwahl zwar nicht erreichen,[66] kommt ihm aber zumindest nahe. Ein nicht zu unterschätzender Faktor ist zudem der Gewöhnungsfaktor, der mit zunehmender Nutzung von Internetwahltechnologien auch zu einem höheren Vertrauen in sie führt.[67] Das befreit nicht davon, die notwendige Integrität zu schaffen und öffentliche Kontrollmechanismen einzuführen, bedeutet aber gleichzeitig, dass ein zunächst zu konstatierendes geringes Vertrauen in die Internetwahl auch darauf zurückzuführen sein kann, dass es an Erfahrung mit der Technologie fehlt. Die soweit ersichtliche einzige aktuelle Untersuchung bzgl. der Onlinewahlbereitschaft in Deutschland kommt zu dem Ergebnis, dass gegenwärtig ein beträchtlicher Anteil der Wahlberechtigten die Sabotageanfälligkeit der Internetwahl befürchtet.[68] Allerdings wurde in dieser Untersuchung unspezifisch nach der Sabotageanfälligkeit von Internetwahlen gefragt, ohne dass Sicherungsmechanismen vorausgesetzt oder erläutert wurden.

Angesichts der daher unbefriedigenden Datenlage wäre dem Wahlrechtsgesetzgeber insoweit ein Prognosespielraum zuzugestehen, der allerdings zur Voraussetzung hätte, das entsprechende außerrechtliche, insbesondere informationstechnologische Kenntnisse einbezogen und staatsferne Kontrollmechanismen implementiert würden.

---

62 *Hall* in Coleman/Freelon (Hg.), Handbook of Digital Politics, 2015, 103 (106).
63 Dagegen BVerfGE 123, 39 (74).
64 *Garrone* in Trechsel/Mendez (Hg.), The European Union and e-Voting, 2005, 111 (119).
65 *Hanßmann*, Möglichkeiten und Grenzen von Internetwahlen, 2003, S. 189.
66 *Karpen*, Elektronische Wahlen?, 2005, S. 32.
67 *Decker/Küppers* in Mörschel (Hg.), Wahlen und Demokratie, 2016, 141 (156).
68 Vgl. *Kaspersky Labs*, Stimmabgabe per Klick, 2017, S. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. *Partizipation*

In die Steigerung der Partizipation an der Wahl in Form der Wahlbeteiligung werden schon lange große Hoffnungen gelegt, wann immer die Einführung von Internetwahlen gefordert oder begrüßt wird. Damit würde auch der zunehmenden Mobilität der Wählenden Rechnung getragen: Es ist die Regel und nicht mehr die Ausnahme, dass ein beträchtlicher Teil der Wählenden am Wahltag nicht vor Ort ist.[69] Die Partizipationserwartung ist schwer zu messen, entsprechende Untersuchungen werfen Zweifel auf und sind gelegentlich widersprüchlich.[70] Nichtsdestotrotz soll hier auf die soweit ersichtlich einzige aktuelle auf Deutschland bezogene Studie hingewiesen sein. Darin erklärten 56 % der Befragten, »sehr gerne« ihre Stimme per Internet abgeben zu wollen.[71] Im Übrigen muss weitgehend auf Auslandsuntersuchungen zurückgegriffen werden, wobei stets zu bedenken ist, dass Erkenntnisse zwischen verschiedenen Demokratien aus den verschiedensten Gründen nicht unmittelbar übertragbar sein können.

Vorauszuschicken ist außerdem, dass es nicht darum gehen kann, die Internetwahl als einzige Möglichkeit der Stimmabgabe einzurichten. Die insoweit ersatzlose Abschaffung der Urnenwahl ließe angesichts der Tatsache, dass nur 89 % der Deutschen Internetnutzende sind und es obendrein eine starke Altersabhängigkeit gibt,[72] kaum eine Partizipationssteigerung erwarten. Als alleinige Methode wäre sie daher verfassungswidrig.[73] Teilweise wird vorgeschlagen, die Briefwahl durch die Internetwahl zu ersetzen,[74] was angesichts der gewichtigen Einwände gegenüber der Integrität des Briefwahlverfahrens diskussionswürdig ist, aber nicht Gegenstand dieser Untersuchung sein soll.

---

69 *Ladeur* in Trechsel/Mendez (Hg.), The European Union and e-Voting, 2005, 202 (ebd.); *Otten* in Holznagel/Grünwald/Hanßmann (Hg.), Elektronische Demokratie, 2001, 73 (74); vgl. auch *Ciornei/Østergaard-Nielsen* PolGeogr 2020, 1 (7).

70 Vgl. *Hall* in Coleman/Freelon (Hg.), Handbook of Digital Politics, 2015, 103 (105).

71 *Kaspersky Labs,* Stimmabgabe per Klick, 2017, S. 13.

72 *Beisch/Koch/Schäfer* MP 2019, 374 (375).

73 *Karpen,* Elektronische Wahlen?, 2005, S. 59; *Will,* Internetwahlen, 2002, S. 82.

74 Etwa *Paulsen,* Sicherheit von Internetwahlen, Diss. Hamburg 2011, S. 221.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Regelfall

Die Einführung einer neuen Wahlmethode als *zusätzliche* Wahlmethode kann grundsätzlich nicht dazu führen, dass die Wahlbeteiligung sinkt.[75] Das ist einleuchtend, aber für die Beantwortung der Frage nach einer Partizipations*steigerung* unbefriedigend, zumal die Studie, der diese Erkenntnis entstammt, bezüglich des Schweizer Falls keinen *positiven* Effekt auf die Wahlbeteiligung im Allgemein statistisch signifikant belegen kann.[76] Einzig in der Gruppe der *gelegentlich* Wählenden zeigt sich eine überdurchschnittliche Neigung, Internetwahlen zu nutzen.[77] Auch eine österreichische Prognose zeigt sich skeptisch.[78] Die estnische Erfahrung ist ähnlich: Internetwahlen führen nicht per se zu einer Partizipationssteigerung, wirken aber dem ansonsten zu beobachtenden Partizipationsverlust entgegen.[79] Das heißt: Je niedriger die Wahlbeteiligung ist, desto mehr federt das zusätzliche Angebot von Internetwahlen den Partizipationsverlust ab:[80] Ohne diese Wahlmöglichkeit wäre die Wahlbeteiligung im Schnitt 2,6 % niedriger ausgefallen.[81] Gelegenheitswähler haben dadurch im Vergleich zur Offlinewahl häufiger gewählt.[82] Fallstudien aus Brasilien[83] und Kanada[84] stützen den positiven Einfluss der Internetwahl auf die Partizipation. Gleichfalls optimistischer gibt sich ein Bericht des britischen Parlaments.[85] Dieser kommt ohne eigene empirische Analyse aus; Experimente im Vereinigten Königreich erlauben den Schluss einer moderaten Partizipationssteigerung durch Internetwahlen.[86] Auch eine deutsche Studie ver-

---

75 *Trechsel* in de Vreese (Hg.), The Dynamics of Referendum Campaigns, 2007, 159 (164).
76 *Trechsel* in de Vreese (Hg.), The Dynamics of Referendum Campaigns, 2007, 159 (163); siehe auch *Braun* in Prosser/Krimmer (Hg.), Electronic Voting in Europe, 2004, 43 (48); bestätigend *Germann/Serdült* ElectStud 2017, 1 (9).
77 *Trechsel* in de Vreese (Hg.), The Dynamics of Referendum Campaigns, 2007, 159 (164).
78 *Rittler* in Prosser/Krimmer (Hg.), e-Democracy, 2003, 189 (207).
79 *Goos/Korthagen* in Hennen u.a. (Hg.), European E-Democracy in Practice, 2020, 274 (284).
80 *Decker/Küppers* in Mörschel (Hg.), Wahlen und Demokratie, 2016, 141 (157).
81 *Sál* Masaryk UJL&Tech 2/2015, 15 (26).
82 *Alvarez/Hall/Trechsel* PS 2009, 497 (502).
83 *Mellon/Peixoto/Sjoberg* ElectStud 2017, 13 (20).
84 *Goodman/Stokes* BJPolS 2018, 1 (7, 10).
85 *Digital Democracy Commission (Hg.),* Open Up!, 2015, S. 60.
86 *Norris* in Trechsel/Mendez (Hg.), The European Union and e-Voting, 2005, 60 (86).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

weist auf eine reelle Chance zur Partizipationssteigerung.[87] Verschiedene Faktoren erweisen sich dabei als besonders bedeutend: Der mit Abstand wichtigste Faktor für die Entscheidung von Wählenden, das Angebot einer Internetwahl zu nutzen, ist Vertrauen in die Sicherheit der benutzten Soft- und Hardware,[88] was nochmals stärker für den erstmaligen Einsatz von Internetwahlen gilt.[89] Nicht nur das Vertrauen in die konkrete Technologie, sondern die Vertrautheit mit der Rahmentechnologie ist relevant: Die Bereitschaft zu Internetwahlen ist unter intensiv das Internet Nutzenden erhöht.[90] Daran zeigt sich erneut die bereits erwähnte Interdependenz der Faktoren Vertrauen und Partizipation. Je eher es gelingt, Vertrauen herzustellen, desto wahrscheinlicher ist auch, dass Wählende sich für die Internetwahl entscheiden.

Die Prognose für die allgemeine Einführung von Internetwahlen als zusätzliche Wahlmethode erweist sich insofern insgesamt als durchwachsen,[91] allerdings mit einer positiven Tendenz. Damit ist dem Gesetzgeber aber auch im Bereich des Wahlrechts zuzugestehen, in einem gewissen Rahmen experimentelle Wahlgesetzgebung zu betreiben,[92] deren Verfassungsmäßigkeit aus der gegenwärtigen Wissenslage heraus zu bewerten ist. Aufgrund der hohen Sensibilität des Wahlrechts sind dabei an Wissensbildung und -bewertung hohe Anforderungen zu stellen; gegebenenfalls sollte der Gesetzgeber zunächst eigene Untersuchungen anstellen, um die Datenlage anzureichern. In diesem experimentellen Spielraum würde es zudem naheliegen, die Einführung einer neuen Wahlmethode zunächst sachlich gerechtfertigt zu beschränken.[93]

---

87 *Bremke* LKV 2004, 102 (104).

88 *Trechsel* in de Vreese (Hg.), The Dynamics of Referendum Campaigns, 2007, 159 (171 f.).

89 *Vassil u.a.* GovInfQ 2016, 453 (456).

90 *Huber*, Internet-Wahl oder Stimmzettel – Wie wollen die Bürger wählen? BACES Discussion Paper 10/2005, S. 10 <https://www.uni-bamberg.de/fileadmin/uni/wissenschaft_einricht/bacespdf/Discussion_Paper/discussion_paper_10.pdf>, abgerufen am 30.01.2020.

91 *Gibson* in Trechsel/Mendez (Hg.), The European Union and e-Voting, 2005, 29 (43).

92 *Schulz* in Schliesky u.a. (Hg.), Demokratie im digitalen Zeitalter, 2016, 52 (62).

93 *Decker/Küppers* in Mörschel (Hg.), Wahlen und Demokratie, 2016, 141 (161).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Sonderfall: Auslandsdeutsche

Praktisch denkbar wäre es etwa, Internetwahlen – wie die Briefwahl – zunächst nur für bestimmte Personengruppen oder Sachverhalte zuzulassen.[94] Besonders solche Gruppen, die besonders hohe tatsächliche Hürden überwinden müssen, um wählen zu können, aber wahlbereit sind – »unechte«[95] Nichtwählende –, und deshalb ein auffälliges Wahlverhalten zeigen, sind dabei von Interesse. Denkbar wäre etwa eine dem § 25 Abs. 1 S. 3 BWO a.F. angelehnte Beschränkung auf Menschen, die

> aus beruflichen Gründen oder infolge Krankheit, hohen Alters, eines körperlichen Gebrechens oder sonst [ihres] körperlichen Zustandes wegen den Wahlraum nicht oder nur unter nicht zumutbaren Schwierigkeiten aufsuchen [können].

Ein solcher Ansatz wäre insbesondere für die Gruppe der Behinderten auch unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG bedenkenswert,[96] soll hier aber nicht weiter ausgeführt werden.

Eine weitere Gruppe, die besondere Hürden überwinden muss, um ihr Wahlrecht auszuüben, sind die wahlberechtigten Auslandsdeutschen. Eine solche Fokussierung zunächst auf die Gruppe der Wahlberechtigten im Ausland, bei denen es sich häufig um mutmaßlich »unechte« Nichtwählende handelt,[97] liegt auch den Schweizer[98] und in den USA[99] stattfindenden Modellversuchen zugrunde. In der Schweiz optieren bis zu 70 % der Auslandswählenden für die Methode der Internetwahl.[100] Die Gruppe der wahlberechtigten Auslandsdeutschen ist durch stetige Erweiterung der ihre Wahlberechtigung betreffenden § 12 Abs. 2, 4 BWahlG und der ent-

---

94 *Goos/Beckert/Lindner* in Lindner/Aichholzer/Hennen (Hg.), Electronic Democracy in Europe, 2016, 135 (177); dieser Vorschlag ist verbreitet, vgl. nur *Hanßmann,* Möglichkeiten und Grenzen von Internetwahlen, 2003, S. 118 f.

95 *Khorrami,* Bundestagswahlen per Internet, 2006, S. 177; ähnlich *Kitsing* in Janssen u.a. (Hg.), Electronic Government and Electronic Participation, 2014, 55 (56).

96 Vgl. *Bremke* LKV 2004, 102 (103).

97 Vgl. zu Finnland *Peltoniemi,* On the Borderlines of Voting, 2018, S. 136.

98 Vgl. Bericht des Bundesrates zu Vote électronique, BBl 2013 5069 (5170); vgl. *Braun* in Institut für Informationsverarbeitung und Informationswirtschaft der Wirtschaftsuniversität Wien (Hg.), Arbeitspapiere zum Tätigkeitsfeld Informationsverarbeitung und Informationswirtschaft 3/2004, 7 (9) m.w.N.

99 *Epstein* Wm&MaryBillRtsJ 2011, 885 (893).

100 *Serdült u.a.* in Terán/Meier (Hg.), 2015 Second International Conference on eDemocracy & eGovernment (ICEDEG), 2015, 126 (129).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sprechenden Normen in den anderen Wahlgesetzen im Verhältnis zu früheren Rechtslagen erheblich angewachsen.[101] Es ist vorauszuschicken, dass die Datenbasis zu Auslandsdeutschen schlecht ist. Sie unterliegen gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 BMG nur einer Abmeldepflicht, aber keiner (deutschen) Meldepflicht im Ausland. Weiter gibt es kein ständiges Auslandswahlregister; die Wahlberechtigten müssen sich für jede Wahl erneut in ein Wählerverzeichnis eintragen und können ihr Wahlrecht durch Zeitablauf verlieren (§ 12 Abs. 2 Nr. 1 BWahlG).[102]

Deshalb kann die Zahl der wahlberechtigten Auslandsdeutschen nur aus Abmeldezahlen und statistischen Daten anderer Staaten extrapoliert und geschätzt werden. So lebten 2017 allein in den von *Eurostat* erfassten europäischen Staaten etwa 1,3 Mio. Auslandsdeutsche.[103] Zur Bundestagswahl im gleichen Jahr trugen sich in diesen Staaten aber nur ca. 89 000 Menschen[104] und insgesamt ca. 113 000 Auslandsdeutsche ins Wählerverzeichnis ein.[105] Auf dieser Basis kann von einer Menge von etwa 1,65 Millionen Auslandsdeutschen ausgegangen werden. Die erheblich höhere Zahl im *UN Migrant Stock* von ca. 4,21 Millionen Migranten mit Deutschland als Herkunftsland[106] resultiert aus einer anderen Erfassungsmethode.[107] Im Folgenden wird daher von der niedrigeren Extrapolation ausgegangen, die ohnehin bereits eine sehr geringe Wahlbeteiligung aufzeigt. Es wäre zwar falsch, aus der Zahl der Auslandsdeutschen unmittelbar die Anzahl der Wahlberechtigten abzuleiten, denn in dieser Gruppe gibt es eine Reihe von nicht (mehr) Wahlberechtigten, sei es aufgrund der Hürden des § 12 BWahlG oder wegen allgemeiner Wahlrechtsbeschränkungen. Selbst bei einer konservativen Schätzung von 50 % Wahlberechtigten unter den Auslandsdeutschen beträgt ihre Wahlbeteiligung nach obiger Schätzung allerdings nur ca. 7 %.

---

101 Verfassungsrechtlich zulässigerweise, vgl. BVerfGE 132, 39 (51 ff.).

102 Dies gilt für die anderen Wahlgesetze entsprechend; bei der Wahl des EU-Parlaments besteht für in der EU ansässige Auslandsdeutsche zudem ein Recht, in Deutschland *oder* im Wohnsitzstaat zu wählen (§ 4 Abs. 6 S. 1 EuWG).

103 *Eurostat,* Bevölkerung am 1. Januar nach Altersgruppen, Geschlecht und Staatsangehörigkeit [migr_pop1ctz], Stand 31.12.2019.

104 BT-Drs. 19/11921, S. 13 f.

105 BT-Drs. 19/11921, S. 17.

106 *United Nations,* Trends in International Migrant Stock, 2017, Table 1.

107 Vgl. *United Nations,* Trends in International Migrant Stock, 2017, Documentation, S. 3 f.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Geringe Wahlbeteiligung ist zwar nicht monokausal zu erklären;[108] zu einem beträchtlichen Teil dürfte es sich bei nicht wählenden Auslandsdeutschen aber um »unechte« Nichtwählende handeln, die mit entsprechender aktivierender Begleitung durch Internetwahlen zur Wahl zu bewegen sind.[109] Es gibt Untersuchungen aus anderen Staaten, die diese These stützen: Das gilt für Estland[110] ebenso wie für die Schweiz.[111] In den USA wurde dann eine Partizipationssteigerung erzielt, wenn die Einführung der Internetwahl durch Informationskampagnen begleitet wurde.[112] Auch finnische Auslandswähler zeigen eine hohe Bereitschaft zu Internetwahlen.[113]

Angesichts der schlechten und nur schwer verbesserbaren Datenlage bietet es sich daher umso mehr an, die Technologie Internetwahl in dieser Gruppe auszuprobieren und sie durch entsprechende Informationskampagnen zu begleiten.[114] Zudem bilden die Auslandsdeutschen zwar eine Gruppe mit auffälligem Wahlverhalten, machen insgesamt aber nur einen äußerst geringen Teil der Wahlberechtigten aus (nach der hier vorgenommenen Schätzung weniger als 1,5 % der zur Bundestagswahl 2017 Wahlberechtigten)[115], sodass keine gravierende Auswirkungen auf das Wahlergebnis zu erwarten sind, die einem solchen Experiment entgegenstehen könnten.

3. *Zwischenergebnis*

Die Auslandsdeutschen erweisen sich als geeignete Gruppe für die schrittwese experimentelle Einführung von Internetwahlen. Sie sind gegenwärtig ohnehin auf eine Wahltechnologie (die Briefwahl) angewiesen, deren Inte-

---

108 *Goos/Beckert/Lindner* in Lindner/Aichholzer/Hennen (Hg.), Electronic Democracy in Europe, 2016, 135 (178).

109 Vgl. *Hammer/Herrnson/Smith* ElectLawJ 2015, 97 (97 f.).

110 *Goos/Korthagen* in Hennen u.a. (Hg.), European E-Democracy in Practice, 2020, 274 (284).

111 *Buchsbaum* in Prosser/Krimmer (Hg.), e-Democracy, 2003, 133 (136); skeptischer *Germann/Serdült* JeDEM 2014, 197 (212).

112 *Hernson u.a.* ElectStud 2015, 142 (150).

113 *Peltoniemi,* On the Borderlines of Voting, 2018, S. 137.

114 Das ist auch völkerrechtlich weniger problematisch als andere Auslandswahlmethoden: *Balthasar/Posser* JRP 2015, 256 (268); *Binder* JöR 67 nF, 210 (219 ff.).

115 *Bundeswahlleiter/Destatis,* Wahl zum 19. Deutschen Bundestag, <https://www.bundeswahlleiter.de/dam/jcr/38972966-dc3d-40fa-91d7-6599d913f5e9/btw17_rws_bw2.csv>, abgerufen am 04.02.2020.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

grität zumindest zweifelhaft ist und die deshalb keine so hohe Vertrauenserwartung genießt wie die Urnenwahl. Wenngleich aufgrund der Vorbehalte der deutschen Wahlberechtigten gegenüber der Internetwahl zunächst ein Vertrauensverlust zu befürchten ist, wird dies dadurch ausgeglichen, dass eine Steigerung der Partizipation der Auslandsdeutschen an der Wahl möglich erscheint. Der Prozess ist durch umfassende wissenschaftliche Untersuchungen vor, während und nach dem Einsatz der Technologie zu begleiten. Unter diesen Voraussetzungen ist ein angemessenes Verhältnis der Faktoren Vertrauen und Partizipation geschaffen und die Einführung von Internetwahlen stellt sich für diese Gruppe als verfassungsgemäß dar.

V. Fazit und Ausblick

Es hat sich gezeigt, dass der hier vorgeschlagene Maßstab für die verfassungsrechtliche Bewertung innovativer Wahlmethoden zu differenzierteren Ergebnissen führen kann, als es die Wahlrechtsgrundsätze zu leisten in der Lage sind. Er wird damit der Legitimationsfunktion der Wahl dann stärker gerecht, wenn eine Methode bereitsteht, die die rechtstatsächlich bedeutsame Partizipation an der Wahl zu steigern in der Lage ist. Diese stärkere Differenzierung ist kein Selbstzweck; sie entzieht das Wahlrecht ein Stück weit der verfassungsgerichtlichen Kontrolle und macht es für Experimentalgesetzgebung zugänglicher. Mit Verweis auf die Bedeutung der Wahl für das demokratische Gemeinwesen und die Verfassungsordnung könnte ein Vorwurf lauten, dass das Wahlrecht der Beliebigkeit des politischen Prozesses überantwortet werde.

Der Beitrag hat versucht zu zeigen, warum in dieser Flexibilisierung des Maßstabs keine Gefahr, sondern eine Chance liegt: Einerseits sind die bestehenden Maßstäbe nicht so vorhersehbar, wie sie zunächst scheinen. Außerdem zeigt die schrittweise Ausweitung der Briefwahl bis hin zur völligen Freigabe, dass die behutsame Einführung neuer, experimenteller Wahlmethoden gelingen kann und gleichzeitig den aus wachsender Mobilität erwachsenen Herausforderungen für das Wahlrecht und die Wahlbeteiligung angemessen begegnet werden kann.

Ob nun die Internetwahl vom heimischen Endgerät aus die richtige Wahlmethode des 21. Jahrhunderts bildet, konnte und sollte hier nicht abschließend beantwortet werden. Vorsichtig optimistisch lautet aber der Vorschlag, es behutsam zu versuchen und die gewonnen Erkenntnisse in die weitere gesetzgeberische Entscheidungsfindung einfließen zu lassen.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Auslandsdeutschen könnten dafür sachlich gerechtfertigt die passende Versuchsgruppe darstellen.

Es bleibt beim Bedarf, außerrechtliche und internationale Erkenntnisse in den Entscheidungsprozess einzubeziehen und so eine möglichst gut begründete prognostische Entscheidung bei der Einführung einer neuen Wahlmethode zu treffen. Weitergehende Forschungsbedarfe zeigen sich dabei quer über die Disziplin- und Staatsgrenzen hinweg.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gefahrenabwehr und Digitalisierung

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Versammlungskörper.
Zum Schutz von hybriden und online-Versammlungen unter dem Grundgesetz

Rike Sinder

I. Phänomenologie der Online-Versammlung

Seit fast zwei Jahrzehnten werden wir Zeugen eines – mit der neuen „Normalität des Protests"[1] einhergehenden – Phänomens von globalem Ausmaß: Die Versammlung geht viral. Zunehmend werden Elemente der Versammlungsorganisation und -koordination wie etwa die Mobilisierung künftiger Teilnehmer,[2] die interne kollektive Entscheidungsfindung[3] und die Öffentlichkeitsarbeit digitalisiert;[4] mitunter wird aber auch der Versuch unternommen, einzelne Teilnehmer der Versammlung *online* zuzuschalten oder die Versammlung selbst ins Internet zu verlagern.[5]

1. Hybride Versammlungen

Ersteres konnte beispielsweise im arabischen Frühling beobachtet werden; durch die Verbindung von Kommunikationsmedien wie Facebook,

---

1 Siehe hierzu *Roland Roth*, Eine neue Generation von Protesten?, Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft 12 (2018), 429 (430).

2 Siehe *Manuel Castells*, Networks of Outrage and Hope, 2. Aufl. 2015, 20 f. Diese Strategien haben auch in den Arbeitskampf Einzug gehalten und dort – auch rechtlich – Anerkennung gefunden, siehe BAG, Urt. v. 22.09.2009, 1 AZR 972/08 = NJW 2010, 631 (die Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil wurde nicht zur Entscheidung angenommen, BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 26.03.2014, 1 BvR 3185/09, juris); hierzu *Ulrich Fischer*, Das BVerfG als Superrevisionsinstanz der Arbeitsgerichtsbarkeit in Arbeitskampfsachen?, RdA 2011, 50.

3 *Castells* (Fn. 2), 4; siehe zur Rolle von Twitter bei den Gezi-Protesten in Istanbul *Zeynep Tufekci*, Social Movements and Governments in the Digital Age, Journal of International Affairs 68 (2014), 1 (10 f.).

4 Siehe auch *Christian Möhlen*, Das Recht auf Versammlungsfreiheit im Internet, MMR 2013, 221 (223).

5 Siehe auch *Michael Kloepfer*, Versammlungsfreiheit, HStR³ VII, 2009, § 164 Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

YouTube[6] und Twitter mit der Besetzung öffentlicher Räume wurde – in *Manuel Castells* Worten – ein „hybrider öffentlicher Raum der Freiheit" geschaffen, der zum zentralen Merkmal der tunesischen Revolution sowie derer, die ihr nachfolgen sollten, avancierte.[7]

Der arabische Frühling konnte überhaupt nur Einzug halten, weil die Demonstranten eine Allianz mit Al-Jazeera eingingen und von *Castells* als *mobile phone citizen journalists* bezeichnete Versammlungsteilnehmer über die zur Verfügung gestellten Kanäle eine um ein vielfaches höhere Zahl von Menschen in die Demonstrationen – *live* und in Farbe auf dem heimischen Sofa – mit einbinden konnten.[8] Ähnliches beabsichtigten die Veranstalter einer Kundgebung in Köln, die versuchten, den türkischen Staatspräsidenten Erdoğan via *livestream* zuzuschalten.[9]

Das Internet ist hierbei mehr als ein kostengünstigeres, einfachereres und schnelleres Äquivalent analoger Kommunikationsmittel. Es beschleunigt Kommunikationsprozesse, globalisiert Kommunikationsräume und verändert so die „Entstehung, Wirkungsweise und Folgen von Protesthandlungen".[10] Dadurch entstehen hybride Versammlungen, in denen neben körperlich anwesenden Versammlungsteilnehmern auch körperlich abwesende Personen an der Versammlung „teilnehmen" können.[11] Der dergestalt konstituierte hybride öffentliche Raum negiert nicht etwa den territorialen Charakter des Protestes; vielmehr erweitert er ihn „from the space of places to the space of flows".[12]

---

6 So wurden etwa Videos von den Debatten der Demonstrationsteilnehmer über das Internet verbreitet, siehe *Castells* (Fn. 2), 23.

7 Ebd.

8 *Castells* (Fn. 2), 27.

9 Die (Nicht-)Körperlichkeit Erdoğans spielte beim Verbot der Livebildübertragung keine Rolle. Dieses wurde vielmehr darauf gestützt, dass sie außerhalb des Schutzzwecks der Versammlungsfreiheit liege und Erdoğan als Hoheitsträger auch gar nicht grundrechtsberechtigt sei, OVG NRW, Beschl. v. 29. Juli 2016, 15 B 876/16, juris, Rn. 12 ff. (ähnlich zuvor bereits VG Köln, Beschl. v. 29.07.2016, 20 L 1790/16, juris [Rn. 7]). Der an das Bundesverfassungsgericht gerichtete Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wurde mangels Vollmacht der Rechtsvertreter abgelehnt; im Übrigen wurde darauf hingewiesen, dass auch materiellrechtliche Bedenken nicht bestünden, BVerfG, Beschl. der 3. Kammer des Ersten Senats v. 30.07.2016, 1 BvQ 29/16, juris.

10 So wohl *Heinz Kleger* und *Eric Makzwitat*, Digitaler Ungehorsam, Forschungsjournal soziale Bewegungen 27 (2014), 8 (8).

11 *Möhlen* (Fn. 4), 223.

12 *Castells* (Fn. 2), 62.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. *Die* online-*Versammlung*

Hiervon zu unterscheiden ist das Phänomen der zumeist unter dem Begriff der *online*-Versammlung verstandenen *Denial-of-Service*-Angriffe (DoS-Angriffe), neben die jedoch auch andere vollständig digitalisierte Versammlungskonzepte wie etwa Versammlungen in Chatrooms[13] treten. Bei einem DoS-Angriff werden in einem bestimmten Zeitraum die Dienste eines Servers derart häufig aufgerufen, dass dieser letztlich nicht mehr standhält und die berechtigte Kontaktaufnahme mit ihm entweder vollständig blockiert oder zumindest erschwert wird. Erfolgt diese Zugriffsblockade über verschiedene Systeme, so spricht man von einem *Distributed Denial-of-Service*-Angriff (DDoS-Angriff).[14]

Diese Formen wurden erstaunlich früh als Mittel des kollektiven Protests etabliert.[15] Sie richteten sich unter anderem gegen französische Regierungswebseiten, nachdem der damalige französische Präsident *Jacques Chirac* eine Serie von Nukleartests auf dem polynesischen Muroa-Atoll angekündigt hatte,[16] gegen die Kreditkartenfirmen Visa und Mastercard, nachdem diese 2010 ihre Geschäftsbeziehungen mit WikiLeaks aufgekündigt hatten;[17] sowie gegen die tunesische Regierung während der Proteste 2011. Anlässlich der Blockupy-Proteste im Jahre 2012 wurde die Stadt Frankfurt Opfer von DDoS-Angriffen.[18] Zuletzt war die Homepage von RWE wäh-

---

13 Vgl. *Möhlen* (Fn. 4), 222.

14 Siehe ausführlich *Jens Kersten*, Schwarmdemokratie, 2017, 218; *Marco Gercke*, Anmerkung zu OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 22.05.2006 – 1 Ss 319/05 –, MMR 2006, 547 (552).

15 Siehe *Theresa Züger*, *Stefania Milan* und *Leonie Maria Tanczer*, Sand im Getriebe der Informationsgesellschaft, in: Daniel Jacob/Thorsten Thiel (Hg.), Politische Theorie und Digitalisierung, 2017, 265 (272); *Carolin Welzel*, Neue Medien – Neue Protestformen, vorgänge 164 (2003), 74 (76).

16 *Züger*, *Milan* und *Tanczer* (Fn. 15), 271.

17 Siehe https://de.wikipedia.org/wiki/Operation_Payback (letzter Aufruf: 06.01.2020); die Seiten der niederländischen Staatsanwaltschaft und Polizei wurden ins Visier genommen, nachdem ein 16-Jähriger wegen des Vorwurfs der Teilnahme an den DDoS-Angriffen zulasten von Visa und Mastercard festgenommen worden war.

18 *Kleger* und *Makzwitat* (Fn. 10), 11; während des Bundestagswahlkampfes wurde der anonym finanzierte „Peerblog", der für den Kanzlerkandidaten Peer Steinbrück werben sollte, durch einen DDoS-Angriff lahmgelegt (*Kersten* [Fn. 14], 184).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rend der Besetzung des Hambacher Forsts zwei Tage lang nicht aufrufbar.[19]

Juristische Aufmerksamkeit in Deutschland zog bisher allein ein von den Veranstaltern als „Internetdemonstration" bezeichneter DDoS-Angriff zulasten der Lufthansa im Jahre 2001 auf sich.[20] Zeitgleich mit der Eröffnungsrede des Vorstandsvorsitzenden auf der Hauptversammlung wurde mithilfe einer speziell für diesen Zweck entwickelten Software derart häufig auf die Internetseite der Lufthansa zugegriffen, dass es in diesem Zeitraum zu erheblichen Verzögerungen beim Seitenaufbau bis hin zum Totalausfall kam. Die Initiatoren, darunter der spätere Angeklagte, wollten die Lufthansa dazu bewegen, vom „Abschiebegeschäft" Abstand zu nehmen. Wenn Konzerne, so hieß es in ihrem Aufruf, „ihre größten Filialen im Netz" aufbauten, so müsse „man auch genau dort demonstrieren". Eine Anmeldung als Versammlung war vom Ordnungsamt mit der Begründung zurückgewiesen worden, die Anmeldung einer *online*-Demonstration sei nicht vorgesehen. Der Angeklagte wurde in zweiter Instanz vom – damals allein in Betracht kommenden – Vorwurf der Aufforderung zu einer Straftat (einer Nötigung zum Nachteil der Lufthansa) in zweiter Instanz vom Oberlandesgericht Frankfurt freigesprochen. Während das Amtsgericht die fehlende kollektive Anwesenheit Mehrerer noch zur Begründung dafür herangezogen hatte, dass keine Versammlung i. S. v. Art. 8 Abs. 1 GG vorliege, musste sich das Oberlandesgericht zu dieser Frage gar nicht verhalten, weil es bereits die für eine Nötigung konstitutive Kraftentfaltung verneinte.[21]

Die Digitalisierung des Versammlungsgeschehens erschüttert also tradierte staatsrechtliche wie demokratietheoretische Konzepte. Die in Reinform praktizierte *online*-Versammlung ist – ebenso wie die hybride Versammlung für ihre nicht anwesenden „Teilnehmer" – im Gegensatz zur *offline*-Versammlung niemals körperlich.[22] Ihre Teilnehmer treffen sich nicht gleichzeitig an *einem* (räumlich-öffentlichen) Ort. Die *online*-Versammlung ist keinem staatlichen Grund und Boden, keinem demokrati-

---

19 *Bernd Müllender*, „Hambi ist überall!". Die Partisanen auch. Baumschützer im Hambacher Wald entwickeln immer neue subversive Strategien, taz, 27.09.2018, 2; *B. Müller* und *H. Tanriverdi*, Cyberattacke trifft RWE, Süddeutsche Zeitung, 26.09.2018, 24.

20 OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 22.05.2006, 1 Ss 319/05 = MMR 2006, 547 (547).

21 Ebd., 547. Siehe zum strafrechtlichen Problem der Täterschaft *Brigitte Kelker*, Online-Demonstrationen – ein Fall „additiver Mittäterschaft"?, GA 2009, 86.

22 Siehe auch *Sebastian Hoffmanns*, Die „Lufthansa-Blockade" 2001 – eine (strafbare) Online-Demonstration?, ZIS 2012, 409 (409).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schen Raum, keinem Territorium zugeordnet; ebenso wenig, wie ihre Subjekte als solche erkennbar wären.

3. Gang der Untersuchung

Im Folgenden soll zunächst auf die sich um hybride sowie *online*-Versammlungen rankenden verfassungsrechtlichen Kontroversen eingegangen werden (II.), um sodann zur Beantwortung der hier aufgeworfenen Fragen der Funktion der Versammlungsfreiheit im Gefüge des Grundgesetzes nachzuspüren (III.). Es wird zu zeigen sein, dass sich die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Versammlungsfreiheit aus zwei verschiedenen (und verschieden körperlichen) ideengeschichtlichen Strängen speist, die in ihr kulminieren: Die republikanisch-partizipatorische Versammlungsfreiheit der *anglosphere* ist durch kommunikative Gleichzeitigkeit mehr gekennzeichnet, denn durch Körperlichkeit. Demgegenüber wird die liberal-abwehrrechtliche, „französische" Versammlungsfreiheit nicht nur akzidentiell, sondern essentiell körperlich gedacht. Ihr Markenzeichen ist körperliche Koinzidenz (III. 2.). Je nach dem zugrundegelegten Versammlungsfreiheitsmodell ergeben sich für die *online*-Versammlung grundlegend unterschiedliche Konsequenzen (IV.).

II. Die Funktion der online-Versammlung in der digitalen Demokratie

Dass die *online*-Versammlung mangels körperlicher Zusammenkunft nicht in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 GG fällt, entspricht (noch) der ganz herrschenden Meinung.[23] Dem ist *Jens Kersten* in seiner Arbeit zur

23 So etwa *Kloepfer* (Fn. 5), Rn. 10 (wegen „fehlender physischer Nähe der ‚Blogger' untereinander"); *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Versammlungsfreiheit, HGR IV, 2011, § 106 Rn. 13, weil es „an der örtlichen Zusammenkunft mehrerer fehlt"; *Volker Kitz*, Der Gewaltbegriff im Informationszeitalter und die strafrechtliche Beurteilung von Onlineblockaden, ZUM 2006, 730 (737), weil es an einer „körperliche[n] Zusammenkunft" fehlt; *Anika D. Luch* und *Sönke E. Schulz*, Die digitale Dimension der Grundrechte, MMR 2013, 88 (90); *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 8 Rn. 32, weil es auf „die körperliche Sichtbarmachung von Überzeugungen in einem Kollektiv" ankomme; *Dennis Kraft* und *Johannes Meister*, Rechtsprobleme virtueller Sit-ins, MMR 2003, 366 (374); *Alexander Klutzny*, Online-Demonstrationen und virtuelle Sitzblockaden – Grundrechtsausübung oder Straftat?, RDV 2006, 50 (51). Die herrschende Auffassung teilte auch der Bundesgesetzgeber, der (aus Anlass der Lufthansablockade,

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„Schwarmdemokratie" jedoch dezidiert entgegengetreten. Der Ort der gemeinsamen Versammlung könne sich sehr wohl auch in der *online*-Welt befinden. Denn die Versammlungsfreiheit schütze gerade die „auf Kommunikation angelegt[e] Entfaltung",[24] wobei das Bundesverfassungsgericht die „Offenheit des durch Art. 8 Abs. 1 GG vermittelten Schutzes für vollkommen neue Formen des Sich-Versammelns" betone.[25] Der erforderliche „kommunikative Sinn- und Handlungszusammenhang" könne gerade auch durch die gemeinschaftliche Kommunikation im Netz verwirklicht werden, wenn Bürgerinnen und Bürger zum Beispiel auf einer Internetplattform innerlich zu einem gemeinsamen Zweck verbunden seien.[26]

Kersten will den Schutz von Art. 8 Abs. 1 GG aber auch auf DDoS-Angriffe erstreckt sehen, bei denen eine Kommunikation unter den unabhängig voneinander agierenden Teilnehmern nicht möglich ist. Es gelte, „den freiheitlichen Gedanken des Versammlungsgrundrechts auch in der Online-Welt normativ zur Geltung zu bringen".[27] Ein kommunikativer Aus-

---

siehe BT-Drucks. 16/5449, 6) den damals neuen § 303b Abs. 1 Nr. 2 StGB einführte und DDoS-Angriffe wegen der damit einhergehenden hohen Schäden unter Strafe stellte (so die Begründung zum Gesetzentwurf, BT-Drucks. 16/3656, 7). Die Fraktion DIE LINKE. sprach sich gegen die Einführung des § 303b Abs. 1 Nr. 2 StGB gerade unter Verweis auf die bundesverfassungsgerichtliche Judikatur zu Sitzblockaden aus, weil „bei einem sogenannten virtuellen Sit-in" nichts anderes geschehe (BT-Drucks. 16/5449, 6); ähnlich für eine Entkörperlichung der Sitzblockaden-Judikatur *Kraft* und *Meister* (Anm. 23), 368.

24 *Kersten* (Fn. 14), 225, unter Zitierung von BVerfGE 69, 315 (343), und unter Verweis auf BVerfGE 104, 92 (104) („gemeinschaftlich[e] kommunikativ[e] Entfaltung").

25 *Kersten* (Fn. 14), 225 f. Siehe auch *Möhlen* (Fn. 4), 228; dieser verweist zudem auf zahlreiche internationale Dokumente, die einen Schutz von *online*-Versammlungen nahelegen sollen. So habe der UN-Menschenrechtsrat im Juni 2012 erklärt, dass „die gleichen Rechte, die Menschen offline haben auch online geschützt werden müssen" (ebd., 221, unter Verweis auf Human Rights Council, 29.06.2012, A/HRC/20/L.13) und der UN-Sonderberichterstatter habe an die Mitgliedsstaaten appelliert, anzuerkennen, dass die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit auch „durch neue Technologien, einschließlich das Internet" ausgeübt werden könne (*Möhlen* [Fn. 4], 222, unter Verweis auf Report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association, Maina Kiai, A/HRC/20/27, Rn. 84[k]). Auch werde – jedenfalls durch hybride Zusammenkünfte – deutlich, dass eine klare Trennung zwischen analoger und virtueller Sphäre kaum möglich sei, sondern vielmehr eine Verschränkung der beiden Sphären beobachtet werden könne, weshalb auch eine Abgrenzung von Freiheitsräumen verunmöglicht werde (*Möhlen* [Fn. 4], 228).

26 *Kersten* (Fn. 14), 226.

27 Ebd., 227.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tausch sei dabei entbehrlich, weil die innerliche Verbundenheit der „koisolierten" Versammlungsteilnehmer durch das Schwarmmuster ausreiche. Die Kommunikationsmöglichkeit sei nämlich weder *off*- noch *online* ein Merkmal des Versammlungsbegriffs.[28] Notwendige, aber auch hinreichende Bedingung sei die Gleichzeitigkeit des Handelns: Anders als etwa bei einer Postkarten-Protestaktion seien die DDoS-Aktivisten zeitgleich „auf" der angegriffenen Website und damit am gleichen Versammlungsort präsent.[29]

Die Frage der Körperlichkeit steht im Zentrum der Kontroverse: Das Spezifikum der *online*-Versammlung ebenso wie der hybriden Versammlung für nicht-anwesende „Teilnehmer" ist ihre Körperlosigkeit. Hierbei handelt es sich um das eigentliche verfassungsrechtliche Novum digitaler Versammlungsformen. Im *Brokdorf*-Beschluss[30] wird die Versammlung noch ohne Umschweife dadurch charakterisiert, dass auf ihr „der Demonstrant seine Meinung in *physischer Präsenz*" kundtue:

> „In ihrer idealtypischen Ausformung sind Demonstrationen die gemeinsame *körperliche Sichtbarmachung* von Überzeugungen, wobei die Teilnehmer einerseits in der Gemeinschaft mit anderen eine Vergewisserung dieser Überzeugungen erfahren und andererseits nach außen – schon durch die bloße Anwesenheit, die Art des Auftretens und des Umgangs miteinander oder die Wahl des Ortes – *im eigentlichen Sinne des Wortes Stellung nehmen und ihren Standpunkt bezeugen*."[31]

Die Versammlung wird hier eindeutig körperlich gedacht.[32]

---

28 Ebd., 228. Nach einhelliger Auffassung ist beispielsweise auch ein Schweigemarsch eine Versammlung i. S. v. Art. 8 Abs. 1 GG, siehe *Thomas Hammer* und *Richard Wiedemann*, Das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit, in: Yvonne Becker/Friederike Lange (Hg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 3, 2014, 219 (222). Für die Gegenauffassung siehe AG Frankfurt a. M., Urt. v. 01.07.2005, 991 Ds 6100 Js 226314/01 = MMR 2005, 863 (866), unter Verweis darauf, dass bei der Internetdemonstration die innere Verbundenheit der Teilnehmer untereinander fehle.

29 *Kersten* (Fn. 14), 227; siehe zum Erfordernis der Synchronität bei der *online*-Versammlung auch *Möhlen* (Fn. 4), 229; für eine Gleichsetzung mit einer Postkartenaktion indes AG Frankfurt a. M. (Fn. 28), 866; *Kraft* und *Meister* (Anm. 23), 368.

30 Siehe zum historischen wie politischen Kontext des Beschlusses *Anselm Doering-Manteuffel*, Fortschrittsglaube und sozialer Wandel, in: ders./Bernd Greiner/Oliver Lepsius, Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 1985, 2015, 83.

31 BVerfGE 69, 315 (345) – Hervorhebungen durch die Verfasserin.

32 So auch *Schulze-Fielitz* (Fn. 23), Rn. 32.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Die Funktion der Versammlungsfreiheit im Grundgesetzes

Und doch ist (jedenfalls die Möglichkeit) ein(es) Verzicht(s) auf die Körperlichkeit in den verfassungshistorischen Wurzeln der Versammlungsfreiheit bereits angelegt. Wenn es ebenfalls im *Brokdorf*-Beschluss heißt, sie gewährleiste „den Grundrechtsträgern das Selbstbestimmungsrecht über Ort, Zeitpunkt, Art und Inhalt der Veranstaltung",[33] wird dies mit der demokratischen Dimension der Versammlung und dies wiederum unter Verweis auf die Verwandtschaft der Versammlungsfreiheit mit dem Petitionsrecht des anglo-amerikanischen Rechtskreises begründet, in der die Freiheit, sich zu versammeln, als „Ausdruck der Volkssouveränität", als „demokratisches Bürgerrecht zur aktiven Teilnahme am politischen Prozeß" fungiere.[34]

Verfassungshistorisch konkurrieren also zwei verschiedene – und verschieden *körperliche* – Topoi zur Begründung der Versammlungsfreiheit miteinander. Die Wurzeln der Versammlungsfreiheit oszillieren zwischen Meinungsfreiheit und Petitionsrecht, zwischen negativer Freiheit als Menschenrecht (in französischer Tradition) und republikanischer Freiheit im

---

33 BVerfGE 69, 315 (343). In der Judikatur ist die Gewährleistung der freien Wahl des Versammlungsortes freilich auch in der Folge des *Brokdorf*-Beschlusses umstritten geblieben: Das Bundesverwaltungsgericht hat noch 1992 dementiert, dass diese vom Gewährleistungsgehalt umfasst sei. Das Abwehrrecht gewähre grundsätzlich „keine Leistungsansprüche gegen den Staat" (BVerwG, Urt. v. 29.10.1992, 7 C 34.91 = NJW 1993, 609 f. [609]). Das Bundesverfassungsgericht setzte seine Rechtsprechungslinie indes im *Fraport*-Urteil und in der Kammerentscheidung zum *Passauer Bierdosen-Flashmob* fort. Der letzteren (unter Verweis auf die erstere) zufolge verbürgt die Versammlungsfreiheit „die Durchführung von Versammlungen dort, wo ein allgemeiner öffentlicher Verkehr eröffnet ist", d. h. die freie Wahl des Versammlungsortes. Selbst Private seien dann eben im Wege mittelbarer Drittwirkung in Anspruch zu nehmen (BVerfG, Beschl. v. 18.07.2015, 1 BvQ 25/15 = NJW 2015, 2485 f., Rn. 5), wobei dies „nach Maßgabe einer Abwägung zu beachten" sei: „Die Reichweite dieser Bindung bestimmt sich dabei nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz in Ausgleich der sich gegenüberstehenden Grundrechte" (ebd., Rn. 6; siehe hierzu auch *Sebastian Schulenberg*, Der „Bierdosen-Flashmob für die Freiheit", DÖV 2016, 55 [59]; für eine Abwägung siehe auch *Henning Wendt*, Recht zur Versammlung auf fremdem Eigentum?, NVwZ 2012, 606 [607]). Diese Argumentation lässt sich unschwer auch auf privat betriebene virtuelle Räume ausweiten (so *Fischer-Lescano* und *Maurer*, die argumentieren, diese konstituierten „die Kombination aus Verkehrs- und Konsumfunktion öffentlicher Räume, die gesteigerte Grundrechtsbindung zur Folge haben", *Andreas Fischer-Lescano* und *Andreas Maurer*, Grundrechtsbindung von privaten Betreibern öffentlicher Räume, NJW 2006, 1393 [1394 f.]).

34 BVerfGE 69, 315 (343).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dienste des demokratisch verfassten Gemeinwesens (in anglo-amerikanischer Tradition), zwischen Minderheitenschutz und demokratischer Teilhabe, zwischen Opposition zum und Partizipation im Staat. Beide Dimensionen haben Eingang in die verfassungsgerichtliche Judikatur gefunden.

1. Die zwei Begründungsstränge der Versammlungsfreiheit

Die Versammlungsfreiheit ist in Deutschland ein (verfassungshistorisch) recht junges Phänomen. Im Mittelalter (wohl weitgehend) inexistent und im Absolutismus rigoros unterdrückt,[35] ist sie ein Kind des 19. Jahrhunderts. Noch bei den Kontraktualisten spielte sie keine ernstzunehmende Rolle.[36] Das praktisch gültige Versammlungsrecht des 17. und 18. Jahrhunderts fasste *Otto Gierke* mit den Worten zusammen: „Versammlungen und Vereine sind an jederzeit widerrufliche landesherrliche Genehmigungen gebunden, politische Verbindungen aber und alle geheimen Gesellschaften sind unter allen Umständen strafbare Vergehen."[37] Erst die Revolution des Jahres 1848 rückte die Versammlungsfreiheit ins Blickfeld der Verfassungsgebung. In Art. VII § 161 des Grundrechtskatalogs der Paulskirchenverfassung heißt es: „Die Deutschen haben das Recht, sich friedlich und ohne Waffen zu versammeln. Volksversammlungen unter freiem Himmel können bei dringender Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit verboten werden".[38]

---

35 *Martin Quilisch*, Die demokratische Versammlung, 1970, 34; noch im Preußischen Allgemeinen Landrecht aus dem Jahre 1794 heißt es: „Allem Zusammenlaufe des Volks an ungewöhnlichen Zeichen und Orten, besonders aber nächtlichen Schwärmereyen, und Beunruhigungen der Einwohner eines Orts, soll von der Obrigkeit durch ernstliche Mittel gesteuert werden." (ALR, II, 20, § 181).

36 Siehe *Thomas Hobbes*, Leviathan (herausgegeben von Noel Malcolm), Bd. 2, 2012, Chap. 22; *Jean-Jacques Rousseau*, Du contrat social, 1762, Liv. 2, Chap. 3; selbst *Christian Wolff*, der aus der natürlichen Freiheit des Menschen auch die Vereinigungsfreiheit ableitet, macht deren Realisierung von einer staatlichen Genehmigung abhängig, siehe *Friedrich Müller*, Korporation und Assoziation, 1965, 36 f.

37 *Otto Gierke*, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 1: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, 1868, 873; so auch *Karl Brater*, Vereine und Versammlungen, in: Johann Caspar Bluntschli/Karl Brater (Hg.), Deutsches Staats-Wörterbuch, Bd. 10, 1867, 755 (762); siehe *Quilisch* (Fn. 35), 35.

38 Verfassung des deutschen Reiches, RGBl. 1849, 101.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Versammlungsfreiheit als republikanische Freiheit

Im anglo-amerikanischen Raum wurde die Versammlungsfreiheit wesentlich früher – wohl seit Ende des 18. Jahrhunderts – gewährleistet.[39] Sie entwickelte sich weniger im Zusammenhang mit der Meinungsfreiheit, denn mit dem Petitionsrecht:[40] Es bildete sich nämlich die Praxis heraus, Petitionen an das Parlament öffentlich zu erörtern und zu beschließen.[41] Die ersten positivrechtlichen Verbürgungen der Versammlungsfreiheit fanden sich daher in den Verfassungen der amerikanischen Einzelstaaten. In Art. 16 der Declaration of Rights der Verfassung von Pennsylvania aus dem Jahre 1776 heißt es etwa:

> „That the people have a right to assemble together, to consult for their common good, to instruct their representatives, and to apply to the legislature for redress of grievances, by address, petition, or remonstrance."[42]

Die Versammlungsfreiheit erscheint in ihren ideengeschichtlichen Anfängen eher als „Hilfsrecht zur Ausübung des Petitionsrechts" denn als ein der Meinungsfreiheit verwandtes Recht.[43] Sie ist hier nicht in ihrer negativen, staatsabwehrenden Funktion aufgerufen, sondern vielmehr als „aktive politische Anteilnahme", als „Mitwirkung am institutionalisierten politischen Prozeß". *Abraham Lincoln* sah in ihr daher auch ein „verfassungsrechtliches Substitut für die Revolution".[44]

---

39 *Quilisch* (Fn. 35), 37.

40 Siehe auch *Kloepfer* (Fn. 5), Rn. 3; *Schulze-Fielitz* (Fn. 23), Rn. 1.

41 Etwaige rechtliche Beschränkungen blieben weitgehend wirkungslos, siehe *Mark Knights*, „The Lowest Degree of Freedom", The Parliamentary History Yearbook Trust 2018, 18.

42 Art. 16 A Declaration of the Rights of the Inhabitants of the Common-Wealth, or State of Pennsylvania, Constitution of Pennsylvania – 1776, in: Francis Newton Thorpe (Hg.), The Federal and State Constitutions, Bd. 5: New Jersey – Philippine Islands, 1909, 3081 (3084); siehe außerdem Art. 18 Constitution of North Carolina – 1776, in: Francis Newton Thorpe (Hg.), The Federal and State Constitutions, Bd. 5: New Jersey – Philippine Islands, 1909, 2787 (2788), und Art. 19 A Declaration of the Rights of the Inhabitants of the Common-Wealth of Massachusetts, Constitution or Form of Government for the Common-Wealth of Massachusetts – 1780, in: Francis Newton Thorpe (Hg.), The Federal and State Constitutions, Bd. 3: Kentucky – Massachusetts, 1909, 1888 (1892).

43 *Quilisch* (Fn. 35), 40.

44 *Abraham Lincoln*, Brief an Alexander H. Stephens (19. Januar 1860), in: Gilbert A. Tracy (Hg.), Uncollected Letters of Abraham Lincoln, 1917, 123 (127); siehe auch

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die europäischen Anfänge der Versammlungsfreiheit sind den angloamerikanischen wesentlich nachgelagert. Noch die französische *Déclaration des droits des citoyens et de l'homme* aus dem Jahre 1789 enthält keine entsprechende Gewährleistung. Und doch steht auch die europäische Versammlungsfreiheit zunächst in einem innigen Verhältnis zum Petitionsrecht: Art. 62 des Gesetzes vom 17. Dezember 1789 gibt den (französischen) Aktivbürgern das Recht, sich zu versammeln, um Petitionen zu beschließen.[45] In *Heinrich Zoepfls Grundsätzen des allgemeinen und des constitutionell-monarchischen Staatsrechts* aus dem Jahre 1841 heißt es:

> „Ueberdiess muss auch den Einzelnen in Bezug auf die gesetzgebende Gewalt das Recht der *Petition* an den Fürsten eben so wohl zugesprochen werden, wie es denselben auch in Bezug auf den Repräsentantenkörper zukömmt; auch muss es den Unterthanen verstattet sein, sich zur Berathung von *gemeinschaftlichen loyalen* Petitionen oder *Addressen* zu vereinigen und zu versammeln, und daher muss auch jedem Einzelnen freistehen, seine Mitbürger zu einem solchen Zusammentritte und zur Mitberathung und Mitunterzeichnung einer solchen Petition oder Addresse einzuladen. In diesem Sinne kann daher in der constitutionellen Monarchie von einem *Associationsrechte* (d. h. Rechte der Bildung von *Vereinen*) der Unterthanen, und von einem Rechte zur *öffentlichen* Versammlungen gesprochen, als einem Rechte, worauf die Unterthanen nach dem Geiste der Repräsentativ-Verfassung Anspruch haben, welche ein allgemeines und fortwährendes, lebendiges, politisches Interesse in dem Volke voraussetzt, und diess genährt und unterhalten wissen will."[46]

Fast sachlogisch folgt hieraus das preußische Gesetz vom 11. März 1850, demzufolge „Frauenspersonen, Schüler und Lehrlinge" nicht Mitglieder eines politischen Vereins sein können: Das politische Assoziationsrecht wurde als „Ausfluß der vollen politischen Rechtsfähigkeit" gesehen.[47]

John D. Inazu, The Forgotten Freedom of Assembly, Tulane Law Review 84 (2010), 565 (566).

45 *Quilisch* (Fn. 35), 41.

46 *Heinrich Zoepfl*, Grundsaetze des constitutionell-monarchischen Staatsrechts, 1841, 184 – Hervorhebungen durch den Autor.

47 *Brater* (Fn. 37), 769.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Auch das Bundesverfassungsgericht fällte den *Brokdorf*-Beschluss – die deutsche „Magna Charta der Versammlungsfreiheit“[48] – wohl weniger um der negative Freiheit der einzelnen Beschwerdeführer denn um der demokratisch-integrative Funktion der Versammlungsfreiheit willen. So qualifizierte es die Versammlung als ein Element „ursprünglich-ungebändigter unmittelbarer Demokratie“,[49] welches „auch und vor allem andersdenkenden Minderheiten zugute“ komme.[50] Das Gericht wollte – so *Lepsius* in der Rückschau – eine politische Auseinandersetzung, die sich außerhalb der verfassungsrechtlichen Sphäre der Staatsorgane abspielte, in eine verfassungsrechtliche Sphäre überführen, die im Grundrechtsgebrauch kulminierte.[51] Im *Brokdorf*-Beschluss erfolgt die für die bundesrepublikanische Verfassungsordnung maßgebliche Würdigung der Protestkultur „als eine legitime Ausdrucksform der Demokratie“.[52]

b) Versammlungsfreiheit als liberale Freiheit

Die kontinentaleuropäische Konzeption der Versammlungsfreiheit emanzipierte sich jedoch bald von ihrer petitionsrechtlichen Wurzel: Schon die französische Verfassung von 1791 stellt sie der Presse- wie der Meinungsfreiheit zur Seite.[53] Dort findet sie sich auch in Art. 7 der *Déclaration* aus dem Jahre 1793.[54] In der französischen Tradition wird die Versammlungsfreiheit so zu einem subjektiv-individuellen Recht der einzelnen Bürger. Der politisch-kollektive Bezug tritt dahinter zurück.[55]

---

48 *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Demonstrationsfreiheit durch Kooperation?, in: FS Simon, 1987, 379 (379); *Oliver Lepsius*, Versammlungsrecht und gesellschaftliche Integration, in: Anselm Doering-Manteuffel/Bernd Greiner/Oliver Lepsius, Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 1985, 2015, 113 (130).

49 BVerfGE 69, 315 (346 f.), *Hesse* zitierend, hier nach *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, § 12 Rn. 404.

50 BVerfGE 69, 315 (343). Siehe hierzu auch *Mathias Hong*, Die Versammlungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Stefan Brink/Hartmut Rensen (Hg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, 155 (157).

51 *Lepsius* (Anm. 48), 129.

52 Ebd., 116 f.

53 La Constitution Françoise, Proclamée le 18 Septembre 1791 & jours suivans, 1791, 5.

54 Acte constitutionnel du 24 Juin 1793 et Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, in: Gerges Berlia (Hg.), Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789, 6. Aufl. 1952, 62 (62 f.).

55 *Quilisch* (Fn. 35), 45.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Diese Herleitung der Versammlungsfreiheit wird auch für den deutsch-(sprachig)en rechtswissenschaftlichen Diskurs herrschend.[56] In der Weimarer Republik triumphiert die liberale Deutung vollends über jeden republikanischen Einfluss. *Gerhard Anschütz* konstatiert in seinem Kommentar, die Versammlungsfreiheit sei auf Abwehr staatlicher Eingriffe in die persönliche Freiheit, nicht aber auf die Anteilnahme an der Bildung des Staatswillens gerichtet, habe also mit den staatsbürgerlichen oder politischen Rechten nicht das mindeste zu tun.[57] Ausgehend von *Richard Thomas* wegweisendem Aufsatz zur Versammlungsfreiheit[58] wird sie in der Weimarer Staatsrechtslehre nur noch als ausschließlich polizeibegrenzend verstanden.[59]

2. *Konsequenzen der verschiedenen Begründungsstränge der Versammlungsfreiheit für die Körperlichkeit der Versammlung*

Die divergierenden Begründungsstränge zeitigen unterschiedliche Konsequenzen für die Frage nach der Körperlichkeit der Versammlung, die für die Beurteilung der *online*-Versammlung virulent wird: Im republikanisch-teilhaberechtlichen Narrativ ist sie akzidentiell, im liberal-abwehrrechtlichen Narrativ essentiell.

a) *Akzidentielle Körperlichkeit republikanischer Versammlungsfreiheit*

Von der Warte republikanischer Freiheit aus betrachtet erscheint die aktive Teilhabe am politischen Prozess bisher allein aus historisch-faktischen Gründen räumlich gebunden. Daher kann etwa *Judith Butler* auch die *virtuellen* Räume unproblematisch als Erscheinungsräume der demokrati-

---

56 So etwa ebd., 57.

57 *Gerhard Anschütz*, Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850, 1912, 527.

58 *Richard Thoma*, Grundrechte und Polizeigewalt, in: Heinrich Triepel (Hg.), Verwaltungsrechtliche Abhandlungen, 1925, 183.

59 So etwa bei *Heinrich von Jan*, Das Vereinsgesetz für das Deutsche Reich mit Nebengesetzen, 1931, 64, ähnlich *Fritz Stier-Somlo*, Vereins- und Versammlungsrecht, in: ders./Alexander Elster (Hg.), Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. 6, 1929, 373 (384); *Delius* sieht sie als „gegen die Polizeigewalt gemünzt" (*Hans Delius*, Artikel 123 und 124. Versammlungs- und Vereinsrecht, in: Hans Carl Nipperdey [Hg.], Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 2: Artikel 118–142, 1930, 138 [142]).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schen Versammlung fassen.[60] Denn das In-Erscheinung-Treten passiert für *Butler* zwischen den Körpern, „in einem Raum, der den Abstand [*the gap*] zwischen meinem eigenen Körper und dem Körper des anderen darstellt".[61] Hier rezipiert *Butler Hannah Arendt*, die zum Begriff des ζῷον πολιτικόν (*zoon politikon*) schreibt:

> „[…] als ob es im Menschen etwas Politisches gäbe, das zu seiner Essenz gehöre. Dies gerade stimmt nicht; der Mensch ist a-politisch. Politik entsteht in dem Zwischen-den-Menschen, also durchaus außerhalb des Menschen. Es gibt daher keine eigentlich politische Substanz. Politik entsteht im Zwischen und etabliert sich als der Bezug. [...] Freiheit gibt es nur in dem eigentümlichen Zwischen-Bereich der Politik."[62]

Hier kommt es zur Weichenstellung: Während die Versammlung im liberalen Narrativ gerade die Trennung von privat und öffentlich markiert, ist die Versammlung im republikanischen Narrativ das Öffentliche selbst. Es ist das politische *Handeln*, das den öffentlichen Raum erst konstituiert:

> „Die Sterblichen, die im Rahmen dieser Organisation handeln, haben sich für das Außerordentliche in ihrem Dasein, das an sich noch vergänglicher ist als sie selbst, einer Wirklichkeit versichert, die nur die Gegenwart einer Mitwelt, das Gesehen- und Gehörtwerden, das vor anderen In-Erscheinung-Treten, verleihen kann; dies „Publikum" in einem Zuschauerraum, in dem aber ein jeder zugleich Zuschauer und Mithandelnder ist, ist die Polis."[63]

Versteht man mit *Butler* und *Arendt* den öffentlichen Raum gerade als das Zwischen den Handelnden Entstehende, muss diese Rede metaphorisch, nicht physikalisch verstanden werden. Insoweit fügt sich die *online*-Versammlung nahtlos in den von den Vertretern der *e-Democracy* bemühten Legitimationsdiskurs ein, die den demokratischen Mehrwert des Internets auch gegenüber öffentlich-räumlichen Plätzen und körperlichen Ritualen der Demokratie betonen. Das Internet sei „mit dem Versprechen kommunikativer Gleichheit" und der „emanzipatorischen Vorstellung [...] egalitä-

60 *Judith Butler*, Notes Toward a Performative Theory of Assembly, 2015, 11.
61 Ebd., 77.
62 *Hannah Arendt*, Was ist Politik? (herausgegeben von Ursula Ludz), 2003, 11 f.
63 *Dies.*, Vita activa, 1981, 249; *Angelika Siehr*, Das Recht am öffentlichen Raum, 2016, 242, Fn. 178.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

re[r] Kommunikation", von „Dezentralität und Hierarchiefreiheit"[64] als „schillernder Hort der Gegenöffentlichkeit"[65] angetreten. Es sei der von *Bertold Brecht* in seiner zwischen 1927 und 1932 verfassten „Radiotheorie" bereits ersehnte „Kommunikationsapparat", der an die Stelle des klassischen Rundfunks als reinem „Distributionsapparat" trete und aus ihm so „eine wirklich demokratische Sache" mache.[66]

Jedenfalls bei vorhandener „Internetkompetenz"[67] berge die Digitalisierung „demokratieförderlich[e] Chancen". An die Stelle einer *top down*-könne eine *bottom up*-Legitimation treten (etwa im Rahmen von Onlinepetitionen oder Bürgerhaushalten).[68] Digitalität bedeute daher in erster Linie mehr Teilhabe, weil „Transaktionskosten und andere Zugangshürden fallen, wenn Bürger nicht mehr an die Öffnungzeiten der Amtsstube gebunden sind, sondern unabhängig von Zeit und Ort" partizipieren können.[69] Kurz: Die neue Technik eröffne „neue politische Optionen, Demokratie zu leben".[70]

---

64 *Carlos Becker*, Privatheit und kommunikative Freiheit im Internet, in: Daniel Jacob/Thorsten Thiel (Hg.), Politische Theorie und Digitalisierung, 2017, 45 (64–66); siehe zu dieser frühen Interneteuphorie auch *Züger*, *Milan* und *Tanczer* (Fn. 15), 268; zur demokratietheoretischen Ambivalenz des Internets siehe *Marianne Kneuer* und *Samuel Salzborn*, Digitale Medien und ihre Wirkung auf demokratische Prozesse, Zeitschrift für vergleichende Politikwissenschaft 10 (2016), 1 (4).

65 Welzel (Fn. 15), 74.

66 *Bertolt Brecht*, Vorschläge für den Intendanten des Rundfunks, in: ders., Gesammelte Werke, Bd. 18, 1967, 121; *ders.*, Der Rundfunk als Kommunikationsapparat, in: ders., Gesammelte Werke, Bd. 18, 1967, 127 (128); siehe *Jens Kersten*, IT und Demokratie, in: Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Innovationen im Recht, 2019, 305 (306).

67 Zum Problem fehlender Internetkompetenz und den daraus sich ergebenden Ausschlüssen *Bernd J. Hartmann*, Digitale Partizipation, MMR 2017, 383 (384), der von einer „digital divide" spricht.

68 *Gabriele Buchholtz*, Demokratie und Teilhabe in der digitalen Zeit, DÖV 2017, 1009 (1011); siehe zu Bürgerhaushalten auch *Martin Thormann*, Der Bürgerhaushalt und die digitale Demokratie, DÖV 2013, 325.

69 *Hartmann* (Fn. 67), 384; ganz ähnlich *Kersten* (Fn. 66), 310 f.

70 *Kersten* (Fn. 66), 306. Siehe hierzu auch Marianne Kneuer, E-Democracy, in: Tanja Klenk/Frank Nullmeier/Göttrik Wewer (Hg.), Handbuch Digitalisierung in Staat und Verwaltung, 2019, 1 (5).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Essentielle Körperlichkeit liberaler Versammlungsfreiheit

Für die Versammlungsfreiheit in der liberalen Verfassungstradition folgt die abwehrrechtliche Schutzgewährleistung aus den spezifischen Gefahren, die sich für die zeitlich-räumliche Festlegung der Meinungsfreiheit aus der spezifischen Äußerungsform in Gestalt einer (sodann notwendig körperlichen) Versammlung ergeben. Denn in der liberalen Tradition stellt die Versammlungsfreiheit als Abwehrrecht den Versammlungsteilnehmer dem Staat in einem dualistisch-antagonistischen Modell gegenüber: In gewisser Weise hält das schmittsche Freund-Feind-Denken Einzug in die Grundrechtsdogmatik, wenn als politisch allein der Gegensatz von Freund und Feind, der öffentliche Antagonismus zwischen kämpfenden Gesamtheiten von Menschen, jedenfalls aber die reale Möglichkeit des Kampfes, begriffen wird.[71] Es ist bezeichnend, wenn Versammlungsteilnehmer in einer linken Tageszeitung als „Partisanen" angesprochen, die Versammlung also als „Partisanenkampf" verstanden wird.[72] Denn der *Schmittsche* Partisan kämpft tellurisch: Seine Feindschaft ist raumhaft begrenzt; er „verteidigt ein Stück Erde, zu dem er eine autochthone Beziehung hat".[73] Durch die Digitalisierung der Versammlung wird just dieser tellurische Charakter des Partisanenkampfes infrage gestellt: Nicht zuletzt durch die Facebookgruppe „HambisImExil"[74] wurde der Protest im Hambacher Forst von Grund und Boden getrennt: „Man muss keine persönliche Beziehung zum Wald haben, um ihn schützen zu wollen", heißt es in ebenjener Zeitung.[75]

Dieses abwehrrechtliche Denken lässt sich anhand der einfachgesetzlichen Beschränkungen der Versammlungsfreiheit (und den entsprechenden Gesetzgebungsverfahren) exemplifizieren: So wurde im parlamentarischen Rat eine Meldepflicht für Versammlungen unter freiem Himmel erwogen, „um die Möglichkeit von Vorbereitungen durch die *Verkehrs*polizei zu gewährleisten".[76] Auch die Erwägung, dass Bannmeilengesetze die Versammlungsfreiheit einschränken sollten, fußt auf dieser Grundannahme der Körperlichkeit der Versammlung und ihrem Verständnis als *gegen*

---

71 *Carl Schmitt*, Der Begriff des Politischen, 1963, 25, 27, 35.
72 Siehe z.B. *Müllender* (Fn. 19), 2.
73 *Schmitt* (Fn. 71), 26, 93.
74 *Müllender* (Fn. 19), 2.
75 *Andrew Müller*, Politisches Erwachen, taz, 08.10.2018, 12.
76 Bericht des Unterausschusses I, in: Peter Bucher (Hg.), Der Parlamentarische Rat, Bd. 2: Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, 1981, 223, Fn. 102 – Hervorhebung durch die Verfasserin.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den Staat gerichtet. Hierzu erklärte der Abgeordnete *Kortmann* (CDU/CSU) im Jahr 1955: „Wir dürfen nicht von der Erwartung ausgehen, daß der heutige Zustand eines relativen inneren Friedens absolut dauerhaft ist und dauerhaft bleibt. Es kann auch durchaus sein, daß sich die Vorgänge aus der Zeit der Weimarer Republik in der Bundesrepublik einmal wiederholen."[77] Der Abgeordnete *Kahn-Ackermann* (SPD) entgegnet darauf nicht etwa mit einem Verweis auf den demokratisch-partizipatorischen Wert der Versammlung, sondern darauf, dass der Rhein eine „ziemlich schwer zu überschreitende natürliche Grenze" sei und man daher wohl keine Befürchtungen haben müsse, dass „das, was man in Beuel einbeziehen will, vielleicht als Vorbereitungsgebiet für amphibische Aktionen gegen den Bundestag benutzt werden könnte".[78]

IV. Die Digitalisierung der Versammlung und die doppelte Funktion der Versammlungsfreiheit

Was bedeuten diese unterschiedlichen Begründungsstränge der Versammlungsfreiheit jedoch für hybride und *online*-Versammlungen sowie andere digitalisierte Versammlungsformen, wie etwa Versammlungen in Chatrooms?[79] Ließe sich etwa unter Verweis auf die republikanische Dimension des Grundrechts annehmen, dass auch die *online*-Versammlung vom Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG erfasst sein müsse?

1. Die verschiedenen Phänotypen digitalisierter Versammlungen

Zunächst gilt es, zwischen den verschiedenen Phänotypen digita(lisiert)er Versammlung zu unterschieden:

Die digital erfolgende Versammlungsorganisation ist zweifellos von Art. 8 Abs. 1 GG geschützt. Denn Art. 8 GG erfasst den „gesamten Vorgang des Sich-Versammelns einschließlich des Zugangs zu einer sich bildenden Versammlung".[80] Ernsthaft zur Debatte steht allein die These *Kerstens*, wonach auch reine *online*-Versammlungen (und a fortiori auch die nicht kör-

77 2. Deutscher Bundestag, 79. Sitzung, Bonn, Mittwoch, den 4. Mai 1955, 4374.
78 Ebd., 4375.
79 Dieser wird etwa von *Möhlen* (Fn. 4), 222, angeführt.
80 *Hong* (Fn. 50), 160; siehe BVerfG (Fn. 33), Rn. 11, unter Verweis auf BVerfGE 84, 203 (209).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

perlich-anwesende „Teilnehmer“ einer hybriden Versammlung) dem Schutz der Versammlungsfreiheit unterfallen.

Bei liberaler Lesart kann dies nur verneint werden. Denn die abwehrrechtlich hergeleitete Versammlungsfreiheit schützt allein die körperlich-äußerlich-erkennbare Manifestation von Meinung. Sie verhält sich zur Meinungsfreiheit wie die Bekenntnis- zur Religionsfreiheit; die Erkennbarkeit für Dritte ist ihr Markenzeichen. Die hybride Versammlung kann daher (jedenfalls für die nicht körperlich Anwesenden) ebensowenig wie die *online*-Versammlung in den Schutzbereich einer dergestalt konzeptualisierten Versammlungsfreiheit fallen: Die Gefährdungslage ist hier schlechterdings nicht vergleichbar. Erdoğan wäre dem staatlichen Zugriff auch bei virtueller Versammlungs„teilnahme“ entzogen gewesen, hätte er sich doch im Versammlungszeitpunkt in der Türkei und nicht in Köln aufhalten sollen; und auch des Organisators der Lufthansa„blockade“ wurde man nur habhaft, weil er selbst versucht hatte, die „Versammlung“ anzumelden und zugleich die Lufthansa von seinem Vorhaben in Kenntnis gesetzt hatte. Die staatliche Handlungsoption des Polizeikessels scheidet bei *online*-Versammlungen ebenso aus, wie bei hybriden Versammlungen für die nicht körperlich anwesenden „Teilnehmer“.

Auch wenn sie gerade nicht von der Meinungskundgabe aus auf die Versammlung blickt, kann auch eine republikanisch konzeptualisierte Versammlungsfreiheit mit einem (D)DoS-Angriff in der Gestalt, wie er etwa zulasten der Lufthansa durchgeführt worden ist, nichts anfangen. Ihr geht es um das Verhältnis der Versammlungsteilnehmer zueinander, die sich gerade versammeln, *um* gemeinsam zu erörtern.[81] Nur wo diese Voraussetzung erfüllt werden – also die Kommunikation der Teilnehmer untereinander gewährleistet ist – ist vor dem Hintergrund einer republikanisch konzeptualisierten Versammlungsfreiheit gegen die Einbeziehung von *online*-Versammlungen in den Schutzbereich (zunächst) nichts zu erinnern. Denn der virtuelle Raum weist das Potential auf, demokratische Teilhabe zu verbessern.[82] Die Versammlung entfaltet hierbei unabhängig von ihrem Ort wichtige Legitimationspotentiale, wenn in ihr „durch ständige geistige

81 Siehe hierzu *Daniel Kuchler*, Arendt, Macht und Information, in: Daniel Jacob/Thorsten Thiel (Hg.), Politische Theorie und Digitalisierung, 2017, 161 (161). Siehe zu fehlenden „‚Wir‘-Gefühl als Empfinden des kollektiven Handelns“ bei der *online*-Demonstration auch *Klutzny* (Fn. 23), 52.

82 Siehe hierzu auch *Stephan Hobe*, Der moderne Verfassungsstaat im Cyberspace, HStR^3 XI, 2013, § 231, Rn. 33. *Kersten* (Fn. 14), 144; *ders.* (Fn. 66), 309. Hierin könnte auch ein Ausweg aus dem Problem des Schwindens synchroner Freizeit erblickt werden (siehe hierzu *Juli L. Rose*, Freedom of Association and the Tempo-

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Auseinandersetzung, gegenseitige Kontrolle und Kritik die beste Gewähr für eine (relativ) richtige politische Linie als Resultante und Ausgleich zwischen den im Staat wirksamen politischen Kräften" erfolgt. Das „Recht des Bürgers auf Teilhabe an der politischen Willensbildung" äußert sich so „auch in der Einflußnahme auf den ständigen Prozeß der politischen Meinungsbildung".[83] Maßgebliches Kriterium sind hier die „politischen Artikulationschancen für Bürgerinnen und Bürger"[84] – die sich mit der zunehmenden Digitalisierung unweigerlich ins Internet verlagern. Die *online*-Versammlung weist so eine gewisse Nähe zur – allgegenwärtigen – Onlinepetition auf, deren (demokratisch-partizipatorische) Sinnhaftigkeit weitgehend außer Frage steht.[85]

2. *Der Gewährleistungsgehalt von Art. 8 Abs. 1 GG zwischen Republikanismus und Liberalismus*

Welche Versammlungsfreiheit findet sich jedoch in Art. 8 Abs. 1 GG? Ist diese Versammlung liberal, republikanisch, oder beides? Wieviel Körper braucht die Versammlung des Grundgesetzes?

Was den Gewährleistungsgehalt der grundgesetzlichen Versammlungsfreiheit anbelangt, lässt sich nur konstatieren: Das Verhältnis der verfassungsrechtlichen Gewährleistung zu ihrem liberalen wie republikanischen Erbe ist – wie schon die vorstehende Analyse des *Brokdorf*-Beschlusses zeigt – ambivalent.

Einerseits steht Art. 8 Abs. 1 GG schon dem Wortlaut nach eindeutig in der Weimarer Tradition. Andererseits gibt es, wie *Martin Quilisch* ein-

---

ral Coordination Problem, The Journal of Political Philosophy 24 [2016], 261). Fraglich ist freilich, inwieweit die vielerorts erwartete gesteigerte Partizipation sich tatsächlich einstellt: Die Einführung der Onlinepetition hat die absolute Zahl der Einzelpetitionen nicht erhöht und Massenpetition sind *offline* noch immer erfolgreicher, siehe *Buchholtz* (Fn. 68), 1011. Zur teils fehlenden politischen Akzeptanz ebd., 1012 f.

83 BVerfGE 69, 315 (345 f.).

84 *Kersten* (Fn. 14), 133.

85 Siehe hierzu *Albert Ingold*, Grundrechtsschutz sozialer Emergenz, Der Staat 53 (2014), 193 (194); eingeführt wurde die Möglichkeit der öffentlichen *online*-Petition bereits 2005 (Nr. 2.2 IV der auf Grundlage von § 110 Abs. 1 GOBT erlassenen Verfahrensgrundsätze), siehe hierzu ausführlich *Kersten* (Fn. 66), 329. Siehe zum Zusammenhang mit „Visionen eines demokratischen Aufbruchs in Szenarien elektronischer Demokratie" *Hartmut Bauer*, Partizipation durch Petition, DÖV 2014, 453 (454).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

drucksvoll herausgearbeitet hat, gute Gründe, die gegen eine vollständige Reduktion der grundgesetzlichen Gewährleistung auf die negativ-freiheitliche Dimension sprechen. Denn die formelle wie materielle Geltungskraft der grundgesetzlichen Versammlungsfreiheit übersteige diejenige der Weimarer Zeit erheblich. So sei nicht nur die Polizeigewalt, sondern die Staatsgewalt „in allen ihren Manifestationen" an die Grundrechte gebunden (Art. 1 Abs. 3 GG) und das Grundrecht sei gerade wegen seines politischen Bezuges in Art. 18 GG aufgeführt, wodurch eine besondere Bindung an die freiheitlich-demokratische Ordnung offensichtlich werde. Hierin liege daher gerade eine Abkehr von der Weimarer Kupierung der Versammlungsfreiheit, verbunden mit einer Hinwendung zu ihrer „öffentlichen, aktiv-demokratischen Funktion" als „Organisationsgrundrecht", welches nicht „nur eine aritmetische Summierung individueller Grundrechtspositionen", sondern auch eine kollektiv-soziale Schutzrichtung aufweise.[86]

Die Versammlungsfreiheit ist ein „Grundrecht bürgerschaftlicher Selbstbestimmung".[87] Das Grundgesetz, so konstatiert auch *Christian Bumke*, zeichnet sich gerade durch eine Abwendung vom monadischen Liberalismus des 19. Jahrhunderts aus, die mit einer Hinwendung zu „gesellschaftlich gebundene[r] Freiheit" einhergehe.[88] Im Bayerischen Grundgesetzentwurf resortiert die Versammlungsfreiheit nicht von ungefähr unmittelbar zwischen Meinungsfreiheit und Wahlrecht, zwischen Abwehrrecht und Teilhabe.[89]

Auch der verfassungsgerichtlichen Judikatur lässt sich zur Verortung der Versammlungsfreiheit zwischen diesen beiden Polen wenig Erhellen-

86 *Quilisch* (Fn. 35), 92 f., 147, 149. Er begreift die Versammlungsfreiheit daher als „Kampfrecht in einer pluralistischen Gruppengesellschaft": „Nicht nur das Sichvertragen, sondern auch das Sichschlagen gehört zu einer demokratischen Verfassungsordnung" (ebd., 159 f.). Den demokratischen Mehrwert der Versammlungsfreiheit gegenüber der Meinungsfreiheit sieht er daher auch in der dreifachen Schutzrichtung: (1) Meinungsäußerung, (2) räumliche Zusammenfassung und (3) Organisation der Teilnehmer (ebd., 169).

87 *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Standards für die Verwirklichung der Versammlungsfreiheit in Europa, in: FS Papier, 2013, 267 (267).

88 *Christian Bumke*, Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz, AöR 144 (2019), 1 (16), der auch auf *Niklas Luhmann*, Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, 1965, verweist (ebd., 49).

89 Siehe Bayerischer Entwurf eines Grundgesetzes für den Verfassungskonvent, in: Peter Bucher (Hg.), Der Parlamentarische Rat, Bd. 2: Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, 1981, 45.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des entnehmen. Während die Anfänge der Versammlungsfreiheit in Deutschland sicher in der abwehrrechtlichen Dimension zu verorten sind, hat das Bundesverfassungsgericht im *Brokdorf*-Beschluss dieser Traditionslinie bewusst auch die anglo-amerikanische, teilhaberechtliche Dimension zur Seite gestellt. Seither sind maßstabsbildende Senatsentscheidungen zur Versammlungsfreiheit rar geworden.[90]

Und doch wird man die verfassungshistorischen wie -dogmatischen Hintergründe nicht außer Acht lassen dürfen. Schon in der *Lüth*-Entscheidung heißt es:

> „[D]ie Grundrechte sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Das ergibt sich aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung der Grundrechtsidee wie aus den geschichtlichen Vorgängen, die zur Aufnahme von Grundrechten in die Verfassungen der einzelnen Staate geführt haben."[91]

Wenn sie auch weithin als „Urknall"[92] einer Umbil-dung der Grundrechte hin zu einer objektiven Werteordnung erinnert wird, enthält sie auch ein klares Bekenntnis zur abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte, die schon mit Blick auf die historischen Entstehungsbedingungen des Grundgesetzes niemals negiert werden kann.[93] Unter diesen Vorzeichen kommt eine einseitige Reduktion der Versammlungsfreiheit allein auf ihren republikanischen – körperlosen – Gehalt nicht in Betracht.

In der grundgesetzlichen Gewährleistung der Versammlungsfreiheit findet sich vielmehr ein Amalgam der konkurrierenden Versammlungstopoi: das republikanisch-funktionale Argument findet ebenso Gehör, wie das liberal-abwehrrechtliche. Der Gewährleistungsgehalt wird daher (jedenfalls auch) ausgehend von der grundrechtstypischen Bedrohungslage – dem staatlichen Zugriff auf gleichzeitig körperlich anwesende Versammlungsteilnehmer – her bestimmt werden müssen.

Ungeachtet der Frage, ob die *Veranstalter* einer hybriden Versammlung die Behinderung der *online*-Teilnahme unter Verweis auf Art. 8 GG rügen könnten, kommt eine Berufung auf die Versammlungsfreiheit des Grund-

---

90 *Lepsius* (Fn. 48), 153.

91 BVerfGE 7, 198 (204 f.).

92 *Robert Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht, VVDStRL 61 (2002) S. 7 (9); in diesem Sinne auch *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1990, 22-44; Krit. zu dieser Wahrnehmung als Zäsur *Bumke* (Fn. 88), 10.

93 Siehe auch *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529 (1537 f.); siehe auch *Bumke* (Fn. 88), 63–67.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gesetzes für nicht körperlich anwesende Versammlungs„teilnehmer“ daher nicht in Betracht. Diese sind auf den Schutz anderer Grundrechte, namentlich der Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 GG, verwiesen.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Datenmacht des digitalen Staates: Datenformate und Datenstrukturen

Dirk Pohl

I. Einleitung

Das System Recht und mit ihm die Rechtswissenschaft scheint sich mit der Automatisierung, Digitalisierung und dem verstärkten Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologie im staatlichen Bereich trotz bald 50 Jahre zurückreichender Ansätze immer noch schwer zu tun. Die bisherigen Zugänge zur Digitalisierung von Staatsaufgaben bewegen sich häufig ganz innerhalb der traditionellen E-Government-Definition, wonach darunter eine elektronische Nachbildung von bestehenden Verwaltungsvorgängen zu verstehen ist[1]. Grundlegende Änderungen sind dagegen ein vergleichsweiser neuer Gedanke:[2] Dabei wird man feststellen müssen, dass nur mit nicht-standardisierten und das Analoge nicht schlicht imitierenden Lösungen echte Innovation durch die Informatisierung staatlicher Vorgänge erreicht werden kann.[3] Ein solcher Wandel erfordert in der Regel aber einen höheren (rechts-)theoretischen Begründungsaufwand.[4]

Ergänzend zu den bisherigen Ansätzen – deren Sinnhaftigkeit und insbesondere Praxistauglichkeit für eine tatsächlich fortschreitende Digitalisierung freilich nicht in Abrede gestellt werden soll – soll hierzu im Fol-

---

1 *Guckelberger*, VVDStRL 78 (2019), 235 (238 mwN.); zu anspruchsvolleren E-Government-Visionen s. *Britz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Verwaltungsrecht Bd. II, 2. Aufl. 2012, § 26 Rn. 2; zusammenfassend *Frieß*, DVP 2018, 420 f.; kritisch zum Ist-Stand der Verwaltungsdigitialisierung: *Martini*, DÖV 2017, 443 f. (insb. S 446 zu Problemen vermeintlicher internationaler Vorreiterländer), *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 12, *Ruge*, NdsVBl 2017, 321 (324), *Pistorius*, Der Landkreis 2017, 684 (684).

2 *Voßkuhle,* in: FS Holzinger, 2017, S. 767 (769 f.).

3 *Hill*, Sei Innovativ, Verwaltung!, 2018, S. 11; ähnlich zum ermöglichenden Potential des Internets *Lederer*, Open Data, 2015, S. 315, sowie *Kempen*, Staat und Raum, 2014, S. 56.

4 Vgl. *Kilian*, CR 2017, 202 (209); daneben fehlt es schlicht an individualisierten IT-Lösungen, *Britz* (Fn. 1), § 26 Rn. 33.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

genden der Versuch unternommen werden, den informatisierten Staat als objektivrechtliche Machtressource zu erfassen und über die bisher im Bereich des E-Government vorherrschende subjektivrechtliche Diskussion hinauszugehen, um die notwendige Einhegung dieser Machtposition zu untersuchen.[5] Dies führt weg von den detaillierten und punktuellen Regelungen der E-Government-Gesetze, des Verwaltungsrechts und subjektiver Rechte des Einzelnen, hin zu grundlegenderen verfassungsrechtlichen Konflikten, um die Digitalisierung staatlicher Aufgabenerfüllung ganzheitlicher untersuchen zu können.

II. Abbildung von Chancen und Risiken eines Digitalisierungsprozesses

Die im Bereich des E-Government zu beobachtende Betonung subjektivrechtlicher Perspektiven, zusammen mit einem Fokus auf einzelne Verwaltungsvorgänge, kann dazu führen, dass sowohl Chancen als auch Risiken einer Digitalisierung staatlicher Aufgabenerfüllung nicht sachgerecht abgebildet werden.

1. Darstellung des gesamtgesellschaftlichen Nutzens

Oft erfolgt der Zugang zu Digitalisierungsthemen aus Sicht entweder des Datenschutzes oder der Informationsfreiheit, die letztendlich in subjektiven Rechtspositionen verwurzelt sind. Die Perspektiven sind mit zu berücksichtigen, die damit einhergehende Beschränkung des Beobachtungsstandpunktes wird einem Prozess von gesamtgesellschaftlicher Bedeutung mit einer vielfältigen Interessenlage jedoch nicht vollends gerecht. Ebendies soll durch die objektiv-rechtliche Perspektive vermieden werden. Es soll von einem Begriff des objektiven Rechts ausgegangen werden, der nicht weitgehend inhaltsleer als Gesamtheit aller Rechtsnormen definiert ist, sondern den Nutzen für das Gemeinwesen als obersten Zweck und Perspektive der Betrachtung annimmt[6]. Dies soll die subjektiven Rechtspositionen nicht negieren oder gar eine Rückkehr zu naturrechtlichen Ideen

5 Zur Notwendigkeit Anm. *v. Lewinski*, VVDStRL 78 (2019), 341; die Tatsache, dass die Digitalisierung etablierte Machtkonstellationen verändert, wird in der Soziologie kaum bestritten, vgl. *Nassehi*, Theorie der Digitalen Gesellschaft, 2019, S. 26 mwN.

6 Vgl. zu dieser Begriffbildung bspw. *Braun*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 2011, S. 146.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Pflichtenabhängigkeit von Berechtigungen des Einzelnen bedeuten: Es geht lediglich um die Weitung, nicht die Ersetzung der Perspektive. Die Grundrechte und daraus folgende Rechtspositionen sind als integrale Teile eines richtigen Gemeinwohlverständnisses aufzufassen.[7] Zu weit verstandene Einzelrechte laufen aber dennoch Gefahr mit den Funktionsbedingungen des Ganzen in Konflikt geraten.[8]

2. *Verwaltungsperspektive*

Darüber hinaus besteht im Bereich des E-Governments durch die isolierte Betrachtung einzelner Vorgänge die Gefahr, dass ein zu starker Fokus auf die Interessen der konkret digitalisierten Verwaltungsuntereinheit gelegt wird, die Interessen des Staates als Ganzes im Hinblick auf eine Einheit der Staatsgewalt somit einseitig zugunsten der Gewaltenteilung zurücktreten. Auch hier bestehen somit zwei gegenläufige Prinzipien, deren Ausgleich auf höherer Ebene wünschenswert erscheint. Beharrungstendenzen der Verwaltung ingesamt[9] oder sogar einzelner Behörden, mithin die sogenannte spezifische Rationalität der öffentlichen Verwaltung[10], können hier wiederum der optimalen Ausnutzung der Chancen einer Staatsdigitalisierung im Sinne einer möglichst effektiven Aufgabenerfüllung im Wege stehen. Andererseits sind das vor Ort vorhandene Erfahrungswissen und Selbststeuerungspotential natürlich in angemessener Weise zu nutzen, da sie sich nicht durch Fremdsteuerung aus der Ferne komplett ersetzen lassen.[11]

3. *Risikosummierung*

Auf den ersten Blick paradox, kann die Darstellung aus subjektiv-rechtlicher Perspektive Risiken für den Einzelnen verdecken. Die klassische, am Verfassungsprozess orientierte Darstellung verlangt eine aufspaltende Betrachtung von Einzelbeziehungen im Hinblick auf einzelne Schutzberei-

---

7 *J. Isensee*, HStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 71 Rn. 61.
8 Hierzu *Braun* (Fn. 6), S. 147; s. zu Sozialbezug, Gemeinschaftsgebunden und -bezogenheit des Individuums BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, 1 BvR 209/83 uA; BVerfGE 65, 1 (44 ff.) – Volkszählungsurteil.
9 *Guckelberger*, VVDStrRL 78 (2019), 235 (251 mwN.).
10 *Scherzberg*, Die Öffentliche Verwaltung, 2000, S. 78.
11 Ebenda, S. 63.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

che und Einzeleingriffe. In dieses Schema passt sich die Analyse von Gesamtbelastungen aus der Summe vieler Einzeleingriffe schwer ein. So wird in der Literatur auf die Gefahr kumulierender Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung unter dem Stichwort einer Überwachungsgesamtrechnung[12] bereits umfassend hingewiesen. Auch im Hinblick nur auf die hier gegenständlichen staatlichen Datenerfassungen drängt sich der Gedanke geradezu auf.[13] Ähnliche Thematiken sind auch unter den Stichwörtern „Berücksichtigung von Summierungseffekten", „Additiver Grundrechtseingriff" oder „doppelte Verhältnismäßigkeitsprüfung"[14] bereits Teil der juristischen Diskussion.

Soweit die neu eingesetzten Technologien darüber hinaus neben der Erreichung von intendierten Zwecken erhebliche neue Risiken schaffen – auch für die Freiheit des Einzelnen[15] – können die bisherigen Regelungen für die analoge Welt diese ohnehin nicht ausreichend berücksichtigen. Mit dem teils auch ungewissen Risiko durch den flächendenkenden Einsatz digitaler Aufgabenerfüllungsinstrumente im staatlichen Bereich muss ein rechtlicher Umgang gefunden werden.

III. Bedeutungszuwachs der Information in der Informationsgesellschaft

Der Begriff der Informationsgesellschaft wird häufig und teils formelhaft verwendet[16] ohne, dass es für die hiesigen Betrachtungen auf eine umfassende Darstellung des Streitstandes ankommt. Unterschiede bestehen im Wesentlichen hinsichtlich der Akzentuierung bestimmter Entwicklungen und in der Bewertung ihrer gesamtgesellschaftlichen Bedeutung. In der Sache lässt sich zusammenfassend feststellen, dass die Digitalisierung auf eine ausdifferenzierte Gesellschaft trifft, deren vorhandene Strukturen zwar zunehmend dem Einfluss moderner Informations- und Kommunikationstechnologie unterliegen, die aber dadurch nicht komplett obsolet werden

12 Vgl. zusammenfassend *F. Richter*, DuD 2019, 107 ff.

13 Die Wirkung privater Überwachung bleibt im Weiteren außen vor, ohne ihre Bedeutung in Abrede stellen zu wollen, vgl. dazu *F. Richter*, DuD 2019, 107 (108).

14 Überblick jeweils bei *Klar*, MMR 2012, 788 (790 ff.) mit Verweis auf *ders.*, Datenschutzrecht und Visualisierung des Öffentlichen Raums, 2012, S. 95 f.

15 So *Trute*, VVDStRL 57 (1998), 216 (255); in diese Richtung auch *Scherzberg*, VVDStRL 63 (2004), 214 (216); ähnlich *Zöllner*, Informationsordnung und Recht, 1990, insb. S. 12.

16 Kritisch insoweit *Kloepfer*, in: Kloepfer (Hrsg.), transparente Verwaltung, 2003, S. 9 (11), der die Definitionen als zu unbestimmt betrachtet.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

oder wegfallen. Die Menge der mit vertretbarem Aufwand erreichbaren und auswertbaren Informationen nimmt deutlich und immer noch weiter zu.[17] Bedeutender ist daneben jedoch die starke Zunahme der der Information zugestandenen Bedeutung oder deren Wertes für Staat und Gesellschaft.[18]

IV. Staatliche Machtausübung in der Informationsgesellschaft

Die Verwirklichung des Gemeinwohls verlangt zunächst nach einem stabilen Fundament, nach Mitteln dieses effektiv umzusetzen. Dieses Fundament bietet der Staat im engeren Sinne als Herrschaftsorganisation. Natürlich soll dies nicht eine Existenz des Staates um seiner selbst Willen bedeuten, sondern die Wichtigkeit des Staates als Mittel zur darauffolgenden Sicherung und Gestaltung des Gemeinwohls betonen[19]: Der Staat ist notwendig, um Freiheit zu sichern und teils überhaupt erst zu ermöglichen.[20]

1. Traditionelle Machtmittel

Ohne eine gewisse Selbstbehauptung des Staates ist Freiheit kaum zu denken. Er verfügt dafür über verschiedene Machtmittel.

a) Aktionsmacht

Der Schutz des Einzelnen vor den Übergriffen anderer und die Sicherstellung von Frieden[21] stellt die unterste,[22] zu den Anfängen des modernen Staates zurückverfolgbare Aufgabe und Legitimation des Staates dar. Auf dieser grundlegenden Legitimationsstufe ist zunächst jeder Einzelne im

---

17 In diese Richtung wohl auch *Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, S. 99; *ders*, VVDStRL 63 (2004), 214 (216).

18 *Kloepfer* (Fn. 16), S. 12; ähnlich *Druey*, in: FS Pedrazzini, 1990, S. 379 (379), *Castells*, in: Castells (Hrsg.), The Network Society, 2004, S. 3 (7).

19 *J. Isensee* (Fn. 7), § 71 Rn. 83.

20 *Jestaedt*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 14 Rn. 4.

21 *J. Isensee* (Fn. 7), § 71 Rn. 76.

22 Aber freilich nicht Einzige, vgl. im Einzelnen *J. Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, insb. S. 7 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verhältnis zur Hoheitsmacht machtschwach,[23] um überhaupt Freiheit zu ermöglichen. Zu diesem Zwecke ist dem Staat das Gewaltmonopol im Sinne legitimer Ausübung von Aktionsmacht zugeordnet. Das Gewaltmonopol ist eine wichtige theoretische Grundvoraussetzung des modernen Staates,[24] denn ohne das Vorhandensein der Ultima Ratio einer Durchsetzung würden auch die weiteren Formen der staatlichen Machtausübung an Bedeutung einbüßen.

b) Rechtsetzungsmacht

Die tatsächliche und insbesondere regelmäßige Nutzung von Gewalt im Sinne von Aktionsmacht zum Machterhalt wird allerdings bereits als Indiz für das Schwinden von Macht angesehen.[25] Rechtsstaatliche Gewaltausübung erfolgt im Regelfall nicht durch körperlichen Zwang, sondern durch „Herrschaft des Wortes"[26]. Sie stützt sich zwar auf die Möglichkeit, das angestrebte Ziel als einzige Institution rechtmäßig durch Zwang herbeiführen zu können, setzt aber im Normalfall auf die Einhaltung ohne die Ausübung von Gewalt. Sicherheit aus Sicht des Einzelnen muss aber dann im Rechtsstaat nicht nur im oben diskutierten Sinne vor Übergriffen anderer, sondern ebenso vor solchen des durchsetzungsstarken Staates gewährt werden. Dies wird materiell durch die Garantie von Grundrechten, daneben durch die Bindung an das Gesetz und Rechtsschutzgarantien verwirklicht.[27]

Gerade die Notwendigkeit, einen Eingriff in Rechte des Einzelnen auf ein Gesetz zu stützen, ist dabei bedeutende rechtsstaatliche Beschränkung der Macht. Hierdurch ist staatliches Handeln nicht nur klar beschränkt, sondern dies ermöglicht auch erst eine Debatte um Einhaltung oder Überschreitung der Grenzen mit rechtlichen Argumenten,[28] auch vor unabhängigen Gerichten. Zudem stellt jedenfalls das parlamentarische Gesetz über

---

23 *Bumke*, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Offene Rechtswissenschaft, 2010, S. 435 (442).

24 *J. Isensee* (Fn. 7), § 15 Rn. 86; s. auch *Boehme-Neßler* ZÖV 2009, 145 (162) zur Aktionsmacht als klassischer Staatsmacht mwN.; auf die Zulässigkeit privater Aktionsmacht im Ausnahmefall hinweisend *J. Isensee* (Fn. 22), S. 25.

25 *Neuberger*, in: Lobigs/Neuberger (Hrsg.), Meinungsmacht im Internet, 2018, S. 17 (19).

26 So bei *P. Kirchhof*, HStR, Bd. II., 3. Aufl. 2004, § 20 Rn. 16, 13.

27 Vgl. *J. Isensee* (Fn. 7), § 71 Rn. 79.

28 *Braun* (Fn. 6), S. 258.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

das gewählte Parlament jeweils die Rückbindung der Machtausübung an den Willen des Volkes sicher.

2. Zielsetzung: Gemeinwohl

Als allgemeiner Zielwert des modernen Staates gilt das nur schwer mit materiellem Inhalt füllbare „Gemeinwohl". Umschrieben wird es als die Fiktion einer Einheit aller Partikularinteressen der Einzelnen und des Staates, die praktisch nicht erreichbar, dennoch aber immer anzustreben sei[29]. Die Gefahr einer rein rhetorischen Berufung auf und Verwendung des Gemeinwohlbegriffes[30] ist kaum zu leugnen, es sollen aber dennoch einige akzeptierte Kernelemente herausgearbeitet werden, die für die Betrachtung staatlicher Datenstrukturen von Bedeutung sind. Der Fokus soll hier auf der Zuweisung des Bestimmungsrechts über den Inhalt des Gemeinwohls, sowie dessen zukunftsgewandten Elementen liegen.

a) Definitionshoheit über das Gemeinwohl

Das schon früh als „Dilemma statistischer Erhebungen"[31] bezeichnete Problem hat sich durch die Zunahme der verfügbaren und verarbeitbaren Digitalen Informationen noch verstärkt: Seine vielfältigen Ziele könne der moderne Leistungsstaat dann am besten erfüllen, wenn er seine Fähigkeit zur rationalen Analyse der Gesellschaft steigere.[32] Dies entspräche auch der rationalen Ausrichtung des modernen Staates. Allerdings spricht die freiheitlich-demokratische Ausrichtung des Grundgesetzes dagegen, dass sich der Staat rein der Erreichung von durch leistungsstarke Planungssysteme errechneten, vermeindlich rationalen, objektiven Zielen verschreiben darf.

In der differenzierten Ausgestaltung der Kommunikationsverfassung tritt die gesamtstaatliche Bedeutung eines freien Informationsflusses am deutlichsten hervor.[33] Ein möglichst freier Diskurs wird bei der Wahrheitsfindung für vorteilhaft gehalten.[34] Bezüglich der öffentliche Interessen be-

---

29 In diese Richtung *J. Isensee* (Fn. 7), § 71 Rn. 11 u. 51.
30 Dazu *J. Isensee* (Fn. 7), § 71 Rn. 4.
31 *Simitis*, NJW 1984, 398 (403).
32 Ebenda, S. 403.
33 Vgl. *Drefs*, in: Dreier u.a.(Hrsg.), Informationen der öffentlichen Hand, 2016, S. 89 (93).
34 *Jestaedt*, Meinungsfreiheit, in: HGR IV, 2011, § 102 Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rührenden Informationen wird auf deren Wert für den demokratischen Verfassungsstaat,[35] aber auch für Demokratie-, Rechts- und Sozialstaatsprinzip[36] hingewiesen: Der freie Austausch und der Kampf der besseren Argumente diene letztendlich dem Nutzen der Allgemeinheit[37] und verhindere die allgemeine Durchsetzung falscher Ansichten[38]. Auf diesem Wege und nicht durch eine vermeindlich objektive Richtigkeit von großen Mengen an Computerdaten bestimmen sich die Gemeinwohlinteressen im Rechtsstaat des Grundgesetzes. Die Kommunikationsfreiheiten dienen unter Zuhilfenahme dieses Mechanismus der Richtigkeitskontrolle als zentrale Kontrollinstanz für hoheitliche Tätigkeit.[39] Der Meinungsbildungsprozess und Informationsaustausch ist im gesamtgesellschaftlichen Interesse an der freien und individuellen Meinungsbildung[40] offen zu halten[41]. Kommunikationsfreiheiten sollen Bevormundung verhindern – in alle Richtungen[42], auch und gerade gegenüber dem Staat: Die Willensbildung hat vom Volk zu den Staatsorganen hin stattzufinden und nicht umgekehrt.[43] Dies gilt über diese konkreten Ansätze im Grundgesetz hinaus letztendlich insgesamt auch für die inhaltliche Ausfüllung des Gemeinwohls im freiheitlichen-demokratischen Staat. Der Staat verfügt über Letztentscheidungsrechte und Machtmittel zur Durchsetzung des Gemeinwohls.[44] Beides ist nötig: Ohne anfängliche Befriedung durch den machtstarken Staat, ist ein freier Diskurs nicht denkbar. Mangels Maßstabs für die Richtigkeit der getroffenen Entscheidung ist am Ende auch eine Instanz notwendig, die eine bindende Letztentscheidung trifft. Die inhaltliche Bestimmung der durchzusetzenden Ziele ist dagegen dem Volk zuge-

---

35 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 5 I, II Rn. 164 mwN.; BVerfG, Beschl. v. 11.01.1994, 1 BvR 434/87, BVerfGE 90, 1 (20 f.); BVerfG, Beschl. v. 04.11.2009, 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300 (320 f.).

36 *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten, 2002, S. 69.

37 Ebenda, S. 69.

38 BVerfG, Beschl. v. 11.01.1994, 1 BvR 434/87, BVerfGE 90, 1 (20); BVerfG, Beschl. v. 04.11.2009, 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300 (320 f.).

39 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 5 I, II Rn. 40 mwN.

40 StRspr., vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.10.2005, 1 BvR 396/98, BVerfGE 114, 371 (387 mwN.); dazu auch *Hartl*, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht, 2017, S. 23 mwN.

41 *Schulz/Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre, 2016, S. 28; BVerfG, Urt. v. 15.01.1958, 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth.

42 *Hoffmann-Riem* (Rn. 36), S. 101; BVerfG, Urt. v. 05.10.1993, 1 BvL 35/81, BVerfGE 89, 144 (152 mwN.).

43 *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2018, 343 (343).

44 *J. Isensee* (Fn. 7), § 71 Rn. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wiesen[45], nicht der Berechnung durch Planungs- und Informationssysteme des Staates.

b) Zukunftsorientierung des Gemeinwohlbegriffs

Gemeinwohl im Sinne des Grundgesetzes ist dabei mehr als der Erhalt des Ist-Zustandes von Staat und Gesellschaft. Besser als zB mit dem Begriff der Stabilität lässt sich die angestrebte Zielsetzung mit dem Begriff der „Kontinuität"[46] verstehen: Der Begriff solle aufzeigen, dass Veränderungen stets mitzudenken sind, die Betrachtung zukunftsoffen nach vorne zu richten sei, ohne freilich die Erfahrungen der Vergangenheit zu ignorieren.[47]

Das Gemeinwohl umfasst somit Aspekte der Zukunftsvorsorge und Nachhaltigkeit[48], die in der verfassungsrechtlichen Bedeutung über deren explizite Erwähnung im Zusammenhang mit den natürlichen Lebensgrundlagen in Art. 20a GG und finanzverfassungsrechtlichen Nachhaltigkeitszielen (Art. 109 Abs. 3, 115 Abs. 2 GG)[49] hinausreichen. Der Staat ist auf Dauerhaftigkeit über die gegenwärtige Generation hinaus angelegt, was von der Jetzigen verlangt, die Fähigkeit der nachfolgenden Generationen zur Bedürfniserfüllung bei Entscheidungen über die eigene Bedürfniserfüllung jedenfalls nicht vollständig zu ignorieren[50]. Regelungskonzepte müssen somit im Hinblick auf ihre Funktionsfähigkeit unter teils noch ungewissen Zukunftsbedingungen entworfen werden.

Im Mittelpunkt der Diskussion um nachhaltige Freiheitsvoraussetzungen stehen bisher vor allem solche ökonomischer Natur, fortschreitend im Bereich des Umweltrechts – eher seit kurzem auch des Klimaschutzrechts – auch die ökologischen Lebensgrundlagen Boden, Wasser, Luft als Freiheitsgrundlagen. Weniger populär ist noch die Diskussion um informationelle Voraussetzungen der Freiheitsausübung. Die Schwerpunktsetzung hinsichtlich der nachhaltig zu garantierenden Bedingungen variiert dabei ohnehin stark. So entnimmt *Isensee* dem Verfassungsrecht einen grundsätzlichen Vorrang einer „demographischen Vorsorge" im Verhältnis zu öko-

---

45 In diese Richtung auch *J. Isensee* (Fn. 7), § 71 Rn. 156, sowie *Scherzberg*, Die Öffentliche Verwaltung, 2000, S. 52 f.

46 Umfassend *Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002.

47 *Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002, S. 376 f.

48 Dazu *J. Isensee* (Fn. 7), § 71 Rn. 82 ff.

49 *Kahl*, in: Kahl (Hrsg.), Nachhaltigkeit durch Organisation und Verfahren, 2016, S. 1 (5) jeweils mwN.

50 *J. Isensee* (Fn. 7), § 71 Rn. 82 mwN.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

logischen oder kulturellen Belangen: Es müsse erst einmal sichergestellt sein, dass es überhaupt zukünftige Generationen gebe.[51] Dass ökologische Lebensressourcen in angemessener Qualität jedoch diesbezüglich ebenfalls nicht als endlose Ressource zur Verfügung stehen, lässt sich mittlerweile kaum mehr rational bestreiten.

Gleichzeitig weist *Isensee* aber auch schon auf die Bedeutung von Erhalt und Pflege ideeller Ressourcen des Gemeinwesens hin, was die grundsätzliche Verbindung des Daten- und Informationsthemas mit der staatlichen Nachhaltigkeit offenlegt: Auch die „Aneignung, Mehrung und Weitergabe des kulturellen Erbes" seien wichtige Aufgaben staatlicher Zukunftsvorsorge:[52] Hierzu zählt er unter anderem Sprache, Bildung, Wissen und technische Errungenschaften. Die Aufzählung scheint dabei auf den ersten Blick durchaus bemerkenswert, handelt es sich doch jeweils um sehr fluide, dynamische Bereiche, deren nachhaltige Vermittlung gerade Kontinuität sichern soll.

Die grundlegende Funktion des staatlichen Informationswesens – insbesondere in seiner Erscheinungsform des staatlichen Bildungswesens – wurde diesbezüglich schon länger erkannt;[53] nicht nur in Bezug auf die Freiheitsausübung, sondern als institutionelle Grundlage der Demokratie insgesamt. Dies legt ein wichtiges Zusammenspiel frei, welches auch in der Daten- und Informationsordnung Berücksichtigung finden kann: Verfassungsrechtlich werden häufig kontinuierliche Grundstrukturen geschaffen, auf deren Basis eine dynamische Weiterentwicklung erfolgen kann. Kontinuität als Fundament vermitteln feste Institutionen, zu denen man im Rahmen der Medienfreiheiten beispielweise das Institut der Freien Presse[54] oder auch des Rundfunks zählen kann. Ähnlich verhält es sich auch mit der bereits erwähnten nachhaltigen Bildungs- und Wissensvermittlung: So sind die Institutionen Schule und Universität hier strukturelle Kontinuitätselemente, während sich die Bildung und das Wissen innerhalb dieser Institutionen grundsätzlich durchaus dynamisch weiter entwickeln können und dürfen[55]. Spezifisch übertragen auf die Datenfrage: Einheitliche Standards setzen die Grundlage für breite inhaltliche Zugänglichkeit und vielfältige darauf aufbauende Interpretationen.

---

51 *J. Isensee* (Fn. 7), § 71 Rn. 82.
52 *J. Isensee* (Fn. 7), § 71 Rn. 82 mwN.
53 Vgl. *R. Herzog*, HStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 71 Rn. 79 f.
54 *Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002, S. 382.
55 *Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002, S. 383.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Einfluss der Digitalisierung auf traditionelle Machtausübung

Es gilt nun darzustellen, wie die oben aufgezeigten Machtmittel unter den Bedingungen eines digitalisierten Staates zur Förderung des Gemeinwohls eingesetzt werden können.

a) Aktionsmacht im „Cyberraum"

Aktionsmacht wird in einer zunehmend digitalisierten Welt nicht bedeutungslos. Zwar stehen Recht und physischer Raum in einem engen Zusammenhang[56] und Machtausübung erfolgt (auch) durch die Gestaltung des Raumes[57]. Die ohne Beachtung und Orientierung an diesen räumlichen Grenzen fließenden Datenströme stellen die Souveränität des Staates vor neue Herausforderungen, denn Informationen wirken potenziell überall gleichermaßen auf Individuen ein[58]. In Einzelbereichen mag es daher spezifische Wirkungsverluste im Cyberraum geben. In weiten Teilen ergänzt die digitale Welt aber lediglich die vorhandene physische Welt und ersetzt sie nicht, sodass auch der Aktionsmacht weiterhin eine Rolle zukommt.

b) Rechtssetzungsmacht unter den Bedingungen der Informationsgesellschaft

Die oben als Inhalt des Gemeinwohls hergeleitete Verpflichtung zur nachhaltigen Zukunftsplanung lässt nicht nur die Nutzung neuer digitaler Hilfsmittel sinnvoll erscheinen, um Fehlentscheidungen zu vermeiden. Sie wirft auch Schwierigkeiten im Hinblick auf die Wirksamkeit der bisherigen Machtausübungsinstrumente, insbesondere der klassischen Rechtssetzung auf. Die Eignung klassischer tatbestandbezogener Rechtssätze für eine Zukunftsplanung wird zunehmend in den Zweifel gezogen. Dies führt zu drei für die hiesigen Betrachtungen maßgeblichen Entwicklungen: Zum einen verschiebt sich die Entscheidungshoheit zunehmend weg vom Parlament, hin zur Verwaltung. Zum anderen wird statt auf die

---

56 So auch bei *Schliesky*, Digitale Räume als Teil der Daseinsfürsorge, 2018, S. 5; kritisch zur Gleichsetzung von rechtlichem Raum und Staat *Rottenwallner,* Verwaltungsrundschau 2017, 253 (255 f. mwN.).

57 „Herrschaft konstituiert den Raum", *Schliesky* (Rn. 56), S. 12 mwN.

58 *Heckmann/Knabe*, in: Dalibor/Debus u.a. (Hrsg.), Perspektiven des Öffentlichen Rechts, 2011, S. 321 (327).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Durchsetzung von Regelungszielen durch Gesetz zunehmend auf informatorische Einwirkungen zur Zweckerreichung zurückgegriffen. Dabei erlangt der Staat fortschreitend eine exklusive Verfügungsmacht über Informationen.

aa) Weicht man die Bindung der Verwaltung an das Gesetz durch eine Entwicklung hin zu Beurteilungsspielräumen und Abwägungsgeboten hin auf,[59] die sich häufig besser eignen, um Gegenwartsprobleme unter unbestimmten Bedingungen zu lösen, da sie nur ein Ziel vorgeben, die Mittelwahl aber offener gestalten, so löst sich damit zugleich auch die deutliche Rückbindung und letztendlich Legitimation über das Parlament zurück zum Volk. Mit Wesentlichkeits- und Bestimmtheitsgebot bestehen hier allerdings durchaus rechtsstaatliche Mechanismen, um die Übertragung in einem angemessenen Rahmen zu halten.

bb) Daneben geht die Entwicklung aber auch noch weiter und ersetzt die Einwirkung über das Gesetz durch die informatorische Einwirkung zur Zweckerreichung. Als einfaches und bereits ausführlich rechtlich gewürdigtes Problem seien insoweit Warnungen der Verwaltung gegenüber der Öffentlichkeit vor wirklichen oder vermeintlichen Gefahren,[60] aber auch Empfehlungen und Aufklärungskampagnen genannt, die sich von reiner Öffentlichkeitsarbeit durch die intendierte Willens- und Verhaltensbeeinflussung abgrenzen lassen[61]. Dabei geht die moderne Datenverarbeitung in ihren Möglichkeiten über die rein deskriptive, statistische Erfassung der Gesellschaft heute weit hinaus und ermöglicht über die Identifizierung statistisch signifikanter Korrelationen eine Abschätzung des wahrscheinlichen Eintritts bestimmer Ereignisse[62]. Die Fähigkeiten zur Vorhersage menschlichen Verhaltens und damit die Wirksamkeit der Beeinflussung des Verhaltens werden durch die neuen digitalen Möglichkeiten immer größer.[63]

Die Handlungsalternativen des Einzelnen werden in dieser Weise beschränkt, ohne dass die verfügbaren Alternativen tatsächlich objektiv durch Änderung der Umstände beschränkt werden oder Sanktionen angedroht werden, sondern alleine dadurch, dass die subjektive Wahrnehmung der verfügbaren Alternativen beeinflusst wird.[64] Auch hier nimmt potenti-

---

59 Vgl. in diese Richrung *Braun* (Fn. 6), S. 266.
60 Ebenda, S. 267.
61 *H. Richter*, UFITA 2019, 194 (221 mwN.).
62 Zu deskriptiver und prediktiver Analytik *Hoffmann-Riem*, EurUP 2018, 2 (4).
63 Vgl. *Pohle*, Datenschutz und Technikgestaltung, 2018, S. 248.
64 *Neuberger* (Fn. 25), S. 19, 21; ähnlich am Beispiel der Funktionen von Geld auch *Vogel*, HStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 30 Rn. 12 u. 16 mwN.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ell die Rückbindung zum Volk über das Parlament ab, zumal sich das Problem mit dem der weiten gesetzlichen Grundlagen oft verbindet, indem für informatorisches Handeln weites Ermessen eingeräumt wird.

cc) Wenn also mehr und besser zugängliche Informationen die Chance auf eine richtige Entscheidung und wirksame Regulierung steigern, scheint jede Beschränkung staatlicher Datensammlungen im Grundsatz zu einer Entscheidung unter eigentlich vermeidbaren ungewissen Verhältnissen zu führen.[65] Zudem stellen Informationen nicht nur die Grundlage für eine sachgerechte staatliche Aufgabenerfüllung dar, sondern sind auch Grundlage der reflektierten Freiheitsausübung des Einzelnen[66]. Andererseits schlägt staatliches Handeln mit einer immer passgenaueren und technisch unterstützten Verhaltenssteuerung des Einzelnen durch einen datenmächtigen Staat dabei womöglich immer weiter fortschreitend eine aus freiheitlichen Gesichtspunkten äußert bedenkliche Richtung ein.[67] Es stellt sich die Frage, wie sich dies auf klassische Kategorien staatlicher Machtausübung auswirkt. Es sammeln sich im staatlichen Bereich immer größere Mengen an Daten an, wodurch der Staat im Bereich seiner Aufgabenerfüllung im Zweifel auch die einzige Quelle relevanter Informationen wird. Die für eine Kontrolle der staatlichen Aufgabenerfüllung notwendigen Informationen[68] liegen also vermehrt nur beim Staat selbst vor. Den Staat trifft insoweit eine Gewährleistungsverantwortung für die Sicherstellung der informatorischen Freiheitsvoraussetzungen.

Übernimmt der Staat jedoch in diesem demokratie- und freiheitskritischen Bereich eine immer stärker mit seinen Aufgaben und den dafür notwendig zu sammelnden Informationen steigende Gewährleistungsverantwortung, stellt sich die Frage, inwieweit er damit eine neue, schwer kontrollierbare Machtposition erwirbt.[69] In staatlichen Planungs- und Informationssystemen fallen im Zweifel die für eine Bestimmung des Gemeinwohls notwendigen Informationen zusammen mit der weiteren Funktion des Systems, als Machtmittel zur Durchsetzung auf den Einzelnen einzuwirken. Die Kontrolle der Systeme muss daher schon auf technischer Ebene sichergestellt werden.

---

65 *Zöllner* (Rn. 15), S. 23.

66 *Schoch*, VVDStrRL 57 (1998), 158 (168); ähnlich *R. Herzog*, HStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 71 Rn. 80; *Hoeren*, in: FS Kilian, 2004, S. 91 (94).

67 Ähnlich zur „Determinierungsgesamtrechnung" *Paschke*, MMR 2019, 563 (567).

68 *Drefs*, in: Dreier u.a. (Hrsg.), Informationen der öffentlichen Hand, 2016, S. 89 (98).

69 In diese Richtung wohl auch *R. Herzog* (Rn. 66), § 71 Rn. 80.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

V. Beobachterabhängigkeit von Daten

Die im juristischen Bereich verwendeten Definitionen von Information sind so vielfältig wie das Phänomen der Information selbst.[70] Die Diskussion kann hier nicht vertieft werden. Häufig wird auf die Begriffsdimensionen der Semiotik zurückgegriffen. Der Syntax einer Information meint in diesem Sinne ihre zeichenmäßige Repräsentation. Vielfach und auch im Folgenden wird diese Dimension der Information mit dem Begriff des „Datum" gleichgesetzt.[71] Die semantische Dimension von Information hingegen meint deren Bedeutung,[72] ihren Kontext, oder anders formuliert deren Bezüge zu einem bestimmten Sachverhalt[73].

Bedeutsam ist für die weiteren Darstellungen der folgende Aspekt: Daten lassen sich als syntaktische Information definieren, mithin als „sinnlose technikinterne […], physikalische oder chemische Ereignisse"[74]; sie sind in diesem Zustand semantik-[75] und pragmatikfrei[76], sprich man betrachtet sie von ihrer Bedeutung isoliert. Eine Bedeutung im Sinne von semantischer Information komme den Daten erst durch ihre Interpretation durch den Menschen zu,[77] der eine Selektionsentscheidung aus verschiedenen möglichen Bedeutungen zu treffen habe[78]. Diese Wirkung innerhalb des psychischen Bewusstseins eines Menschen[79] lässt sich bei Betrachtung der Daten

---

70 Vgl. zur Mehrdeutigkeit des Informationsbegriffs bereits umfassend *Zott*, Aktive Informationen des Staates im Internet, 2016, S. 29-47; zusammenfassend zum Diskussionstand *Rüpke*, in: Rüpke/v. Lewinski/Eckhardt (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2018, § 3; zur Vielzahl der Informationsbegriffe auch *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 85. EL Nov. 2018, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 999 mwN.; *Lederer* (Fn. 3), S. 227; *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 2012, S. 29 f., 33 f. mwN.; *Hoeren*, in: FS Kilian, 2004, S. 91 (93).

71 *Steinmüller*, Informationstechnologie und Gesellschaft, S. 203; *Zech* (Fn. 70), S. 44; *Wagner/Brecht/Raabe*, PinG 2018, 229 (230), *Specht*, CR 2016, 288 (291).

72 *Steinmüller* (Fn.71), S. 203; *Wagner/Brecht/Raabe*, PinG 2018, 229 (230 mwN.).

73 So *Garstka*, in: Steinmüller (Hrsg.), ADV und Recht, 2. Aufl. 1976, S. 13.

74 *Steinmüller* (Fn.71), S. 212; in diese Richtung auch *Zech* (Fn. 70), S. 32, *Kilian*, CR 2017, 202 (208).

75 So *Zech* (Fn. 70), S. 32.

76 Letztendlich kritisch dazu *Steinmüller* (Fn. 71), S. 212.

77 *Steinmüller* ((Fn.71), S. 212; ebenso *Specht*, CR 2016, 288 (290).

78 *Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, S. 30; *Specht*, CR 2016, 288 (290).

79 Zum psychischen Bewusstsein als selbstbezüglichem System ausführlich *Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, S. 31 ff.; Gewinnung von Information aus Daten sei nur durch kognitive Prozesse möglich *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, 85. EL Nov. 2018, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 1001.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht ohne Weiteres genau vorhersagen und gewährleisten.[80] So sind Daten also aufgrund ihrer Formalisierung beliebig reproduzierbar,[81] Informationswirkungen hingegen allenfalls bedingt. Daten sind dadurch aber nicht – wie teils behauptet – zweckneutral[82] oder gar neutral bzw. objektiv.[83] Sie sind schon in diesem Zustand der Information beobachterabhängig. Dies ist zu berücksichtigen, wenn Beobachter der realen Welt und damit Systemherr eines Planungssystems der Staat ist.

VI. Formatvorgaben

Festzustellen ist also, dass der Blick der Verwaltung auf die reale Welt schon auf Datenebene kein Objektiver sein kann. Der Staat alleine kann und soll letztendlich unter dem Grundgesetz nicht als letzte Autorität für die Richtigkeit einer Entscheidung einstehen.[84] Daneben wurde vorher herausgearbeitet, dass es im Datenbereich an einer der Rechtssetzung vergleichbaren genauen Aufteilung von Kompetenzen und Festlegung von Grenzen fehlt. Durch den zunehmenden Einsatz von IT-Technologie im staatlichen Bereich dürfen die vielfältigen Prozesse, die bisher eine Bestimmung des Gemeinwohls absichern, von Auseinandersetzung in der Gesellschaft, förmlichen Entscheidungsverfahren und Gewaltenteilung,[85] nicht umgangen werden. Eine einheitliche, standardisierte Datenstruktur sichert

---

80 *Druey*, Information als Gegenstand des Rechts, 1996, S. 41; *Lederer* (Fn. 3), S. 257; *Schoch*, Informationsrecht, in: FS Kloepfer, 2013, S. 201 (202); *ders.*, VVDStRL Bd. 57, 1998, S. 158 (168); anschaulich anhand der Wirkung von Symbolen auch *Heckmann*, JZ 1996, 880 (insb. 884 f.).

81 *Vesting*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, Bd. II, B Rn. 11; ähnlich *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, 85. EL Nov. 2018, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 1003; daher können sie auch mehrfach zugewiesen sein, vgl. auch *Zott*, Aktive Informationen des Staates im Internet, 2016, S. 27.

82 Dazu *Druey*, Information als Gegenstand des Rechts, 1996, S. 21 mwN.

83 Bspw. *Lederer* (Fn. 3), S. 227 mwN.; Daten als „reine ‚Fakten'", *Denkhaus/E. Richter/Bostelmann*, EGovG, 2019, § 12 Rn. 2; schon einschränkend *Vesting*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, Bd. II, B Rn. 11: „gewissermaßen zeit- und kontextlose Bedeutung"; auf verbreitete Ansicht zur Objektivität hinweisend, aber selbst ablehnend *Gitelman/Jackson*, in: Gitelman (Hrsg.), Raw Data is an Oxymoron, 2013, S. 1 (2).

84 *J. Isensee* (Fn. 7), § 71 Rn. 156.

85 Vgl. ausführlich *J. Isensee* (Fn. 7), § 71 Rn. 112.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dabei bereits auf niedriger Ebene Zugänglichkeit, Austausch und Kontrolle.

Je detaillierter die einheitlichen Vorgaben auch außerhalb der rein technischen Interoperabilität sind, desto stärker wird die Informationsverarbeitung schon auf zentraler Ebene prädeterminiert. Dies scheint weder im Hinblick auf die vertikale Gewaltenteilung erstrebenswert, noch ist es letztendlich zielführend. Zu strenge einheitliche Vorgaben laufen den unterschiedlichen Bedürfnissen der einzelnen Stellen zuwider, deren Größe, Leistungsfähigkeit, aber insbesondere auch Aufgaben und damit Informationsbedürfnisse sich stark unterscheiden. Es fehlen auf übergeordneten Entscheidungsebenen letztendlich die praktischen Vollzugserfahrungen und relevanten Wissensressourcen.[86]

Hier muss in einer Formatregelung zwar ein sinnvoller Mindeststandard gesetzt werden, der aber Anpassungsoffenheit ermöglicht. Aus dem Themenbereich der Innovationsregulierung stammt zudem der Gedanke, dass die Vorgabe zentraler Zielsetzungen einen Wettbewerb zu deren Erreichung auslösen kann, sodass neue, bis dahin unbekannte Wege der Zielerreichung erprobt werden können[87]. Betrachtet man das Verhältnis der Bundesländer und auch der Kommunen als einen Wettbewerb im weitesten Sinne, so lässt sich diese Idee durchaus auch in den staatlichen Bereich übertragen. Zu detaillierte Vorgaben technischer Standards können zu einer Pfadabhängigkeit beitragen und sollten vermieden werden,[88] abstrakte Zielvorgaben statt direkter Technologievorgabe erlauben genug Anpassungsflexibilität im Hinblick auf neue Technologien[89].

1. DSGVO

Sehr generelle Vorgaben für Datenformate enhält Art. 20 DSGVO, wobei diese sicherlich nicht den Schwerpunkt der Regelung ausmachen. Sie werden zusätzlich zur Sicherstellung der praktischen Erfüllbarkeit der konkreten Ansprüche auf Erhalt der Daten (Abs. 1 Var. 1) und Direktübermitt-

---

86 *Denkhaus/Richter/Bostelmann*, EGovG, 2019, Einl. Rn. 41.

87 *Eifert*, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationsfördernde Regulierung – Innovation und Recht II, Berlin 2009, S. 11 (16); iE kritisch *Roßnagel*, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationsfördernde Regulierung – Innovation und Recht II, Berlin 2009, S. 324 (325).

88 *Roßnagel*, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationsfördernde Regulierung – Innovation und Recht II, Berlin 2009, S. 324 (324, 336 f.).

89 Vgl. bspw. *Schwichtenberg*, Datenschutz in drei Stufen, 2018, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lung (Abs. 2) festgelegt.[90] Aufgrund der fehlenden Unterscheidung zwischen öffentlichen und nicht-öffentlichen Stellen in der DSGVO können sich die dort aufgestellten Formatanforderungen im Einzelfall auch an öffentliche Stellen richten, wenn auch andere Beschränkungen des Anwendungsbereichs im Regelfall einschlägig sein dürften.[91]

Die Vorgaben für das Format beschränken sich – sicher auch aufgrund des technikneutralen Ansatzes der DSGVO – auf ein absolutes Minimum. Auch gelten sie lediglich bei Herausgabe bzw. Direktübertragung der Daten und stellen keinesfalls Anforderungen an die interne Formatverwendung[92], wenn sie auch indirekt zur Vereinfachung der Prozesse auf diese zurückwirken könnten. Art. 20 Abs. 1 S. 1 DSGVO verlangt die Herausgabe in einem strukturierten, maschinenlesbaren und gängigen Format. Als übergeordnetes Gesamtprinzip dieser drei Merkmale wird die Sicherstellung einer Interoperabilität angenommen, was jedoch keine Kompatibilität verlange.[93]

Anzumerken ist, dass eine solch rudimentäre Regelung für einen wirklichen Effizienzgewinn im Bereich staatlicher Datenverarbeitung wohl kaum genügen würde. Sie wird schon für den Bereich der DSGVO als absolute Minimalregelung verstanden, die keine Kompatibilität sicherstellen kann und die Formatproblematik letztendlich auf den Schnittstellenbereich verschiebt, statt eine gemeinsame Entwicklung und Beschaffung bis hin zur letztendlich kompatiblen Datennutzung zu fördern. Letztendlich wird die Regelung schon für den Hauptanwendungsbereich der Privatwirtschaft bisher weder besonders stark angenommen noch als besonders erfolgsversprechend eingeschätzt. Die Schaffung tatsächlich interoperabler Formate verlangt die Bewältigung diverser zusätzlicher, technischer Herausforderungen. Nicht zuletzt setzt dies die Möglichkeit voraus, Datenstrukturen anderer Systeme zu interpretieren, was semantisches Wissen über fremde Datenstrukturen voraussetzt, damit eine problemlose Überführung möglich ist.[94] Zumindest also eine ausführliche Dokumentation der Formate wäre neben den Elementen des Art. 20 DSGVO zur Schaffung von Interoperabilität statt Kompatibilität im staatlichen Bereich notwendig.

---

90 Vgl. im Einzelnen *v. Lewinski*, in: Wolff/Brink, Beck-OK, Datenschutzrecht, 30. Ed. 2019, Art. 22 DSGVO, Rn. 54 ff.

91 *v. Lewinski* (Fn. 90), Rn. 19 ff.

92 Ebenso *v. Lewinski* (Fn. 90), Rn. 53.

93 *v. Lewinski* (Fn. 90), Rn. 68 f.

94 Zu diesen technischen Problemen *Diepenbrock/Sachweh*, DuD 2018, 281 (283).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. EGovG-Bund

Erste Ansätze lassen sich auch im Bundesrecht finden. So sieht § 12 Abs. 1 S. 1 EGovG zumindest für einen begrenzten Anwendungsbereich vor, dass bei Veröffentlichung die technische Weiterverwendbarkeit[95] als Maßstab für die Aufbereitung der Daten gilt. Die Regelung diene der Bewältigung der Datenflut,[96] die durch die immer stärkere Verwendung von Informationstechnologie auch im staatlichen Bereich zu beobachten ist. Der Grundgedanke ist, die durch maschinelle Hilfe deutlich über die menschlichen Verarbeitungskapazitäten herausgehenden Datenmengen[97] auf Empfängerseite nun auch mit technischer Hilfe bewältigbar zu machen. Gemäß § 12 Abs. 3 EGovG ist die Regelung dabei im Verhältnis zu solchen anderen Regelungen subsidiär, die ein konkretes Format vorgeben, das ebenfalls den Bedingungen der Maschinenlesbarkeit genüge. Der Ansatz der Zielvorgabe der Weiterverwertbarkeit wird im Vergleich zur konkreten Vorgabe für entwicklungsoffener und damit im Hinblick auf den schnellen technischen Fortschritt für zielführender gehalten.[98]

Weitere Regelungen des EGovG hingegen stellen andere Qualitäten der Unterlagen in den Vordergrund: So stellt § 7 Abs. 1 S. 2 EGovG bei der Übertragung von Papier in elektronische Dokumente die inhaltserhaltende Qualität in den Mittelpunkt, nicht technische Perfektion oder gar Weiterverwertbarkeit. Als Übergangsregelung für in ihrer Gesamtheit sicher kaum überblickbare Mengen von Altbeständen aus Papierakten scheint dies jedoch ein angemessener Kompromiss, um benötigte Akten ohne weitere Hürden bei Bedarf kurzfristig im staatsinternen Bereich elektronisch verfügbar zu machen.

VII. Fazit

Die Digitalisierung des Staates muss viele zentrale Herausforderungen überwinden. Sie ist schwierig und kostspielig.[99] Wird auf eine zentrale Steuerung dieser Prozesse verzichtet, so wird sich häufig wohl die einfache Automatisierung bereits bestehender Prozesse durchsetzen, da dies im Ver-

95 Siehe für diesen Oberbegriff der Maschinenlesbarkeit *Lederer* (Fn. 3), S. 243 f.
96 *Lederer* (Fn. 3), S. 243.
97 Dazu *Boehme-Neßler*, Unscharfes Recht, 2008, S. 372.
98 So bspw. *Lederer* (Fn. 3), S. 244.
99 *Kloepfer* (Fn. 16), S. 13; ausführlich auch *Britz* (Fn. 1), § 26, Rn. 8 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gleich zur Anpassung der Organisation stets den einfacheren Weg darstellen wird.[100] Auch dies ist Digitalisierung – es verschenkt aber die innovativen Potentiale, die mit einer gleichzeitigen Veränderung und Anpassung der organisationalen Formen an die Digitalisierung erreicht werden können.[101]

Eine Informationsordnung auf Grundlage einer Vorgabe technischer Datenformate kann hier einen Beitrag leisten.[102] Um aber optimale Wirkung zu erhalten, muss sie von weiteren Maßnahmen flankiert werden. Dazu gehört nicht zuletzt die zu regelnde Frage der Nutzungsrechte an den Daten, sobald diese den staatlichen Innenbereich verlassen. Daneben muss die Verwendung von Information nicht nur technisch und rechtlich, sondern auch intellektuell sichergestellt werden. Dies verlangt Förderung der Medien und Digitalkompetenz, um der Gesellschaft überhaupt ein Verständnis der Digitalisierung zu ermöglichen.[103] Nutzung und Verständnis von Informationstechnologie dürfen kein Privileg darstellen, sondern sind elementare Grundvoraussetzung und Basis für republikanische, gleichberechtigte Teilhabe am Staatswesen. Erkennt man einen so tiefgreifenden Wandel der gesellschaftlichen Bedingungen an, wie er in der Debatte zum Begriff der Informationsgesellschaft eben suggeriert wird, so scheint es nicht zu weitgehend, sondern vielmehr folgerichtig, die IT- und Medienkompetenz zur „vierten Kulturtechnik"[104] zu erheben. Dabei muss freilich auch und insbesondere die Fortbildung der Beamten und Angestellten im öffentlichen Dienst mitbeachtet werden. Die hier ebenfalls festgestellten großen Wissensasymmetrien[105] sind nicht nur fachlich-inhaltlich ein Hindernis für schnelle und effiziente Digitalisierung, sondern können

---

100 Am bspw. der Privatwirtschaft auch *Kilian/Picot/Neuburger/Niggl/Scholtes/Seiler*, Electronic Data Interchange, 1994, S. 280; zur Beschreibung als wenig anspruchsvolle Formen des e-Government *Britz* (Fn. 1), § 26 Rn. 2.

101 *Castells*, in: Castells (Hrsg.), The Network Society, 2004, S. 3 (42).

102 Teils werden die praktischen Probleme des IT-Einsatzes als Hauptproblem betrachtet, vgl. *Britz* (Fn. 1), § 26 Rn. 34 f.

103 *Datenethikkommission*, Empfehlungen für die Strategie Künstliche Intelligenz der Bundesregierung, 2018, S. 3; *Heckmann/Knabe*, (Rn. 58), S. 333; s. auch *Hoffmann/Schulz/Borchers,* MMR 2014, 89 (94); *H. Kube*, HStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 91 Rn. 81; *Schoch*, VVDStRL Bd. 57, 1998, S. 158 (178); *Trute*, VVDStRL Bd. 57, 1998, S. 216 (254); zu Defiziten im Umgang mit IKT *Britz* (Fn. 1), § 26 Rn. 10 mwN.

104 So *Heckmann/Knabe* (Rn. 55), S. 333.

105 *Schlemmer*, DÖD 2018, 137 (140).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sich zu einem zusätzlichen organisatorischen Digitalisierungshindernis[106] verdichten.

Auch darf der private Informationsfluss nicht vollends vernachlässigt werden. Wie bereits heute im Bereich des Rundfunks sind auch hier die Entstehung von Machtasymmetrien stets genau zu beobachten, vgl. zZt. vordringlich die Diskussion bzgl. eines Regulierungsrahmens für Informationsintermediäre. Darüber hinaus ist insbesondere die Staatsferne von Informationsressourcen sicherzustellen oder diese sind bei deren Fehlen in den vorgeschlagenen Regelungsrahmen zur staatlichen Datenmacht mit einzubeziehen. Kann der Staat durch indirekten Zugriff auf Datenressourcen der Privatwirtschaft seine Einflusssphäre letztendlich doch beliebig erweitern, ist mit der staatsorganisatorischen Regelung allein nichts gewonnen.

106 In diese Richtung auch *Britz* (Fn. 1), § 26 Rn. 10 mwN.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechtsdurchsetzung im digitalen Staat durch Internetprovider – Rechtspolitische Anmerkungen zur Providerhaftung im Lichte des Unionsrechts

Ranjana Andrea Achleitner

I. Einleitung

Die aktuellen Entwicklungen in der Providerhaftung zeigen einen Trend in Richtung einer Ausweitung der Inanspruchnahme von Internetprovidern zur Rechtsdurchsetzung.[1] Da die Verantwortlichkeit von Intermediären mittlerweile maßgeblich durch EU-Recht bestimmt wird, widmet sich folgender Beitrag den unionsrechtlichen Vorgaben zur Rechtsdurchsetzung im digitalen Staat durch Internetprovider. Für ein effizientes Vorgehen gegen Rechtsverstöße im World Wide Web wird häufig nicht der direkte Weg gegen den unmittelbaren Rechtsverletzer gewählt, weil dies oftmals nicht im Verhältnis zu den Kosten steht und zudem aufgrund der Anonymität und Ubiquität des Internets sehr zeitintensiv ist. Alternativ werden daher Provider – zB *YouTube*, *eBay*, *Facebook* – zur Beseitigung von Rechtsverstößen herangezogen.[2] Darüber hinaus sehen sich auch Zugangsanbieter zum Internet (Access-Provider) vermehrt mit gerichtlichen Anordnungen zur Sperrung von Internetseiten konfrontiert.[3]

Tatsächlich stellen Provider in unserem digitalisierten Lebensraum ein zentrales Zugangsportal zu Informationen dar und sind zugleich Ausgangspunkt jeder Kommunikation im Internet. Wie Generalanwalt *Szpunar* in seinen Schlussanträgen in der Rs. *Glawischnig-Piesczek* in Anlehnung an den Film »The Social Network« anmerkt, wird im Internet nicht mit Bleistift, sondern mit Tinte geschrieben.[4] Die Frage nach einem tauglichen

1 S. ausf. zu den Gründen hierfür *Frey*, Die Haftung von Host-Providern für Immaterialgüterrechtsverletzungen, 2018, S. 53 ff.

2 S. hierzu jüngst das Vorabentscheidungsersuchen des BGH vom 6.11.2018, EuGH Rs. C-682/18 – YouTube.

3 S. hierzu EuGH Rs. C-484/14 – Fadden, ECLI:EU:C:2016:689; EuGH Rs. C-314/12 – UPC Telekabel Wien, ECLI:EU:C:2014:192; s. bereits *Achleitner*, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt, 2020, S. 191 ff.

4 Generalanwalt *Szpunar*, Schlussanträge v. 4.6.2019 – Rs. C-18/18, Rn. 1 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:458.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und rechtskonformen »elektronischen Tintenkiller« gegen Rechtsverletzungen sowie deren präventive Verhinderung ist derzeit Gegenstand von Diskussionen. Im Zentrum stehen dabei ua die Debatte über den »richtigen« Urheberrechtsschutz im digitalen Binnenmarkt und die Frage, wie gegen rechtsverletzende Inhalte im Internet, wie etwa Kinderpornografie, extremistische und gewaltverherrlichende Inhalte oder illegales Online-Glücksspiel, effizient vorgegangen werden kann.[5]

Das Haftungskonzept für Provider entstammte bis vor Kurzem EU-Sekundärrechtsakten, zu deren Entstehungszeitpunkt das ganze Ausmaß der Digitalisierung der Gesellschaft und der rasanten Entwicklung digitaler Technologien noch nicht ersichtlich war. Provider, wie etwa *Facebook* oder *YouTube*, haben sich in den letzten Jahren zu ursprünglich nicht vorstellbaren »Playern« des Internets entwickelt und es wird zunehmend diskutiert, ob das europäische Haftungssystem für das Internet (insbesondere die E-Commerce-Richtlinie[6]) noch zeitgemäß ist. Die Europäische Union hat mit der umstrittenen Haftungsregel des Art. 17 DSM-Richtlinie[7] eine erste legislative Antwort hierauf entwickelt.

Der Trend einer starken Inpflichtnahme von Providern zur Rechtsdurchsetzung im Internet zeigt sich gleichermaßen auf nationaler Ebene. So werden etwa durch das jüngst erlassene Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)[8] soziale Netzwerke äußerst strikt in die Pflicht genommen, um gegen Hasskriminalität und Fake-News vorzugehen. Ebenso ist in Österreich eine Registrierungspflicht für Nutzer in Internetforen (»digitales Vermummungsverbot«) geplant, welches derzeit als Gesetzesentwurf vorliegt.[9]

---

5 Zu Internetsperren im Online-Glücksspiel s. ausf. *Achleitner*, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt, 2020, S. 201 ff.; *Leidenmühler* ZTR 2013, 13 (13 ff.).

6 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (»Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr«), ABl. 2000 L 178, 1, im Folgenden E-Commerce-RL bzw. ECLR.

7 Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. 2019 L 130, 92, im Folgenden DSM-RL.

8 Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken.

9 Ministerialentwurf betreffend Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über Sorgfalt und Verantwortung im Netz erlassen und das KommAustria-Gesetz geändert wird, 134/ME XXVI. GP – Ministerialentwurf, https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/ME/ME_00134/index.shtml (Stand: 6.5.2020).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Im Zentrum des hier vorgestellten Rechtsproblems steht die Suche nach einer netzadäquaten Regulierung des digitalen Raums, im Rahmen derer sowohl die Souveränität des digitalen Staates als auch die Interessen aller beteiligten Parteien gewahrt bleiben. Es stellt sich sohin die bei Weitem nicht allein juristische Frage, ob eine derartige Verantwortungsverteilung im Internet, und die Übertragung der ursprünglich staatlichen Aufgaben der Rechtsdurchsetzung auf Provider, einen zulässigen und zweckmäßigen Lösungsansatz für die digitale Welt darstellen. Die folgenden Ausführungen sollen daher einen Beitrag zum wissenschaftlichen Diskurs über die Rechtsdurchsetzung im digitalen Staat unter Heranziehung von privaten Akteuren, diesfalls Internetprovider, leisten.

Das Providerhaftungssystem der EU wurde bereits in einer Reihe von Arbeiten umfassend und aus vielen Blickwinkeln erörtert;[10] der Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung liegt in der rechtspolitischen Diskussion über den EU-Regelungsrahmen zur Durchsetzung von Recht im Internet, um sodann im Anschluss mögliche unionsrechtliche Entwicklungstendenzen herauszuarbeiten – nicht ohne zugleich neue Lösungsansätze zu erörtern.

II. E-Commerce-Richtlinie: Out of time?

Das Haftungssystem der EU[11] für Internetprovider wurde bisher insbesondere von Art. 12 bis 15 E-Commerce-RL (ECRL), Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL[12] sowie Art. 11 Enforcement-RL[13] bestimmt.[14] Die ECRL sieht in den Artikeln 12 bis 14 unter bestimmten Voraussetzungen eine Haftungsprivi-

---

10 S. nur jüngst *Adelberg*, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke, 2019; *Dinwoodie* (Ed.), Secondary Liability of Internet Service Providers, 2017; *Frey*, Die Haftung von Host-Providern für Immaterialgüterrechtsverletzungen, 2018; *Grisse*, Internetangebotssperren, 2018; *Kovacs*, Die Haftung des Host-Provider für persönlichkeitsverletzende Internetäußerungen, 2018; *Taddeo/Floridi* (Ed.), The Responsibilities of Online Service Providers, 2017.

11 Auch als Vermittlerhaftung bezeichnet.

12 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. 2001 L 167, 10.

13 Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. 2004 L 157, 45.

14 Zu Gunsten einer ausführlichen rechtspolitischen Diskussion werden ausschließlich die Grundzüge des EU-Providerhaftungssystems im Überblick dargelegt; hier muss auf das diesbezüglich umfangreiche Schrifttum verwiesen werden.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

legierung für Provider vor, wobei je nach Aufgabenbereich (dh Typus) des Providers unterschiedliche Privilegierungstatbestände zur Anwendung kommen. Im Falle von Host-Providern, wie etwa *Facebook*, tritt die Haftungsbefreiung ein, wenn der Provider keine Kenntnis von dem rechtswidrigen Inhalt hatte und unverzüglich tätig wird, sobald er Kenntnis von dem illegalen Inhalt erlangt hat (kognitive Komponente).[15] Der Ausschluss einer Schadenersatzhaftung, dh ein Verantwortlichkeitsausschluss, wie er in der ECRL determiniert ist (»Safe Harbour«), führt im Konzept der EU-Vermittlerhaftung allerdings nicht automatisch zu einer gänzlichen »Befreiung« des Providers.[16] Aus diesem Grund sind etwa Sperrverfügungen an Access-Provider zur Verwirklichung von Internetsperren unabhängig von deren Verantwortlichkeit, dh auch im Falle einer Privilegierung, möglich.[17] Der Unionsgesetzgeber geht offensichtlich davon aus, dass ein Provider, indem er eine Infrastruktur im Internet bereitstellt, damit eine Gefahrenquelle bietet und daher auch hierfür einstehen soll.[18] Das EU-Haftungssystem wird in der Literatur daher auch mit dem »cheapest cost avoider«-Ansatz in Verbindung gebracht.[19] Art. 15 ECRL schließt im Übrigen eine – im Folgenden noch ausführlich zu diskutierende – allgemeine Überwachungspflicht von Diensten iSd ECRL aus.

III. Regulierung des digitalen Raums unter Heranziehung privater Akteure: Rezente Entwicklungen der Überwachungspflichten von Providern auf Ebene der EU

1. Art. 17 DSM-RL: Storm in a teacup?

Die Verantwortung von Providern im Zusammenhang mit Urheberrechtsverletzungen wurde jüngst durch die vehement kritisierte DSM-RL (EU) 2019/790 neu geregelt.[20] Die DSM-RL überträgt den Providern die – unbe-

15 Gem. Art 14 ECRL; s. nur ausf. *Achleitner* in Felten/Kofler/Mayrhofer ua (Hrsg.), Digitale Transformation im Wirtschafts- & Steuerrecht, 2019, 89 (96).

16 S. ausf. *Frey*, Die Haftung von Host-Providern für Immaterialgüterrechtsverletzungen, 2018, S. 83 ff.

17 S. ausf. *Achleitner*, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt, 2020, S. 196 ff.; *Grisse*, Internetangebotssperren, 2018.

18 S. *Ohly* ZUM 2015, 308 (309).

19 S. ausf. *Grisse*, Internetangebotssperren, 2018, S. 58; *Ohly* ZUM 2015, 308 (309).

20 Angesichts der Fülle an wissenschaftlichen Arbeiten zu dieser Thematik liegt der Fokus der folgenden Ausführungen auf den Kernpunkten des Art. 17 DSM-RL.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

strittene – Herkulesaufgabe, Urheberrechtsverletzungen gänzlich im Netz zu verhindern.[21] Obgleich die finale Bestimmung des höchst umstrittenen Art. 17 der Richtlinie den Terminus »Uploadfilter« nicht mehr beinhaltet, ist davon auszugehen, dass diese bald Realität sein werden. Art. 17 regelt die Nutzung von geschützten Inhalten durch Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten, die in Art. 2 Z 6 der Richtlinie als Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft definiert werden, die geschützte Inhalte, die von Nutzern hochgeladen wurden, speichern und der Öffentlichkeit zugänglich machen. Hierunter fallen zudem nur jene Diensteanbieter, welche die Inhalte organisieren und zum Zwecke der Gewinnerzielung bewerben. Der Anwendungsbereich der Regelung umfasst sohin beispielsweise Plattformen wie *YouTube*. Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten sind nunmehr gem. Art. 17 Abs. 4 verantwortlich, wenn sie – unabhängig von ihrer Kenntnis – ohne Erlaubnis des Rechteinhabers urheberrechtlich geschützte Werke oder sonstige Schutzgegenstände öffentlich zugänglich machen (im Sinne einer Täterhaftung für unerlaubte Inhalte).

Art. 17 Abs. 3 schließt die Haftungsbefreiung des Art. 14 Abs. 1 ECRL in dieser Konstellation explizit aus, wodurch das bisherige Providerhaftungssystem der EU gravierend modifiziert wird.[22] Das Bild des neutralen Vermittlers iSd ECRL hat in dieser Konstellation sohin keinen Platz mehr.[23]

Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten sind lediglich in sehr engen Grenzen von ihrer Verantwortlichkeit befreit[24] – eine absolute Überwachungspflicht bleibt weiterhin ausgeschlossen.[25] Die in Abs. 4 angeführten Prüfpflichten des Diensteanbieters müssen kumulativ erfüllt sein, sodass dieser von einer Haftungsbefreiung profitiert. Die Formulierung des Abs. 4 lässt den Mitgliedstaaten mithin einen weitreichenden Umsetzungsspielraum.[26] Demnach muss der Diensteanbieter »alle Anstrengungen unternommen« haben, um eine Erlaubnis zu erlangen (Art. 17 Abs. 4 lit. a) und er muss zudem darlegen, dass er »nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternommen« hat, um sicherzustellen, »dass bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber den Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen bereitge-

---

21 *Becker* ZUM 2019, 636 (637), spricht von einer »Mammutaufgabe«.

22 S. *Dreier* GRUR 2019, 771 (775); *Gerpott* MMR 2019, 420 (421), *Wandtke/Hauck* ZUM 2019, 627 (636); aA *Hofmann* GRUR 2019, 1219 (1222).

23 *Daum* MR 2019, 283 (286).

24 Abs. 6 sieht eine Ausnahme für neue Diensteanbieter vor.

25 S. hierzu bereits EuGH Rs. C-360/10 – SABAM/Netlog, ECLI:EU:C:2012:85.

26 *Spindler* CR 2020, 50 (58); *Gielen/Tiessen* EuZW 2019, 639 (639 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

stellt haben, nicht verfügbar sind« (Art. 17 Abs. 4 lit. b). Weiters muss eine Rechtsverletzung »nach Erhalt eines hinreichend begründeten Hinweises« unverzüglich beseitigt werden, wobei die Rechteinhaber diese Hinweispflicht trifft, und es ist ebenso ein »künftiges Hochladen dieser Werke oder sonstigen Schutzgegenstände zu verhindern« (Art. 17 Abs. 4 lit. c). Die beiden letztgenannten Voraussetzungen werden sich nach derzeitigem Meinungsstand vorwiegend durch technische Maßnahmen, insbesondere Uploadfilter, bewerkstelligen lassen.[27]

Provider sind im Anwendungsbereich der Richtlinie nunmehr nicht erst ab dem Moment der Kenntnisnahme einer Urheberrechtsverletzung verpflichtet einzuschreiten, sondern die Handlungspflicht wird vorverlagert, sodass proaktive und präventive Maßnahmen notwendig werden. Der Unionsgesetzgeber schreibt sohin nicht nur ein »notice and take down«[28] vor, sondern verlangt von Diensteanbietern ebenso ein »notice and stay down«. Eine Pflicht zur allgemeinen Überwachung wird in Art. 17 Abs. 8 allerdings ausdrücklich ausgeschlossen.

Kritiker dieser vorverlagerten Prüfmechanismen befürchten, dass durch die Bestimmung ein Overblocking erfolge, sodass hierdurch die Meinungs- und Informationsfreiheit der Nutzer massiv eingeschränkt würde. Hierzu ist in Art. 17 Abs. 7 explizit klargestellt, dass Nutzer sich im Sinne einer Ausnahme auf Zitate, Kritik und Rezensionen stützen können sowie Inhalte zum Zwecke von Karikaturen, Parodien oder Pastiche weiterhin hochladen dürfen. Damit soll gem. ErwGr. 70 der Richtlinie den Grundrechten, insbesondere der Meinungsfreiheit, Freiheit der Kunst und dem Eigentumsrecht Rechnung getragen werden.

Außerdem schreibt die Richtlinie in Art. 17 Abs. 9 die Einrichtung eines wirksamen und zügig arbeitenden Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahrens vor. Ein solches kann jedoch stets ein bereits existierendes Overblocking beseitigen, jedoch nicht verhindern. Da die Richtlinie den Mitgliedstaaten aufgrund unscharfer Definitionen und Ausführungen einen durchaus großen Umsetzungsspielraum gewährt,[29] können die Mitgliedsländer einer unverhältnismäßigen und überbordenden Löschung von Inhalten

27 *Hofmann* GRUR 2019, 1219 (1220 ff.). *YouTube* verwendet bereits Filtertechnologien (Content ID).

28 *Pravemann* GRUR 2019, 783 (786), spricht von »*notice-and-prevent*«.

29 Insbesondere die Termini »*große Menge an*« und »*alle Anstrengungen unternommen*« lassen Interpretationsspielraum; *Dreier* GRUR 2019, 771 (776), sieht daher eine »Konkretisierungsbedürftigkeit der Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe in Art. 17 iVm Art. 2 Nr. 6 «; s. *Giele/Tiessen* EuZW 2019, 639 (641).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

durch konkrete und eng gefasste Umsetzungsmaßnahmen entgegenwirken.[30]

2. *EuGH Rs. Glawischnig-Piesczek: KI völlig überschätzt?*

Das Urteil des EuGH in der Rs. *Glawischnig-Piesczek*[31] veranschaulicht sehr deutlich die derzeitige Linie der Europäischen Union in Bezug auf illegale Inhalte im Internet, wodurch Provider immer stärker in die Position eines Richters gezwungen werden.[32] Der EuGH hat in vorliegender Rechtssache eine äußerst kontroversiell diskutierte Bewertung der Pflichten von Host-Providern im Rahmen der ECRL vorgenommen. Zunächst hat er – wenig überraschend – hierzu klargestellt, dass gem. Art. 15 Abs. 1 ECRL Host-Provider (diesfalls *Facebook*) weiterhin nicht grundsätzlich und allgemein verpflichtet werden dürfen, aktiv die Gesamtheit ihrer gespeicherten Inhalte zu überwachen oder illegale Inhalte zu suchen.[33] Der Art. 15 Abs. 1 ECRL ist jedoch in Verbindung mit ErwGr. 47 der Richtlinie zu lesen und daher ist eine Überwachungspflicht »in spezifischen Fällen« als zulässig anzusehen. Ein spezifischer Fall liegt für den EuGH ua dann vor, wenn eine vom Host-Provider gespeicherte Information von einem Gericht geprüft und als rechtswidrig beurteilt wurde.[34] Art. 15 leg. cit. bedeutet sohin nicht einen absoluten Ausschluss der Überwachungspflicht von Host-Providern. Der Gerichtshof erkennt mit dem vorliegenden Urteil damit an, dass das Wesen des Internets die reale Gefahr mit sich bringt, dass eine rechtswidrige Information zeitnahe abermals und von einem anderen Internetnutzer verbreitet wird. Daher sieht es der EuGH als legitim an, dass Host-Providern auferlegt werden kann, Kommentare zu löschen, die sowohl den wort- als auch sinngleichen Inhalt haben wie jene, die bereits für rechtswidrig befunden wurden. Der Gerichtshof geht damit nicht gänzlich von der »notice and take down«-Systematik der ECRL ab, dehnt jedoch den Umfang der »take down«-Verpflichtung maßgeblich aus.

Generalanwalt *Szpunar* schloss in seinen Schlussanträgen die Überwachung von sinngleichen Inhalten, die von anderen Nutzern stammen, explizit aus, denn eine solche würde »zu einer Zensur führen, so dass die

30 S. *Giele/Tiessen* EuZW 2019, 639 (646).
31 EuGH Rs. C-18/18 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:821.
32 S. *Spindler* NJW 2019, 3274 (3275).
33 EuGH Rs. C-18/18, Rn. 32 und 42 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:821.
34 EuGH Rs. C-18/18, Rn. 35 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:821.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Meinungs- und Informationsfreiheit beschränkt werden könnte«[35], außerdem wäre dies zu kostspielig für Host-Provider.[36] Dieser Rechtsansicht, die eine »Schonung« von Host-Providern vorsieht, ist der Gerichtshof offensichtlich nicht gefolgt, denn für den EuGH beinhalten Informationen mit sinngleichem Inhalt »im Wesentlichen die gleiche Aussage«[37] wie jene Informationen, die für rechtswidrig erklärt wurden; sie sind jedoch leicht unterschiedlich formuliert.[38] Nur durch Einbeziehung derartiger Informationen in eine gerichtliche Verfügung könne tatsächlich erreicht werden, dass eine rechtswidrige Handlung abgestellt und deren Wiederholung verhindert wird. Andernfalls müsste eine in ihren (Persönlichkeits-)Rechten verletzte Person eine Fülle an Gerichtsverfahren durchlaufen, um eine Abstellung der rechtswidrigen Handlungen zu erreichen. Die Ausdehnung der Löschpflicht für sinngleiche Inhalte soll sohin eine Umgehung von Unterlassungspflichten abwenden.[39]

Damit ein Gleichgewicht zwischen den verschiedenen beteiligten Interessen geschaffen wird – wie es der ErwGr. 41 ECRL impliziert – darf der Schutz der Ehre einer Person allerdings »nicht durch eine übermäßige Verpflichtung des Hosting-Anbieters«[40] verwirklicht werden. Um dies zu gewährleisten, darf der Provider nach Rechtsansicht des EuGH jedoch nicht zu einer »autonomen Beurteilung«[41] des Inhalts gezwungen werden. Daher müssen die sinngleichen Informationen exakt angeführte »Einzelheiten umfassen, die in der Verfügung genau bezeichnet worden sind«[42], wie etwa Name des Opfers und Umstände, unter welchen die Rechtsverletzung ermittelt wurde.[43]

Das Konzept des EuGH der Löschpflicht von sinngleichen Inhalten ist äußerst vage formuliert und bedarf noch weiterer Präzisierung, die der Gerichtshof in diesem Urteil schuldig bleibt. *Spindler* stellt daher zu Recht in

35 Generalanwalt *Szpunar*, Schlussanträge v. 4.6.2019 – Rs. C-18/18, Rn. 74 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:458.
36 Generalanwalt *Szpunar*, Schlussanträge v. 4.6.2019 – Rs. C-18/18, Rn. 74 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:458.
37 EuGH Rs. C-18/18, Rn. 41 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:821.
38 EuGH Rs. C-18/18, Rn. 41 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:821.
39 EuGH Rs. C-18/18, Rn. 41 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:821; s. *Spindler* NJW 2019, 3274 (3275).
40 EuGH Rs. C-18/18, Rn. 41 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:821.
41 EuGH Rs. C-18/18, Rn. 45 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:821.
42 EuGH Rs. C-18/18, Rn. 45 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:821.
43 EuGH Rs. C-18/18, Rn. 45 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:821.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Frage, ob Provider durch diese Vorgaben des EuGH tatsächlich einer autonomen Entscheidung entbunden werden.[44]

Die Frage der Zulässigkeit einer Verpflichtung zur weltweiten Löschung bzw. Überwachung von Informationen handelt der EuGH schließlich im letzten Teil seines Urteils äußerst kurz ab und bejaht diese aufgrund der Tatsache, dass aus Art. 18 Abs. 1 ECRL keine explizite territoriale Beschränkung hervorgeht. Der EuGH überlässt dies jedoch weitgehend den Mitgliedstaaten, die für die Einhaltung der diesbezüglichen einschlägigen (internationalen) Rechtsvorschriften Sorge zu tragen haben.[45] Die Aussage des Gerichtshofs bezüglich der weltweiten Wirkung von gerichtlichen Unterlassungsentscheidungen bedarf angesichts der komplexen kollisionsrechtlichen Thematik noch weiterer Präzisierung und wird sicherlich in Zukunft noch öfter Gegenstand von Diskussionen sein.

3. *Richtlinie (EU) 2018/1808 zur Änderung der AVMD-RL: Konsequente policy line der EU*

Durch die neue Richtlinie (EU) 2018/1808[46] zur Änderung der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste 2010/13/EU (AVMD-RL) werden nunmehr Video-Sharing-Plattform-Dienste[47] explizit in den Anwendungsbereich der AVMD-RL einbezogen, sodass etwa *YouTube* und audiovisuelle Inhalte, die in sozialen Netzwerken geteilt werden, der Richtlinie unterliegen. Die neuen Vorschriften des Art. 28b dienen insbesondere dem Jugendschutz und sollen verhindern, dass im Internet zu Gewalt, Hass oder terroristischen Straftaten aufgerufen wird. Hierzu müssen die Anbieter derartiger Plattformen, die im Rahmen der ECRL zumeist als Host-Provider definiert werden, entsprechende Maßnahmen erlassen, die ua ein einfaches Meldesystem für illegale Inhalte umfassen. Die Richtlinie lässt die Vorschriften der ECRL in Art. 12 bis 15 unberührt und schließt explizit

44 *Spindler* NJW 2019, 3274 (3275).

45 EuGH Rs. C-18/18, Rn. 44 ff. – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:821.

46 Richtlinie (EU) 2018/1808 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten, ABl. 2018 L 303, 69.

47 Zur Definition siehe Art. 1 lit. b der Richtlinie (EU) 2018/1808.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ex-ante-Kontrollmaßnahmen und eine Filterung, die im Widerspruch zu Art. 15 ECRL stehen, aus.

Zwar führt die Reform der AVMD-RL zu keiner bahnbrechenden Änderung in der Verantwortung von Providern, allerdings wird hierdurch der Wille des Unionsgesetzgebers abermals bestätigt, die Regulierung des Internets mit Hilfe von Internetprovidern durchzusetzen.

4. *Vorschlag für eine Verordnung zur Verhinderung terroristischer Online-Inhalte: Rechtsdurchsetzung in einer Stunde*

Die äußerst rigide Linie der Europäischen Union gegenüber Providern in ihrer Aufgabe als »Hüter des Internets« schlägt sich auch im Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung zur Verhinderung terroristischer Online-Inhalte[48] durch. In diesem wird Host-Providern eine umfangreiche Sorgfaltspflicht übertragen, die eine Löschpflicht von terroristischen Online-Inhalten innerhalb nur einer Stunde nach Erhalt einer behördlichen Entfernungsanordnung vorsieht. Zwar wurde der Terminus »proaktive Maßnahmen« des ursprünglichen Vorschlags der Kommission nunmehr durch »spezifische Maßnahmen« ersetzt, die Eine-Stunde-Regel wird jedoch technische Filter, dh Uploadfilter, erfordern.

Die äußerst kurze Löschfrist und die unklare Definition von terroristischen Inhalten werden heftig kritisiert, da hierdurch eine große Gefahr des Aufkommens von Kollateralschäden bestehe und etwa politisch wichtige Aufklärungsvideos über Terror bzw. Krieg in einem Overblocking gelöscht werden könnten.[49] Es wird sich zeigen, inwieweit insbesondere kleine Plattformen der äußerst kurzen Löschpflicht nachkommen werden, denn diese bedeutet zB die Notwendigkeit der Einrichtung eines 24-Stunden-Dienstes.

---

48 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhinderung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte, COM(2018) 640 final.

49 Etwa heftig kritisiert von der *digitalen Gesellschaft*, https://digitalegesellschaft.de/2019/10/pressemitteilung-verordnung-gegen-terror-inhalte-die-naechsten-uploadfilter-kommen/ (Stand: 6.5.2020); s. hingegen *Löber/Roßnagel* MMR 2019, 17 (73 ff.), die aufgrund der ersten Transparentberichte zur Durchführung des NetzDG »eher» kein »häufiges und systematisches Over- und Underblocking» erkennen.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

IV. Schlussbemerkung und rechtspolitische Diskussion

Das Internet schafft unbestritten neue Gefahrenlagen, die Regelungsinitiativen erfordern,[50] da herkömmliche Methoden – so überhaupt im Internet angewendet – Urheberrechtsverletzungen, Hasspostings, Cybermobbing oder Kinderpornografie nicht zu fassen vermögen. Aus dem eben Dargestellten ergibt sich sohin die – über die Rechtswissenschaften hinausgehende – Frage nach den Grenzen der Freiheit des Internets bzw. der Meinungs- und Informationsfreiheit. Gebührt tatsächlich dem Stärkeren in der digitalen Welt der Vortritt? In diesem Kontext wird zumeist die Parole »Das Internet darf kein rechtsfreier Raum sein!« bemüht. Hier sei angemerkt, dass das Internet niemals ein rechtsfreier oder rechtsfolgenfreier Raum war. Urheberrechtsverletzungen sind und waren sowohl in der Offline- als auch Online-Welt untersagt. Es hat sich jedoch gezeigt, dass die staatliche Regulierung in der Durchsetzung des Rechts im Internet gravierend an ihre Grenzen stößt und Durchsetzungsdefizite des Rechts überall im Internet verortet werden können. Zudem wurden die derzeit bestehenden urheberrechtlichen Regelungen schlichtweg nicht für die digitale Welt geschaffen. Der digitalisierte Staat braucht sohin neue Antworten und Lösungsansätze, um die Rechtsdurchsetzung im Cyberspace effektiv zu gestalten.

Neben diesen Überlegungen gilt es außerdem ganz grundsätzlich zu diskutieren, inwieweit sich das Rechtsbewusstsein der Nutzer im Rahmen ihrer Handlungen im Internet von jenem in der »realen« Offline-Welt unterscheidet und wie das »digitale Ich«[51] in der Cyberwelt sohin zu definieren ist.[52] Denn die Rechtsdurchsetzung im Internet wird immer nur so effizient sein, wie sie auch von der (digitalen) Gesellschaft mitgetragen wird.

Wie viel Technik und Privatisierung in der Rechtsdurchsetzung verträgt der digitale Staat? So divergierend die Antworten hierauf in der Politik, Wissenschaft und Bevölkerung auch ausfallen mögen, es bedarf ganz offensichtlich einer netzadäquaten und adaptierten Rechtsdurchsetzung, im Rahmen derer die Souveränität des (digitalen) Staates gewahrt bleibt. *Lawrence Lessig*, Professor an der Harvard Law School, hat bereits vor Jahren mit dem Irrglauben aufgeräumt, der Cyberspace sei aufgrund seiner Struktur nicht regulierbar. Denn, so *Lessig*, das Internet habe keine Natur, son-

---

50 Vgl. *Thiel*, Die »Entgrenzung« der Gefahrenabwehr, 2011, S. 9.

51 *Kamis* in Buhr/Hammer/Schölzel, Staat, Internet und digitale Gouvernementalität, 2018, 105 (205).

52 S. *Kamis* in Buhr/Hammer/Schölzel, Staat, Internet und digitale Gouvernementalität, 2018, 105 (205).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dern bestehe aus einem Code und dieser sei selbstverständlich variabel.[53] »Our choice is not between ‚regulation' and ‚no regulation'. The code regulates.«[54] Eine Abkehr vom staatlichen Eingriff im Internet stellt für ihn daher keine Lösung dar; ganz im Gegenteil konstatiert er nüchtern: »To push the antigovernement button is not to teleport us to Eden. When the interests of government are gone, other interests take their place.«[55] Die provokante Feststellung *Schlieskys*, dass etwa durch das NetzDG eine Verschiebung der digitalen Souveränität weg vom Staat hin zu Konzernen stattfindet, ist nach hier vertretener Ansicht vorwiegend als Weckruf zu verstehen.[56]

Angesichts des ubiquitären Charakters des Internets ist es nur konsequent einen gemeinsamen europäischen Regulierungsrahmen hierfür zu schaffen – noch besser wäre selbstredend ein internationales Arrangement. Die Europäische Union befindet sich derzeit auf der Suche nach einem adaptierten Regelungsarrangement für das Internet und steht hierbei vor der großen Herausforderung, dem Vorwurf der Zensur entgegenzuwirken. Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Europäische Union, indem sie die Inanspruchnahme von Providern forciert, eine Privatisierung der Rechtsdurchsetzung im digitalen Raum institutionalisiert.[57] Es ist sohin der Weg zu einer privaten Regulierung von Internetinhalten beschritten, weshalb in diesem Kontext auch von einer Entstaatlichung und Privatisierung der digitalen Öffentlichkeit gesprochen wird. Providern wird durch die oben dargestellten neuen EU-Regelungen nicht nur der Vollzug, sondern auch die Entscheidungskompetenz übertragen. Zudem fehlen hierbei klare Legaldefinitionen in den Legislativakten, wodurch den Providern ebenso ein großer Auslegungs- und Ermessensspielraum überlassen wird.

In Deutschland werden mit dem NetzDG soziale Netzwerke dazu verpflichtet, selbstständig Inhalte aufgrund einer Beschwerde zu prüfen und diese gegebenenfalls als rechtswidrig einzustufen.[58] Der Inhalt des Gesetzes

---

53 *Lessig* Harvard Magazine 2000, https://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html (Stand: 6.5.2020); s. dazu ebenso *Lessig*, Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0, 2006.

54 *Lessig* Harvard Magazine 2000, https://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html (Stand: 6.5.2020).

55 *Lessig* Harvard Magazine 2000, https://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html (Stand: 6.5.2020).

56 S. *Schliesky* NVwZ 2019, 693 (694).

57 Vgl. *Guggenberger* NJW 2017, 2577 (2582), aA *Hofmann* ZUM 2019, 617 (622).

58 Es wird daher im Kontext des NeztDG oftmals von einer (zumindest rudimentären) Selbstregulierung gesprochen.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wurde bereits eingehend in einer Reihe von Literaturbeiträgen thematisiert,[59] weshalb hier ausschließlich auf die europarechtlich relevanten Hauptkritikpunkte eingegangen werden soll. Die Vorgabe des NetzDG, »offensichtlich rechtswidrige Inhalte« innerhalb von 24 Stunden nach Eingang der Beschwerde zu löschen bzw. zu sperren,[60] wird in der Literatur zu Recht als europarechtswidrig eingestuft.[61] Zum einen liegt die Rechtswidrigkeit eines Inhalts nicht immer offensichtlich auf der Hand und es bedarf hierbei regelmäßig einer juristischen Abwägung,[62] die nunmehr den Providern auferlegt wird. Zum anderen legt das NetzDG durch die Vorschreibung einer 24-Stunden-Frist den Terminus »unverzüglich« des Art. 14 Abs. 1 lit. b ECRL äußerst eng aus, wodurch eine Unionsrechtskonformität anzuzweifeln ist.[63] Es ist sohin *Schwartmann* zuzustimmen, wenn er eine Flexibilisierung der Frist im NetzDG durch die Wendung »in der Regel« vorschlägt.[64] Die Europäische Union beschreitet indes mit dem Vorschlag für eine Verordnung zur Verhinderung der Verbreitung terroristischer Inhalte[65] einen nicht minder rigiden Weg hinsichtlich der Löschfrist für Provider, die gem. Art. 4 des Vorschlags einer Entfernungsanordnung innerhalb einer Stunde nachkommen müssen.[66] Ein weiterer Kritikpunkt am NetzDG liegt in den unspezifischen Vorgaben zur Bewertung von nicht offensichtlich rechtswidrigen Inhalten.[67] Darüber hinaus wird weitgehend einstimmig in der Fachliteratur ein Verstoß gegen das Her-

59 S. nur *Adelberg*, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke (2019) S. 105 ff.; *Eifert/Gostomzyk* (Hrsg.), Netzwerkrecht (2018); *Guggenberger* NJW 2017, 2577; *Löber/Roßnagel* MMR 2019, 71; *Nolte* ZUM 2017, 552; *Peukert* MMR 2018, 572; *Schliesky* NVwZ 2019, 693; *Spindler* ZUM 2017, 473; *Spindler* GRUR 2018, 365.

60 § 3 NetzDG.

61 S. nur *Guggenberger* NJW 2017, 2577 (2579); *Nolte* ZUM 2017, 552 (561); *Schwartmann* GRUR-Prax 2017, 317 (318).

62 S. ausf. *Nolte* ZUM 2017, 552 (556 ff.).

63 S. *Spindler* ZUM 2017, 473 (479); *Spindler* GRUR 2018, 365 (370); *Schwartmann* GRUR-Prax 2017, 317 (318); *Guggenberger* NJW 2017, 2577 (2579).

64 S. *Schwartmann* GRUR-Prax 2017, 317 (318).

65 S. Ausführungen oben.

66 S. zudem die Empfehlung (EU) 2018/334 der Kommission, ABl. L 63/50, worin ebenso eine Ein-Stunden-Regel festgehalten wird und nahegelegt wird, proaktiv, dh mit Uploadfiltern, illegale Inhalte aufzuspüren und zu beseitigen (s. Factsheet, MEMO/18/1170).

67 S. nur *Schwartmann* GRUR-Prax 2017, 317 (317 f.); *Nolte* ZUM 2017, 552 (556 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kunftslandprinzip der ECRL verortet, da sich der Anwendungsbereich des NetzDG auch auf Netzwerke außerhalb Deutschlands erstreckt.[68]

Das NetzDG zwingt Provider, über komplexe Rechtsfragen in kürzester Zeit zu entscheiden und hierbei zudem eine Grundrechteabwägung vorzunehmen. Maßgebliche Entscheidungen und Abwägungen werden sohin auf sie abgewälzt und es wird hierfür jedenfalls sachverständiger Juristen als Prüfer bedürfen, um ein Overblocking aus Angst vor hohen Bußgeldzahlungen zu vermeiden und die Meinungsfreiheit der Internetnutzer weiterhin zu gewährleisten.[69] Zwar hat die Europäische Kommission das NetzDG in dem vorgeschriebenen Verfahren für derartige nationale Gesetze notifiziert, doch bleibt abzuwarten, ob der EuGH die vom deutschen Gesetzgeber vorgenommene Auslegung der ECRL ebenso gutheißt. Die derzeitige harte Linie der Europäischen Union in Bezug auf Persönlichkeits- und Urheberrechtsverletzungen im Internet lässt jedoch darauf schließen, dass das NetzDG in seinen Grundzügen weiterhin Bestand haben wird.[70]

Provider übernehmen in derartigen Konstellationen sohin Aufgaben eines Richters[71] bzw. sind sie zu Regulierungsbehörden mutiert, ihnen stehen jedoch nicht jene Ermittlungsverfahren zur Verfügung, die etwa Gerichte regelmäßig durchführen. Zudem sind Provider keine demokratisch legitimierten Einrichtungen, die als völlig neutrale Akteure handeln. Ebenso sei an dieser Stelle angemerkt, dass sich der derzeit bestehende Rechtsrahmen an menschliche Rechtsanwender richtet und auch deshalb eine technische Durchsetzung Fehler mit sich bringen könnte.[72]

Der privaten Rechtsdurchsetzung – insbesondere im Internet – wird der Vorteil der Flexibilität, der geringen Reaktionszeit und des möglichen Kostenvorteils für den Staat nachgesagt.[73] So stellt für *Köndgen* die Inanspruchnahme von Privaten »kein Manko des staatlichen Rechts, sondern im Gegenteil eine unentbehrliche Vorbedingung seiner sozialen Lernfähigkeit«[74]

---

68 S. nur *Nolte* ZUM 2017, 552 (556 ff.); *Spindler* GRUR 2018, 365 (367 ff.); *Guggenberger* NJW 2017, 2577 (2581 f.); *Adelberg*, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke, 2019, S. 113 ff.

69 Zu den Transparentberichten iRd NetzDG *Löber/Roßnagel* MMR 2019, 71.

70 Das NetzDG wurde kürzlich durch das Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität novelliert. Hierdurch wurde ua ein Gegenvorstellungsverfahren (Put-Back-Verfahren) eingeführt.

71 Vgl. *Yannopoulos* in Taddeo/Floridi (Ed.), The Responsibilities of Online Service Providers, 2017, 43 (54 ff.).

72 S. *Becker* ZUM 2019, 636 (643 ff.).

73 *Köndgen* AcP 206 (2006), 477 (512).

74 *Köndgen* AcP 206 (2006), 477 (513).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dar, denn »[j]e komplexer die Welt, desto weniger wird es dem Staat und dem politischen System gelingen, den Wissensvorsprung der Fachleute einzuholen und das ‚technisch' richtige Regelinstrumentarium selbst vorzuhalten«[75].[76] Das Ziel des EuGH lag in der Rs. *Glawischnig-Piesczek* ganz offensichtlich darin, Opfern eine rasche und effiziente Hilfe zu verschaffen. Dies sah das Oberlandesgericht Wien noch anders, indem es feststellte, dass die Klägerin ohnehin »von dritter Seite rasch aufmerksam gemacht werden [kann], sodass sie mit wesentlich geringerem Aufwand der Beklagten von sinngleichen Beleidigungen Meldung erstatten und die Entfernung des Eintrags verlangen kann«[77]. Auch die Europäische Kommission bewertete Filter- und Sperrmaßnahmen durch Provider in ihrem Bericht zur Anwendung der ECRL noch äußerst kritisch aufgrund deren leichten Umgehungsmöglichkeiten, wodurch eine Löschung von legalen Inhalten nicht vermieden werden könnte, »was einen Verstoß gegen das Recht auf freie Meinungsäußerung bedeuten würde«[78].

Die Delegation der Rechtsdurchsetzung an Provider birgt selbstredend Gefahren in sich, weshalb die Maßnahmen der Provider einer strengen Kontrolle bedürfen. Dem Einzelnen, der sich durch Provider in seinen Rechten beschnitten fühlt, muss daher ein rechtsstaatliches Verfahren zur Verfügung stehen – eine Beschwerdemöglichkeit, die sich direkt an Provider richtet, darf daher lediglich die erste Anlaufstelle darstellen.[79] So liegt die Letztverantwortlichkeit im Rahmen der Maßnahmen des Art. 17 DSM-RL gemäß den darin enthaltenen Vorgaben ohnehin beim Staat. Es stellt sich allerdings die Frage, inwieweit Gerichte schließlich tatsächlich mit unzulässigen Filterungen befasst sein werden.[80] Überdies entscheiden die Gerichte stets über den spezifischen Fall, sodass eine grundsätzliche und umfassende Überprüfung der Löschpraktiken von Providern hierdurch nicht gänzlich gewährleistet wird. Überlegenswert ist daher die Einrichtung einer Kontrollinstitution auf EU-Ebene (etwa eine EU-Agentur), die Be-

---

75 *Köndgen* AcP 206 (2006), 477 (513).

76 S. *Dürr* in Zäch/Breining-Kaufmann/Breitschmid ua (Hrsg.), Individuum und Verband: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, 397 (397 ff.).

77 OLG Wien 26.4.2017, 5 R 5/17t, 20.

78 Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie 2000/31/EG, KOM/2003/0702 endg.,16, FN 73.

79 Zum Anspruch auf Schrankendurchsetzung gegen Provider s. *Spindler* CR 2020, 55 (57); s. ebenso hierzu *Hofmann* GRUR 2019, 1219 (1227).

80 Vgl. *Hofmann* GRUR 2019, 1219 (1223); zu einer möglichen Ausgestaltung von Verfahrensrechten in der nationalen Umsetzung *Spindler* CR 2020, 50 (58).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schwerden zentral organisiert oder zumindest überwacht, sodass eine verbesserte Regulierungsstruktur gegeben ist.

Kritiker sehen Uploadfilter mit großer Fehleranfälligkeit behaftet, zudem sei eine automatisch durchgeführte Rechtsdurchsetzung nicht mit den Grundrechten vereinbar und so würden insbesondere durch das Vorsortieren der Inhalte durch die Plattformbetreiber die Meinungsfreiheit und mediale Vielfalt beschnitten.[81] Provider beeinflussen durch die Filterung von Inhalten bzw. Internetsperren die Möglichkeit der Ausübung der Grundrechte durch Internetnutzer,[82] und deren Handlungen führen sohin zu grundrechtlich relevanten Gefahrenlagen. Unbestritten ist im Kontext der gesetzlichen Vorgaben zur Rechtsdurchsetzung mittels Provider ein Grundrechteeingriff durch den Staat zu prüfen. Darüber hinaus gilt es zu diskutieren, ob ebenso Internetprovider (dh Private) durch Grundrechte verpflichtet werden können bzw. sollten.[83] Im Schrifttum wird eine echte Drittwirkung von Grundrechten überwiegend ablehnend behandelt, eine mittelbare Wirkung dieser hingegen grundsätzlich bejaht. Grundrechte strahlen sohin nach hM jedenfalls auf die Ausgestaltung und Anwendung von Rechtsnormen aus, sodass »eine Mediatisierung der Grundrechte durch die Normen des Privatrechts«[84] besteht.[85] Während eine darüber hinausgehende Wirkungskraft der Grundrechte – abgesehen von einer Ausdehnung der mittelbaren Drittwirkung[86] – auf nationaler Ebene sohin äußerst strittig ist, zeigt sich der EuGH in seiner jüngsten Rechtsprechung hinsichtlich der Bindung Privater an die Charta der Grundrechte (GRC) weit offener. Gleichsam finden sich im wissenschaftlichen Diskurs zuneh-

81 S. hierzu auch die Forderung nach einer »Charta der digitalen Grundrechte der EU«, https://digitalcharta.eu/ (Stand: 6.5.2020).

82 S. ausf. *Wielsch* ZGE 10 (2018), 1 (2 ff.).

83 Eine umfangreiche Analyse der Grundrechtsbindung Privater kann an dieser Stelle nicht geleistet werden, weshalb die Überlegungen hierzu kursorisch bleiben müssen; ausf. *Knebel*, Die Drittwirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten, 2018; zur EuGH-Judikatur *Kopetzki* in Kopetzki/Lanser/Leitner ua (Hrsg.), Autoritäres vs Liberales Europa, 2019, 287 (287 ff.).

84 S. *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte, 2019, Rn. 1/73 ff.

85 S. ausf. *Schliesky/Hoffmann/Luch/Schulz/Borchers*, Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet, 2014, S. 61 ff.

86 Zu einer gesteigerten mittelbaren Grundrechtsbindung für bestimmte Grundrechte *Mayen* ZHR 182 (2018) 1 (3 ff.); *Jobst* NJW 2020, 11 (12 ff.); zu einer situationsbedingten unmittelbaren Grundrechtsbindung unter Zugrundelegung der Entscheidung des BVerfG, Beschluss vom 11.4.2018 (1 BvR 3080/09).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mend Befürworter nicht nur einer mittelbaren,[87] sondern ebenso einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater iRd GRC,[88] die für zumindest ausgewählte Grundrechte gelten soll.[89] Auch wollen einige die Horizontalwirkung von Grundrechten durch die EuGH-Judikatur zu den Grundfreiheiten, in welcher insbesondere für die Arbeitnehmerfreizügigkeit eine Drittwirkung fallweise bejaht wird, bestätigt sehen.[90] Dass Art. 51 GRC Private nicht ausdrücklich als Verpflichtete erwähnt und die EMRK eine Drittwirkung ausschließt, stellt alleine noch keinen Grund für die Ablehnung einer solchen dar.[91] Die aktuelle Rspr. des EuGH zeigt deutlich, dass der Gerichtshof eine (direkte) Drittwirkung von Grundrechten nicht kategorisch ablehnt. In der Rs. *Egenberger* befand der EuGH dazu, dass Art. 21 GRC »sich in seiner Bindungswirkung grundsätzlich nicht von den verschiedenen Bestimmungen der Gründungsverträge, die verschiedene Formen der Diskriminierung auch dann verbieten, wenn sie aus Verträgen zwischen Privatpersonen resultieren«[92], unterscheidet. In diesem Sinne stellt der EuGH in der Rs. *Bauer* klar, »dass Art. 51 Abs. 1 der Charta keine Regelung darüber [trifft], ob Privatpersonen gegebenenfalls unmittelbar zur Einhaltung einzelner Bestimmungen der Charta verpflichtet sein können, und kann demnach nicht dahin ausgelegt werden, dass dies kategorisch ausgeschlossen wäre«[93]. Damit ebnet der EuGH den Weg in Rich-

---

87 S. ausf. *Jarass* in Jarass, GRC, 3. Aufl. 2016, Art. 51 Rn. 31 ff.; *Folz* in Vedder/Heintschel von Heinegg, GRC, 2. Aufl. 2018, Art. 51 Rn. 15 ff.; *Schwerdfeger* in Mayer/Holscheidt, GRC, Aufl. 2019, Art. 51 Rn. 75 ff.; *Borowsky* in Mayer, GRC, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 31; *Ladenburger/Vondung* in Stern, GRCh, 2016, Art. 51 Rn. 16; Schwarze/*Hatje*, GRC, 4. Aufl., 2019, Art. 51 Rn. 22; Frankfurter Kommentar/*Pache*, GRC, 2017, Art. 51 Rn. 38. Zu Provider s. nur *Kovacs,* die Haftung der Host-Provider für persönlichkeitsverletzende Internetäußerungen, 2018, S. 46 f.; *Grisse*, Internetangebotssperren, 2018, S. 70 ff.

88 Schwarze/*Hatje* GRC, 4. Aufl., 2019, Art. 51 Rn. 22.

89 Genannt werden hier beispielsweise Art. 30 bis 32 GRC; *Kingreen* in Callies/Ruffert, 5. Aufl. 2016, Art. 51 Rn. 21.

90 *Osing*, Die Netzneutralität im Binnenmarkt, 2017, S. 229 ff.; aufgeschlossen *Kainer* NZA 2018, 894 (894 ff.); *Jobst* NJW 2020, 11 (14 ff.); *Kopetzki* in Kopetzki/Lanser/Leitner ua (Hrsg.), Autoritäres vs Liberales Europa, 2019, 287 (311 ff.).

91 EuGH verb. Rs. C-569/16 und C-570/16, Rn. 89 – Bauer, ECLI:EU:C:2018:871; s. *Kingreen* in Callies/Ruffert, 5. Aufl. 2016, Art. 51 Rn. 21; aA *Ehlers* in Ehlers, Europäische Grundreche und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, S. 513 (553 f.); Schwarze/*Hatje* GRC, 4. Aufl., 2019, Art. 51 Rn. 22; Frankfurter Kommentar/*Pache*, GRC, 2017, Art. 51 Rn. 38; aA *Folz* in Vedder/Heintschel von Heinegg, GRC, 2. Aufl. 2018, Art. 51 Rn. 15 ff.

92 EuGH Rs. C-414/16, Rn. 77 – Egenberger, ECLI:EU:C:2018:257.

93 EuGH Rs. C-414/16, Rn. 87 – Egenberger, ECLI:EU:C:2018:257.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tung einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte der GRC, deren Umfang derzeit noch nicht abzuschätzen ist.[94] In Anbetracht der starken (Macht-)Position von Providern im Internet und ihrer »beherrschenden Stellung in Bezug auf eine Infrastruktur«[95], wodurch »das Gleichgewicht der Kräfte und damit eine echte Privatautonomie ohnehin nicht gegeben sind«[96], erscheint eine spezifische Anwendung von bestimmten Grundrechten im Verhältnis zwischen Providern und Internetnutzern als ein möglicher Lösungsansatz.[97] *Wielsch* schlägt daher vor, grundsätzlich »die staatszentrierte Dogmatik der Grundrechtswirkung zu überdenken«[98]. Die Gefahr einer zu starken Beschneidung der Freiheitssphären des Einzelnen und zu starken Einbußen in der Privatautonomie spricht allerdings gegen eine allgemeine Horizontalwirkung von Grundrechten.[99] Die Tragweite einer spezifischen und situationsabhängigen unmittelbaren, oder zumindest verstärkt mittelbaren,[100] Drittwirkung im Zusammenhang mit strukturell starken Intermediären wird – nicht zuletzt angesichts der diesbezüglichen aktuellen Judikatur des EuGH – noch einer eingehenden Diskussion bedürfen. Ein schlichter Verweis auf die klassische Grundrechtsdogmatik der letzten Jahrzehnte ist im Hinblick auf den äußerst gravierenden Einfluss von Internetprovidern auf unser aller Leben nicht angezeigt.

Hinsichtlich der Anwendung von Uploadfiltern wird zumeist der Begriff der Zensur ins Spiel gebracht. Zuvorderst gilt es zu diskutieren, ob automatisierte semantische Filter, die von Algorithmen abhängig sind, tatsächlich effizient arbeiten oder ob Filter in ihrer Leistung überschätzt werden. Kann es die Technik tatsächlich besser?

Es stellt sich insbesondere die in weiteren empirischen Studien zu untersuchende Frage, ob künstliche Intelligenz tatsächlich im Stande ist, sinngleiche Inhalte zu erkennen, ohne hierbei eine große Fehleranfälligkeit aufzuweisen. Denn anders als bei urheberrechtlich geschützten Inhalten stehen etwa bei Hasspostings automatisierte Filter vor der großen He-

---

94 Ausf. dazu *Kopetzki* in Kopetzki/Lanser/Leitner ua (Hrsg.), Autoritäres vs Liberales Europa, 2019, 287 (302 ff.); *Kainer* NZA 2018, 894 (894 ff.).

95 *Osing*, Die Netzneutralität im Binnenmarkt, 2017, S. 229 ff.

96 *Osing*, Die Netzneutralität im Binnenmarkt, 2017, S. 229 ff.

97 Bejahend aber nicht ohne Kritik *Krainer* NZA 2018, 894 (894 ff.); *Wielsch* ZGE 10 (2018), 1 (33 f.).

98 *Wielsch* ZGE 10 (2018), 1 (34).

99 S. *Krainer* NZA 2018, 894 (899).

100 Im Schrifttum wird vermehrt auf die verschwimmenden Grenzen zwischen mittelbarer und unmittelbarer Drittwirkung verwiesen, so etwa *Jarass* in Jarass, GRC, 3. Aufl. 2016, Art. 51 Rn. 36.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rausforderung, diese von Zitaten oder einer Satire zu differenzieren – oftmals selbst für Menschen bzw. Gerichte eine heikle Angelegenheit.[101]

Der Einsatz derartiger Filter führt zu einem präventiven Einschreiten und damit steuert die Regulierung des Internets auf eine Gefahrenvorsorge im Sinne einer Risikoprophylaxe zu.[102] Dies wird etwa von *Becker* kritisiert, da hierdurch die Freiheit, rechtswidrig handeln zu können, eingeschränkt werden würde und es zu einer »Ablösung von Freiheit durch technisch gewährleistete Sicherheit«[103] komme.[104] So würde damit der zivile Ungehorsam unmöglich gemacht.[105] Dem Argument des Freiheitsverlusts ist die universelle Dimension des Internets und deren Wirkung gegenüberzustellen. Denn die Ubiquität des Internets bringt es mit sich, dass ein Hassposting, ein terroristischer oder kinderpornografischer Inhalt innerhalb von Sekunden einem Millionenpublikum zugänglich gemacht werden kann. Gleichsam verbreiten sich urheberrechtlich geschützte Inhalte mit nur einem Klick auf der ganzen Welt.

Das Gesamtresümee über eine Rechtsdurchsetzung durch Internetprovider fällt sohin ambivalent aus: Eine verstärkte Inpflichtnahme von Providern führt zu einer Verantwortungsdiffusion, und Provider werden gleichsam zwangsrekrutiert, um Aufgaben zu übernehmen, die in der analogen Welt von staatlichen Instanzen, insbesondere Gerichten, durchgeführt werden. Jedoch welche gleichartig effiziente Alternative bietet sich an? Eine (Selbst-)Regulierung des Internets mit Hilfe von soft law als Gegenvorschlag ist nicht zielführend, denn freiwillige Maßnahmen haben schließlich bis jetzt nicht zum Erfolg geführt, und es müssten auch hierbei effiziente Beschwerdemöglichkeiten für den Einzelnen geschaffen und kontrolliert werden.[106] Die Erstellung eines umfassenden Verhaltenskodex für alle Provider, wie die Europäische Kommission bereits im Jahr 2016 mit den vier großen IT-Konzernen *Facebook*, *Microsoft*, *Twitter* und *YouTube* abgeschlossen hat,[107] würde allerdings als flankierende Maßnahme jedenfalls unterstützend wirken.[108] Zudem könnten zentrale Anlaufstellen bzw.

---

101 *Stieper* GRUR 2020, 1 (6).
102 Vgl. *Thiel*, Die »Entgrenzung« der Gefahrenabwehr, 2011, S. 12.
103 *Becker* ZUM 2019, 636 (636 ff.).
104 S. *Becker* ZUM 2019, 636 (637).
105 S. *Becker* ZUM 2019, 636 (643 ff.).
106 S. ausf. *Husovec*, Injunctions Against Intermediaries in the European Union, 2017, S. 229; *Yannopoulos* in Taddeo/Floridi (Ed.) The Responsibility of Online Service Providers, 43 (51); aA *Nolte* ZUM 2017, 552 (565).
107 Verhaltenskodex für die Bekämpfung illegaler Hassreden im Internet, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_16_1937 (Stand: 6.5 2020).
108 Vgl. *Czychowski/Nordemann* GRUR 2013, 986 (995).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einfach gestaltete Meldesysteme (Beschwerdemanagement) für Nutzer mit einer adäquaten Widerspruchsmöglichkeit geschaffen werden, sodass ein umfassender Schutz vor Willkür besteht. Die von den Providern verwendeten Algorithmen müssen transparent dargelegt und unter staatlicher Aufsicht gestellt werden, sodass die Gefahr eines Overblocking minimiert wird. Eine Abstufung bei der Bewertung von zu löschenden Inhalten, dh nicht nur binäre Entscheidungen zuzulassen, erscheint als nicht zielführend.[109] Denn ein bisschen Urheberrechtsverletzung oder ein wenig Hassposting gibt es nicht. Es bedarf vielmehr einer Festlegung klarer Leitlinien bzw. Mindestvorgaben darüber, welche Inhalte von einem automatisierten Filter gelöscht werden sollen, um die Missbrauchsgefahr auf ein Minimum zu reduzieren. Eine wie von *Hoeren* geforderte rückwirkende Löschung von urheberrechtsverletzenden Inhalten, dh das Beibehalten des Status quo,[110] wird die Problematik angesichts der großen Anzahl von urheberrechtsgeschützten Inhalten im Internet nicht zu fassen vermögen.[111]

Es ist sohin *Spindler* zuzustimmen, welcher in der Kritik zu Uploadfiltern eine »Quadratur des Kreises«[112] verortet. Denn, wie *Hofmann* treffend feststellt, »[m]an kann auch nicht beides haben – keine Überwachungspflichten und Urheberrechtsschutz zugleich«[113]. Eine mögliche Alternative zu Uploadfiltern im Kontext von Urheberrechtsverletzungen stellt nach wie vor eine umfassende Urheberrechtsreform mit einem einheitlichen europäischen Urheberrechtstitel dar – dies wurde bekanntermaßen jüngst auf europäischer Ebene abgelehnt. Und so wird in nächster Zeit wohl vornehmlich der EuGH das Urheberrecht mitgestalten.[114] Der Ruf nach einem zeitgemäßen urheberrechtlichen Regelungsrahmen auf Ebene der EU, der die Digitalisierung nicht ignoriert, wird sicherlich nicht verstummen. Weit weniger umstritten ist die in der DSM-RL ohnehin vorgesehene verstärkte Anwendung von erweiterten kollektiven Lizenzen, wodurch der Einsatz von Uploadfiltern reduziert werden kann.[115] Anstatt einer neuen Konzeption der Providerhaftung Strafverfolgungsbehörden in der analo-

109 AA *Becker* ZUM 2019, 636 (645 ff.).
110 *Hoeren* Frankfurter Rundschau v. 6.7.2018, https://www.fr.de/kultur/nicht-ausgereift-genug-10964759.html (Stand: 6.5.2020).
111 *Stieper* ZUM 2019, 211 (217).
112 *Spindler* CR 2019, 277 (283, 287); *Spindler* CR 2020, 50.
113 *Hofmann* ZUM 2019, 617 (627).
114 S. *Dreier* GRUR 2019, 771 (779).
115 *Daum* MR 2019, 283 (291), *Giele/Tiessen* EuZW 2019, 639 (642 f.); *Stieper* ZUM 2019, 211 (217); skeptisch *Stieper* CR 2020, 50 (55).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen Welt auszubauen,[116] würde die Dynamik der Digitalisierung ignorieren – es sollte vielmehr ein Sowohl-als-auch sein.[117]

Die jüngsten Entwicklungen haben vor allem gezeigt, dass es dringend einer Reform der ECRL bedarf, um eine umfassende Regulierung des Internets, die über eine sektorspezifische Regelung hinausgeht, zu schaffen. Denn eine starre Kategorisierung von Access-, Host- und Content-Providern ist für die digitale Welt nicht mehr zeitgemäß.[118] Die Europäische Kommission hat dies augenscheinlich erfasst und es wurde jüngst von Kommissionspräsidentin *von der Leyen* eine entsprechende Legislativinitiative angekündigt. So sollen neue Vorschriften für Internetprovider in Form eines Sekundärrechtsaktes, dem sog. »Digital Service Act«, entstehen.

Eine automatisierte und technische Rechtsdurchsetzung im Internet ist keine ideale Lösung und wird unweigerlich mit Mängeln behaftet sein; insbesondere gilt es hier, die in obigen Ausführungen erörterten Grundrechte der Nutzer zu schützen. Ohne flankierender Maßnahmen, die teilweise bereits vom Unionsgesetzgeber vorgeschrieben wurden, droht die Kommunikation im Netz massiv beschränkt zu werden. Die Delegation der Rechtsdurchsetzung an private Intermediäre wird weder Urheberrechtsverletzungen im Netz noch Hasspostings gänzlich eliminieren können.[119] Die Rechtsprechung des EuGH zur Vermittlerhaftung der Art. 17 DSM-RL und auch das NetzDG dürfen allerdings nicht als endgültiger Lösungsansatz verstanden werden, sondern diese sind Regulierungen in einer Übergangsphase, in der neue Ansätze für das Internet entwickelt werden. Und so werden die nächsten Jahre geprägt sein von einem »praktische[n] Experimentieren mit verschiedenen Konfigurationen von staatlich-hoheitlicher und gesellschaftlich-privater Involvierung«[120]. Es wird sich allerdings erst herausstellen, inwieweit die positiven Auswirkungen dieser neuen Form der Rechtsdurchsetzung im Internet gegenüber den – mit Sicherheit aufkommenden – Kollateralschäden überwiegen werden. Gleichwohl ist damit zu rechnen, dass Provider ihr Angebot adaptieren, um hohen Bußgeldforderungen zu entgehen. So könnten sich etwa Registrierungspflich-

---

116 S. *Guggenberger* NJW 2017, 2577 (2582).

117 S. *Spindler* GRUR 2018, 365 (373).

118 S. dazu bereits *Achleitner* in Felten/Kofler/Mayrhofer ua (Hrsg.), Digitale Transformation im Wirtschafts- & Steuerrecht, 2019, 89 (101); *Dreier* GRUR 2019, 771 (779); *Stieper* ZUM 2019, 211; *Ohly* ZUM 2015, 308 (313); *Wandtke/Hauck* ZUM 2019, 627 (628).

119 *Hoeren* Frankfurter Rundschau v. 6.7.2018, https://www.fr.de/kultur/nicht-ausgereift-genug-10964759.html (Stand: 6.5.2020).

120 *Busch* in Borucki/Schünemann (Hrsg.), Internet und Staat, 2019, 191 (204 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten für Nutzer durchsetzen, wodurch die allgemeine Zugänglichkeit zu Plattformen eingeschränkt würde. Eine hierdurch entstehende Einschränkung der Angebotsvielfalt im Internet läuft allerdings dem Ziel der Schaffung eines starken digitalen Binnenmarkts zuwider.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Modernisierung von Verwaltung und Justiz

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Digitale Rechtsmobilisierung – Effektiver Rechtsschutz durch Legal Tech?

Berit Völzmann[*]

I. Einleitung: Legal Tech als digitale Rechtsdienstleister

Unsere Sicht auf Digitalisierung wandelt sich: Noch in den 1960er Jahren warnte der Züricher Rechtswissenschaftler Karl Oftinger: „Wir stehen vor einer partiellen Überwältigung des Rechts durch die Technik. Die vom Recht geschützten Werte werden technischen Zwecken und Idealen geopfert."[1] Mittlerweile spielt Digitalisierung eine große Rolle in allen Bereichen der Rechtswissenschaft: Spezielle Schwerpunktbereiche, Professuren, Institute oder Forschungsbereiche werden geschaffen, ganze Tagungen zu diesem Thema abgehalten und thematisch scheint es fast überall Berührungspunkte zu geben[2]. In einem[3] Bereich drängt sich eine solche Berührung von Recht und Digitalisierung auf, die bisher in der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts[4] jedoch nicht gesehen wird. Dies liegt an einem – meiner Meinung nach – verkürzten Verständnis eines unserer zentralen Verfassungsprinzipien. Die Rede ist von der Rechtsweggarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) und sogenannten „Legal Tech-Dienstleistungen".

Was sind/was meine ich an dieser Stelle mit Legal Tech-Dienstleistungen? Mit Legal Tech wird die Erstreckung der Digitalisierung auf den Bereich der Rechtspraxis bezeichnet.[5] Im weitesten Sinne bezeichnet Legal Tech Informationstechnik, die im juristischen Bereich zum Einsatz ge-

---

* Für wertvolle Hinweise und Unterstützung danke ich *Ute Sacksofsky, Anna Katharina Mangold, Rike Krämer-Hoppe, Andrea Kießling, Eva Martin* und *Laura Godau*.

1 *Oftinger*, in: Keller (Hrsg.), Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts, Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Oftinger, 1969, VII – Vorwort.

2 Vom Gesellschaftsrecht: *Sattler*, BB 2018, 2243 bis zum Föderalismus: *Schliesky/Hoffmann*, DÖV 2018, 193.

3 Was freilich nicht indizieren soll, dass es der einzige Bereich ist.

4 Anders hingegen in der Zivilrechtswissenschaft, freilich mit einem völlig anderen Schwerpunkt als hier, vgl. etwa *Grupp*, AnwBl 2014, 660.

5 *Beck*, DÖV 2019, 648 (649).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

langt.[6] Gemeint sind damit letztlich sehr unterschiedliche Ausprägungen: von dem Einsatz von Software und Online-Angeboten zur Unterstützung der juristischen Arbeit bis hin zur rechtlichen Bewertung und Entscheidung eines streitigen Sachverhaltes.[7] Wer jetzt an *juris* oder *beck-online* denkt, liegt genau richtig; sie sind aber nur eine Ausprägung von vielen. Tatsächlich gibt es Legal Tech – auch wenn es wie „Neuland" klingen mag – bereits seit Jahrzehnten: Es begann mit dem Übergang von der Papierakte zur „virtual file"; dem folgten Programme, die automatisiert Entwürfe von Dokumenten erstellen konnten, sowie die bereits erwähnten juristischen Online-Datenbanken.[8]

Was mit der Digitalisierung des Arbeitsumfelds und dem Bereitstellen von einzelnen effizienzsteigernden Tools – im Sinne der Nachbildung mechanischer Tätigkeiten von Menschen – begann, mündet zunehmend darin, dass auch geistige Tätigkeiten nachgebildet werden können. Letzteres meint den Einsatz lernfähiger Algorithmen im Bereich der Sichtung und juristischen Analyse von Dokumenten bis hin zum Einsatz von künstlicher Intelligenz, die selbstständig in der Lage ist, Rechtsfragen zu lösen.[9] Gerade in letzterem gründet die zunehmende Beschäftigung mit dem Thema Legal Tech: Die Befürchtung – oder Hoffnung, je nach Sichtweise – steht im Raum, Legal Tech werde, wenn noch nicht jetzt, so doch in nicht allzu ferner Zukunft, in der Lage sein, originär juristische Tätigkeiten zu übernehmen. In bestimmten Bereichen könnte Legal Tech womöglich gar schneller und zuverlässiger agieren als ein Mensch.[10]

Hier aber soll es um eine spezifische Ausprägung von Legal Tech gehen: bestimmte Legal Tech-Online-Dienstleistungen, ich nenne sie hier *digitale Rechtsdienstleister*[11]. Diese arbeiten mit sogenannten „Subsumtionsautomaten", die nach der Eingabe eines Sachverhalts eine rechtliche Beurteilung desselben ausgeben. Dabei wird der Sachverhalt in der Regel auf der Basis von Fragenkatalogen erfasst. Die einfachsten Beispiele für solche Subsum-

---

6 *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots, 2018, S. 1; *Hartung*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech. Die Digitalisierung des Rechtsmarkts, 2018, S. 7.

7 *Beck,* DÖV 2019, 648 (649).

8 *Wagner,* Legal Tech und Legal Robots (Fn. 6), S. 2.

9 *Wagner,* Legal Tech und Legal Robots (Fn. 6), S. 2; *Adrian,* Rechtstheorie 48 (2017), 77 (79 f.) unterscheidet Unterstützung (Hilfstätigkeiten), Simulation und Substitution.

10 So auch *Wagner,* Legal Tech und Legal Robots (Fn. 6), S. 2.

11 Ebenso und ausführlich dazu: *Rheder/van Elten*, ZfRSoz 2019, 64; zu digitaler Rechtsmobilisierung: *Rheder/van Elten*, Mobilisierung von Recht durch Legal Technologies, in: Klenk/Nullmeier/Wewer (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung in Staat und Verwaltung, 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tionsautomaten sind elektronische Gebühren- und Fristenrechner oder etwa auch das elektronische Mahnverfahren.[12] Sie werden aber – und das ist der hier interessierende Bereich – zunehmend auch zur Prüfung und Durchsetzung von (Verbraucher-)Rechten über Online-Portale genutzt. Wohl bekanntestes Beispiel ist *Flightright* für Fluggastentschädigungen. Auf dem Gebiet des Öffentlichen Rechts finden sich Online-Portale für die Prüfung von und das Vorgehen gegen Hartz-IV-Bescheide (etwa das von *Rightmart* betriebene *Hartz4widerspruch.de*) oder verkehrsrechtliche Bußgeldbescheide (beispielsweise *geblitzt.de*).[13] Im Folgenden soll es um genau diese digitalen Rechtsdienstleister gehen, also um Unternehmen, die Rechtshilfe im Internet anbieten.

Der Hauptfokus dieses Beitrags wird sich nun dem – aus meiner Sicht – verkürzten Verständnis von Art. 19 Abs. 4 GG widmen und aufzeigen, wie durch Legal Tech einige der bisher bestehenden – in der deutschen Rechtswissenschaft kaum diskutierten – Rechtsschutzlücken geschlossen werden können (II.). Anknüpfend hieran fragt der zweite Teil, wie der in einigen Bereichen zu verzeichnenden Überlastung der Gerichte in Folge von Legal Tech-Dienstleistungen begegnet werden kann (III.). Abschließend wage ich einen Ausblick auf die zukünftige Rolle von Legal Tech für die Mobilisierung von Recht (IV.).

II. Förderung des Zugangs zum Gericht durch Legal Tech

1. Art. 19 Abs. 4 GG und Unmet-Legal-Needs

Art. 19 Abs. 4 GG statuiert das grundlegende Recht, sich gegen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt vor einem Gericht zur Wehr setzen zu können.[14] Normiert wird ein echtes (subjektives) Grundrecht[15], das dem Einzelnen einen Anspruch auf Gewährung möglichst wirkungsvollen (effekti-

12 *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots (Fn. 6), S. 27 („Rechts-Generatoren"); *Grupp*, AnwBl 2014, 660 (664).

13 *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots (Fn. 6), S. 27.

14 BVerfGE 149, 346, LS 3, Rn. 33.

15 *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, 89. EL 2019, Art. 19 Rn. 6 f.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 19 IV Rn. 39; *Enders*, in Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 42. Ed. 01.12.2019, Art. 19 Rn. 51.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ven) Rechtsschutzes verleiht[16] und das Offenstehen des Rechtswegs, also die Öffnung des Zugangs zum Gericht, garantiert.[17]

Was aber heißt „Zugang zum Gericht"? Das Bundesverfassungsgericht und die Rechtswissenschaft verstehen darunter, dass der Staat Gerichte einrichtet und den Zugang zu ihnen jedermann in grundsätzlich gleicher Weise eröffnet.[18] Diese Formulierung lässt an die Diskussion um formale und materiale Gleichheit im Rahmen von Art. 3 Abs. 3, 2 GG denken: Gleichheit lässt sich gerade nicht dadurch erreichen, dass schlicht alle formal gleich behandelt werden – Benachteiligte brauchen ggf. eine besondere Behandlung, um tatsächlich gleiche Chancen und Möglichkeiten zu haben. Dies lässt sich auch auf die Rechtsweggarantie, auf den Zugang zum Gericht übertragen. In zahlreichen anderen Ländern werden Access-to-Justice-Debatten geführt und Unmet-Legal-Needs-Studien[19] eingeholt. Unmet-Legal-Needs-Studien untersuchen, aus welchen Gründen kein Rechtsrat eingeholt wird und Rechtsprobleme ungelöst bleiben. Diese Studien zeigen, dass längst nicht alle, die ein rechtliches Problem haben, auch Schritte zur Lösung dieses Problems unternehmen. Nach einer englischen Studie holt weniger als jede*r Zehnte anwaltlichen Rat ein und nur etwa jede*r Zwanzigste löst das Problem durch eine gerichtliche (oder sonst drittparteiliche) Entscheidung.[20] Die Studien zeigen aber insbesondere auch, dass Menschen nicht in gleicher Weise selten Rechtsrat einholen, sondern dass dies von sozialen Exklusionen abhängig ist: Insbesondere Menschen mit geringem Einkommen und geringem Bildungsstand sehen

---

16 *Enders*, in: BeckOK GG (Fn. 15), Art. 19 Rn. 74 ff.; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG (Fn. 15), Art. 19 IV Rn. 139 ff.

17 BVerfGE 107, 395 (408).

18 BVerfGE 81, 347 (356); BVerfGE 122, 39 (49).

19 Nach *Pleasence/Balmer* (2004), How People Resolve 'Legal' Problems, A Report To The Legal Services Advice Board, S. 7 wurden in den letzten 20 Jahren mindestens 26 groß angelegte nationale "legal needs"-Erhebungen über die Erfahrungen der Öffentlichkeit mit zivilrechtlichen (d. h. nicht strafrechtlichen) Problemen in mindestens 15 verschiedenen Rechtsordnungen durchgeführt: Australien, Bulgarien, China, England und Wales, Hong Kong, Japan, Kanada, Moldavien, Neuseeland, Niederlande, Nord Irland, Russland, Schottland, Slovakei, Taiwan, Ukraine und den USA (mit zahlreichen Nachweisen). Zur Forderung danach in Deutschland: *Brügmann,* Unmet Legal Needs, 21.04.2017 https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/studium-und-referendariat/nachrichten/unmet-legal-need (13.02.2020) und *Brügmann*, Vor dem Wechsel im BMJV – Neuer Schwung für die Rechtspolitik, https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bmjv-ministerin-nach-barley-rechtspolitik-anwaelte-gebuehrenerhoehung-zugang-zum-recht-unmet-legal-needs-studie/ (14.02.2020).

20 *Pleasence/Balmer*, How People Resolve 'Legal' Problems (Fn. 19), S. 99.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sich häufig einer Mischung aus vielen kleineren Rechtsprobleme gegenüber, bei denen sie sich ungerecht behandelt fühlen. Oft wissen sie aber nicht um ihre Rechte und holen keinen Rechtsrat ein[21] oder haben bereits Schwierigkeiten, Kontakte zu rechtsberatenden Stellen zu finden und zu nutzen.[22] Neben jungen, alten und wenig gebildeten Menschen, die seltener Rechtshilfe suchen, sind vor allem auch chronisch kranke und behinderte Menschen weniger in der Lage, befriedigende Lösungen ihrer Rechtsprobleme herbeizuführen.[23]

Eine deutsche Studie zur Inanspruchnahme von Rechtsdienstleistungen[24] kommt zu ähnlichen Ergebnissen: Etwa die Hälfte der deutschen Bevölkerung ist bei Rechtsproblemen zunächst geneigt, auf anwaltlichen Beistand zu verzichten.[25] Während aber Nichterwerbstätige, Schüler*innen und Studierende sowie Menschen mit niedrigen Bildungsabschlüssen[26] am häufigsten keine anwaltliche Rechtsberatung in Anspruch nehmen,[27] suchen Menschen mit hohen Bildungsabschlüssen sowie Menschen in hoher/leitender Tätigkeit am häufigsten mehrmals anwaltliche Hilfe.[28] Zudem nehmen Frauen seltener Rechtsberatung in Anspruch als Männer; auch die mehrmalige Inanspruchnahme von Rechtsberatung kommt bei Männern signifikant öfter vor.[29] Noch völlig unbeachtet bleiben dabei zudem Menschen, die vermutlich nicht Teil der repräsentativen telefonischen Umfrage dieser Studie in der Gesamtbevölkerung sowie unter Mandant*innen waren: Besonders abhängige, hilfebedürftige und von der Außenwelt abgeschnittene Menschen, die ohne Unterstützung kein Gericht

---

21 *Currie*, IJLP Vol. 13, No. 3 (2006), 217; *Buck/Balmer/Pleasence*, Soc Policy Adm Vol. 39, No. 3 (2005), 302 (317 ff.); *Genn*, Paths to justice. What people do and think about going to law, 1999.

22 *Van Velthoven/ter Voert*, Paths to justice in the Netherlands: looking for signs of social exclusion, Department of Economics Research Memorandum No. 2004.04, 2004.

23 *Coumarelos/Wei/Zhou*, Justice made to measure: NSW legal needs survey in disadvantaged areas, Access to justice and legal needs, Vol. 3, 2006, S. 233 f.

24 *Hommerich/Kilian*, Mandanten und ihre Anwälte, Ergebnisse einer Bevölkerungsumfrage zur Inanspruchnahme und Bewertung von Rechtsdienstleistungen, Forschungsberichte des Soldan Instituts für Anwaltmanagement, Bd. 4, 2007.

25 *Hommerich/Kilian*, Mandanten und ihre Anwälte (Fn. 24), S. 73.

26 So auch bereits *Falke*, Zugang zum Recht: Eine Fallstudie über die Öffentliche Rechtsauskunfts- und Vergleichsstelle in Hamburg, in: Blankenburg/Kaupen (Hrsg.), Rechtsbedürfnis und Rechtshilfe. Empirische Ansätze im internationalen Vergleich, 1978, S. 13-42.

27 *Hommerich/Kilian*, Mandanten und ihre Anwälte (Fn. 24), S. 76, 78, 79.

28 *Hommerich/Kilian*, Mandanten und ihre Anwälte (Fn. 24), S. 77, 79.

29 *Hommerich/Kilian*, Mandanten und ihre Anwälte (Fn. 24), S. 81.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

erreichen können. Dies betrifft etwa Kinder, Menschen in speziellen Wohn-, Arbeits- oder Pflegeeinrichtungen sowie in Asylunterkünften.[30] Hinzu kommen Studien, die zeigen, dass Menschen bei bestimmten Themen besonders selten aktiv werden: Unionsweit melden nur etwa 10 % der Betroffenen den zuständigen Stellen, wenn sie aufgrund ihrer Sexualität oder Geschlechtsidentität diskriminiert werden. 59 % der Befragten gaben an, eine Meldung würde ohnehin nichts ändern.[31] Aber auch soweit es tatsächlich um finanzielle Benachteiligung geht, herrscht ein formales Gleichheitsverständnis zwischen den „Bedürftigen" und keine Differenzierung zwischen besonderen Bedürfnissen: Prozesskostenhilfe deckt nur selten[32] behinderungsbedingte Assistenz- und Reisekosten ab.[33]

In der rechtswissenschaftlichen Debatte in Deutschland kommen derartige Zugangsprobleme praktisch nicht vor. Zwar existiert das Institut der Rechtsschutzgleichheit bzw. der Rechtswahrnehmungsgleichheit, das auf die oben dargestellten Probleme zu passen scheint: Der Zugang zu den Gerichten müsse jedem Menschen in grundsätzlich gleicher Weise eröffnet sein.[34] Das Bundesverfassungsgericht und mit ihm die rechtswissenschaftliche Literatur beschränken dieses Institut jedoch ausschließlich auf den Ausgleich finanzieller Benachteiligungen, auf eine „weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten im Bereich des

30 So mit Blick auf Menschenrechtsverletzungen ausdrücklich auch *Rudolf*, Rechte haben – Recht bekommen: das Menschenrecht auf Zugang zum Recht, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2014, S. 12, die in diesen Fällen verstärkten außergerichtlichen Rechtsschutz und leicht zugängliche Beschwerdemöglichkeiten fordert.

31 *Agentur für Grundrechte,* LGBT-Erhebung in der EU, 2014, S. 22 f., https://fra.europa.eu/sites/default/files/eu-lgbt-survey-results-at-a-glance_de.pdf (19.03.2020).

32 Die Kosten für Gebärdensprachendolmetschende z.B. werden seit der Änderung des § 186 GVG (EMöGG, 2017) übernommen; s.a. Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention, Positionen Nr. 9, Zugang zum Recht, 2019, abrufbar unter https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/publikationen/show/positionen-nr-9-zugang-zum-recht-auch-in-leichter-sprache/ (19.03.2020).

33 *BRK-Allianz,* Für Selbstbestimmung, gleiche Rechte, Barrierefreiheit, Inklusion! Erster Bericht der Zivilgesellschaft zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtkonvention in Deutschland, 2013, S. 28: Beratungs- und Prozesskostenhilfe müssen künftig so ausgestaltet werden, dass sie der besonderen Situation behinderter Rechtssuchender Rechnung tragen und auch behinderungsbedingte Assistenz-, Dolmetscher- und Reisekosten abdecken, was in der Praxis bislang nur teilweise der Fall ist.

34 BVerfGE 35, 348 (355); 78, 104 (117 f.); 81, 347 (356); 122, 39 (49) Rn. 30. Gefordert sei keine vollständige Gleichstellung Unbemittelter mit Bemittelten, sondern nur eine weitgehende Angleichung: BVerfGE 81, 347 (357).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechtsschutzes"[35]:[36] Der gleiche Rechtszugang müsse jeder Person unabhängig von ihren Einkunfts- und Vermögensverhältnissen möglich sein.[37] Das Bundesverfassungsgericht zieht dieses Rechtsinstitut aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) und dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG),[38] zum Teil auch aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG)[39].[40]

Versuche, den Zugang zu Gericht durch Kostensubvention zu erleichtern, heben jedoch nicht die sozialen Barrieren auf.[41] Warum aber sollten finanzielle Benachteiligungen mehr wiegen als sonstige Benachteiligungen? Mit der momentanen Lesart werden zentrale Gehalte der Rechtsweggarantie außer Acht gelassen. Das Gebot der Rechtsschutzgleichheit muss für eine effektive Verwirklichung von Art. 19 Abs. 4 GG materiell verstanden werden. Dazu gehört insbesondere die Öffnung des Blickes für sämtliche Zugangshürden – bei Weitem nicht nur monetäre.

---

35 BVerfGE 9, 124 (131); 10, 264 (270); 22, 83 (86); 51, 295 (302); 56, 139 (143); 63, 380 (394 f.); BVerfGE 122, 39 (48 f.).

36 BVerfG, NJW 1991, 413 (413), Leitsatz 1: „Das Grundgesetz gebietet eine weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes. Art. 3 I GG stellt die Beachtung dieses Gebots der Rechtsschutzgleichheit unter grundrechtlichen Schutz."; ähnlich BVerfG NVwZ 2012, 1390 (1392); *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG (Fn. 15), Art. 19 IV Rn. 242, 243: „ […] Grundgesetz bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes aber eine weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten fordert – Gebot der Rechtsschutzgleichheit […]" (mit Verweis auf BVerfG NVwZ 2012, 1390); *Wolff*, in: Hömig/Wolff (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Handkommentar, 12. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 5: „Rechtsschutz- und Rechtswahrnehmungsgleichheit […] von weniger Bemittelten und Begüterten"; zum allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch: *Wache*, in Krüger/Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5. Aufl. 2016, § 114 Rn. 1: „Grundsätzlich muss jedermann die Möglichkeit haben, seine Rechte unabhängig von seinen finanziellen Möglichkeiten durchzusetzen: Effektiver Rechtsschutz darf keine Frage des Geldbeutels sein."

37 BVerfGE 122, 39 (50), hier (Rn. 34) auch ausgedehnt auf den außergerichtlichen Bereich: sog. Rechtswahrnehmungsgleichheit, allerdings unter Anerkennung eines weiten Gestaltungsspielraums der Gesetzgebung, da die Rechtswahrnehmung im außergerichtlichen Bereich weit weniger strukturiert und formalisiert erfolge als im gerichtlichen Verfahren (Rn. 35), ebenso *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG (Fn. 15), Art. 19 IV Rn. 31.

38 BVerfGE 35, 348 (355); 78, 104 (118).

39 BVerfGE 81, 347 (356).

40 BVerfGE 122, 39 (48 f.).

41 *Blankenburg*, ZfRSoz 1980, 33 (49).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zugangshürden werden bisweilen kategorisiert in die mangelnde Verfügbarkeit von Ressourcen (genannt werden etwa Zeit, Geld und Komplexität des Rechts) einerseits und persönliche Defizite der Betroffenen (hier werden genannt: große Distanz zum Recht, geringe verfügbare finanzielle Mittel, Mangel an sozialer Kompetenz und Stressresistenz) andererseits.[42] Gegen eine solche Kategorisierung spricht schon die große Überschneidung der genannten Beispiele; zudem wird ein starker Fokus auf individuelle Unzulänglichkeiten gelegt, was den kritischen Blick verstellt auf die impliziten Vorannahmen des Systems und die Notwendigkeiten einer stärker bedürfnisorientierten Ausgestaltung. Zudem sind Zugangshürden meist nicht monokausal, sondern oft Ergebnis mehrerer Faktoren, die sich zu einer Zugangshürde summieren.[43] Stark zugangshindernd wirkt sich etwa die Voraussetzung bestimmter persönlicher Fähigkeiten und finanzieller Ressourcen aus. Fehlen diese, weil Menschen nicht die finanziellen, körperlichen oder geistigen Fähigkeiten aufweisen, die erwartet werden, kann der Staat gefordert sein, die tatsächlichen Möglichkeiten für den Zugang zu Gericht zu schaffen. Dazu gehören Prozess- und Gerichtskostenhilfe ebenso wie Barrierefreiheit und positive Maßnahmen[44] zur Begegnung der Bedürfnisse von Menschen besonders vulnerabler Gruppen (etwa körperlich oder geistig behinderte Menschen sowie Kinder)[45].

---

42 *Felstiner/Abel/Sarat*, Law Soc. Rev., 15 (1980), 631 (635 f., 640, 653): Fokus auf die persönlichen Merkmale, insbesondere Vorerfahrungen und ihre psychologischen Effekte; *Rottleuthner,* Der Konflikt zwischen Bürgerinnen und Bürgern und Sozialleistungsträgern, in: Höland/Welti (Hrsg.), Recht und Praxis der Widerspruchsausschüsse in der Sozialversicherung, 2019, 116 (122); *Rehder/van Elten,* ZfRSoz 2019, 64 (68); neben geringerer Rechtskenntnis maßgeblich auf (fehlende) materielle und persönliche Ressourcen abstellend auch: *Fuchs,* Rechtsmobilisierung. Rechte kennen, Rechte nutzen und Recht bekommen, in: Boulanger/Rosenstock/Singelnstein (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung. Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis, 2019, 243 (244); zwischen subjektiven (Rechtskenntnis, Rechtsbewusstsein, Anspruchsbewusstsein) und objektiven Faktoren differenzierend, Rahmenbedingungen und Barrieren aber zu Recht als objektive Faktoren einordnend: *Baer,* Rechtssoziologie, 3. Aufl. 2017, S. 217-232; zu diversen Variablen für die Mobilisierung von Recht bereits: *Blankenburg,* ZfRSoz 1980, 33.

43 Vgl. z.B. *Buck/Balmer/Pleasence*, Soc Policy Adm Vol. 39, No. 3 (2005), 302 (308 ff.).

44 Zum Konzept der positiven Maßnahmen: *Holzleithner,* in: Mangold/Sacksofsky (Hrsg.), Materiale Gleichheit, 2020 (i.E.) und *Völzmann*, im selben Band.

45 Ein – zumindest diesbezüglich – weiteres Verständnis von Art. 19 Abs. 4 GG lässt sich auch stützen durch einen Blick in völkerrechtliche Normen, insbesondere Art. 13 der UN-Behindertenrechtskonvention (BRK) sowie Art. 12 der UN-Kinderrechtskonvention (KRK), die jeweils fordern, dass der Zugang zur Justiz tat-

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zahlreiche andere Zugangshürden lassen sich schwerer festmachen, können den Zugang zu Gericht aber im Zweifel nicht minder beeinträchtigen. Dazu gehören etwa unzureichende Rechtskenntnis oder gar fehlendes (Un-)Rechtsbewusstsein[46], Angst vor einem möglichen Kostenrisiko,[47] das erlebte oder wahrgenommene intransparente Vorgehen von Rechtsanwält*innen und Justiz sowie ein Unterlegenheits- oder gar Ohnmachtsgefühl gegenüber einer übermächtig scheinenden Gegenseite, wie etwa Großkonzernen, Behörden, Vermietenden oder Arbeitgeber*innen. Die Reduktion solcher Zugangshürden erfordert Aufklärung und Motivation. Insbesondere muss das Wissen um eigene Rechte und die Möglichkeiten ihrer Durchsetzung gefördert sowie Vertrauen in das Rechtssystem gestärkt oder gar geschaffen werden.[48] Die möglichen Zugangshürden sind folglich divers. Weniger als einer scharfen Kategorisierung bedarf es einer genauen Analyse aller möglichen Zugangshürden – auch in ihrem jeweiligen Zusammenwirken – und der Erarbeitung staatlicher Reaktionsmöglichkeiten.

Die konkrete Umsetzung des Abbaus von Zugangshürden i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG unterliegt freilich der Gestaltungsfreiheit der Gesetzgebung. Eine Pflicht zur Gewährleistung möglichst einfachen Gerichtszugangs und des Abbaus jeglicher Zugangshürden mag sich Art. 19 Abs. 4 GG nicht unbedingt entnehmen lassen, in der Beseitigung (einiger) rein finanzieller Zugangshürden erschöpft sich der staatliche Auftrag jedoch nicht.

---

sächlich ermöglicht wird. Art. 13 BRK schlägt spezifische Maßnahmen zur Gewährleistung des wirksamen Zugangs von Menschen mit Behinderungen zur Justiz vor und verlangt ausdrücklich verfahrensbezogene und altersgemäße Vorkehrungen sowie Schulungen für das gesamte Justizpersonal. Zur bisher fehlenden Auseinandersetzung mit Art. 12 KRK in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft *Wapler*, Umsetzung und Anwendung der Kinderrechtskonvention in Deutschland Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, 2017, insbesondere S. 55 f., 64.

46 Dazu: *Rottleuthner/Mahlmann*, Diskriminierung in Deutschland, 2011, S. 333 f., insbesondere zum Nichterkennen eigener Diskriminierung bzw. dem Verbuchen derselben als „Alltagserfahrung".

47 Etwa von Menschen ohne PKH-Anspruch und ohne Rechtsschutzversicherung.

48 Z.B. durch den Abbau von Diskriminierung im Rechtssystem und den Aufbau einer Justiz, die die Pluralität der Bevölkerung abbildet und keine Ausschlüsse produziert.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Digitale Rechtsdienstleister und der Abbau von Zugangshürden

Während der Staat sich dem aktiven Abbau von Zugangshürden gegenüber noch zurückhaltend verhält,[49] eröffnet die Digitalisierung in einigen der oben beschriebenen Bereichen bereits Möglichkeiten. Einen tatsächlichen Abbau von Zugangshürden versprechen die angesprochenen digitalen Rechtsdienstleister: „In der Theorie hat Deutschland ein tolles Rechtssystem, in der Praxis profitieren zu wenige Menschen davon.", so einer der Gründer von *rightmart*.[50] Die Legal Tech-Kanzlei *rightmart* wurde 2015 gegründet und bietet in Zusammenarbeit mit Rechtsschutzversicherern und Online-Portalen eine vollständig digitale Abwicklung der Mandate an.[51] Eines dieser Portale ist *Hartz4widerspruch.de*. Wer erwägt, gegen einen ALG II-Bescheid vorzugehen, kann diesen mit dem Handy abfotografieren und auf dem Portal hochladen. Die entscheidenden Informationen werden daraufhin zum Teil automatisch, zum Teil händisch erfasst und in ein teil-automatisiertes Entscheidungssystem, ein sogenanntes *Workflow-Management*-System, eingespeist: Anhand eines Frage-Antwort-Gerüsts werden Sachbearbeiter*innen durch den Bearbeitungsprozess geführt. Diese Art der softwaregestützten Bescheidprüfung soll menschliche Fehler bei der Bearbeitung minimieren und trotzdem maximale Detailschärfe ermöglichen und den Rechtsanwält*innen den Rücken frei halten für die persönliche Betreuung der Mandantschaft. Sind Bescheide fehlerhaft, fertigt das System individuelle Widersprüche an. Diese werden von menschlichen Bearbeiter*innen kontrolliert, ggf. ergänzt und schließlich an das Jobcenter geschickt. Anwält*innen werden nur involviert, wenn dies unbedingt nötig ist. So wird die Zeit, die Anwält*innen an einzelnen Mandaten arbeiten, immer kürzer. Die Überprüfung der Bescheide ist für die Nutzenden des digitalen Rechtsdienstleisters kostenlos. Im Falle des Obsiegens rechnet dieser seine Gebühren mit der unterlegenen Partei, dem Jobcenter, ab. Im Falle des Unterliegens nimmt *rightmart* vom jeweiligen Amtsgericht die sogenannte Beratungs- und Prozesskostenhilfe in Anspruch, die automatisiert beantragt werden. Bereits in den ersten 11 Monaten seit dem Start

49 Mittlerweile hat das BMJV eine Studie zu Unmet-Legal-Needs ausgeschrieben: https://www.lto.de/recht/justiz/j/bmjv-vergabe-studie-forschung-unmet-legal-needs-zugang-zum-recht-rueckgang-verfahren-zivilgerichte/ (19.03.2020).

50 *Philipp Hammerich*, Partner bei rightmart, https://rightmart.de/ueber-uns/ (19.03.2020).

51 Darstellung im Folgenden nach https://rightmart.de/ueber-uns/, https://rightmart.de/sozialrecht/hartz-4/ (19.03.2020) und https://www.gruenderszene.de/allgemein/rightmart-bremen-hartz-iv-bescheide-pruefung (19.03.2020).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von *Hartz4widerspruch.de* im Mai 2016 habe der digitale Rechtsdienstleister fast 10.000 Widersprüche geprüft, die Erfolgsquote liege bei etwa 40 %.

Zwar lässt sich freilich nicht sagen, dass alle, die Rechtsschutz über *rightmart* begehren, nicht auch in eine traditionelle Kanzlei gegangen wären. Die Vermutung liegt jedoch nahe, dass *rightmart* viele erreicht, die diesen Weg gescheut hätten.[52] Durch den sehr niedrigschwelligen Zugang und vor allem die Vermittlung der Tatsache, dass kein Kostenrisiko besteht, baut der digitale Rechtsdienstleister soziale Zugangshürden ab,[53] die insbesondere für jene Menschen bestehen, die über wenig Bildung und wenig Finanzkraft verfügen und daher – laut obigen Studien – besonders häufig den Gang in eine Kanzlei scheuen. Selbstredend sind digitale Rechtsdienstleister kein Allheilmittel gegen sämtliche Zugangshürden. Zum einen verfügen längst nicht alle Menschen über Smartphones oder Computer, um derartige Dienste überhaupt nutzen zu können, zum anderen setzen sie bereits eine gewisse digitale Affinität voraus, die gerade bei Älteren häufig fehlen dürfte. Auch für Menschen, die nicht lesen können oder der deutschen Sprache nicht ausreichend mächtig sind, erweisen sich diese Dienste nicht als zugangsfördernd. Eine Chance können derartige Dienste hingegen für Menschen sein, die chronisch krank oder körperlich behindert sind und eine Kanzlei nicht oder nur mit Unterstützung aufsuchen könnten. Auch für geistig behinderte Menschen und Kinder könnten entsprechende digitale Rechtsdienstleister möglicherweise eine Chance bedeuten.[54]

---

52 Zur Überlastung der Gerichte durch digitale Rechtsdienstleister: *Kisters,* Immer mehr Passagier-Klagen gegen Airlines, 30.08.2019, https://www.tagesschau.de/wirtschaft/fluglinien-klagen-101.html (18.02.2020).

53 Ebenso *Hartung*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech (Fn. 6), S. 10-17; ausführlich in diesem Sinne auch *Rheder/van Elten,* ZfRSoz 2019, 64 (68 ff.).

54 Digitale Rechtsdienstleister weisen das Potential auf, die Verwirklichung der einzelnen Zielsetzungen der BRK und KRK effektiv zu unterstützen, insbesondere in Hinblick auf die allgemeinen Grundsätze der BRK auf volle und wirksame Teilhabe an der Gesellschaft (Art. 3 lit. c BRK) und auf Zugänglichkeit (Art. 3 lit. f BRK i.V.m. Art. 9 BRK, explizit zum Recht auf Zugang zur Justiz: Art. 13 BRK) sowie des Grundsatzes der KRK den Willen eines Kindes als eigenständiges und vollwertiges Rechtssubjekt stets zu berücksichtigen (Art. 12 KRK). So haben sich die Vertragsstaaten in Art. 4 lit. g, lit. h BRK bereits konkret zur Entwicklung und Bereitstellung neuer Technologien als Mobilitätshilfen etc. für Behinderte verpflichtet. In Art. 4 KRK wurde die Pflicht eingeführt, alle geeigneten Maßnahmen zur Verwirklichung der Kinderrechte zu ergreifen. Dazu können auch digitale Rechtsdienstleistungen gehören.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Weiterentwicklung des Rechtsschutzsystems

Wenn die Zahl der anhängigen Gerichtsverfahren durch digitale Rechtsdienstleister[55] nun also steigt,[56] welche Handlungsoptionen sind – neben der kurzfristigen Einstellung neuer Richter*innen – vorstellbar, um einer Überlastung der Gerichte vorzubeugen? Zwei Wege sind denkbar: Zum einen könnte eine stärkere Digitalisierung der Justiz zu einer effektiveren Nutzung der richterlichen Arbeitszeit führen – einerseits durch formale Unterstützung, wie die Einführung und Ausdehnung von elektronischem Rechtsverkehr und Strukturierungssoftware für die Justiz,[57] und andererseits durch inhaltliche Unterstützung – bis hin zu Entscheidungsvorschlägen per Algorithmus.[58] Neben der stärkeren Digitalisierung der Justiz ist – dies wäre der zweite Weg – an eine Weiterentwicklung des Rechtsschutzsystems an sich zu denken. Stark verkürzt ließe sich auch sagen: Besser prozessuale Veränderungen anstreben als (gerade mit Blick auf Art. 103 Abs. 1 GG) – im äußersten, zugegebenermaßen etwas futuristischen Fall[59] – Entscheidungen ganz ohne Richter*innen zu haben.

---

55 Im Allgemeinen, nicht nur bezogen auf das obige Beispiel.

56 Dies scheint zumindest in einigen Bereichen der Fall zu sein, vgl. etwa zu der Besorgnis, dass Amtsgerichte in Fluggast-Klagen ersticken: *Kisters,* Tagesschau-Artikel (Fn. 52). Ob eine solche Entwicklung auch im Verwaltungsgerichtsverfahren zu erwarten ist, bleibt abzuwarten.

57 Dies unterstützend: *Arkfeld*, Justice Syst. J Vol. 27, No. 3 (2006), 243; grundlegend: *Britz,* DVBl. 2007, 993; zur aktuellen Entwicklung in Deutschland: *Jost/Kempe*, NJW 2017, 2705 und *Bernhardt*, NJW 2015, 2775; kritisch mit Blick auf Metadaten: *Krüger/Möllers,* MMR 2016, 728.

58 Letzteres für möglich haltend: *Adrian,* Rechtstheorie 48 (2017), 77; eine gerichtliche Vollautomatisierung technisch und verfassungsrechtlich als unhaltbar ansehend: *Martini/Nink,* DVBl 2018, 1128; kritisch hinsichtlich vollautomatisierter Entscheidungssysteme, aber positiver gegenüber algorithmischen Assistenzsystemen: *Dreyer/Schmees,* CR 2019, 758; gegen eine zu enge Formalisierung der richterlichen Entscheidung (etwa durch die schematische Ausgestaltung von elektronischen Formularen zum Workflow-Management): *Bernhardt*, Digitalisierung im Spannungsfeld der grundgesetzlichen Kompetenzträger, in: Bär/Grädler/Mayr (Hrsg.) Digitalisierung im Spannungsfeld von Politik, Wirtschaft, Wissenschaft und Recht, Bd. 2, 2018, 1 (5 ff.); für einen grundsätzlich kritischen Umgang mit Legal Tech: *Buchholtz*, JuS 2017, 955 (959).

59 Allerdings wird in einigen Ländern tatsächlich damit experimentiert: *Niiler,* Can AI Be a Fair Judge in Court? Estonia Thinks So, 25.03.2019, https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/ (14.02.2020); *Markou,* Are We Ready for Robot Judges?, 16.05.2017, https://www.discovermagazine.com/technology/are-we-ready-for-robot-judges (14.02.2020); *Angwin/Larson/Mattu/Kirchner*, Machine Bias, 23.05.2016, https://www.propublica.org/

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wie also ließe sich das Rechtsschutzsystem konzipieren, um besser mit Massenverfahren umzugehen? Denkbar sind drei verschiedene Wege: Die Zulassung von mehr kollektiven Klagemöglichkeiten (1.), die Bündelung von Verfahren durch Gerichte (2.) und eine stärkere Vereinheitlichung durch den Instanzenzug (3.).

1. Zulassung kollektiver Klagemöglichkeiten

Zunächst ließe sich schon über die Art des Zugangs zu Gericht die Anzahl von Klagen in einigen Bereichen reduzieren: Über die Ausdehnung kollektiver Klagerechte. Dazu könnte etwa die Möglichkeit einer – an die US-amerikanische Class-Action angelehnten – Gruppenklage gehören, wie sie jüngst von den Zivilrechtswissenschaftler*innen auf dem Deutschen Juristentag diskutiert wurde,[60] aber auch Verbandsklagerechte, die exemplarisch die Mobilisierung des Rechts erlauben[61] – insbesondere dort, wo es um strukturelle Benachteiligungen geht.

2. Bündelung von Verfahren durch Gerichte

Möglichkeiten, Verfahren gerichtlich zu bündeln, bestehen bereits, sind jedoch überschaubar: Einerseits erlaubt § 93 S. 1 VwGO die Verbindung von Verfahren, andererseits gibt es die Möglichkeit, Musterverfahren durchzuführen (§ 93a VwGO und § 114a SGG). Nach § 93 S. 1 VwGO können Gerichte mehrere bei ihnen anhängige Verfahren über den gleichen Gegenstand zu gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung verbinden. Dabei müssen die Streitgegenstände auf im Wesentlichen gleichartigen rechtlichen oder tatsächlichen Gründen beruhen.[62] Die Folge ist ein einziges Verfahren mit mehreren Klagegegenständen; eine Beweiserhebung oder Ver-

---

article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing (14.02.2020); *Pillai,* China Now Has AI-Powered Judges - Is AI arbitration the future?, 16.08.2019, https://radiichina.com/china-now-has-ai-powered-robot-judges/ (14.02.2020); kritisch gegenüber algorithmischen Entscheidungssystemen: *Dreyer/Schmees*, CR 2019, 758 (760).

60 *Meller-Hannich,* Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess?, in: Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages, Bd. I, Gutachten Teil A, 2018, A 1 (A 76 ff.).

61 So *Rudolf,* Rechte haben – Recht bekommen (Fn. 30), S. 24.

62 BVerwGE 48, 1.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

handlung betrifft alle Verfahren und die Entscheidung einschließlich der Kostenentscheidung ergeht einheitlich.[63] In der Praxis deutlich häufiger ist, dass Verfahren nicht förmlich verbunden werden, sondern aus prozessökonomischen Gründen lediglich eine gleichzeitige mündliche Verhandlung durchgeführt wird, damit etwa ähnliche oder gleiche Sachverhalte und Rechtsfragen nicht mehrmals erörtert werden müssen.[64] Die zweite, hier deutlich interessantere Möglichkeit ist das Musterverfahren nach § 93a VwGO: Wenn die Rechtmäßigkeit einer behördlichen Maßnahme Gegenstand von mehr als zwanzig Verfahren ist, kann das Gericht eines oder mehrere geeignete Verfahren als Musterverfahren vorab durchführen und die übrigen Verfahren aussetzen (§ 93a Abs. 1 S. 1 VwGO). Nachdem die Musterverfahren rechtskräftig entschieden worden sind, kann das Gericht über die ausgesetzten Verfahren durch Beschluss entscheiden (Abs. 2 S. 1)[65] und im Musterverfahren erhobene Beweise einführen (Abs. 2 S. 2). Die Norm fand bisher nur in sehr überschaubarem Umfang Anwendung.[66] Sie ist im Wesentlichen bei Klagen gegen Planfeststellungsbeschlüsse im Rahmen des Ausbaus von Flughäfen[67] zum Einsatz gekommen, wo jeweils mehrere Tausend Klagen erhoben wurden. Grund dafür ist der sehr beschränkte Anwendungsbereich dieser Norm auf sogenannte echte Massenverfahren: Die Verfahren müssen sich gegen dieselbe behördliche Maßnahme richten – gegen einen Verwaltungsakt, einen Bebauungsplan oder eine Anordnung der sofortigen Vollziehung. Nicht anwendbar ist die Norm laut Gesetzesbegründung[68] und herrschender Meinung[69] auf sogenannte unechte Massenverfahren, wie etwa Anfechtungen von auf derselben Rechtsgrundlage ergangenen, gleichlautenden Gebührenbeschei-

63 *Garloff*, in: Posser/Wolff (Hrsg.), BeckOK VwGO, 51. Ed. 1.4.2019, § 93 Rn. 5.

64 *Garloff*, in: BeckOK VwGO (Fn. 63), § 93 Rn. 6.

65 Voraussetzung ist, dass das Gericht einstimmig der Auffassung ist, dass die Sachen gegenüber rechtskräftig entschiedenen Musterverfahren keine wesentlichen Besonderheiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweisen und der Sachverhalt geklärt ist. Erforderlich ist zudem die vorherige Anhörung der Beteiligten.

66 *Rudisile*, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), 37. EL Juli 2019, VwGO § 93a Rn. 35.

67 Ausbau des Verkehrsflughafens Berlin Schönefeld: BVerwGE 125, 116; Ausbau des Flughafens Leipzig/Halle: BVerwG, Urt. v. 9. 11. 2006 – Az. 4 A 2001/06; Ausbau des Flughafens Frankfurt a. M.: BVerwGE 142, 234; grundlegend zur Verfassungsmäßigkeit der Durchführung von Musterverfahren (bereits vor der Einführung von § 93a VwGO): BVerfGE 54, 39 (Planfeststellungsbeschluss Flughafen München).

68 BT-Drs. 16/7716, 21.

69 Statt vieler: *Garloff*, in: BeckOK VwGO (Fn. 63), § 93a Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den oder Verpflichtungsklagen auf inhaltlich gleichlautende Entscheidungen in Numerus Clausus-Verfahren.

Nachdem also bisher nur sehr eingeschränkt Möglichkeiten der Bündelung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren bestehen, stellt sich die Frage, ob diese nicht erweitert werden könnten. Zu überlegen ist, ob Musterverfahren nicht auch in anderen Konstellationen sinnvoll und verfassungsrechtlich zulässig wären: bei unechten Massenverfahren. Gemeint ist eine Vielzahl von Klagen (in Anlehnung an § 93a VwGO: mehr als 20), die zwar nicht den exakt gleichen Gegenstand, etwa einen Verwaltungsakt, betreffen, aber doch – zumindest zum Teil – gleiche Rechts- oder Tatsachenfragen. Eine Ausdehnung von § 93a VwGO auf unechte Massenverfahren wird bisher nicht diskutiert. Allerdings existiert eine Parallelnorm im Sozialgerichtsgesetz (SGG): § 114a, wo eine solche Ausdehnung durchaus diskutiert wird. Erwogen wird sie etwa für Fälle, in denen eine Behörde in zahlreichen Fällen Leistungen unter Hinweis auf dieselbe Gesetzesvorschrift ablehnt, oder wenn es zu massenhaften Streitigkeiten über behördliche Maßnahmen, z.B. Leistungskürzungen, in Folge einer Gesetzesänderung kommt.[70] Wie praxistauglich dies jeweils ist, dürfte sich je nach Rechtsgebiet und Klageart stark unterscheiden.[71]

Musterverfahren sind dann sinnvoll, wenn bei einer größeren Anzahl von Klagen die Probleme stellvertretend in einem Musterverfahren geklärt werden können und das diesbezügliche Ergebnis auf die anderen Fälle übertragen werden kann, insbesondere, wenn die zunächst ausgesetzten Verfahren dann per Beschluss entschieden werden können. Dies ist auch verfassungsrechtlich zulässig. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gewährleistet einen möglichst lückenlosen gerichtlichen Schutz gegen die behauptete Verletzung der Rechtssphäre des Einzelnen durch Eingriffe der öffentlichen Gewalt. Aber weder für jene, deren Verfahren als Musterverfahren verhandelt werden, noch jene, deren Verfahren zunächst ausgesetzt werden, wird der Rechtsschutz in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise erschwert. Insbe-

70 *Guttenberger*, in: Schlegel/Voelzke (Hrsg.), juris Praxiskommentar SGG, § 114a Rn. 15; ähnlich *Leopold*, in: Roos/Wahrendorf (Hrsg.) SGG, § 114a Rn. 7 („Für die sozialgerichtliche Praxis weitaus sinnvoller […]"); während die anderen die Legislative für eine Gesetzesänderung in der Pflicht sehen, will *Kummer*, in: Peters/Sautter/Wolff (Hrsg.), SGG, § 114a Rn. 7 die Norm bereits jetzt so auslegen, dass die Verfahren sich lediglich insoweit inhaltlich gleichen müssen, dass sie „den Charakter von Parallelfällen" aufweisen.

71 Ungeeignet sein dürften Verfahren, in denen Leistungsklagen stattgegeben wird, in denen es um konkrete Leistungsansprüche geht, die von diversen individuellen Voraussetzungen abhängen. Für die Ablehnung einer Vielzahl solcher Klagen aus gleichem Grund wäre ein Musterverfahren hingegen denkbar.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sondere stehen letzteren nach dem Ergehen der „Musterurteile" noch alle prozessualen Möglichkeiten offen, umfassenden gerichtlichen Schutz zu erlangen.[72] Auch kann nicht davon ausgegangen werden, dass die zurückgestellten Verfahren unangemessen verzögert werden, wenn für sie vorerst kein Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt wird.[73] Selbst eine mögliche – in der Regel wohl allenfalls geringfügige – Verzögerung wöge wohl aber geringer gegenüber der Förderung der Prozessökonomie insgesamt. Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG ist nicht ausgeschlossen, kommt aber nur dann in Betracht, wenn das Gericht willkürlich Musterverfahren auswählt und durchführt. Ein Verstoß liegt dann nicht vor, wenn es die Auswahl der zu verhandelnden Verfahren nach sachlichen Gesichtspunkten trifft.[74] Auch der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) wird nicht verletzt: Dieser beinhaltet ein Äußerungsrecht, ein Recht auf Information sowie eine Pflicht des Gerichts zur Berücksichtigung von Stellungnahmen der Beteiligten.[75] Diese Rechte werden durch die §§ 93a VwGO und 114a SGG, insbesondere durch die Anhörungspflichten, gewahrt.

Musterprozesse gibt es auch auf einer ganz anderen Ebene: Als Pilotverfahren vor dem EGMR. Nach Artikel 61 der Verfahrensordnung zur Europäischen Menschenrechtskonvention[76] kann der Gerichtshof beschließen, ein Piloturteil-Verfahren durchzuführen, und ein Piloturteil fällen, wenn sich aus dem der Beschwerde zugrundeliegenden Sachverhalt ergibt, dass bei der betroffenen Vertragspartei ein strukturelles oder systembedingtes Problem oder ein vergleichbarer sonstiger Missstand besteht, und damit Anlass für weitere Beschwerden gegeben ist. Die Prüfung aller vergleichbaren Beschwerden kann der EGMR zunächst zurückstellen. Sobald der EGMR eine Entscheidung („*pilot judgement or other type of leading decision*") getroffen hat, kann er die zunächst zurückgestellten Fälle als Wiederholungsfälle („*repititive or clone cases*") behandeln, die nur noch nach einem abgekürzten Verfahren („*abbreviated well-established case law procedu-*

72 § 93a Abs. 2 S. 5 VwGO; § 114a Abs. 2 S. 5 SGG; so vor Erlass beider Normen auch das BVerfG: BVerfGE 54, 39 (42).

73 So zu Musterurteilen bei tausenden Klagen gegen einen Planfeststellungsbeschluss BVerfGE 54, 39 (42), das zur Begründung freilich auch auf den außerordentlichen Umfang des gesamten Verfahrens abstellte.

74 BVerfGE 54, 39 (42).

75 *Radtke/Hagemeier*, in: BeckOK GG (Fn. 15), Art. 103 Rn. 7; der Grundsatz der Mündlichkeit ergibt sich allein einfachgesetzlich aus § 101 VwGO.

76 Kodifiziert im Jahr 2011, nachdem der EGMR das Verfahren bereits in der Praxis etabliert hatte.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

re") entschieden werden.[77] Auch der Grund dieser, noch recht jungen Entwicklung[78] vor dem EGMR ist die Überlastung des Gerichtes – zurückgeführt insbesondere darauf, dass viele Fälle auf die gleiche strukturelle oder systemische Ursache zurückzuführen sind.[79]

3. Stärkere Vereinheitlichung durch den Instanzenzug

Ein anderer Bereich, in dem bei Gerichten massenhaft Klagen eingehen, ist das Asylrecht.[80] Auch hier wird über die Vereinfachung und Vereinheitlichung von Entscheidungen nachgedacht, allerdings auf einem völlig anderen Weg: über die Einführung von Rechtsmitteln. Hier führt ein Mangel an Rechtsmitteln dazu, dass es keine obergerichtliche Rechtsprechung gibt, die in der Praxis ebenfalls zu Vereinheitlichungen und Vereinfachungen von Entscheidungen führt. Um eine Vereinfachung und Beschleunigung der Verfahren zu erreichen, sollte das Asylprozessrecht gerade weniger Rechtsmittel zur Verfügung stellen als das allgemeine Verwaltungsprozessrecht.[81] Der Mangel an Rechtsmitteln wird aber nun gerade als Problem gesehen: In einem Gesetzesentwurf aus dem Jahr 2018 fordern mehrere Abgeordnete des Deutschen Bundestages und die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen mehr Rechtsmittel im Asylrecht einzuführen. Erreicht werden soll dadurch eine Entlastung der Gerichte: Indem ermöglicht wird, fallübergreifende Tatsachen- und Rechtsfragen obergerichtlich zu klären,

---

77 *Reid*, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, 6th Edition, 2019, 1-19.

78 Diese unterliegt starker Kritik hinsichtlich der rechtlichen Grundlage, da die Möglichkeit eines Pilotverfahrens nicht in der EMRK selbst *expressis verbis* geregelt ist, statt vieler: *Grabenwarter*, Austrian Rev of Intl & European L 16 (2011), 53 (57f.); *Sainati*, Harv Intl LJ 56:1 (2015), 147 (149); *Kurban*, HRLRev 16 (2016), 731 (737).

79 Case of Broniowski v. Poland, (Application no. 31443/96), Eur. Ct. Hum. Rts., Judgement, 22 June 2004, para. 190, 193; Case of Hutten-Czapska v. Poland, (Application no. 35014/97), Eur. Ct. Hum. Rts., Judgement, 19 June 2006, para. 234, 236.

80 Auch hier gibt es mittlerweile Legal Tech-Angebote, etwa durch das Unternehmen Bryter: https://bryter.io/success-stories/bryter-automation-on-lesvos/ (19.03.2020).

81 BT-Drs. 19/1319, 6.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

soll die Asylrechtsprechung vereinheitlicht und damit auch beschleunigt werden.[82]

4. *Fazit*

Um besser mit Massenverfahren umzugehen, ließe sich das Rechtsschutzsystem also auf diversen Wegen anpassen: durch die Zulassung von mehr kollektiven Klagemöglichkeiten, die Bündelung von Verfahren durch Gerichte in Form von Musterprozessen und eine stärkere Vereinheitlichung durch den Instanzenzug. Dies führt zurück zu den technischen Mitteln, die eine solche Vereinheitlichung eben auch herbeiführen – etwa über gemeinsame Datenbanken oder gemeinsame Algorithmen, die auf dieselben Datenbanken zugreifen. Der Unterschied zwischen beiden Wegen besteht dann darin, dass die prozessuale Vereinheitlichung entweder innerhalb derselben Spruchkammer oder vertikal verläuft (von den Ober- und Höchst- zu den Untergerichten), während die Vereinheitlichung über technische Mittel eine horizontale Vereinheitlichung zwischen Spruchkörpern auch auf gleicher Ebene ermöglichen kann.

IV. *Ausblick: Mobilisierung und Amerikanisierung?*

Der Titel dieses Beitrags beinhaltet auch den Terminus „Rechtsmobilisierung". Mobilisierung von Recht ist hier gemeint als die Geltendmachung, die Einforderung der Einhaltung von Recht durch Bürger*innen.[83] Dies betrifft zum einen Individualpersonen, die um eigene, im engeren Sinne subjektive Rechte kämpfen – also „für sich selbst" –, etwa um den richtigen ALG-II-Betrag. Mobilisierung von Recht bedeutet aber auch, bestehende rechtliche Normierungen durchzusetzen für die Verbesserung nicht ausschließlich individueller Rechte – etwa für den Schutz der Umwelt oder die Verbesserung der Lebenssituation von Angehörigen benachteiligter Bevölkerungsgruppen oder zur Überwindung anderer gesellschaftlicher Probleme.[84] Dann kann es insbesondere auch darum gehen, rechtliche

82 BT-Drs. 19/1319, 7; aktueller Stand: Der Ausschuss für Inneres und Heimat empfiehlt die Ablehnung des Entwurfs, 26.09.2019, BT-Drs. 19/13598.

83 Grundlegend *Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997.

84 Zu letzterem etwa: *Lembke*, Kollektive Rechtsmobilisierung gegen digitale Gewalt, E-Paper der Heinrich-Böll-Stiftung, 2017.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Normierungen vor den Gerichten weiterzuentwickeln und damit gesellschaftliche Deliberation[85] und Entwicklung voranzutreiben.[86] Anreize dafür kommen nicht selten aus dem Europa- oder Völkerrecht[87] und von Angehörigen bisher strukturell benachteiligter Gruppen.

Aus den obigen Ausführungen lässt sich der Schluss ziehen, dass die Digitalisierung die Mobilisierung von Recht unterstützen kann. Für die Inanspruchnahme oder Mobilisierung von Recht bedarf es einer gleichen Ausgangslage,[88] die noch längst nicht gegeben ist. Für einen freien und gleichen Zugang zum Recht müssen Ausschlüsse und Zugangsbarrieren eliminiert oder zumindest minimiert werden und Menschen aller Bevölkerungsgruppen gleichermaßen durch das Recht in ihren Bedürfnissen geschützt werden.[89] Das Fehlen subjektiver Faktoren für die Mobilisierung von Recht darf nicht als Defizit einzelner Menschen gesehen werden; es ist Aufgabe des Staates, die tatsächlichen Voraussetzungen für einen gleichen Zugang zum Recht zu schaffen.[90]

Zum Teil wird nun befürchtet, dass die vereinfachte Beschreitung des Rechtswegs durch die neuen Formen digitaler Rechtsmobilisierung, gepaart mit dem Engagement von Anwaltskanzleien und der Einführung kollektiver Klagemöglichkeiten, dazu führen, dass sich das deutsche und insgesamt die europäischen Rechtssysteme dem US-amerikanischen Rechtssystem annähern.[91] Das amerikanische System wird als eines des Ad-

---

85 Zu Gerichten als deliberativen Räumen: *Völzmann*, Partizipation durch Mobilisierung. Gerichte als Teil demokratischer Deliberation, in: Albrecht/Kirchmair/Schwarzer (Hrsg.), Die Krise des demokratischen Rechtsstaats im 21. Jahrhundert, 2020, S. 121.

86 Ähnlich *Fuchs*, Rechtsmobilisierung (Fn. 42), in: Boulanger/Rosenstock/Singelnstein (Hrsg.), 2019, S. 243.

87 Vgl. etwa zur Umsetzung von Artikel 19 der UN-Behindertenrechtskonvention, *Rambausek*, Behinderte Rechtsmobilisierung, 2017.

88 *Voithofer*, Mehrfach- und intersektionelle Diskriminierung als Herausforderung für den Zugang zum Recht, in: Philipp/et.al. (Hrsg.), Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung, Soziale Realitäten und Rechtspraxis, 2014, S. 89, 92; zum Konzept der materialen Gleichheit: *Sacksofsky*, Was heißt: Ungleichbehandlung „wegen"? in: Kempny/Reimer (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, S. 63; *Holzleithner*, Gerechtigkeit, 2009, 11 f.

89 *Rudolf*, Rechte haben – Recht bekommen (Fn. 30), S. 25 f.

90 *Rudolf*, Rechte haben – Recht bekommen (Fn. 30), S. 21, dies insbesondere auch mit Blick auf die Aufrechterhaltung der Legitimität des staatlichen Gewaltmonopols, S. 25 f.

91 So die zentrale These von *Rehder/van Elten*, ZfRSoz 2019, 64, insbesondere S. 66; sowohl Vor- als auch Nachteile in der europäischen Variante des Adversarial Le-

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

versarial Legalism bezeichnet.[92] Kagan definiert dies dahingehend, dass Politikgestaltung, Politikumsetzung und Streitbeilegung durch partei- und anwaltsdominierte (Rechts-)Streitigkeiten geprägt und im Vergleich zu den Systemen anderer im Übrigen vergleichbarer Länder eher konfrontativ und legalistisch ausgestaltet sind.[93] Die Menschen in Amerika machen häufiger Gebrauch von rechtlichen Drohungen und Klagen; die amerikanischen Gesetze sind im Allgemeinen komplizierter und präskriptiver, die Rechtsprechung kostspieliger und die Strafen härter.[94]

Die Möglichkeit einer zunehmenden europäischen Adaption des US-amerikanischen Modells[95] und damit einhergehend einer Kommerzialisierung des deutschen Rechtsschutzmarktes und einer Häufung politisch motivierter strategischer Prozessführungen[96] besteht. Dem soll hier gar nicht widersprochen werden. Zu betonen ist jedoch zweierlei: Zum einen ist das deutsche System grundsätzlich anders strukturiert als das US-amerikanische: Die Justizgrundrechte, die Gerichtsverfassungs- und -verfahrensordnungen sowie die Regeln des anwaltlichen Berufsrechts verhindern von vornherein die extremen Auswüchse[97] amerikanischer Streitigkeiten.[98] Zum anderen ist eine gewisse Entwicklung hin zum US-amerikanischen Adversarial Legalism aber möglicherweise auch nicht rein negativ zu bewerten.[99] Im Gegenteil ist dieses System eben auch besonders offen für neue Arten gerichtlicher Ansprüche und politischer Bewegungen.[100] Ame-

---

galism sehend: *Kelemen*, Eurolegalism: the transformation of law and regulation in the European Union, 2011.

92 Grundlegend dazu: *Kagan*, Adversarial Legalism: The American Way of Law, 2. Auflage, 2019.

93 *Kagan*, Adversarial Legalism (Fn. 92), S. 3.

94 *Kagan*, Adversarial Legalism (Fn. 92), S. 3.

95 *Kelemen*, Eurolegalism (Fn. 91), S. 38 ff.; *Bignami/Kelemen*, Kagan's Atlantic Crossing: Adversarial Legalism, Eurolegalism, and Cooperative Legalism in European Regulatory Style, in: Barnes/Burke (Hrsg.), Varieties of Legal Order: The Politics of Adversarial and Bureaucratic Legalism, 2017, S. 81.; *Rehder/van Elten*, ZfRSoz 2019, 64 (66).

96 *Rehder/van Elten*, ZfRSoz 2019, 64 (71) mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

97 *Kelemen*, Eurolegalism (Fn. 91), S. 7 ff. Dies gilt insbesondere durch das sog. anwaltliche Unternehmertum, welches in den USA stark gefördert wird durch etwa die Laienrichter-Beteiligung im Zivilprozess (jury trial), die parteiliche Beweisermittlung (pre trial discovery) und das Kostenrecht (insbesondere die Möglichkeit der Vereinbarung von Erfolgshonoraren), *Koch/ Zekoll*, ZEuP 2010, 107 (123).

98 *Koch/Zekoll*, ZEuP 2010, 107 (123).

99 Auch dazu: *Kagan*, Adversarial Legalism (Fn. 92), S. 4, 18, 22 ff.

100 Diese Vorteile grds. auch sehend: *Kagan*, Adversarial Legalism (Fn. 92), S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rikanische Rechtsstreitigkeiten – und mit ihnen die Anwaltschaft und die Justiz – dienen nicht nur als mächtige Kontrollmechanismen gegen staatliche Intoleranz, Korruption und Willkür, als Schutz individueller Rechte und Abschreckung rücksichtsloser Unternehmen. Das amerikanische System bietet auch einen Weg, soziale Probleme und Ungerechtigkeiten zu adressieren, die die Gesetzgebung bisher vernachlässigt.[101] Rechtsmobilisierung ist ein zentraler Bestandteil des Adversarial Legalism. Diese wird sich – nicht zuletzt durch die Digitalisierung – auch in Deutschland und Europa durchsetzen.[102]

Um abschließend auf mein Eingangszitat zurück zu kommen: Ich weiß nicht, ob wir vor einer partiellen Überwältigung des Rechts durch die Technik stehen. Aber die vom Recht geschützten Werte drohen keinesfalls nur technischen Zwecken und Idealen geopfert zu werden, sie können vielmehr – ganz im Gegensatz – durch Technik, eben Legal Tech, auch unterstützt, verstärkt, verwirklicht werden.

101 *Kagan*, Adversarial Legalism (Fn. 92), S. 4, 20, 22 ff.; grundsätzlich ebenso *Kelemen*, Eurolegalism (Fn. 91), S. 239.

102 Zu diesem Ergebnis kommen auch *Rehder/van Elten*, ZfRSoz 2019, 64 (83).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Künstliche Intelligenz und richterliche Unabhängigkeit – Eine verfassungsrechtliche Standortbestimmung am Beispiel des Zeugenbeweises[1]

Elisabeth Paar

I. Einleitung

Der Einsatz künstlicher Intelligenz (KI) hat eine Disruption in der Rechtsbranche eingeleitet, die auch vor den Gerichten nicht haltmachen wird. Vermehrt wird darauf hingewiesen, dass KI künftig Aufgaben der richterlichen Rechtsfindung übernehmen könnte (Stichwort „Robo-Richter"). Die Diskussion beschränkt sich dabei vielfach auf die Verwendung von KI im Zuge der Vornahme der rechtlichen Beurteilung.[2] Die Kerntätigkeit des Richters umfasst jedoch nicht nur die rechtliche Beurteilung eines festgestellten Sachverhalts, sondern beginnt deutlich früher, nämlich bei dessen Ermittlung, die wiederum maßgeblich durch die Beweisaufnahme und -würdigung geprägt ist. Auch im Umgang mit diesen Elementen der richterlichen Entscheidungsgrundlage ist der Rückgriff auf KI denkbar; die Frage nach der (verfassungs-)rechtlichen Zulässigkeit stellt sich hierbei gleichermaßen.

Diese Frage wird im vorliegenden Beitrag exemplarisch anhand der Aufnahme und Würdigung eines Zeugenbeweises im Rahmen eines Zivilprozesses untersucht. Die verfassungsrechtliche Analyse erfolgt am Maßstab

---

1 Für wertvolle Hinweise bedanke ich mich herzlich bei Herrn Univ. Prof. Dr. *Christoph Bezemek*, BA, LL.M. (Yale) sowie Herrn Univ. Prof. Dr. *Karl Stöger*, MJur (Oxford). Alle verwendeten Hyperlinks befinden sich auf dem Stand 15.05.2020.

2 Man denke in diesem Zusammenhang etwa an Experimente am Beispiel des EGMR bzw. des US Supreme Court, bei denen auf Basis eines vom jeweiligen Gericht festgestellten Sachverhalts die rechtliche Beurteilung durch KI vorgenommen und das Ergebnis anschließend mit dem tatsächlichen Urteil verglichen wurde. Vgl. *Aletras/Tsarapatsanis/Preoțiuc-Pietro/Lampos*, Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective, PeerJ Computer Science 2016, https://peerj.com/articles/cs-93.pdf; *Ruger/Kim/Martin/Quinn,* Columbia Law Review 104 (2004), 1150. Zur Kritik an den Methoden vgl. etwa *Bull/Steffek* ZKM 2018, 165 und *Pasquale/Cashwell,* University of Toronto Law Journal 68 (2018), 63.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der richterlichen Unabhängigkeit.[3] Aus technischer Sicht liegt dabei der Fokus auf einzelnen KI-Technologien, nämlich auf Sprachverarbeitung und Mimikerkennung.

II. Technischer Hintergrund

1. Künstliche Intelligenz

Da die rechtliche Analyse auf Anwendungsformen von KI aufbaut, bedarf es neben der Aufbereitung des normativen Fundaments auch einer Auseinandersetzung mit dem technischen Hintergrund.[4] Die erste, wenn auch unbefriedigende Einsicht ist, dass für KI weder in der technischen noch in der juristischen Literatur eine trennscharfe Definition existiert, über die Einigkeit herrscht;[5] ein Verweis etwa auf eine Legaldefinition ist nicht möglich.

Die einzelnen Ansätze beziehen sich ihrerseits wieder meist auf Termini, die einen umfassend anerkannten Begriffsinhalt missen lassen. Vielfach wird – zumindest implizit – auf den Menschen bzw. die menschliche Intelligenz als eine Form natürlicher Intelligenz verwiesen.[6] Tatsächlich galt die menschliche Intelligenz von Beginn an als das Vorbild der KI-Forschung.[7]

Dass eine Anknüpfung an die menschliche Intelligenz nicht zwingend erfolgen muss, zeigen *Russell/Norvig* in ihrem Standardwerk zu KI. Darin nehmen sie einen Systematisierungsversuch vor, indem sie die einzelnen Ansätze in vier Gruppen basierend auf dem jeweiligen Vergleichsmaßstab einteilen, nämlich in menschliches Handeln, menschliches Denken, ratio-

---

3 Die richterliche Unabhängigkeit ist sowohl in der deutschen (Art. 97 Abs. 1 GG) als auch in der österreichischen (Art. 87 Abs. 1 B-VG) und der schweizerischen Rechtsordnung (Art. 191c BV) verankert. Die verfassungsrechtliche Beurteilung soll anhand der österreichischen Rechtslage erfolgen.

4 Vorauszuschicken ist, dass es im Zuge eines juristischen Beitrags weder möglich noch zweckmäßig erscheint, den Stand der KI-Forschung im Detail abzubilden. Geschaffen werden soll vielmehr bloß eine in ihren Grundsätzen tragfähige technische Basis, die der darauf aufbauenden rechtlichen Analyse zugrunde gelegt werden kann.

5 Vgl. statt vieler *Herberger*, NJW 71 (2018), 2825 (2825 f.).

6 *Woschnak* FS Bittner, 2018, 825 (826).

7 *Ertel*, Grundkurs Künstliche Intelligenz, 4. Aufl. 2016, S. 1 unter Verweis auf *McCarthy/Minsky/Rochester/Shannon*, A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, https://web.archive.org/web/20080930164306/http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/dartmouth/dartmouth.html.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nales Denken und rationales Handeln. Letztlich entscheiden sich die Autoren für das rationale Handeln als Grundlage für die Bestimmung des Begriffsinhalts von KI. Das Kriterium der Rationalität ist erfüllt, wenn ein System den ihm verfügbaren Informationen entsprechend das beste Ergebnis als Output liefert.[8]

Aufbauend auf dem Konzept des rationalen Handelns beschreiben *Russell/Norvig* KI als Fähigkeit von Maschinen, in komplexen, sich ändernden Umgebungen autonom zu handeln.[9] Diesem Ansatz folgt auch die von der EU-Kommission eingesetzte High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (AI HLEG).[10] Nachdem davon ausgegangen werden kann, dass das KI-Verständnis der AI HLEG in absehbarer Zeit seinen Weg in die (europäische) Rechtsordnung finden und damit zu einem Rechtsbegriff werden wird,[11] spricht neben technischen Gründen[12] auch aus juristischer Perspektive einiges für die Anknüpfung an das rationale Handeln. Die Definitionsansätze von *Russell/Norvig* sowie der AI HLEG bilden daher für die folgenden Überlegungen den Ausgangspunkt.[13]

---

8 *Russell/Norvig*, Künstliche Intelligenz, 3. Aufl. 2012, S. 22 ff.

9 *Russell/Norvig*, Künstliche Intelligenz, 3. Aufl. 2012, S. 41.

10 Dies ergibt sich insbesondere aus dem Verweis der AI HLEG auf das hier zitierte Werk von *Russell* und *Norvig* hinsichtlich des Begriffs der Rationalität im Kontext künstlicher Intelligenz, vgl. *High-Level Expert Group on Artificial Intelligence*, A definition of Artificial Intelligence: main capabilities and scientific disciplines, https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines.

11 Vgl. *Klaushofer,* ZÖR 74 (2019), 399 (405) mit Verweis auf den Anhang der Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Koordinierter Plan für künstliche Intelligenz, KOM(2018)795 endg. 22.

12 Vgl. dazu insbesondere *Russell/Norvig*, Künstliche Intelligenz, 3. Aufl. 2012, S. 25 f.

13 Der Fokus wird auf lernenden Systemen liegen. Der Prozess des Lernens durch KI-Systeme (Machine Learning, kurz ML) bildet aktuell den Kern der KI-Forschung. Die daraus resultierende – bei komplexeren Modellen schwer nachvollziehbare – Adaptivität macht den Einsatz von lernenden KI-Systemen interessant und gleichzeitig rechtlich höchst problematisch. Vgl. näher zu ML etwa *Lehr/Ohm*, UC Davis Law Review 51 (2017), 653; *Mittelstadt/Allo/Taddeo/Wachter/Floridi*, Big Data & Society 3 (2016), 1; *Surden*, Washington Law Review 89 (2014), 87. Die Lernfähigkeit eines KI-Systems wird von manchen Autoren als so zentral eingestuft, dass sie sie als zwingenden Teil einer KI-Definition ansehen. Vgl. etwa *Esser/Reißmann*, JZ 74 (2019), 975 (976 f.). Auch *Russell* und *Norvig* räumen lernenden Agenten einen hohen Stellenwert ein und führen aus, dass sämtliche künstliche Agenten ihre Leistung durch Lernen verbessern können. Vgl. *Russell/Norvig*, Künstliche Intelligenz, 3. Aufl. 2012, S. 83 ff., insb. 90.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Einsatz von KI zur Erfassung der verbalen Interaktion

Im Folgenden wird KI nicht als Gesamtkomplex untersucht; die möglichen Umsetzungsformen und Einsatzbereiche sind zu divers für eine einheitliche rechtliche Beurteilung. Der Fokus liegt vielmehr auf einzelnen Anwendungsfällen, wie sie im Zuge der zivilprozessualen Aufnahme und Würdigung eines Zeugenbeweises zum Einsatz kommen könnten.

Als ein Beispiel für den Einsatz von KI im Zuge der verbalen Interaktion des Richters mit dem Zeugen soll die Verwendung eines Sprachverarbeitungsprogrammes dienen. Dieses ermöglicht eine Simultantranskription des im Zuge der Vernehmung Gesprochenen. Die zugrundeliegende Technologie wird als Natural Language Processing (NLP) bezeichnet.[14]

Die Sprachverarbeitung kann in drei Stufen eingeteilt werden, wobei an der gesprochenen Eingabe anzusetzen ist. Im ersten Schritt erfolgt die Spracherkennung. Aus technischer Sicht liegt dieser eine akustische Sprachanalyse zugrunde, die Schallwellen in mögliche Folgen von Wörtern umwandelt. Das dabei erzielte Ergebnis bedarf vielfach aufgrund der Komplexität und Mehrdeutigkeit der Sprache einer weiteren Präzision. Daher findet im zweiten Schritt erneut eine Sprachanalyse statt, um das Gesprochene hinsichtlich seiner grammatikalischen Struktur (syntaktische Analyse) und der Bedeutung der einzelnen Wörter (semantische Analyse) zu untersuchen. Führt auch dieser Schritt zu keinem eindeutigen Ergebnis, erfolgt eine Einbindung in den Gesprächskontext und die Berücksichtigung des Gesprächsthemas (sogenanntes Sprachverstehen).[15]

---

14 NLP stellt einen Teilbereich der KI dar und soll den Mensch-Maschine-Dialog auf Sprachebene ermöglichen. Vgl. *Fuchslueger*, ALJ 2016, 68 (68 ff.).

15 *Wahlster*, Sprachtechnologie im Alltag, http://www.dfki.de/wwdata/Alltag/Alltag.html?, vgl. insbesondere Fig. 1 und 2. Für die Umsetzung stehen unterschiedliche Modelle zur Verfügung. Ursprünglich wurden wissensbasierte Modelle eingesetzt, die sich dadurch auszeichnen, dass das System auf formalisierte Wissensquellen wie Wörter- oder Bedeutungslisten zurückgreift. Vgl. dazu *Wahlster*, in Brauer (Hrsg.), Informatik-Fachberichte, 1981, 568. Daneben hat in den letzten Jahren Deep Learning (DL) an Bedeutung gewonnen. In diesem Fall werden nur Eingabe und Ausgabe vorgegeben, während das System die Zwischenschichten selbständig bildet. Vgl. *Fraunhofer-Gesellschaft*, Maschinelles Lernen: Eine Analyse zu Kompetenzen, Forschung und Anwendung, https://www.bigdata.fraunhofer.de/content/dam/bigdata/de/documents/Publikationen/Fraunhofer_Studie_ML_201809.pdf, S. 11; *Ney*, Informatik Spektrum 2003, 94; *Wahlster*, Informatik Spektrum 2017, 409 (414). Aktuell werden durch die Ergänzung von DL um zusätzlich eingebrachtes Wissen die besten Resultate erzielt.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bevor eine Sprachverarbeitungssoftware zum Einsatz kommt, wird diese trainiert. Für die gegenständlichen Verwendungsmöglichkeiten könnten etwa aufgenommene Verhandlungen als Input und die dazugehörigen schriftlichen Protokolle als Output herangezogen werden.[16]

Zu beachten ist schließlich, dass die Aufnahme des Zeugenbeweises dem Grunde nach eine Frage-Antwort-Struktur aufweist, wobei mindestens zwei Personen, nämlich der Richter und der Zeuge, daran beteiligt sind. In den meisten Fällen sind zudem noch die Parteien sowie gegebenenfalls deren Vertreter anwesend, die durch das Stellen von Fragen auch an der verbalen Interaktion teilnehmen.[17] Daraus folgt für die Anforderungen an ein Sprachverarbeitungsprogramm, dass dieses auch in der Lage sein muss zuzuordnen, welche Person was gesagt hat.[18]

3. Einsatz von KI zur Erfassung der nonverbalen Kommunikation

Neben dem Rückgriff auf KI-Systeme zur Erfassung der verbalen Aspekte der Zeugenvernehmung ist es auch denkbar, derartige Technologien hinsichtlich der nonverbalen Komponenten zum Einsatz zu bringen. Im Gegensatz zu der zuvor beschrieben Sprachverarbeitung geht es dabei weniger um den objektiven Inhalt dessen, was ein Zeuge sagt, sondern vielmehr um sein subjektives Empfinden. Um dieses herauszufiltern, wird an die äußere[19] Manifestation des inneren Zustandes angeknüpft. Dieses äußere Sichtbarwerden der Emotionen findet auf unterschiedlichen Ebenen

---

16 Diese Art von Lernprozess eines KI-Systems wird als supervised learning bezeichnet. Näher dazu etwa *Domingos,* The Master Algorithm, 2015, S. 57 ff.

17 Vgl. zum Fragerecht der Parteien im österreichischen Zivilprozess insb. § 289 österreichische Zivilprozessordnung (ZPO).

18 Dies stellt für moderne Sprachverarbeitungssysteme keine Herausforderung mehr dar. Bereits nach wenigen Wörtern kann das Programm erkennen, welcher Person die Stimme zuzuordnen ist. Darüberhinausgehend ist es in der Lage, das Geschlecht und die Altersgruppe des Sprechers festzustellen. Vgl. zum theoretischen Hintergrund wiederum *Wahlster*, Sprachtechnologie im Alltag, http://www.dfki.de/wwdata/Alltag/Alltag.html?.

19 Neben der Heranziehung äußerer Merkmale wird auch versucht, den inneren Zustand einer Person unmittelbar aus dem Inneren abzuleiten, indem Gehirnaktivitäten gemessen und interpretiert werden. Als Beispiel sei auf die Idee, die Gehirnaktivitäten in einen schriftlichen Text zu überführen, verwiesen. Ein ähnlicher, sehr umstrittener Ansatz ist die Gehirn-zu-Gehirn-Kommunikation, bei der die Gedanken des Senders übermittelt werden und beim Empfänger jene Handlung auslösen, an die ersterer gedacht hat. Vgl. *APA/Scientific Reports* Österreichische Ärztezeitung 2019, 21.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

statt; ableitbar sind Gefühlsregungen etwa aus Gesichtszügen, Aussprache, Vitaldaten, Gestik und Körperhaltung.[20]

Der Ablauf der Emotionserkennung ist aus technischer Sicht im Grunde stets derselbe, unabhängig vom eingesetzten System und dem äußeren Anknüpfungspunkt: Im ersten Schritt nehmen Sensoren Signale wie etwa einen bestimmten Gesichtsausdruck auf. Diese werden erfasst und vorverarbeitet. Daran anknüpfend kommt es zu einer Zuordnung zu den vom Modell vorgesehenen Basisemotionen (Merkmalsabstraktion und -klassifikation).[21] Letztlich wird daraus auf die Emotion als Gesamtzustand geschlossen.[22]

Für die verfassungsrechtliche Beurteilung wird der Fokus auf zwei Bereiche gelegt, nämlich die Analyse der Mimik als Form der optischen Emotionserkennung und die Untersuchung der Prosodie als Anwendungsfall eines akustischen Erkennungsverfahrens.

Die Mimikerkennung[23] zielt – wie der Name vermuten lässt – darauf ab, aufgrund der Mimik einer Person Rückschlüsse auf deren emotionalen Zustand zu ziehen. Die Problemstellungen, die es dabei zu bewältigen gilt, wurzeln primär darin, dass die Muskelbewegungen, die die Grundlage für die Mimik bilden, nur marginal und daher schwer zu deuten sind.[24]

Bei der akustischen Emotionserkennung steht die Sprache im Zentrum; es geht somit aus technischer Sicht abermals um eine Spielart der Sprachverarbeitung. Ein zum Einsatz kommendes KI-basiertes System hat – wie bei der Analyse der Mimik – die Aufgabe, Muster zu erkennen und darauf aufbauend den Konnex zu einer Emotion herzustellen. Die Grundlage da-

---

20 Das Forschungsfeld der Emotionserkennung durch Computersysteme wird in seiner Gesamtheit als Affective Computing bezeichnet und umfasst die Wahrnehmung, Verfolgung und Analyse der nonverbalen menschlichen Kommunikationssignale. Vgl. *Brand/Klompmaker/Schleining/Weiß*, Informatik Spektrum 2012, 424 (424 f.).

21 Für diese gibt es unterschiedliche technische Umsetzungsmöglichkeiten. Zu denken ist insbesondere an künstliche neuronale Netze, Entscheidungsbäume, Support-Vektor-Maschinen und den Naive-Bayes-Klassifikator. Vgl. *Brand/Klompmaker/Schleining/Weiß,* Informatik Spektrum 2012, 424 (427).

22 *Brand/Klompmaker/Schleining/Weiß*, Informatik Spektrum 2012, 424 (425).

23 Die österreichische Initiative „Artificial Intelligence Mission Austria 2030“ nennt als eine KI-Innovation, an der gearbeitet wird, „Computer, die menschliche Mimik interpretieren und darauf reagieren können“. Vgl. *Bundesministerium Verkehr, Innovation und Technologie/Bundesministerium Digitalisierung und Wirtschaftsstandort,* Artificial Intelligence Mission Austria 2030, https://www.bmvit.gv.at/themen/innovation/publikationen/ikt/aimat.html, S. 5.

24 Näher zur technischen Umsetzung der Mimikerkennung etwa *Brand/Klompmaker/Schleining/Weiß*, Informatik Spektrum 2012, 424 (425 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

für bildet die Prosodie einer Sprache, die sich aus Intensität, Intonation und Dauer einer Sprachsequenz zusammensetzt.[25]

Neben der isolierten Betrachtung und Interpretation der Ergebnisse der optischen und akustischen Erkennungsverfahren besteht auch die Möglichkeit der Koppelung der Resultate. Dieses sogenannte multimodale Erkennungs- und Deutungsverfahren zielt darauf ab, die Emotionen einer Person aus mehreren unterschiedlichen Merkmalen abzuleiten. Ziel ist es, so die Robustheit des Systems und damit auch die Treffsicherheit sowie die Aussagekraft des Ergebnisses zu erhöhen.[26]

III. Verfassungsrechtliche Beurteilung am Maßstab der richterlichen Unabhängigkeit

Aufbauend auf diesem technischen Grundgerüst wird nun der Einsatz der dargestellten KI-basierten Systeme verfassungsrechtlich am Maßstab der richterlichen Unabhängigkeit analysiert. Dabei ist an erster Stelle der aktuelle Stand der Diskussion in der österreichischen Literatur und Judikatur rund um Art. 87 Abs. 1 B-VG zu skizzieren. Daran anknüpfend erfolgt eine Festlegung auf ein Verständnis der richterlichen Unabhängigkeit. Im Zuge dessen sind insbesondere jene Kriterien herauszuarbeiten, die eine Abgrenzung des Schutzbereiches ermöglichen. Abschließend ist auf Basis dieses Konzepts zu bewerten, inwieweit der Rückgriff auf die gegenständlichen KI-Anwendungen bei der Zeugenbeweisaufnahme und -würdigung mit der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit in Einklang zu bringen ist.

1. Ausgangslage und Stand der Diskussion

Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt der richterlichen Unabhängigkeit ist in Österreich Art. 87 Abs. 1 B-VG. Dieser normiert ausdrücklich, dass „Richter […] in Ausübung ihres richterlichen Amtes unabhängig [sind]“, belässt es allerdings auch dabei. Auch die übrigen Bestimmungen des B-VG erklären nicht näher, was unter „unabhängig“ zu verstehen ist.

---

25 *Brand/Klompmaker/Schleining/Weiß*, Informatik Spektrum 2012, 424 (427).
26 *Brand/Klompmaker/Schleining/Weiß*, Informatik Spektrum 2012, 424 (425, 430).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Im Kern der richterlichen Unabhängigkeit steht die Weisungsfreiheit, die jedenfalls von Art. 87 Abs. 1 B-VG mitumfasst ist.[27] Aufbauend auf Überlegungen von *Walter*, denen zufolge der Richter aufgrund seiner besonderen Stellung gegenüber den Rechtsquellen nur an außenwirksames Recht gebunden ist,[28] wird vielfach im Schrifttum angenommen, dass sich die Unabhängigkeit des Richters in der Weisungsfreiheit erschöpfe.[29]

Eine ähnliche Position hat für längere Zeit auch die Judikatur eingenommen. Inzwischen haben jedoch alle drei österreichischen Höchstgerichte ihr strenges Verständnis des Art. 87 Abs. 1 B-VG relativiert.[30] Neben dieser graduellen Entwicklung hat der Oberste Gerichtshof (OGH) 2014 durch die Einführung der Differenzierung zwischen zulässigem und unzulässigem Druck ein gänzlich neues Konzept vorgestellt.[31] Er ist damit jenem Hauptproblem entgegengetreten, das ein enges Verständnis der richterlichen Unabhängigkeit zwangsläufig nach sich zieht. Wird nämlich die richterliche Unabhängigkeit auf eine bloße Weisungsfreiheit reduziert, so führt dies dazu, dass kein Schutz vor nicht als Weisung zu qualifizierenden Rechtsakten sowie vor faktischen Einflussnahmen gleich welcher Art besteht.

Aus diesem Grund wurde in letzter Zeit die Weisungsfreiheitsdoktrin *Walters* teils verworfen und stattdessen ein weitergehendes Verständnis der richterlichen Unabhängigkeit vorgeschlagen. Besonders klar positioniert haben sich *Wiederin*[32] und *Altmann*[33].[34] Im Kern steht bei beiden Autoren die Idee, das „Eingriff-Rechtfertigungs-Modell" der Grundrechtsdogmatik

---

27 Vgl. zahlreiche Nachweise bei *Altmann*, Richterliche Unabhängigkeit, 2017, S. 6 ff.

28 *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit, 1960, S. 54, 58, 61, 68. *Walter* hat diesen Ansatz vor dem Hintergrund der Reinen Rechtslehre entwickelt und baut dabei insbesondere auf den Überlegungen *Merkls* auf. Vgl. *Merkl*, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich: Ein kritisch-systematischer Grundriß, 1919, S. 109.

29 Eine Darstellung all dieser Lehrmeinungen findet sich bei *Altmann*, Richterliche Unabhängigkeit, 2017, S. 6 ff. und *Wiederin* in Neumayr (Hrsg.), Unabhängigkeit der Rechtsprechung – nach außen und nach innen, 2019, 1 (2, Fn. 7).

30 *Altmann*, Richterliche Unabhängigkeit, 2017, S. 19 mit zahlreichen Nachweisen.

31 Dies im Rahmen der Entscheidung OGH Urt. v. 20.3.2014 – Ds 25/13.

32 *Wiederin*, JBl 2014, 409; *Wiederin* in Neumayr (Hrsg.), Unabhängigkeit der Rechtsprechung – nach außen und nach innen, 2019, 1.

33 *Altmann*, Richterliche Unabhängigkeit, 2017.

34 Neben *Wiederin* und *Altmann* hat kürzlich auch *Brenn* ein weiteres Verständnis der richterlichen Unabhängigkeit postuliert. Vgl. *Brenn*, ÖJZ 2019, 849 und seine durchaus vergleichbare (erweiterte) „Drei-Kreise-Theorie". Ebenfalls von einer bloßen Gleichsetzung der richterlichen Unabhängigkeit mit Weisungsfreiheit abgewichen ist *Öhlinger*, vgl. *Öhlinger*, RZ 2015, 83.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auf Art. 87 Abs. 1 B-VG zu übertragen. Als Schutzgegenstand definieren sie die autonom geschöpfte, nur dem Gesetz verpflichtete Entscheidung[35] bzw. die richterliche Willensbildung[36]; ist dieser tangiert, so liegt ein Eingriff vor. Ein solcher Eingriff ist demnach allerdings nicht zwangsläufig unzulässig, sondern einer Rechtfertigung zugänglich. Nach *Altmann* bedarf es stets eines Ausgleichs zwischen der gesetzten Maßnahme und deren Auswirkungen auf die richterliche Unabhängigkeit,[37] *Wiederin* sieht den Eingriff als eine Verletzung des Art. 87 Abs. 1 B-VG an, wenn die Intervention dem Richter eine autonome, nur dem Gesetz verpflichtete Entscheidung unmöglich macht oder erheblich erschwert.[38] Beide Ansätze entsprechen somit im Ergebnis einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, die der Bejahung eines Eingriffs in die richterliche Unabhängigkeit nachgestellt ist.

2. *Konzept der richterlichen Unabhängigkeit*

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, dass es gute Gründe gibt, nicht bei einem engen Verständnis der richterlichen Unabhängigkeit stehen zu bleiben. Dies insbesondere vor dem Hintergrund der Entwicklung fortgeschrittener Technologien wie jener der KI, eröffnet doch deren Verwendung neue Wege und Formen, auf die richterliche Willensbildung einzuwirken. Dass KI-Systeme nach der Weisungsfreiheitsdoktrin rechtlich nicht fassbar sind, liegt auf der Hand: Eine Weisung ist bekanntlich ein hoheitlicher Befehl eines vorgesetzten Organwalters an einen nachgeordneten Organwalter im Verwaltungsinnenbereich.[39] Ein KI-System, das etwa die Mimik des Zeugen analysiert, kann nicht als anordnendes Verwaltungsorgan, welches dem Weisungsadressaten, in diesem Fall dem Richter, vorgesetzt ist, qualifiziert werden. Ebenso wenig handelt es sich bei dem vom KI-System produzierten Ergebnis um einen Befehl aufgrund hoheitlicher Befugnis.[40]

---

35 *Wiederin*, JBl 2014, 409 (411).

36 *Altmann*, Richterliche Unabhängigkeit, 2017, S. 41 f. So auch *Storr*, in Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, 14. Lfg 2014, Art. 87 B-VG Rn. 6.

37 *Altmann*, Richterliche Unabhängigkeit, 2017, S. 47 f.

38 *Wiederin*, JBl 2014, 409 (410 f.).

39 *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2019, Rn. 222 ff.; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 934 ff.

40 Denkbar wäre dies lediglich dann, wenn ein Verwaltungsorgan, z.B. der Justizminister, eine Weisung an einen Richter richtet, er müsse künftig ein solches KI-System zum Einsatz bringen und das Resultat seiner Entscheidung zugrunde legen.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Anzusetzen ist daher – wie insbesondere *Altmann* hervorhebt – nicht an der potenziell eingreifenden Maßnahme, sondern am Zweck der richterlichen Unabhängigkeit: Der Richter soll innerhalb des gesetzlichen Rahmens ohne Einmischung von außen entscheiden können.[41] Gleichzeitig ist eine gänzliche Abschirmung des Richters von sämtlichen äußeren Einflüssen nicht nur faktisch unmöglich, sondern auch von der Verfassung nicht intendiert.[42] Daraus resultiert ein gewisses Spektrum, das dem Art. 87 Abs. 1 B-VG unterstellt werden kann. Dieser Bereich hat als *forum internum* des Richters von Einflussnahmen freizubleiben, andernfalls liegt ein Verstoß gegen Art. 87 Abs. 1 B-VG vor.

Bei der Suche nach einem Modell zur Festlegung dieses Bereiches ist an erster Stelle anzunehmen, dass es keine Formel geben kann, die im Voraus den Schutzbereich des Art. 87 Abs. 1 B-VG exakt nachzeichnet; zu vielfältig sind die potenziellen Interventionen. Es bedarf somit eines Ansatzes, der sowohl weit als auch flexibel genug ist, die unterschiedlichen Facetten einer konkret zu beurteilenden Konstellation einzufangen und zu gewichten. Im Ergebnis bietet es sich an, ein bewegliches Modell zu konstruieren, das sich aus mehreren Komponenten zusammensetzt. Mit Hilfe eines solchen Konstrukts soll die Intensität der Beeinflussung, wie sie etwa von einem bestimmten KI-System ausgeht, beurteilt werden, wobei sich der Intensitätsgrad aus der Summe der Intensitäten der einzelnen Komponenten ergibt. Fixpunkt und gleichzeitig Bezugspunkt der Intensität der Einflussnahme ist dabei stets der Schutzgegenstand der richterlichen Unabhängigkeit, wie er von *Altmann* und *Wiederin* definiert wurde.[43]

a. Erstes Kriterium: Tätigkeitsbereich des Richters

Für die Frage nach der Intensität der Einflussnahme auf den richterlichen Willensbildungsprozess ist an erster Stelle jener Tätigkeitsbereich des Rich-

41 *Altmann*, Richterliche Unabhängigkeit, 2017, S. 41 f.

42 In der Literatur wird vielfach betont, dass richterliche Unabhängigkeit gerade kein Selbstzweck sei. Vgl. etwa *Klingler,* in Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), Richter/Innen in der ARGE Alpen-Adria, 1994, 33 (33 f.); *Piska*, in Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 14. Lfg 2018, Art. 87/1, 2 B-VG Rn. 1. *Markel* spricht sogar davon, dass die richterliche Unabhängigkeit i.S.d. Art. 87 B-VG kein „[…] funktionsbezogenes Vorrecht der Organe der Rsp., sondern Privileg der Rechtsunterworfenen […]“ sei. Vgl. *Markel*, in Fuchs/Ratz, WK StPO, Stand 1.10.2018, Vor §§ 29 – 42 StPO Rn. 4.

43 Vgl. dazu die Ausführungen unter III./1. und insb. die Nachweise in Fn. 35 und 36.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ters zu bestimmen, der von der äußeren Einwirkung betroffen ist. Steht dieser fest, ist im nächsten Schritt zu untersuchen, welche Rolle der Tätigkeit für die Entscheidungsfindung zukommt. Dabei kann hilfsweise auf die häufig vorgenommene Unterscheidung zwischen Kern- und Randbereich der richterlichen Tätigkeit Bezug genommen werden.[44] Unter dem Kernbereich ist demnach die spruchrichterliche Tätigkeit zu verstehen,[45] während der Randbereich den äußeren Geschäftsgang umfasst.[46] Dabei gilt der Grundsatz, je näher sich die betroffene richterliche Tätigkeit am Kernbereich befindet, desto größer ist die Einflussnahme auf die Willensbildung und desto eher liegt ein Verstoß gegen die richterliche Unabhängigkeit vor. Einen absolut geschützten Bereich, der selbst vor Aufsicht und rechtlicher Verantwortung des Richters ausgenommen ist, gibt es jedoch nicht.[47]

b. Zweites Kriterium: Nähe zur Person des Richters

Damit eng im Zusammenhang steht die Frage, wie sehr die betroffene Tätigkeit mit der Person des Richters verknüpft ist. Nach der geltenden Rechtslage gibt es Aspekte der richterlichen Tätigkeit, die nicht vom Richter höchstpersönlich erledigt werden müssen, ohne dass dies in Konflikt mit der richterlichen Unabhängigkeit stehen würde. Zu denken ist hierbei etwa an den Einsatz von Schriftführern oder Schreibkräften zur Erstellung des Protokolls[48] sowie an die Mithilfe von Rechtspraktikanten.[49] Diese

---

44 *Altmann*, Richterliche Unabhängigkeit, 2017, S. 48 f. Siehe außerdem wiederum die „Drei-Kreise-Theorie" bei *Brenn* ÖJZ 2019, 849. Auch der BGH hat sich dieses Konzepts bedient. Vgl. BGH Urt. v. 17.10.1977 – RiZ (R) 2/77, BGHZ 70, 1; BGH Urt. v. 27.09.1976, RiZ (R) 3/75, BGHZ 67, 184 (187).

45 Die spruchrichterliche Tätigkeit setzt sich wiederum zusammen aus der Sachverhaltsermittlung und -feststellung und der rechtlichen Beurteilung, vgl. VfGH Erk. v. 25.11.2015 – G 403/2015; *I. Eisenberger*, in Holoubek/Lang (Hrsg.), Grundfragen der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit, 2017, 45 (51 f.).

46 Während der Kernbereich Tätigkeiten umfasst, die in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der richterlichen Entscheidungsfindung stehen, bezieht sich der Randbereich auf vor- und nachbereitende Tätigkeiten, vgl. *Altmann*, Richterliche Unabhängigkeit, 2017, S. 49; *Brenn*, ÖJZ 2019, 849 (849, 853 ff.).

47 Dies wurde von *Wiederin* mit gewichtigen Argumenten sowohl für Deutschland als auch für Österreich verneint. Vgl. *Wiederin*, in Neumayr (Hrsg.), Unabhängigkeit der Rechtsprechung – nach außen und nach innen, 2019, 1 (10 f.) m.w.N. Differenzierend demgegenüber *Brenn*, ÖJZ 2019, 849 (849, 853 ff.).

48 Vgl. für den österreichischen Zivilprozess insbesondere §§ 207 ff. ZPO.

49 Vgl. dazu etwa § 6 Abs. 1 des Rechtspraktikantengesetzes (RPG).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wertungen des Gesetzgebers können bei der rechtlichen Beurteilung des Einsatzes von KI berücksichtigt werden.

Darüber hinausgehend ist es aufgrund expliziter verfassungsrechtlicher Verankerung zulässig, Rechtspfleger zum Einsatz zu bringen.[50] Auch wenn diese Option nicht an der richterlichen Unabhängigkeit gemessen werden kann, da es sich bei Art. 87 B-VG und 87a B-VG gleichermaßen um bundesverfassungsrechtliche Anordnungen handelt,[51] können die Charakteristika der einfachgesetzlich übertragenen Aufgaben sehr wohl Aufschluss darüber geben, unter welchen Voraussetzungen richterliche Tätigkeiten verfassungsrechtlich nicht zwingend von einem Richter erledigt werden müssen. Dies kann wiederum als Vergleichsmaßstab für die Beurteilung der Verwendung von KI dienen.

c. Drittes Kriterium: Mittel bzw. Form der Einflussnahme

Die dritte Komponente des Intensitätsgrades ergibt sich aus dem Mittel bzw. der Form der Einflussnahme. Dabei kann als Vergleichsmaßstab für die Wirkung einer Art der Einflussnahme auf bekannte Kategorien zurückgegriffen werden, nämlich die Weisung, Akte weisungsgleicher Wirkung und sonstige Arten von Einflüssen, die nicht die Charakteristika „Befehl" oder „Zwang" aufweisen. Diese drei „Intensitätsgruppen" bieten – ähnlich wie die Zweiteilung zwischen Kern- und Randbereich – eine Hilfestellung bei der Beurteilung neuartiger Einflussmöglichkeiten. Dabei kann angenommen werden, dass die Intensität der Beeinflussung, die von einer Weisung ausgeht, so hoch ist, dass sie – unabhängig vom betroffenen Bereich der richterlichen Tätigkeit – in das *forum internum* des Richters eingreift und folglich stets gegen Art. 87 Abs. 1 B-VG verstößt. Dies lässt sich damit begründen, dass mit dem Weisungsrecht dem Wesen nach eine Direktionsbefugnis des vorgesetzten Organs verbunden ist, die eine vollumfängliche Steuerung der Entscheidung oder Handlung des nachgeordneten Or-

50 Dies ist näher in Art. 87a B-VG geregelt. Einfachgesetzliche Grundlage ist das Rechtspflegergesetz (RpflG), insbesondere dessen §§ 16 ff.

51 Eine Messung wäre nur am Maßstab der Grundprinzipien der Verfassung denkbar. Vgl. zur Möglichkeit von verfassungswidrigem Verfassungsrecht *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, 12. Aufl. 2019, Rn. 62. Das rechtstheoretische Konzept dahinter ist der Stufenbau der Rechtsordnung. Vgl. *Merkl*, in Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule, 2010, 1071.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gans ermöglichen soll; durch eine Weisung wird somit das Höchstmaß an Intensität erreicht.[52]

d. Viertes Kriterium: Beweggrund der Einflussnahme

Als vierter Faktor ist der Beweggrund der Einflussnahme zu untersuchen; dabei ist zu fragen, worauf die beeinflussende Handlung abzielt. Im Zuge dessen ist zu berücksichtigen, ob eine rechtliche Grundlage für den Akt besteht. Aus dieser kann nämlich gegebenenfalls abgeleitet werden, ob direkt auf die richterliche Willensbildung eingewirkt werden soll oder aber die Beeinflussung bloß eine unbeabsichtigte bzw. unvermeidbare Folge eines per se nicht auf den Willensbildungsprozess abzielenden Aktes ist.

e. Kein abgeschlossener Kriterienkatalog

Darüberhinausgehend sind auch weitere Auswirkungen, die eine bestimmte Form der Beeinflussung im Einzelfall mit sich bringt, zu berücksichtigen. Zu denken ist hierbei etwa an die Dauer und Häufigkeit der potenziellen Einflussnahme.[53] Der Katalog an relevanten Elementen ist dabei nicht abschließend, womit auch neuartige Formen einer rechtlichen Bewertung unterzogen werden können. Maßgeblich ist letztlich nur, ob das geforderte Intensitätsausmaß erreicht wurde; durch das Zusammenspiel welcher Kriterien dies der Fall ist, ist für das Vorliegen einer Verletzung jedoch nicht von Relevanz.

f. Intensitätsausmaß

Für das geforderte Intensitätsausmaß kann wiederum auf das Modell *Wiederins* zurückgegriffen werden. Es stellt darauf ab, ob dem Richter eine au-

---

52 Es gibt somit zwar keinen absolut geschützten Bereich der richterlichen Tätigkeit, aber ein Mittel, vor welchem die richterliche Tätigkeit durch Art. 87 Abs. 1 B-VG in jedem Fall geschützt ist. Dies deckt sich mit der bereits erwähnten einhelligen Ansicht, dass die richterliche Unabhängigkeit jedenfalls die Freiheit von Weisungen umfasst. Eine Ausnahme bildet hier *Altmann*, der annimmt, dass ein absoluter Schutz vor dem Mittel der Weisung nur im Kernbereich der richterlichen Tätigkeit besteht. Vgl. *Altmann*, Richterliche Unabhängigkeit, 2017, S. 48 f.

53 Vgl. *Altmann*, Richterliche Unabhängigkeit, 2017, S. 48.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tonom geschöpfte, nur dem Gesetz verpflichtete Entscheidung unmöglich gemacht oder erheblich erschwert wird.[54] Ist dies der Fall, liegt eine Verletzung des Art. 87 Abs. 1 B-VG vor. Übersteigt die Einflussnahme nicht diese Schwelle, wird in die richterliche Unabhängigkeit nicht eingegriffen.

g. *Dogmatische Einordnung*

Nachdem somit bereits eine Abwägung, die dem Grunde nach einer Verhältnismäßigkeitsprüfung entspricht, auf Ebene der Bestimmung des Schutzbereiches stattfindet, bedarf es keiner zusätzlichen nachgestellten Rechtfertigungsmöglichkeit.[55] Wird in den Schutzbereich des Art. 87 Abs. 1 B-VG eingegriffen, stellt dies stets gleichzeitig eine Verletzung der richterlichen Unabhängigkeit dar. Insofern erscheint die insbesondere von *Wiederin* vorgeschlagene Übertragung des Eingriff-Schranken-Modells im freiheitsrechtlichen Sinn nicht gänzlich passend, zeichnet sich dieses doch gerade durch eine nachgestellte Verhältnismäßigkeitsprüfung aus. Der Struktur nach ist Art. 87 B-VG eher mit Fundamentalgarantien wie Art. 3 EMRK oder dem *forum internum* nach Art. 9 Abs. 1 Hs. 1 EMRK vergleichbar;[56] in beiden Fällen findet eine schutzbereichsimmanente Verhältnismäßigkeitsprüfung statt.[57] Gerade die Nähe zur letztgenannten Bestimmung ist auffallend: Sowohl die richterliche Unabhängigkeit als auch die Gewissensfreiheit i.S.d. Art. 9 Abs. 1 Hs. 1 EMRK schützen die innere Überzeugungsbildung.[58]

---

54 *Wiederin*, JBl 2014, 409 (410 f.).

55 Dieser Gedanke findet sich auch bei *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Auflage 2016, § 18 Rn. 30, die zwar nicht im Zusammenhang mit Art. 87 Abs. 1 B-VG, jedoch in Hinblick auf die in der EMRK verankerten Justizgrundrechte darauf hinweisen, dass „[…] regelmäßig nicht die Rechtfertigung eines Eingriffs zu prüfen [ist], sondern vielmehr, ob das Verhalten der Staatsorgane mit dem Grundrecht vereinbar ist.“.

56 Zudem wurde in der Literatur ein Vergleich mit der Wissenschaftsfreiheit angestellt. Vgl. dazu *Hoffmann-Riem*, dAnwBl 1999, 2 (3); *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 3. Auflage 1932, 176; *Walter*, RZ 1985, 3 (3 f.).

57 Für Art. 3 EMRK vgl. *Bezemek*, Grundrechte, 2016, § 8 Rn. 2; zum *forum internum* des Art. 9 Abs. 1 EMRK näher *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Auflage 2016, § 22 Rn. 113, 124.

58 Vgl. dazu *Evans*, Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights, 2001, S. 72 ff. Auch die Gewissensfreiheit nach Art. 14 Staatsgrundgesetz (StGG) vermittelt dem Normunterworfenen u.a. das Recht, sein Gewissen frei und unbeeinflusst zu bilden. Eine Einschränkung dieser Freiheit ist weder

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Verfassungsrechtliche Beurteilung

Ausgehend von diesem weiteren, flexibleren Verständnis der richterlichen Unabhängigkeit soll nun der Einsatz der vorgestellten KI-Technologien auf seine Vereinbarkeit mit Art. 87 Abs. 1 B-VG überprüft werden.

a. Erstes Kriterium: Tätigkeitsbereich des Richters

Bei der Bestimmung der Intensität der Einflussnahme, die von derartigen Systemen ausgeht, ist an erster Stelle zu untersuchen, welche Rolle der betroffenen Tätigkeit für die Willensbildung zukommt. Sowohl die verbale als auch die nonverbale Kommunikation, einschließlich deren Erfassung, sind der Beweisaufnahme zuzurechnen. Die Verarbeitung und Interpretation der erlangten Informationen zählt zur Beweiswürdigung. Beide Bereiche bilden als wesentliche Elemente der Entscheidungsfindung jedenfalls einen Teil der richterlichen Tätigkeit und sind somit von Art. 87 Abs. 1 B-VG umfasst. Gleichzeitig sind sie auch Teil der spruchrichterlichen Tätigkeit, stellt die Zeugenbeweisaufnahme und -würdigung doch einen zentralen Aspekt der Sachverhaltsermittlung dar. Damit ist im ersten Schritt festzuhalten, dass durch die gegenständlichen KI-Technologien Aufgaben betroffen sind, die dem Kernbereich der richterlichen Tätigkeit zuzurechnen sind und als solche einen hohen Grad an Schutz vor Einflussnahmen von außen genießen.

b. Zweites Kriterium: Nähe zur Person des Richters

Dieser Umstand allein führt jedoch noch nicht dazu, dass der Einsatz von KI im Zuge der Zeugenbeweisaufnahme und -würdigung stets Art. 87 Abs. 1 B-VG verletzt. Vielmehr bedarf es einer weitergehenden Differenzierung. Im nächsten Schritt ist daher zu klären, für wie wichtig es die Rechtsordnung erachtet, dass der Richter die einzelnen Akte, die durch KI unterstützt bzw. übernommen werden könnten, höchstpersönlich setzt. Dabei ist am Zweck der Beweisaufnahme und -würdigung anzusetzen.

---

möglich noch zulässig. So *Berka/Binder/Kneihs*, Die Grundrechte, 2. Aufl. 2019, S. 411.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa) Beweisaufnahme

Ziel der Beweisaufnahme ist es, beim Richter den Entschluss zu wecken, die entscheidungserheblichen Tatsachen als feststehend anzusehen.[59] Dazu tritt der Richter in Interaktion mit verfahrensrelevanten Personen und Objekten. Beim Zeugenbeweis steht die zwischenmenschliche Ebene ganz besonders im Zentrum. Dies gilt jedoch nur für die eigentliche Interaktion des Richters mit dem Zeugen, also das Stellen von Fragen sowie die Reaktion auf Ausführungen des Zeugen. Demgegenüber handelt es sich bei der Erfassung der Zeugenvernehmung durch Aufzeichnung um eine nicht in die Interaktion unmittelbar eingreifende Tätigkeit; der Richter ist dabei eher stiller Beobachter. Somit ist die Aufnahme des Zeugenbeweises nur hinsichtlich der eigentlichen Vernehmung stark an die Person des Richters geknüpft, nicht jedoch hinsichtlich der Protokollierung.

Innerhalb der Vernehmung ist für die Nähe zur Person des Richters zwischen verbaler und nonverbaler Kommunikation zu differenzieren. Die verbale Kommunikation kann zwar durch das Stellen von Fragen inhaltlich durch den Richter gelenkt werden, was für eine gewisse Nähe zur Person des Richters spricht. Das dabei erzielte Ergebnis dringt jedoch bereits im Zuge der Beweisaufnahme nach außen und wird protokolliert. Damit kann es nach der mündlichen Verhandlung objektiv nachvollzogen werden. Demgegenüber findet das Ergebnis der nonverbalen Kommunikation keinen Niederschlag im Protokoll; der persönliche subjektive Eindruck des Richters wird auf dieser Ebene noch nicht verschriftlicht. Im Ergebnis ist damit die Aufnahme der nonverbalen Aspekte der Zeugenvernehmung noch enger an die Person des Richters geknüpft als jene der verbalen.

bb) Beweiswürdigung und ihr Zusammenspiel mit der Beweisaufnahme

Im Zuge der Beweiswürdigung hat der Richter zu analysieren, was der Zeuge aussagt (verbale Kommunikation) und wie er dies tut (nonverbale Kommunikation). Es wird also direkt an die Ergebnisse der Beweisaufnahme angeknüpft. Die Relevanz der unmittelbaren Aufnahme der nonverbalen Aspekte durch den Richter wird auf dieser Ebene nochmals verdeutlicht. Während der Richter nämlich hinsichtlich der verbalen Aspekte für

59 *Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider*, Einführung in das Zivilprozessrecht, 13. Aufl. 2018, Rn. 322; *Jabloner*, ZÖR 2016, 199 (203); *Rechberger*, in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze III/1, 3. Aufl. 2017, Vor § 266 ZPO Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Beweiswürdigung das Protokoll heranziehen kann, ist hinsichtlich der nonverbalen Elemente nur ein Rückgriff auf seinen gewonnenen persönlichen Eindruck möglich. Hinzu tritt, dass das Aussenden von nonverbalen Signalen vielfach eine unfreiwillige Informationsweitergabe und damit nur in einem sehr eingeschränkten Ausmaß kontrollierbar ist.[60] Im Gegensatz dazu kann der Zeuge bei der verbalen Kommunikation darüber entscheiden, was er sagt bzw. wie er es formuliert. Dies steigert den Wert der unmittelbaren Wahrnehmung der nonverbalen Aspekte der Zeugenaussage durch den Richter für die Beweiswürdigung abermals. Die Beweiswürdigung selbst ist ein Prozess, der bereits seiner Natur nach im Inneren des Richters stattfindet. Er ist somit untrennbar mit der Person des Richters verknüpft.

cc) Gesetzliche Anknüpfungspunkte

Dass der Gesetzgeber dieses Verständnis teilt, spiegelt sich insbesondere im Grundsatz der Unmittelbarkeit wider, welcher verlangt, dass der Richter die Beweise als Teil der Entscheidungsgrundlage grds. persönlich aufzunehmen hat.[61] Der direkte Zusammenhang zwischen der Beweisaufnahme und der Beweiswürdigung ergibt sich daraus, dass die Überzeugungsbildung des Richters aufgrund eigener Wahrnehmungen das System der freien Beweiswürdigung in ihrem Kern rechtfertigt.[62] Nur in Ausnahmefällen wird das Gebot der Unmittelbarkeit durchbrochen.[63] Und selbst dann geschieht dies nicht nach dem „Alles-oder-nichts-Prinzip", sondern stufenweise: So hat etwa eine Videokonferenz mit dem erkennenden Richter Vorrang gegenüber der Einvernahme des Zeugen im Rechtshilfeweg, da im ersten Fall die Unmittelbarkeit weniger eingeschränkt wird.[64]

---

60 *Brand/Klompmaker/Schleining/Weiß*, Informatik Spektrum 2012, 424 (424, 429).

61 Bereits *Franz Klein*, der Schöpfer der ZPO, führte aus, dass der unmittelbare prozessuale Kontakt zwischen Richter, Parteien und Beweismittel die Wahrheitsfindung am besten fördert. Vgl. *Klein/Engel*, Der Zivilprozeß Österreichs, 1927, 208. Die einfachgesetzliche Grundlage dafür ist § 276 Abs. 1 ZPO.

62 Vgl. dazu und zum Grundsatz der Unmittelbarkeit *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 9. Aufl. 2017, Rn. 467 ff., 811, 843.

63 Dies zur Verwirklichung anderer Prozessgrundsätze wie der Konzentrationsmaxime oder aufgrund der Umstände des Einzelfalls. Vgl. *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 9. Aufl. 2017, Rn. 467 ff., 811, 843.

64 Vgl. § 277 ZPO sowie wiederum *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 9. Aufl. 2017, Rn. 467 ff., 811, 843.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Der Umstand, dass die Rechtsordnung demgegenüber bei der Aufzeichnung des Inhalts der Zeugenvernehmung keinen so strengen Maßstab anlegt, ergibt sich unmittelbar aus den Bestimmungen der ZPO zur Protokollierung. So gestattet etwa § 207 ZPO, dass die Aufnahme des Verhandlungsprotokolls auf einen Schriftführer übertragen werden kann. Des Weiteren sieht § 212a ZPO vor, dass der Richter sich auch eines Schallträgers bedienen kann; die Übertragung eines solchen Tonbandprotokolls in Vollschrift erfolgt dabei durch Schreibkräfte und nicht durch den Richter persönlich.[65]

dd) Zwischenergebnis

Für die hier gegenständliche Fragestellung kann man ableiten, dass aufgrund der sehr engen Verknüpfung zwischen der Wahrnehmung der nonverbalen Kommunikation des Zeugen und der Person des Richters die Intensität der Einflussnahme von KI-Systemen, die zur Aufnahme und Interpretation der nonverbalen Aspekte herangezogen werden, hoch ist. Der Rückgriff auf optische und akustische Emotionserkennung durch KI ist somit in Hinblick auf die richterliche Unabhängigkeit problematisch. Demgegenüber tangiert der Einsatz eines Sprachverarbeitungssystems zur Transformation des Gesprochenen in einen Text die richterliche Entscheidungsfindung nur marginal; es wird dadurch nämlich nicht in eine Tätigkeit eingegriffen, die der Richter persönlich zu erfüllen hat.

c. Drittes Kriterium: Mittel bzw. Form der Einflussnahme

Auf dritter Ebene ist näher zu untersuchen, mit welchen Mitteln auf die richterliche Entscheidung potenziell Einfluss genommen wird und wie diese zu charakterisieren sind. Dabei ist zwischen den einzelnen KI-Systemen zu differenzieren. Auf der einen Seite steht das Sprachverarbeitungssystem zur Transformation des Gesprochenen in einen Text. Auch wenn die dahinterstehende KI-Technologie sehr komplex sein kann und hier ebenfalls vermehrt auf künstliche neuronale Netze zurückgegriffen wird, gibt es nur eine richtige, den Prozessbeteiligten bekannte Lösung in Form eines konkreten Wortes, das durch das System erkannt werden muss. Dies

65 Zu den einzelnen Verhandlungsprotokollarten näher *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 9. Aufl. 2017, Rn. 552 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

macht das Ergebnis des Sprachverarbeitungssystems für alle Prozessbeteiligten überprüfbar, und zwar aufgrund der Simultantranskription bereits während der mündlichen Verhandlung. Des Weiteren ist ein solches System auch in der Lage, bei Verständnisproblemen das entsprechende Wort zu markieren, was die Überprüfung zusätzlich erleichtert.[66] Der Rückgriff auf eine derartige KI-Technologie erweist sich somit zur Beeinflussung der richterlichen Willensbildung als untauglich, weil dadurch die autonome Entscheidungsfindung nicht gelenkt wird. Im Gegenteil: Durch die Abnahme der Protokollierung wird dem Richter vielmehr ermöglicht, seinen Fokus noch stärker auf die unmittelbare Interaktion mit dem Zeugen zu legen. Folglich ist der Einsatz eines solchen Sprachverarbeitungssystems aus Sicht der richterlichen Unabhängigkeit unproblematisch.

Auf der anderen Seite steht die Verwendung optischer und akustischer Emotionserkennung. Hierbei ist problematisch, dass es gerade keine von vornherein eindeutig als richtig erkennbare Lösung gibt. Insofern hat der Richter nicht die Möglichkeit, anhand objektiver Maßstäbe zu überprüfen, ob die Emotion, die ein KI-System als vorliegend annimmt, tatsächlich der Realität entspricht.[67] Hinzu tritt, dass es bei komplexer Mustererkennung wie der Emotionserkennung für den Richter nicht mehr nachvollziehbar ist, aufgrund welcher Umstände das KI-System zu seinem Ergebnis gekommen ist.[68] Auch dies erschwert dem Richter den Umgang mit dem Resultat und allenfalls dessen Widerlegung. Letztlich wird dadurch Druck auf den Richter ausgeübt, sich der Einschätzung des KI-Systems zu beugen und diese zu seiner eigenen zu machen. Bei der Messung des Ausmaßes an Druck durch dieses Mittel ist weiter zu berücksichtigen, dass derartige KI-Technologien insbesondere auch dazu geeignet erscheinen, den Prozess der richterlichen Entscheidungsfindung auf längere Sicht – losgelöst von der Verwendung in einem konkreten Verfahren – zu beeinflussen. Der Richter könnte sich zunehmend auf die Fähigkeiten der KI-Technologien verlassen bzw. seiner eigenen, persönlichen Einschätzung keinen Glauben

66 Dies geschieht durch die Angabe des sog. confidence score. Vgl. zu diesem Gedanken *Wahlster*, Informatik Spektrum 2017, 409 (416).

67 Dabei ist auch zu beachten, dass eine Emotion etwas ist, das sehr kurzlebig ist. *Brand/Klompmaker/Schleining/Weiß*, Informatik Spektrum 2012, 424 (424, 429).

68 Das Problem der Erklärbarkeit einer Entscheidung eines KI-Systems wird in der Literatur unter dem Stichwort „KI als black box“ oder auch „Explainable AI (kurz „XAI“) diskutiert. Vgl. dazu etwa *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019; *Pasquale*, The Black Box Society, 2015. Speziell in Hinblick auf Emotionserkennung vgl. *Weitz/Hassan/Schmid/Garbas* Technisches Messen 2019, 404.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mehr schenken.[69] Damit würde es schleichend zu einer gänzlichen Übertragung der Bildung eines persönlichen Eindrucks vom Richter auf ein KI-System kommen, was im Widerspruch zur richterlichen Unabhängigkeit stünde.[70]

d. Viertes Kriterium: Beweggrund der Einflussnahme

Letztlich ist noch ergänzend zu beachten, welcher Zweck mit dem Einsatz der dargestellten KI-Technologien jeweils verfolgt wird. Der Rückgriff auf ein Sprachverarbeitungsprogramm zur Transformation des Gesprochenen in einen Text dient im Wesentlichen der Effizienzsteigerung. Dies ergibt sich aus dem bereits dargestellten Umstand, dass dem Richter dadurch eine Tätigkeit erspart bleiben soll, bei der es für die Willensbildung nicht zwangsläufig der persönlichen Erledigung durch ihn bedarf. Es wird somit nicht versucht, auf die Autonomie der richterlichen Entscheidungsfindung Einfluss zu nehmen, sondern vielmehr eine Entlastung des Richters von einer Nebentätigkeit zur Stärkung einer Kernaufgabe, nämlich der eigentlichen Interaktion mit dem Zeugen, angestrebt.

Die optische und akustische Emotionserkennung zielt demgegenüber unmittelbar auf einen richterlichen Tätigkeitsbereich ab, der im Kern der Entscheidungsfindung liegt; es geht hierbei folglich nicht um eine Entlastung von Nebentätigkeiten, sondern um eine Übernahme einer Kernaufgabe des Richters durch einen nichtrichterlichen Akteur, nämlich KI. Damit wird weniger eine Effizienzsteigerung als vielmehr eine Objektivierung[71] eines so subjektiven Prozesses wie dem Bilden eines persönlichen Eindru-

---

69 Ähnliche Diskussionen wurden – wenn auch aus dem Blickwinkel einer anderen verfassungsrechtlichen Maxime – in der Vergangenheit bereits in Hinblick auf den Einsatz von Lügendetektoren in einem Gerichtsverfahren geführt. Vgl. etwa *Hilf/Stöger*, in Spranger (Hrsg.), International Neurolaw, 2012, 59 ff.

70 Demgegenüber kann bei einem Sprachverarbeitungssystem, welches das Gesprochene in einen Volltext transkribiert, angenommen werden, dass sich dadurch die Art der Prozessführung nicht wesentlich ändert.

71 Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass dieses Streben nach einem objektiven, um den Unsicherheitsfaktor „Mensch" reduzierten Entscheider, wie es so oft im Zusammenhang mit KI betont wird, bereits aus technischer Sicht zum heutigen Stand nicht realisiert werden kann. KI-Systeme sind aktuell stets nur so gut wie die Daten, mit denen sie trainiert werden und die Daten werden wiederum von Menschen generiert. Dies hat unweigerlich zur Konsequenz, dass die subjektiven menschlichen Elemente auch in die Modelle der KI-Systeme Eingang finden und sich somit ebenso in der Entscheidung der KI niederschlagen

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ckes beabsichtigt. Der Einsatz von KI zur optischen und akustischen Emotionserkennung hat somit im Ergebnis den direkten Einfluss auf den Willensbildungsprozess zum Ziel, sodass die richterliche Unabhängigkeit unmittelbar tangiert wird.

IV. Fazit

Die stetige Weiterentwicklung von KI und die dabei erzielten technischen Fortschritte führen unter anderem dazu, dass richterliche Tätigkeit ein potenzielles Einsatzfeld dieser Systeme wird. Damit geht die Notwendigkeit einher, die verfassungsrechtlichen Grenzen, die die Rechtsordnung dem Rückgriff auf KI im Zuge eines Gerichtsverfahrens aufzeigt, entsprechend auszuloten. Eine solche Grenze stellt die richterliche Unabhängigkeit dar, die dem Richter eine autonom geschöpfte, nur dem Gesetz verpflichtete Entscheidung gewährleisten soll. Wird dies unmöglich gemacht oder erheblich erschwert, liegt eine Verletzung dieser in Art. 87 Abs. 1 B-VG niedergelegten Garantie vor.

Die hier untersuchten KI-Systeme können ihrer Ausrichtung nach einzelne Aspekte der spruchrichterlichen Tätigkeit übernehmen und tangieren somit zumindest potenziell den Schutzbereich der richterlichen Unabhängigkeit. Der Einfluss auf die richterliche Entscheidungsfindung, der von den vorgestellten Anwendungen jeweils ausgeht, ist jedoch von unterschiedlicher Intensität, wobei sich der Intensitätsgrad aus mehreren Elementen zusammensetzt. Aus der Zusammenschau der Ergebnisse der Untersuchung der einzelnen Kriterien ergibt sich das Bild, dass der Einsatz einer Sprachverarbeitungssoftware zur Übertragung des im Zuge der verbalen Interaktion Gesprochenen in Text im Einklang mit der richterlichen Unabhängigkeit steht. Demgegenüber überschreitet die Einflussnahme durch die Verwendung von KI zur optischen und akustischen Emotionserkennung die Intensitätsschwelle und stellt somit eine Verletzung des Art. 87 Abs. 1 B-VG dar.

---

wie dies bei einer menschlichen Entscheidung der Fall wäre. Vgl. etwa *Barocas/Selbst*, California Law Review 104 (2016), 671. Hinzu tritt im konkreten Fall, dass die nonverbale Kommunikation als solche vielfach einer Verallgemeinerung nicht zugänglich ist, da sie sehr stark kulturabhängig ist. Gerade die Intonation, also der Verlauf der Tonhöhe innerhalb eines Sprechaktes, weist eine starke kulturelle Prägung auf, was die universelle Anwendbarkeit auf Personen unterschiedlicher Kulturen massiv erschwert. Vgl. *Brand/Klompmaker/Schleining/Weiß*, Informatik Spektrum 2012, 424 (427).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Digitalisierte Verwaltungsrechtsverhältnisse

Wolfgang Abromeit

Zweifellos ist die Digitalisierung einer der wichtigsten Faktoren unserer Zeit für Wachstum und Modernisierung. Die Fortschritte der Automatisierung kommen allerdings gerade nicht automatisch, sondern bringen tiefgreifende Änderungen auf allen Ebenen des gesellschaftlichen und privaten Lebens mit sich. Dass die Veränderungen erheblich sind, wird bereits im Alltag deutlich. Unabhängig von der Bewertung der Großerzählung stellt sich jedenfalls der Verwaltungspraxis eine gewaltige Aufgabe.[1] Die Geister scheiden sich, ob diese Transformation der Realität[2] am besten als (vierte industrielle) Revolution[3], Disruption[4] oder Paradigmenwechsel[5] zu beschreiben ist.[6] Es kann nicht die Aufgabe der Rechtswissenschaft sein,

---

1 *Julian Hözel*, Vom E-Government zum Smart Government, DVBl 2017, 1015 (1017).

2 *Mario Martini*, Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung, DÖV 2017, 443 (443).

3 Nach Einführung der Dampfkraft, Fließbandarbeit, Elektronik und IT entstehen durch den Cyberraum und die Entwicklung von KI über flexibel konfigurierbare Leistungsangebote und interaktive, kooperative Entscheidungsmechanismen völlig neue Geschäftsmodelle, *Oliver Ganschar/Stefan Gerlach/Moritz Hämmerle/Tobias Krause/Sebastian Schlund*, Produktionsarbeit der Zukunft – Industrie 4.0, in: Dieter Spath (Hrsg.), Produktionsarbeit der Zukunft – Industrie 4.0, 2013, S. 23; *Stefan Kirn/Claus Müller-Hengstenberg*, Überfordert die digitale Welt der Industrie 4.0 die Vertragstypen des BGB?, NJW 2017, 433 (433); *Ines Härtel*, Digitalisierung im Lichte des Verfassungsrechts – Algorithmen, Predictive Policing, autonomes Fahren, LKV 2019, 49 (50); ausführliche Begriffsanalyse bei *Enrico Peuker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, 2020, S. 11 ff.

4 *Martin Zwickel*, Jurastudium 4.0? – Die Digitalisierung des juristischen Lehrens und Lernens, JA 2018, 881 (881).

5 *Lorenz Prell*, E-Government: Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, NVwZ 2018, 1255 (1255); *Annette Guckelberger*, E-Government Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und verwaltungsrecht, VVDStRL, 78 2019, 236 (236); *Hanno Kube*, E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, VVDStRL, 78 2019, 289.

6 *Wolfgang Abromeit*, Digitalisierung des Gemeinwesens, in: Hartmut Bauer/Wolfgang Abromeit (Hrsg.), Verwaltungsmodernisierung: Digitalisierung und Partizipation, 2020, S. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

diesen Wandel zu verhindern, sie muss ihn vielmehr ordnen.[7] Die bislang auch im internationalen Vergleich noch äußerst rückständige Entwicklung muss sich in den nächsten Jahren deutlich beschleunigen: Spätestens bis zum 31.12.2022 soll über die reine Kommunikation hinaus ein Großteil der Verwaltungsleistungen online abrufbar sein,[8] was bisher nur vereinzelt der Fall ist. Es ist geplant, Kommunikation und elektronisch organisierte Behördenprozesse in einem, von der Nutzererfahrung ausgehenden, „design-thinking" Ansatz zusammen zu führen, um Bürgern und Behörden „das Leben leichter zu machen". Die Verwaltung steht dabei vor der dreifachen Herausforderung, einerseits den Schutzpflichten gegenüber den Bürgern, andererseits mühsam zu überwindenden Verwaltungstraditionen und drittens hohen Effizienzerwartungen gerecht werden zu müssen. So soll es zukünftig möglich sein, Verwaltungsangelegenheiten orts- und zeitunabhängig, effizient, agil, transparent und kostengünstig zu erledigen.[9] Im Zuge der Digitalisierung sollen die Prozesse der Verwaltung näher an den Bedürfnissen von Bürgern und Wirtschaft ausgerichtet werden.[10] Die Verwaltung selbst erwartet und erhofft sich durch die Digitalisierung vor allem Kostensenkungen.[11] Dabei stehen Bund, Länder und Kommunen vor erheblichen Herausforderungen.

---

7 Vgl. *Martini*, DÖV 2017, 443 (443); *Härtel*, LKV 2019, 49 (60); bezogen auf das Privatrecht *Martin Fries*, PayPal Law und Legal Tech – Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht?, NJW 2016, 2860; *Lothar Michael*, Vom Organisationsrecht automatisierter Verwaltung als Verfassungsauftrag, in: Julian Krüper (Hrsg.), Die Organisation des Verfassungsstaats, 2019, S. 569.

8 Das OZG verpflichtet Bund und Länder innerhalb von fünf Jahren Verwaltungsleistungen auch elektronisch über Verwaltungsportale anzubieten, die miteinander zu einem Portalverbund verknüpft sind. Die unmittelbare Verpflichtung der Kommunen ist umstritten. *Ariane Berger*, Onlinezugangsgesetz und Digitalisierungsprogramm – Auf die Kommunen kommt es an!, KommJur 2018, 441; *Ariane Berger*, Die Digitalisierung des Föderalismus, DÖV 2018, 799; *Mario Martini/Cornelius Wiesner*, Art. 91c Abs. 5 GG und das neue Zugangsregime zur digitalen Verwaltung, ZG 2017, 193 (198, 213 ff.); *Marco Herrmann/Karlheinz Stöber*, Das Onlinezugangsgesetz des Bundes, NVwZ 2017, 1401 (1404).

9 *Martini*, DÖV 2017, 443 (444).

10 *Guckelberger*, VVDStRL 2019, 236 (239); *Hermann Hill*, Agiles Verwaltungshandeln im Rechtsstaat, DÖV 2018, 497 (497).

11 *Martini*, DÖV 2017, 443 (443).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Rechtsverhältnislehre als Strukturierungsansatz und dogmatischer Ordnungsrahmen

Der durch das OZG geprägte und danach zu schaffende Portalverbund bringt eine vollkommen neue Schnittstelle zwischen dem Bürger und der Verwaltung, die durch Normen auf allen Regelungsebenen reguliert ist. Europarecht, Verfassungsrecht, Gesetzesrecht des Bundes und der Länder, Verwaltungsrichtlinien und durch Staatsverträge oder Verwaltungsabkommen geschaffenes Binnenrecht der Verwaltungen sind bei der Beurteilung der jeweiligen Rechtslage zu berücksichtigen. Zusätzlich zeigt sich in diesem Kontext die Staat-Bürger-Beziehung einmal mehr als dynamisches-mehrdimensionales Beziehungsgeflecht. Daher soll zur Gliederung des Beitrags im Folgenden mit Hilfe des Strukturierungsansatzes der Rechtsverhältnislehre versucht werden, die sich verändernden Rechtspflichten und Interessenlagen in ihrer prozesshaften Entwicklung darzustellen.[12] Es lohnt sich nämlich, die Betrachtung nicht nur an Sammelbegriffen, Handlungsformen oder Rechtsschutzmöglichkeiten auszurichten, sondern einen Ordnungsrahmen zu wählen, der die sich die sich entwickelnden, normgeprägten Beziehungen zwischen Rechtssubjekten als Ausgangspunkt hat.[13]

Auch im Rahmen von Entwicklungen, die dem eher privatwirtschaftlich assoziierten Legal-Tech Markt zugeordnet werden, ergeben sich derzeit begriffliche Unklarheiten. Exemplarisch lässt sich dies an der Chiffre „smart contracts" festmachen. Der Begriff kennzeichnete ursprünglich lediglich automatisierte Transaktionsprotokolle. In der heutigen Diskussion dient er jedoch dazu, die Überlegungen aller möglichen, mit der Digitalisierung verbundenen Aspekte, von der Entstehung, über die Rechtssetzung, bis zur Abwicklung von Rechtsverhältnissen zu bündeln.[14] Dabei bleibt unklar, ob im Zentrum der Betrachtung jeweils der Vertragsschluss,

---

12 Zu den Streitigkeiten über Funktion und Wert der Rechtsverhältnislehre nur: *Hartmut Bauer*, "Der Staat" und die "staatlichen" Rechte im Rdnungsrahmen der Rechtsverhältnisse, in: Katharina von Schlieffen (Hrsg.), Republik Rechtsverhältnis Rechtskultur, 2018, S. 263; *Friedrich Schoch*, Das Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen Heuristik und Dogmatik, in: Katharina von Schlieffen (Hrsg.), Republik Rechtsverhältnis Rechtskultur, 2018, S. 225; *Martin Kellner*, Haftungsprobleme bei informellem Verwaltungshandeln, Bd. 949, 1. Aufl. 2004, S. 56 ff.

13 Vgl. *Bauer* (Fn. 12), "Der Staat" und die "staatlichen" Rechte (263); *Kellner* (Fn. 12), Haftungsprobleme bei informellem Verwaltungshandeln, S. 56 f.

14 Vgl. Tom Braegelmann/Markus Kaulartz (Hrsg.), Rechtshandbuch Smart Contracts, 1. Aufl. 2019; Martin Fries/Boris P. Paal (Hrsg.), Smart Contracts, 1. Aufl. 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Vertrag, das Medium seiner Speicherung oder vollkommen andere Aspekte in der Abwicklung beispispielweise im Rahmen von Leistungsstörungen stehen.[15] Es scheint, als könnte auch in diesen Bereichen das digitalisierte Rechtsverhältnis, oder wenn man beim Internationalität suggerierenden Anglizismus bleiben möchte, die „digital legal relation" der geeignetere Ansatzpunkt sein.

Denn nimmt man die Rechtsbeziehung in den Blick, kann vermieden werden, frühzeitig den Fokus auf einen „isolierten Rechtsakt", sei es Vertrag oder Verwaltungsakt, zu legen. Die Rechtsverhältnislehre bietet eine bewährte Orientierung zur Strukturierung von juristischen Forschungsproblemen. Es ist also ein erfolgversprechender Versuch, sie auch im Rahmen der Digitalisierung zeitgemäß einzusetzen. Im vorliegenden Beitrag werden dementsprechend unter Erfassung der Zeitdimension und der Mitwirkungshandlungen des Bürgers weitestmöglich die elektronisch-relevanten Aspekte der Relation zwischen dem Staat und dem einzelnen Bürger in den bereits erkennbaren Facetten sichtbar gemacht, um die gegenseitigen Rechte und Verpflichtungen darzustellen.[16] Dabei wird das den konkreten Sachverhalt betreffende Normenmaterial unter Berücksichtigung der konkreten Sachstrukturen ebenso in die Betrachtung mit einbezogen, wie die vorgeordneten Rechtsebenen des Verfassungs- und Europarechts.[17] So ist es möglich, unter Einbeziehung der „vor- und nachgelagerten Beziehungen zwischen den Akteuren"[18], dem Anliegen einer Konzeption von Dogmatik sinnvoll gerecht zu werden. Das Rechtsverhältnis soll also als Ordnungsrahmen dienen, um den Blick auf die Strukturen und die Vernetzung der Normen, die diese Beziehung prägen, offen zu legen.[19]

Die Digitalisierung als nominalisiertes Verb beschreibt die Entwicklung hin zum Digitalen. Sicherlich ist es nicht möglich, alle damit assoziierba-

---

15 *David Paulus*, Was ist eigentlich … ein Smart Contract?, JUS 2020, 107 (107).

16 *Norbert Achterberg*, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung, v.100, 1982; *Martin Schulte*, Schlichtes Verwaltungshandeln, Bd. 12, 1995; *Hartmut Bauer*, § 36 Verwaltungsvertrage, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Asmann (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, Rn. 104; *Kellner* (Fn. 12), Haftungsprobleme bei informellem Verwaltungshandeln, S. 56 f.; *Schoch* (Fn. 12), Das Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen Heuristik und Dogmatik.

17 Vgl. *Hartmut Bauer*, Die Schutznormtheorie im Wandel, in: Dirk Heckmann/Klaus Meßerschmidt (Hrsg.), Gegenwartsfragen des öffentlichen Rechts, 1988, S. 113 (147 f.).

18 *Bauer* (Fn. 16), § 36 Verwaltungsverträge Rn. 105.

19 *Kellner* (Fn. 12), Haftungsprobleme bei informellem Verwaltungshandeln, S. 56 f.; *Schoch* (Fn. 12), Das Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen Heuristik und Dogmatik (238).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ren Entwicklungen darzustellen. Das Ziel des Beitrags ist es daher, in einem strukturierten Zusammenhang einen Überblick über die rechtliche Beurteilung von Referenzkonstellationen zu schaffen, die exemplarisch für typische neue Interessenkonflikte und Rechtsprobleme stehen, und dabei Perspektiven auf die wichtigsten Neuerungen der digitalisierten Verwaltungsrechtsverhältnisse zu eröffnen. Der Ansatzpunkt zur Darstellung digitaler Verwaltungsrechtsverhältnisse ist die künftige Inanspruchnahme von Verwaltungsleistungen nach dem OZG.

II. Digitalisierte Verwaltungsrechtsverhältnisse im Rahmen des OZG

Das OZG ist nicht weniger als der Versuch, den über Jahre hinweg stockenden Prozess der Digitalisierung der Verwaltung aus dem „Teufelskreis" aus bürokratischer Schwerfälligkeit, „geringer Bekanntheit und geringer Nutzerzufriedenheit"[20], mit legislatorisch erzeugtem Druck auf die Verwaltungsstrukturen zu befreien. Das Gesetz verfolgt einen umfassenden Regelungsansatz. Das übergreifende Ziel ist ehrgeizig. So soll die Möglichkeit geschaffen werden, behördenübergreifend mit einem einheitlichen Konto auf einem „single-digital Gateway", also medienbruchfrei, alle Verwaltungsleistungen von Kommunen, Bund und Ländern abrufen zu können.[21] Mit den Regelungen soll außerdem die Entwicklung hin zu einer zersplitterten E-Government-Landschaft gestoppt werden.[22] Bis zu deren Einführung betrieben Bund und Länder den Ausbau des digitalen Zugangs zur Verwaltung einzeln im Rahmen der jeweiligen Verantwortungsbereiche.[23] Zur anspruchsvollen technischen Umsetzung dieser Verpflichtung soll nach der Digitalisierungsstrategie jeder Leistungsanbieter

---

20 *Martini*, DÖV 2017, 443 (445).

21 Dies entspricht dem EU-eGovernment-Aktionsplan, der das Potenzial für die Erleichterung von Verwaltungsverfahren, die Verbesserung der Qualität von Dienstleistungen sowie die Effizienzsteigerung interner Verfahren im öffentlichen Sektor fordert, Europäische Kommission, EU eGovernment Action Plan 2016-2020 Accelerating the digital transformation of government (COM(2016) 179 final) 2016, 1; *Guckelberger*, VVDStRL 2019, 236 (239); *Thorsten Siegel*, Der Europäische Portalverbund – Frischer Digitalisierungswind durch das einheitliche digitale Zugangstor („Single Digital Gateway"), NVwZ 2019, 905.

22 Vgl. *Utz Schliesky/Christian Hoffmann*, Die Digitalisierung des Föderalismus, DÖV 2018, 193 (198); *Ariane Berger*, Digitaler Plattformstaat oder dezentrale Verwaltung?, ZG 2018, 347 (349).

23 *Wolfgang Denkhaus/Eike Richter/Lars Bostelmann*, E-Government-Gesetz Onlinezugangsgesetz Kommentar, 2019, Einl. OZGRn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eigene Portale bereitstellen, die wiederum auf eine gemeinsame Service- und Integrationsplattform zugreifen, bzw. über diese „intelligent verknüpft"[24] sind. Die Entwicklung des föderalen Informationsmanagements (FIM) ist in Kooperation von öffentlichen mit privaten Lösungsanbietern in Entwicklungsgemeinschaften geplant und wird vom IT-Planungsrat und der dazugehörigen Anstalt des öffentlichen Rechts für Föderale IT-Kooperation (FITKO) nach standardisierten Formaten koordiniert.[25] Zur Nutzung dieses neuralgischen „Online Gateway" sollen vielfältige, aber hochgradig standardisierte Anwendungen aus Software-Modulen zur Verfügung stehen, die durch eine dezentrale und flexible Architektur eine einfache Nachnutzung durch die einzelnen Kommunen ermöglichen. Auf den eigenen Portalen sind die Anbieter jeweils für die Bereitstellung ihrer eigenen Dienste nach diesem gemeinsamen Digitalisierungsprogramm verantwortlich. Dass dies bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist gelingen wird, ist nach gegenwärtigem Stand äußerst unwahrscheinlich.

Das OZG regelt in § 1 Abs. 1 die Verpflichtung von Bund und Ländern zur Bereitstellung aller[26][27] Verwaltungsleistungen bis zum 31.12.2022. Zum jetzigen Zeitpunkt ist noch nicht genau abzusehen, inwieweit die Verpflichtungen zum Ablauf des Umsetzungszeitraums erfüllt werden,- dass sie vollständig erfüllt werden, ist jedoch äußerst fragwürdig. Es müssen nämlich nicht nur die 575 Leistungen einmal umgesetzt werden: Viele Leistungen werden vielmehr auf der kommunalen Ebene erfüllt. So gibt es mehr als 460 landes- und kommunalbezogene OZG-Leistungen. Rechnet man allein bei den 460 Leistungen mit lediglich 400 Kreisen und kreisfreien Städten[28] so müssen bereits 180.000 kommunale Prozesse auf OZG

24 Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Portalverbund und Nutzerkonten, 2020, S. 2.

25 Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (Fn. 24), Portalverbund und Nutzerkonten, S. 3.

26 Nach den Grundsätzen „ultra posse nemo obligatur" (Unmögliches zu leisten, kann niemand verpflichtet werden) und „impossibilium nulla est obligatio" (Nichts ist Pflicht bei Unmöglichkeit) erstrecken sich Rechtspflichten nicht auf Unmögliches. Martini/Wiesner, Handbuch, S. 8; Daher sind die Verwaltungen von Bund und Ländern nur verpflichtet, die dafür geeigneten Leistungen online zugänglich zu machen. Nicht geeignet sind Leistungen, bei denen die Erfüllung objektiv unmöglich ist. *Herrmann/Stöber*, NVwZ 2017, 1401 (1404).

27 Dem umfassenden Ansatz des OZG lässt sich beispielsweise der enumerative Ansatz der SDG-VO gegenüberstellen, in dem die von der Verordnung erfassten Leistungen und Bereiche den drei Anhängen enumerativ aufgelistet werden. *Siegel*, NVwZ 2019, 905 (908).

28 Vielleicht wäre es sogar sinnvoll, von den über 11000 Kommunen als Referenzgröße auszugehen.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Leistungen eingerichtet werden.[29] Dass dies bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist gelingen wird, ist mehr als fraglich, zumal nach der Diagnose des Normenkontrollrats noch ein sehr großer Nachholbedarf für Standardisierung und ein orchestrierendes Architekturmanagement besteht.[30] Seit September 2018 ist ein Prototyp eines Portals mit Verbundfunktionen als Beta-Version freigeschaltet.[31]

In diesem Sachzusammenhang nimmt der vorliegende Beitrag drei Fragestellungen heraus, die besondere Bezüge zur Rechtsverhältnislehre aufweisen und beleuchtet sie näher. Dies betrifft erstens das grundlegende Verhältnis zwischen den Nutzern und den Betreibern der Verwaltungsportale und des Portalverbunds durch das Anlegen und Breitstellen eines über alle Schnittstellen hinweg nutzbaren Kontos. Zweitens stellt sich die Frage, inwiefern sich aus der im OZG begründeten Pflicht der Behörden, die Verwaltungsleistungen Online anzubieten, subjektive Rechte der Nutzer ergeben. Drittens erfolgt eine Betrachtung des rechtsdogmatischen Potentials des Begriffs Verwaltungsleistungen im Zusammenhang der digitalen Verwaltungsrechtsverhältnisse nach dem OZG.

1. Das Rechtsverhältnis des Kontonutzers zum Betreiber

Bevor die Frage nach einzelnen subjektiven Rechten der Nutzer im Hinblick auf die Umsetzung bestimmer Zugansgsmöglichkeiten zu einzelnen Verwaltungsleistungen beantwortet werden kann, müssen die Rechtsverhältnisse, die sich zwischen den Nutzern des in dem per Portalverbund nach § 3 Abs. 1 OZG bereitzustellenden Servicekontos und den Betreibern ergeben, in den Grundzügen herausgearbeitet werden. Diese Nutzer-Betreiber-Beziehung geht logisch und zeitlich der Inanspruchahme einzelner Leistungen vor, da sich die dahingehenden Rechtsverhältnisse auf dem Konto quasi anbahnen. Somit bildet es gewissermaßen den abstrakteren Rahmen der konkreten Rechtsverhältnisse. Das Konto hat im Wesentlichen drei Funktionen, die stichwortartig mit dem Überbegriff „Identitätsmanagement" versehen werden können.[32] Zunächst ist es nach

29 Nationaler Normenkontrollrat, Monitor Digitale Verwaltung Nr. 3, 2019, S. 3.
30 Nationaler Normenkontrollrat (Fn. 29), Monitor Digitale Verwaltung Nr. 3, S. 13.
31 *Mario Martini/Cornelius Wiesner*, Bürgerkonto, Portalverbund Mario Martini, in: Sylvia Veit/Christoph Reichard/Göttrik Wewer (Hrsg.), Handbuch zur Verwaltungsreform, S. 8.
32 *Martini/Wiesner*, ZG 2017, 193 (208).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 2 Abs. 5 OZG eine freiwillige[33] zentrale „Identifizierungskomponente", über die sich die Nutzer zu Zwecken der Inanspruchnahme von Leistungen der öffentlichen Verwaltung „ausweisen" können. Ein einheitliches, nach § 7 Abs. 3 OZG von allen öffentlichen Stellen anzuerkennendes Konto soll eine weitgehend übergreifende Nutzung aller Portale ohne Verpflichtung zur Neuregistrierung ermöglichen (sog. Once-only-Prinzip).[34] Mit anderen Worten: Wer sich auf seinem Nutzerkonto einloggt, wird von jeder Behörde erkannt und ist authentifiziert. Dies gilt allerdings nur unter Berücksichtigung der besonderen Anforderungen einzelner Verwaltungsleistungen an die Identifizierung ihrer Nutzer in den jeweiligen Fachverfahren (§ 3 Abs. 2 OZG). Darüber hinaus kann das Konto auch als Kommunikationskanal für die Behörde fungieren,[35] potentiell also sowohl zur Antragstellung durch den Bürger als auch zur Zustellung des Bescheids dienen und auch gewissermaßen als Online-Cloud (§ 8 Abs. 3 OZG) einen elektronischen Dokumentensafe darstellen.

a) Der Zugang zum Konto

Zunächst stellt sich die Frage: Was ist erforderlich, um ein solches Konto einzurichten? Das Konto steht nicht nur natürlichen Personen, oder gar Staatsbürgern zur Verfügung, sondern nach § 2 Abs. 4 OZG allen, die Verwaltungsleistungen in Anspruch nehmen, also auch juristischen Personen und Unternehmen.[36] Das Nutzerkonto muss den an die jeweilige Authentifizierung gestellten Anforderungsniveaus entprechend gestufte Identifizierungsmöglichkeiten bereitstellen. Die dafür notwendigen Mechanismen sind insoweit jedoch durch den Verweis auf die eIDAS Grundverord-

33 Die Nutzung der OZG Portale darf daher nicht verpflichend sein.

34 *Schliesky/Hoffmann*, DÖV 2018, 193 (197).

35 Diese Funktion ist ebenfalls nicht im Gesetz, sondern lediglich in der Begründung erwähnt. *Schliesky/Hoffmann*, DÖV 2018, 193 (197); *Nadja Braun Binder*, Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes und Bekanntgabe über Behördenportale, DÖV 2016, 891 (893);*Wolfgang Denkhaus/Eike Richter/Lars Bostelmann*, E-Government-Gesetz Onlinezugangsgesetz Kommentar, 2019, § 3 OZG Rn. 8.

36 Die beispielhafte Aufzählung von Bürgerinnen, Bürgern und Unternehmen ist bereits dem Wortlaut nach ausdrücklich nicht abschließend. Vermutlich dürften auch (ausländische) Behörden von dem Begriff erfasst werden, wenn sie entsprechende Verwaltungsleistungen in Anspruch nehmen.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nung nur ansatzweise gesetzlich konkretisiert.[37] Aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgt daher aber, dass eine Mehrfachidentifizierung nicht generell ausgeschlossen ist. Nimmt ein Nutzer zunächst eine Verwaltungsdienstleistung in Anspruch, deren Schutzniveau niedrig ist, so muss er sich bei einer späteren Verwendung des Kontos für eine Verwaltungsleistung mit hohem Schutzanspruch neu legitimieren (vgl. § 8 Abs. 1 OZG). Bisher kommen die Benutzername-Passwort-Kombination sowie für höhere Sicherheitsstufen die Online-Ausweisfunktion des Personalausweises[38] als Identifizierungsmittel in Betracht.[39] Weitere sichere und einfach handhabbare Identifizierungsmittel sollen jedoch hinzukommen.[40]

b) Datensouveränität der Nutzer

Ist das Konto eingerichtet, stehen sich Datenschutz und Serviceorientierung in einem grundlegenden Spannungsverhältnis gegenüber. Im ersten Zugriff ist es für den Bürger natürlich praktisch, in einem Datenkonto behördenübergreifend Stammdaten bereitzustellen. Um diesen Vorteil zu gewinnen, muss er allerdings faktisch eine Vorratsdatenspeicherung in Kauf zu nehmen, da die Daten für bislang kaum spezifizierte Zwecke bereitgehalten werden. Dieser Vorgang kann grundsätzlich in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung eingreifen, das mit dem Volkszählungsurteil[41] 1983 vom Bundesverfassungsgericht begründet und im Urteil zur Vorratsdatenspeicherung[42] und Rasterfahndung[43] maßgeblich weiterentwickelt wurde. Darüber ist die Datenhoheit der Bürger als Bestandteil

---

37 *Denkhaus/Richter/Bostelmann* (Fn. 35), E-Government-Gesetz Onlinezugangsgesetz Kommentar, § 3 OZG Rn. 10.

38 Bzw. des elektronischen Aufenthaltstitels.

39 Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (Fn. 24), Portalverbund und Nutzerkonten, S. 5.

40 In Frage kommt die Authentifizierung durch Softwarezertifikate, wie z.B. das Elster-Zertifikat oder PIN/TAN-Verfahren, *Denkhaus/Richter/Bostelmann* (Fn. 35), E-Government-Gesetz Onlinezugangsgesetz Kommentar, § 3 OZG Rn. 10; *Herrmann/Stöber*, NVwZ 2017, 1401 (1405).

41 BVerfG, Verfassungsrechtliche Überprüfung des Volkszählungsgesetzes, BVerfGE 65, 1 1 ff.; *Mario Martini/David Wagner/Michael Wenzel*, Rechtliche Grenzen einer Personen- bzw. Unternehmenskennziffer in staatlichen Registern, 2017, S. 19.

42 So BVerfG, Vorratsspeicherung von Telekommunikations-Verkehrsdaten, BVerfGE 121, 1.

43 BVerfG, Verfassungsmäßigkeit der präventiven polizeilichen Rasterfahndung, BVerfGE 115, 320.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ihrer individuellen Entfaltung geschützt.[44] Neue Gefahren für die individuelle Selbstbestimmung gehen von Statistik, technologischer Entwicklung und Angst vor Überwachung aus. Solche Maßnahmen gegen den Bürger sind nur bei einer sorgfältigen Abwägung zwischen Anlass, Streubreite und Heimlichkeit von Datenverarbeitungsmaßnahmen und der Bedeutung sowie dem Grad der vor der Gefährdung zu schützenden Güter zulässig.[45] Diese grundrechtlichen Wertungen werden von den Datenschutzgesetzen und der DSGVO aufgenommen. Im Konto können nach § 8 Abs. 2 OZG die für die Authentifizierung und Kommunikation[46] notwendigen Daten gespeichert werden. Die dauerhafte Speicherung steht jedoch unter dem Vorbehalt der Einwilligung des Nutzers (§ 8 Abs. 4 OZG).[47] Datenschutzrechtlich relevant ist jedenfalls die Frage, inwieweit sich die Vorschrift mit dem Grundsatz der Zweckbindung des deutschen und europäischen Datenschutzrechts im Einklang befindet.[48] In diesem Zusammenhang wurde auch der Grundsatz der Zweckbindung der Datenverarbeitung entwickelt. Er leitet sich ebenfalls aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ab, wurde auch in die Datenschutz-Grundverordnung übernommen (vgl. Art. 5 DSGVO) und steht potentiell mit den unterschiedlichen Funktionen des Nutzerkontos in Konflikt.

c) Sicherheit der Konten

In Anbetracht der teilweise sensiblen über das Nutzerkonto verwalteteten Daten kommen natürlich Sicherheitsbedenken zum Tragen. Art. 24 ff. und insbesondere Art. 32 DSGVO begründen für die personenbezogenen Daten Schutzpflichten. Danach sind unter Berücksichtigung der jeweiligen Situation[49] die geeigneten technischen und organisatorischen Maßnahmen

---

44 BVerfG (Fn. 42); *Christina-Maria Leeb/Johannes Liebhaber*, Grundlagen des Datenschutzrechts, JUS 2018, 534 (535).

45 *Leeb/Liebhaber*, (Fn. 44), 534 (536).

46 § 8 Abs. 2 OZG De-Mail-Adresse oder vergleichbare Adresse eines Zustelldienstes eines anderen EU-/EWR-Staates gemäß eIDAS-Verordnung, E-Mail-Adresse, Telefon- oder Mobilfunknummer, Telefaxnummer.

47 *Herrmann/Stöber*, NVwZ 2017, 1401 (1405).

48 *Schliesky/Hoffmann*, DÖV 2018, 193 (197).

49 Bei der Beurteilung sind Stand der Technik, Implementierungskosten sowie Art, Umfang, Umstände und Zweck der Verarbeitung sowie Eintrittswahrscheinlichkeit und Schwere des Risikos für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen zu berücksichtigen.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wie Pseudonymisierung und Verschlüsselung zu ergreifen, um ein dem Risiko angemessenes Schutzniveau zu gewährleisten. Darüber hinaus muss die Kompetenz, die Integrität der Systeme und der darauf stattfindenen Prozesse zu sichern, gewährleistet und überprüft werden. Bereits hier kann sich die Frage stellen, inwieweit durchsetzbare subjektive öffentlich-rechtliche Ansprüche auf Sicherheitsmaßnahmen bestehen. Dies ist nach der sog. Schutznormtheorie bei der DSGVO jedenfalls dann der Fall, wenn die das Verhältnis prägenden Rechtsnormen nicht nur als objektive Rechtmäßigkeitsanforderung, sondern zumindest auch als individualschützende Norm anzuerkennen sind.[50] Die individualschützende Wirkung ist durch Auslegung zu ermitteln.[51] Dies kann mit Blick auf Art. 1 Abs. 2 DSGVO, der besagt, dass die Norm insgesamt den „Grundrechten und Grundfreiheiten natürlicher Personen" dienen soll, wohl kaum bestritten werden.[52] Außerdem sind insoweit Verpflichteter und Geschützter klar identifizierbar.

Wegen der behörden- und länderübergreifenden Interoperabilität aller verbundenen (rund 60.000)[53] Schnittstellen und IT-Komponenten ist das Bedürfnis nach einem besonderen, über die DSGVO hinausgehenden, einheitlichen und angemessenen Sicherheitsniveau offensichtlich.[54] Darüber hinaus werden weitergehende Schutzpflichten des Staates im Rahmen der OZG Gesetzgebung in den §§ 5 und 6 lediglich grundlegend konkretisiert. § 5 OZG trifft jedoch selbst in Bezug auf die IT-Sicherheit[55] noch keine Festlegung, sondern enthält lediglich eine Verordnungsermächtigung zu Gunsten des BMI. § 6 OZG regelt das Verfahren zur Festlegung von technischen Kommunikationsstandards[56] und enthält eine Verordnungser-

---

50 *Rainer Wahl*, in: Friedrich Schoch/Jens-Peter Schneider/Wolfgang Bier (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Stand: Okt. 2014 (27. Erg.-Lfg.) 2014, Vorb. § 42 Rn. 95; *Michael Will*, Vermittelt die DS-GVO einen Anspruch auf aufsichtsbehördliches Einschreiten?, ZD, 2020, 97 (98).

51 Zu den verschiedenen Methoden der Entscheidungsfindung, siehe sogleich bei 2.

52 *Will*, ZD 2020, 97 (98).

53 *Herrmann/Stöber*, NVwZ 2017, 1401 (1407).

54 *Wolfgang Denkhaus/Eike Richter/Lars Bostelmann*, E-Government-Gesetz Onlinezugangsgesetz Kommentar, 2019, § 5 OZG Rn. 1.

55 Bedingungen für die hinreichende, dem Stand der Technik entsprechende und die In tegrität der informationsstechnischen Systeme wahrende Festlegungen zur IT-Sicherheit, *Denkhaus/Richter/Bostelmann* (Fn. 54), E-Government-Gesetz Onlinezugangsgesetz Kommentar, § 5 OZG Rn. 4.

56 Zu den Problemem der Definition des offenen Begriffs der technischen Kommunikationsstandards, *Wolfgang Denkhaus/Eike Richter/Lars Bostelmann*, E-Government-Gesetz Onlinezugangsgesetz Kommentar, 2019, § 6 OZG Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mächtigung zugunsten des BMI im Benehmen mit dem IT-Planungsrat. Auch wenn die Sicherheitsniveaus damit noch nicht klar sind, so besteht immerhin eine Regulierungsverpflichtung für das BMI, da die Regulierungsermächtigung ihrem Wortlaut nach verpflichtend ist („werden festgelegt", „legt fest").[57] Inwieweit diese besonderen noch festzulegenden Standards über das Schutzniveau der DSGVO hinausgehen müssen, ist allerdings noch unklar.

2. *Ansprüche der Nutzer auf den Online-Zugang zu bestimmten einzelnen Verwaltungsleistungen*

Wie oben bereits angedeuet, stellt sich vor der höchstwahrscheinlich unvollständigen Umsetzung der Pflicht, Verwaltungsleistungen Online anzubieten, die Frage, ob und inwieweit der Bürger *verlangen kann*[58], dass die Verwaltungsträger nach Ablauf der Umsetzungspflicht ihren Pflichten nach § 1 OZG nachkommen. Nur wenn ein subjektives Rechts auf den digitalen Zugang zu einer bestimmten Leistung besteht, kann der Bürger darauf bestehende Ansprüche haben und diese geltend machen. Allerdings lässt sich diese Frage zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht endgültig entscheiden. Zu ungewiss ist die in die Betrachtung einzubeziehende zukünftige Sachlage. Zuviele Vorfragen, die für die Entscheidung nicht außer Acht gelassen werden dürfen, können noch nicht seriös beantwortet werden. Es besteht dennoch Anlass, die Frage anzusprechen und einige zur Beantwortung ausschlaggebende Faktoren zu identifizieren und entscheidungserhebliche Vorfragen zu stellen, da vermehrt deutlich zu wenig differenzierte Auffassungen zu dieser Frage vertreten werden.

So fühlt man sich nach 1914 zu Zeiten der Begründung der so genannten alten Schutznormtheorie zurückversetzt, wenn einige Autoren lediglich auf Grundlage der Gesetzesbegründung[59], also des Willens des historischen Gesetzgebers, zu dem Ergebnis kommen, ein subjektives Recht auf Online-Zugang zu den entgegen § 1 Abs. 1 OZG noch nicht angebotenen Leistungen bestehe jedenfalls nicht.[60] Diese Autoren verkennen, dass es

57 *Herrmann/Stöber*, NVwZ 2017, 1401 (1405).

58 *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 8 Rn. 1.

59 BT-Drucks. 18/11135, S. 91.

60 S. auch *Herrmann/Stöber*, NVwZ 2017, 1401 (1404); *Schliesky/Hoffmann*, DÖV 2018, 193 (196); *Thorsten Siegel*, Auf dem Weg zum Portalverbund – Das neue Onlinezugangsgesetz (OZG), DÖV 2018, 185 *Siegel*, NVwZ 2019, 905 (191);*Sönke E.*

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nach heutiger Auffassung jedenfalls nicht allein auf die besondere und intendierte Verleihung durch den Gesetzgeber ankommen kann.[61] Die Entscheidung, ob ein subjektives Recht vorliegt, sollte sich vielmehr an drei Fragestellungen orientieren: Sie muss das gesamte, das jeweilige Rechtsverhältnis regelnde Normenmaterial berücksichtigen[62], das damit verbundene Verfassungs-, Verwaltungs- und Europarecht in die Betrachtung integrieren und vor allem die konkreten Sachstrukturen des jeweiligen Regelungsbereichs in die Beurteilung aufnehmen.[63]

Bezieht man die das Rechtsverhältnis „Online-Zugang zu Verwaltungsleistungen" unmittelbar regelnden Rechtsnormen des OZG in die Betrachtung mit ein, so fällt bereits auf, dass die Verpflichtung der Behörden, Onlineangebote über Verwaltungsportale anzubieten natürlich den Interessen der Nutzer dienen soll, die in § 2 Abs. 4 OZG auch definiert werden und denen in § 3 zumindest das Recht auf einen barriere- und medienbruchfreien Zugang zugebilligt wird.[64] Das mit der Materie verbundene Europarecht nimmt *Guckelberger* in die Betrachtung mit auf und beurteilt die Frage nach einem subjektiven Recht unter Berücksichtigung der SDG Verordnung[65] differenzierter.[66] Diese tritt zwar später als das OZG in Kraft, räumt aber in ihren Erwägungsgründen den Bürgern ausdrücklich subjektive Rechte ein und sorgt wohl jedenfalls in ihrem Anwendungsbereich dafür, dass es den Nutzern möglich ist, sich auf ein entsprechendes subjektives Recht berufen zu können. Dementsprechend sind die pauschalen Absagen an subjektive Rechte aus § 1 OZG nicht haltbar. Aktuell existieren die konkreten Portale noch nicht. Es ist weder klar, wer sie aufgrund welcher Vereinbarungen betreiben wird, noch deutlich absehbar, welche Leistungen umgesetzt sein werden und welche nicht. Wegen dieser vielen offenen und zukunftsgerichteten Fragen können weder definitiven Aussagen über ein-

---

Schulz, in: Thomas Mann/Christoph Sennekamp/Michael Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2018, § 3 a Rn. 56a.

61 *Wahl* (Fn. 50), Verwaltungsgerichtsordnung, Vorb. § 42 Rn. 95.

62 So auch BVerwG, Öffentlichrechtlicher Nachbarschutz im Wasserrecht, BVerwGE 78, 40 = NJW 1988, 434 –; *Wahl* (Fn. 50), Verwaltungsgerichtsordnung, Vorb. § 42 Rn. 97.

63 *Bauer* (Fn. 17), Die Schutznormtheorie im Wandel (147 f.).

64 Vgl. *Wolfgang Denkhaus/Eike Richter/Lars Bostelmann*, E-Government-Gesetz Onlinezugangsgesetz Kommentar, 2019, § 1 OZG Rn. 17.

65 VO (EU) Nr. 2018/1724 über die Einrichtung eines einheitlichen digitalen Zugangstors erlassen („Single Digital Gateway"; im Folgenden SDG-VO).

66 *Annette Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, 1. Aufl. 2019, Rn. 288; so wohl auch: *Siegel*, NVwZ 2019, 905 (909).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zelne subjektive Rechte getroffen werden noch ist klar, welche konkreten Ansprüche überhaupt in Frage kommen.

Eine wichtige und umstrittene Vorfrage wird jedoch sein, wer überhaupt durch § 1 OZG verpflichtet wird: Denn nur gegenüber diesen Verwaltungsträgern kommt überhaupt ein reflexives subjektives Recht auf Erfüllung selbiger Verpflichtung, mithin ein Anspruch, in Frage. Ob sich die Digitalisierungspflicht auf die Kommunen erstreckt, ist nämlich umstritten. Zweifellos sind die Kommunen als Teil der Länder mit „betroffen".[67] Aufgrund von Meinungsverschiedenheiten im Gesetzgebungsprozess wird allerdings bezweifelt, dass bei Selbstverwaltungsaufgaben der Kommune mit Art. 91 c Abs. 5 GG überhaupt eine Regelungskompetenz des Bundes existiert, da dieser zwar die „Schaffung eines Portalverbundes", jedoch keine Grundlage zur Verpflichtung aller Leistungen über diesen Verbund ermögliche.[68] Diese Fragen können nicht im Rahmen dieses Beitrags beantwortet werden, zeigen aber deutlich, dass die Frage nach einem subjektiven Recht für einen Nutzer nur anhand der konkreten Situation, bei Klarheit über Modus und Umfang der Verwirklichung des Portalverbunds sowie unter Berücksichtigung der in Anspruch genommenen Verwaltungsleistung und der verantwortlichen Behörde entschieden werden kann.

3. *Das digitale Verwaltungsrechtsverhältnis bei der Inanspruchnahme einer Online-Verwaltungsleistung*

Nach Darstellung der grundlegenden Rechtsverhältnisse zwischen Nutzern und Betreibern auf dem Verwaltungsportal können nun die Relationen skizziert werden, die sich zwischen Nutzern und Behörde als Anbieter einer konkreten Verwaltungsleistung während ihrer Inanspruchnahme verdichten. Dazu bietet es sich zunächst an, den Begriff Verwaltungsleistung, der im Rahmen des OZG eine zentrale Rolle einnimmt, näher zu untersuchen.

---

67 *Berger*, DÖV 2018, 799 (800).

68 *Berger*, DÖV 2018, 799 (803); Mit ausführlicher Auslegung der Normen: *Martini/Wiesner*, ZG 2017, 193 (208).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Verwaltungsleistungen im OZG

In praktischer Hinsicht wurden zur weiteren Planung der Umsetzung 575 unterschiedliche OZG-Verwaltungsleistungen definiert.[69] Die Umsetzung der einzelnen Leistungen erfolgt strukturiert nach Themenbereichen wie „Familie & Kind", „Bildung" und „Arbeit", die wiederum nach bestimmten Lebenslagen differenziert werden. Unter dem Themenbereich „Familie & Kind" sind besipielsweise die Lebenslagen „Geburt", „Adoption & Pflege", „Kinderbetreuung", „Eheschließung", „Scheidung" und „Trennung mit Kind" zu finden. Daneben werden auch OZG-Leistungen für Unternehmen geführt, ihrerseits in Themenbereiche nach Geschäftslagen aufgegliedert.[70] Ausweislich des OZG-Leistungskatalogs soll der Begriff wissenschaftlich an das neue Steuerungsmodell anknüpfen.[71] Er wurde aus dem Koalitionsvertrag übernommen[72] und stellt wohl bewusst umgreifend nicht auf Verwaltungsakte, Realakte oder Anträgen ab, sondern nimmt „grds. alle Elemente und Momente des Vewaltungsverfahrens", soweit sie dem Bürger gegenüberanzubieten sind, in sich auf.[73] Im Übrigen geht der IT-Planungsrat zumindest davon aus, dass Verwaltungsleistungen durchaus auch belastender Natur sein können.[74] Nach der Legaldefinition in § 2 Abs. 3 OZG handelt es sich bei Verwaltungsleistungen um die elektronische Abwicklung von Verwaltungsverfahren und die dazu erforderliche elektronische Information des Nutzers und Kommunikation mit dem Nutzer über allgemein zugängliche Netze. Durch die Anknüpfung an das Verwaltungsverfahren sind also jedenfalls die nach außen wirkenden, behördlichen Handlungen, Maßnahmen und Akte im Sinne des VwVfG, wie die

---

69 Die Leistungen wurden im Juni 2018 definiert, der Katalog, soll fortentwickelt werden. Die 575 Leistungen setzen sich aus 115 „Typ 1 Leistungen" mit Regelungs- und Vollzugskompetenz beim Bund, 370 „Typ 2/3 Leistungen" mit Regelungskompetenz beim Bund und Umsetzungskompetenz bei Ländern und Kommunen sowie 90 „Typ 4/5 Leistungen" bei denen die Regelungs- und Vollzugskompetenz bei Ländern und Kommunen liegt zusammen.

70 *Siegel*, NVwZ 2019, 905 (908); Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, OZG-Umsetzungskatalog, S. 19 ff.

71 Ebd., S. 4.

72 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode 2018, S. 45; *Guckelberger* (Fn. 66), Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, Rn. 2.

73 *Denkhaus/Richter/Bostelmann* (Fn. 64), E-Government-Gesetz Onlinezugangsgesetz Kommentar, § 1 OZG Rn. 13; vgl. Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (Fn. 70), S. 4.

74 Ebd., S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vorbereitung, Prüfung und der Erlass von Verwaltungsakten oder der Abschluss eines Verwaltungsvertrags als Verwaltungsleistungen zu verstehen.[75] Die notwendigen Informations- und Kommunikationsakte sind von seiner Bedeutung umfasst. Ob auch verwaltungsprivatrechtliches- und informelles Verwaltungshandeln Verwaltungsleistungen sein können, ist umstritten,[76] auch wenn sie im Rahmen der Umsetzungsplanung bewusst nicht ausgeschlossen werden.[77] Mit einer Verwaltungsleistung im Sinne der OZG-Umsetzung können durchaus auch mehrere Regelungen einhergehen.[78]

b) Verfahrenspflichten

Damit bringt der neu geschaffene Begriff zwar einige Unklarheiten mit sich, birgt aber auch für die Entwicklung eines modernen Verwaltungsverfahrensrechts einiges dogmatisches Potential. Denn mit der zumindest teilweisen Überwindung des Handlungsformendenkens kann sich der Blick eher im Sinne einer auf die Rechtsverhältnisse ausgerichteten Betrachtung den übergreifenden Strukturen widmen. Darüber hinaus soll der Begriff der Verwaltungsleistungen ausdrücklich eine nutzerorientierte Sicht perpetuieren, dem es im Endeffekt gleichgültig ist, ob die Behörde seinem Anliegen mittels Verwaltungsakt, Vertrag oder Realakt gerecht wird.[79] Die Gestaltung des digitalen Prozesses begrenzt und dirigiert den tatsächlichen Interaktionsbereich. Mit der Bereitstellung der Informationen auf den digitalen Oberflächen geht der Nutzer durch seine Auswahl bereits eine Kommunikationsbeziehung mit der Behörde ein.[80] Der Nutzerprozess ist derzeit im Digitalisierungsleitfaden in fünf Schritte unterteilt: (1) Orientierung und Anliegensklärung, (2) Antragstellung, (3) Statusinformationen und Kontakt, (4) Bescheidzustellung, (5) Leistungsbezug. Im Rahmen dieses Prozesses ist die Verwaltung bereits verpflichtet, ihren Verfahrenspflichten nachzukommen, die §§ 9 ff. VwVfG enthalten Pflichten zur Sachverhaltsaufklärung und zur Mitwirkung an der Sachverhaltsermittlung, Be-

---

75 *Wolfgang Denkhaus/Eike Richter/Lars Bostelmann,* E-Government-Gesetz Onlinezugangsgesetz Kommentar, 2019, § 2 OZG Rn. 9.

76 *Denkhaus/Richter/Bostelmann* (Fn. 75), E-Government-Gesetz Onlinezugangsgesetz Kommentar, § 2 OZG Rn. 10.

77 Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (Fn. 70), S. 5.

78 Ebd., S. 6.

79 Ebd., S. 5.

80 Vgl. *Bauer* (Fn. 16), § 36 Verwaltungsverträge Rn. 111.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ratungs-, Belehrungs- und Hinweispflichten, zudem gegebenenfalls Verpflichtungen zur Information oder zur Hinzuziehung Dritter zu den Verhandlungen.[81]

c) Rechtsformwahl

Bei der Gestaltung dieses Prozesses sollte in den Digitalisierungslaboren auch aus juristischer Perspektive offen die Frage diskutiert werden, in welcher Form eine konkrete Leistung erfüllt werden kann: Stichwort Verwaltungsakt, Verwaltungsvertrag oder schlichtes Verwaltungshandeln. Mit der Anknüpfung an eine „Bescheidzustellung" geht der Leitfaden also wohl aufgrund des Selbstverständnisses der Behörden noch implizit idealtypisch von einem Verwaltungsakt als Konkretisierung der Rechtsbeziehung aus.[82] Im Digitalisierungsleitfaden ist auch nicht zu erkennen, dass die Rechtsformwahl problematisiert wäre. Insofern kann es sein, dass den pragmatisch orientierten Gremien dass juristische Problembewusstsein fehlt; es kann aber auch sein, dass Verwaltungsrechtspuristen alter Provenienz bewusst den Verwaltungsakt als dominantes Instrument auch in der digitalen Welt beibehalten möchten. An dieser Stelle können die entsprechenden notwendigen Überlegungen nicht mit einem Anspruch auf Vollständigkeit abstrakt substituiert werden, allerdings soll wenigstens der Versuch unternommen werden, einige Vor- und Nachteile der Optionen herauszuarbeiten.

Wird im Rahmen der nachgefragten Verwaltungsleistung eine Regelung erforderlich, stehen also konkret Verwaltungsakt und Vertrag als Optionen im Raum.[83] Bei einer Konkretisierung der Rechtsbeziehung durch einen Verwaltungsvertrag stünde kautelarjuristisch mit Optionen wie Vertragsstrafen, pauschalierter Schadensersatz, Rücktritts- und Kündigungsrechten, Selbstvornahmerechten, Bürgschaften, Vollstreckungsunterwerfungen ein reicher Fundus an Regelungsmöglichkeiten zur Verfügung.[84] Darüber hinaus können aber beispielsweise Schlichtungsregime vereinbart

---

81 *Bauer* (Fn. 16), § 36 Verwaltungsverträge Rn. 114.

82 Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Leitfaden zum Digitalisierungsprogramm des IT-Planungsrates, S. 78.

83 *Utz Schliesky*, in: Hans Joachim Knack/Hans-Günter Henneke (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 11. Aufl. 2019, Vor § 54 Rn. 70 ff.; *Michael Fehling*, Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2020, § 54 Rn. 12 ff.; *Walter Leisner*, Vertragsstaatlichkeit, Bd. 1134, 1. Aufl. 2009, S. 125 ff.

84 *Bauer* (Fn. 16), § 36 Verwaltungsverträge Rn. 77.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werden. Hier besteht für die Rechtsgestaltung also ein herausragender Flexibiliätstspielraum zur Verfügung.[85] Beim Verwaltungsakt kann die Rechtsgestaltung hingegen immerhin auf den geschlossenen Katalog der Nebenbestimmungen zurückgreifen. In Punkto Rechtssicherheit ist eine den Verwaltungsakt nutzende Lösung wegen der Widerspruchs- und Anfechtungsmöglichkeiten zwar weniger stabil. Zur einseitigen Aufhebung stehen der Verwaltung in dem Fall allerdings die in §§ 48 ff. VwVfG geregelten Rücknahme- und Widerrufsmöglichkeiten bereit.[86] Und natürlich ist die Verwaltung hier nicht auf das Einvernehmen des Bürgers angewiesen. Ein weiterer Vorteil der Handlungsform Verwaltungsakt kann die leichtere Vollstreckbarkeit sein, da die Verwaltungsvollstreckungsgesetze in den meisten Fällen an Verwaltungsakte anknüpfen und nicht an Verwaltungsverträge, für die die Verwaltung zur Durchsetzung auf eine Unterwerfung unter die sofortige Vollziehung oder die Leistungsklage angewiesen ist.[87]

III. Fazit

Das OZG und seine Umsetzung werden der Digtialisierung einen Schub geben und die Beziehung des Bürgers zur Verwaltung durch den dynamischeren digitalen Zugang voraussichtlich grundlegend positiv verändern. Auch wenn zum Ablauf der Umsetzungsfrist vermutlich nicht alle Verpflichtungen erfüllt werden können, ist Bewegung in die schwerfälligen Strukturen gekommen. Derzeit sind noch nicht alle Fragestellungen absehbar, die sich in Zukunft bei fortschreitender Digitalisierung ergeben werden, da viele gesetzgeberische Weichenstellungen noch nicht getroffen wurden, Infrastrukturen noch nicht aufgebaut sind und dementsprechend bisher nur Pilotlösungen als Referenzfälle zur Verfügung stehen. Allerdings ist davon auszugehen, dass sich Probleme auf allen Ebenen der

85 *Bauer* (Fn. 16), § 36 Verwaltungsverträge Rn. 77; *Hartmut Bauer*, Anpassungsflexibilität im öffentlich-rechtlichen Vertrag, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1. Aufl. 1994, S. 245; *Leisner* (Fn. 83), Vertragsstaatlichkeit, S. 131 ff.

86 *Fehling* (Fn. 83), Verwaltungsrecht, § 54 Rn. 12 ff.; *Schliesky* (Fn. 83), Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, Vor § 54 Rn. 70 ff.

87 Vgl. *Bauer* (Fn. 12), "Der Staat" und die "staatlichen" Rechte (274); *Christian Waldhoff*, § 46 Vollstreckung und Sanktionen, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Personal, Finanzen, Kontrolle, Sanktionen, staatliche Einstandspflichten, 2. Aufl. 2013, § 46 Rn. 109.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechtssetzung und Rechtsanwendung ergeben werden. Juristische Aufarbeitung und Umsetzung der Digitalisierung haben erst begonnen. Es bleibt zu hoffen, dass auch das dogmatische Potential, das die Digitalisierung für ein modernes Gemeinwesen bietet, nicht ungenutzt bleiben wird! Auch in digitalen Lebenswelten ist die Rechtsverhältnislehre ein geeigneter Ordnungsrahmen, um die Beantwortung und Aufarbeitung juristischer Fragestellungen zu leiten und zu strukturieren. In Bezug auf subjektive Rechte kann derzeit noch keine pauschale und eindeutige Antwort gegeben werden. Die Frage der Rechtsformwahl im Umfeld des OZG-Portalverbunds sollte intensiver in den für die Umsetzung zuständigen Gremien und Laboren thematisiert werden.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Digitalisierung als internationaler Prozess

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Unbemannte Seeschifffahrt – völkerrechtliche Hürden für die Rechtsdurchsetzung

Ist die 2005 SUA-Konvention auf den Einsatz von unbemannten Systemen vorbereitet?

Eleonora Heim

Zusammenfassung:

Mit dem zunehmenden Einsatz unbemannter maritimer Systeme auf See hat die Digitalisierung auch das Meer erreicht. Die Internationale Seeschifffahrtsorganisation (IMO) begegnet den sich hieraus ergebenden Rechtsfragen in Bezug auf autonome Seeschiffe proaktiv, um Sicherheit und Ordnung gewährleisten zu können. Sie führt derzeit eine breit angelegte *Regulatory Scoping Exercise* durch, um die Anwendbarkeit ihrer Abkommen auf die neuen technologischen Entwicklungen der Seeschifffahrt zu überprüfen. In diesem Beitrag wird anhand eines fiktiven Fallbeispiels exemplarisch aufgezeigt, welche Rechtsfragen der Einsatz von unbemannten Schiffen in einer Küstenwachoperation auf Hoher See aufwirft. Sind Wasserfahrzeuge ohne Besatzung wirklich «Schiffe» im seevölkerrechtlichen Sinne? Werden mittels ferngesteuerter Kamikaze-Boote ausgeführte Taten durch den Tatbestandskatalog der 2005 SUA-Konvention erfasst? Was bedeutet es für ausgewählte seevölkerrechtliche Bestimmungen, wenn Küstenwachboote keine Menschen an Bord haben? Abschliessend wird aufgezeigt, wie die gewonnenen Erkenntnisse auf zukünftige Analysen von völkerrechtlichen Verträgen übertragen werden können und welchen Weg die IMO nach Abschluss ihrer *Regulatory Scoping Exercises* für ihr Abkommen wohl einschlagen wird.

I. Digitalisierung der Weltmeere – Einsätze autonomer Systeme

Die Weltmeere stellen einen riesigen Handlungsraum dar, der die Rechtsdurchsetzung vor erhebliche Herausforderungen stellt. Der Schutz von Frachtschiffen vor Piratenangriffen, die Einhaltung von Fischerei- und Umweltvorschriften und die Unterbindung von Schmuggelhandel sind

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nur einige der Ziele des *law enforcement* auf See. Die Weite des zu kontrollierenden Gebietes führt dazu, dass mit der Rechtsdurchsetzung betraute Personen – wie Beamte der Küstenwache – während ihrer Einsätze lange Zeit von zu Hause wegbleiben müssen. Es werden Marineschiffe eingesetzt, weil nur sie sich lange genug von der Küste fernhalten und Vorräte für die gesamte Besatzung mitführen können. Diese Anforderungen machen die Einsatzfahrten teuer und führen dazu, dass nur eine begrenzte Anzahl von Einheiten eingesetzt wird.

In den letzten Jahren hat der Einsatz unbemannter maritimer Systeme (UMS)[1] in verschiedenen Bereichen zugenommen. UMS sind Systeme ohne menschliche Besatzung, die auf der Meeresoberfläche, unter Wasser oder im marinen Luftraum eingesetzt werden. Je nach Autonomisierungsgrad sind sie entweder ferngesteuert oder komplett selbständig unterwegs.[2] Projekte wie das *Ocean Cleanup Project* verwenden einen autonomen Roboter, um Müll im *Great Pacific Garbage Patch* einzusammeln.[3] *Wave Gliders* werden eingesetzt, um Daten zu erfassen, die eine bessere Hurrikanvorhersage ermöglichen;[4] Roboter wie der *Reef Protector* beseitigen parasitäre Seesterne, die das *Great Barrier Reef* bedrohen.[5]

Abgesehen von diesen ökologischen und wissenschaftlichen Anwendungen sind UMS auch für die Arbeit von Seestreitkräften und Küstenwa-

1 Es gibt derzeit keine rechtliche Definition dieses Begriffs, siehe *Petrig*, The Commission of Maritime Crimes with Unmanned Systems: An Interpretive Challenge for UNCLOS, in: Evans/Galani (Hrsg.): Maritime Security and the Law of the Sea Help or Hindrance?, 2020, 104 (112). Der Begriff «unbemannt» meint im Kontext dieses Beitrags, dass sich keine Personen physisch an Bord des Schiffes befinden. Er lässt offen, ob das Schiff von Land aus in Echtzeit von Personen ferngesteuert wird, oder ob das Schiff autonom agiert.

2 IMO Doc MSC/99 v 13.2.2018 (Regulatory Scoping Exercise for the Use of Maritime Autonomous Surface Ships (MASS): Submission by Comité Maritime International Working Group on Unmanned Ships (CMI IWG US)), 2, Rz. 4.

3 The Ocean Cleanup: The Largest Clean Up in History, https://www.theoceancleanup.com/ (Stand: 18.05.2020).

4 NOAA: The New Storm Chasers? Unmanned Ocean Gliders go Deep to Help Improve Hurricane Forecasts 12.07.2018, https://www.noaa.gov/stories/new-storm-chasers-unmanned-ocean-gliders-go-deep-to-help-improve-hurricane-forecasts (Stand: 18.05.2020). Für eine seerechtliche Einordnung des Einsatzes von Glidern siehe: *Hofmann/Proelß*, The Operation of Gliders Under the International Law of the Sea, in: Ocean Development & International Law, Bd. 46, 2015, 167.

5 Queensland University of Technology: Robot Reef Protector Sees a New Way to Check Great Barrier Reef Health 31.08.2018, https://www.qut.edu.au/news?newsid=135108 (Stand: 18.05.2020).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

chen von Bedeutung.[6] Die israelische Marine setzt den *Protector* – ein unbemanntes Schiff (*unmanned surface vessel*, USV) – für den Grenzschutz auf See ein.[7] Die australische Küstenwache schickt den *Little Ripper* – ein unbemanntes Luftvehikel (*unmanned aerial vehicle*, UAV) – zum Abwurf von Schwimmhilfen für Personen in Seenot,[8] und unbemannte Unterwasserfahrzeuge (*unmanned underwater vehicles*, UUV) helfen bei der Suche nach vermissten U-Booten,[9] um nur einige Anwendungsbeispiele zu nennen.

Die Technik unbemannter Systeme hat insbesondere im maritimen Kontext das Potenzial, die Reichweite und Effizienz von Strafverfolgungsoperationen drastisch zu erhöhen. Darüber hinaus könnten die UMS die Sicherheit von Einsatzkräften und Tatverdächtigen erhöhen.[10] Die Hauptanreize für den Einsatz von UMS in Rechtsdurchsetzungseinsätzen sind die folgenden Merkmale:

> «Persistence (and consequently responsiveness), pervasiveness, penetration (into high threat, denied or dirty environment) and precision make them attractive for missions that are inherently dangerous, dirty, dull or even to different to be supported by a manned platform.»[11]

Diese Eigenschaften ermöglichen es UMS, eine Vielzahl von Aufgaben zu erfüllen, die von menschlichen Einsatzkräfte nur schwer oder gar nicht erfüllt werden können: Bei *dangerous missions* besteht die Gefahr, dass die menschliche Einsatzkraft verletzt oder getötet wird. Bei *dirty missions* werden Operationen in einer Umgebung durchgeführt, in der ein gefährliches

---

6 *Levin*, Robot Boats and Drug Subs. Engineering Prof Developing Autonomous Boats to Find Drug Traffickers 28.09.2017, https://www.bu.edu/research/articles/autonomous-boats-and-drug-subs/ (Stand: 18.05.2020).

7 *Katz*, Rafael Unveils New Unmanned Ship for Israel Navy. 'Protector' Equipped with 360-Degree Cameras, Water Cannons; Ship Designed to Support Maritime Security, in: The Jerusalem Post, 17.07.2012.

8 Surf Life Saving New South Wales: Little Ripper UAV in World First Rescue 18.01.2018, https://www.surflifesaving.com.au/news/little-ripper-uav-world-first-rescue (Stand: 18.05.2020).

9 Navaltoday.com: Argentine Submarine ARA San Juan Discovered One Year after Disappearance 17.11.2018, https://navaltoday.com/2018/11/17/argentine-submarine-ara-san-juan-discovered-one-year-after-disappearance/ (Stand: 18.05.2020).

10 *Hallett/Weedn*, Unmanned Systems Technology Use by Law Enforcement, in: Katz/Halámek (Hrsg.): Forensic Science. A Multidisciplinary Approach, 2016, 401 (403).

11 *Dehnert*, Unmanned Systems in the Australian Maritime Environment - A Survey of the Future Unmanned Fleet, in: Mitchell, Rhett (Hrsg.): Australian Maritime Issues 2010. SPC-A Annual (Papers in Australian Maritime Affairs, No. 35), 2011, 14ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Mass an chemischem, biologischem oder nuklearem Material vorhanden ist. *Dull missions* sind sich wiederholende, langweilige Aufgaben. *Different missions* können von Menschen aufgrund ihrer Körpergrösse oder anderer physiologischer Merkmale nicht durchgeführt werden.[12] Insbesondere die Kombination der verschiedenen Arten von UMS und damit der Kombination der abdeckbaren Räume (auf der Wasseroberfläche, unter der Wasseroberfläche und in der Luft) in einer Mission bietet enorme Vorteile für maritime Polizeieinsätze.

Unklar ist derzeit, wie sich die seevölkerrechtlichen Bestimmungen auf den Einsatz von UMS anwenden lassen. Im Folgenden wird zunächst die Initiative der Internationalen Seeschifffahrtsorganisation (*International Maritime Organization* – IMO)[13] zum Einsatz von UMS erklärt. Anschliessend werden die für die Analyse relevanten seevölkerrechtlichen Prinzipien und das Übereinkommen zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit der Seeschifffahrt mit seinen Änderungen von 2005 (2005 SUA-Konvention)[14] kurz vorgestellt.

Um exemplarisch einige Rechtsfragen, die der Einsatz von unbemannten Systemen für die Rechtsdurchsetzung auf See aufwirft, zu beleuchten, wird ein fiktives Fallbeispiel zu Hilfe genommen. Anschliessend werden die gewonnenen Erkenntnisse auf die allgemeine Ebene gehoben und aufgezeigt, welche Aspekte dieser spezifischen Analyse grundsätzlich für weitere Vertragsanalysen beachtet werden müssen. Zum Schluss wird ein Ausblick auf potenzielle Ergebnisse der IMO-Initiativen vorgestellt, die sich der Frage widmen, wie völkerrechtliche Verträge am besten auf das Auf-

12 *Dehnert* (Fn. 11), 14.

13 Derzeit hat die IMO 174 Mitgliedstaaten und drei assoziierte Mitglieder. IMO: Member States, IGOs and NGOs, http://www.imo.org/en/About/Membership/Pages/Default.aspx (Stand: 18.05.2020). Zum rechtlichen Rahmen der IMO siehe auch: Übereinkommen über die Internationale Seeschifffahrts-Organisation v 6.3.1948, 289 UNTS 3.

14 Für die authentische Fassung siehe 2005 Protocol to the 1988 Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation v 14.10.2005, in Kraft seit 28.07.2010, IMO Doc. LEG/CONF.15/21 (im Folgenden: 2005 SUA Convention). Wo die deutsche Sprachfassung zitiert wird, wird im Folgenden die deutsche Übersetzung des Übereinkommens durch die Bundeskanzlei der Schweizerischen Eidgenossenschaft verwendet: Protokoll von 2005 zum Übereinkommen zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit der Seeschifffahrt, SR 0.747.712 (im Folgenden: 2005 SUA-Konvention). Wo die englische Originalversion kein bestimmtes Geschlecht bezeichnet hat, wurden die übersetzten Begriffe gegendert.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kommen von Systemen unterschiedlicher Autonomisierungsgrade vorbereitet werden können.

II. Seevölkerrechtlicher Kontext

In diesem Abschnitt wird zunächst die Initiative der IMO kurz vorgestellt, um den Hintergrund der vorliegenden Analyse aufzuzeigen. Danach wird ein Überblick über die massgebenden seevölkerrechtlichen Grundprinzipien geboten und abschliessend das zu untersuchende Abkommen, die 2005 SUA-Konvention, vorgestellt.

1. Die Initiative der Internationalen Seeschifffahrtsorganisation (IMO)

Die IMO ist eine Sonderorganisation der Vereinten Nationen und zuständig für Navigation und Schifffahrt.[15] Als spezialisierte, intergouvernementale Organisation verfügt sie über quasi-legislative Befugnisse in Belangen der maritimen Sicherheit und des Umweltschutzes in Bezug auf die Seeschifffahrt.[16]

In Anbetracht dessen, dass es sich bei der unbemannten Seeschifffahrt um eine technologische Entwicklung handelt, die eine sorgfältige rechtliche Analyse erfordert, bevor sie in bestehende völkerrechtliche Verträge und Regulatorien integriert werden kann, wurden Stimmen laut, die eingehende Untersuchungen forderten.[17] Das *Comité Maritime International*

---

15 *Chircop*, The International Maritime Organization, in: Rothwell/Elferink/Scott/Stephens (Hrsg.): The Oxford Handbook of the Law of the Sea, 1. Aufl., 2015, 416.

16 Die IMO hat ein umfassendes Regelwerk für die Seeschifffahrt hervorgebracht, das sich mit Sicherheits- und Umweltbelangen, rechtlichen Fragen, technischer Zusammenarbeit, Sicherheit und Effizienz befasst. *Chircop* (Fn. 15), 416 (429). Siehe auch: *Vitzthum/ Proelß:* Völkerrecht, 8. Auflage 2019, 426.

17 Über den Projektstart des Maritime Safety Committee (MSC) siehe IMO, Report of the Maritime Safety Committee on its 98th Session v 28.6.2017, IMO Doc MSC 98/23, para 20 und für denjenigen des Legal Committee (LEG) siehe IMO, Report of the Legal Committee on the Work of its 105th Session v 1.5.2018, IMO Doc LEG 105/14, para 11.7-11.11; für eine Einsicht in den Zwischenstand siehe IMO LEG, Regulatory Scoping Exercise and the Gap Analysis of Conventions Emanating from Legal Committee with Respect to Maritime Autonomous Surface Ships (MASS): Outcomes of MSC 99 and MSC 100 Regarding MASS, Note by Secretariat v 11.1.2019, IMO Doc LEG/106/8/1, 1 (im Folgenden: IMO Doc LEG/106/8/1).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(CMI)[18] gründete 2015 eine internationale Arbeitsgruppe (*International Working Group*, IWG) zur Thematik. Zwei Jahre später legte die IWG dem *Maritime Safety Committee* (MSC) der IMO ihren Bericht vor und wurde gebeten ihre Arbeit fortzusetzen. 2018 schlugen Kanada und eine Reihe anderer Länder sowie NGOs dem *Legal Committee* (LEG) der IMO vor, eine regulatorische Überprüfung der in ihren Zuständigkeitsbereich fallenden Übereinkommen in Bezug auf autonome Schiffe (*Maritime Autonomous Surface Ships* – MASS) vorzunehmen.[19]

In diesem sogenannten *Regulatory Scoping Exercise for the use of Maritime Autonomous Surface Ships* [20] werden in einem ersten Schritt über dreissig seevölkerrechtliche Übereinkommen auf ihre Anwendbarkeit im Falle des Einsatzes von MASS untersucht.[21] Es wird dabei zwischen verschiedenen Autonomiegraden unterschieden und mit Hilfe einiger Mitgliedstaaten jede Bestimmung der einzelnen Abkommen daraufhin analysiert, ob sie MASS erfassen, deren Einsatz zulassen oder verbieten und ob Anpassungen der Bestimmungen nötig sind, um ihre Fortgeltung für die Zukunft sicherzustellen.[22]

In einem zweiten Schritt soll dann entschieden werden, wie am besten auf die gewonnenen Erkenntnisse reagiert werden kann: Ob neue gemeinsame Auslegungen von Begriffen geschaffen, bestehende Rechts-instrumente angepasst, neue völkerrechtliche Übereinkommen geschlossen oder keine dieser Massnahmen ergriffen werden sollen.[23]

---

18 Das CMI ist eine unabhängige, nichtstaatliche, nicht gewinnorientierte international tätige Organisation, die 1897 in Antwerpen gegründet wurde mit dem Ziel, mit allen geeigneten Mitteln und Aktivitäten zur Vereinheitlichung des Seerechts in allen seinen Aspekten beizutragen. Zu diesem Zweck fördert sie die Gründung nationaler Vereinigungen des Seerechts und arbeitet mit anderen internationalen Organisationen zusammen. CMI: About us, https://comitemaritime .org/about-us/ (Stand:18.05.2020).

19 IMO Doc LEG/106/8/1 (Fn. 17), 1.

20 IMO, Regulatory Scoping Exercise for the Use of Maritime Autonomous Surface Ships (MASS): Submission by Comité Maritime International Working Group on Unmanned Ships (CMI IWG US) v 13.2.2018, IMO Doc MSC/99, 2, Rz. 4.

21 Die jeweils untersuchten Abkommen des MSC und LEG finden sich hier: IMO Doc LEG/106/8/1, Annex, 3; und hier: IMO LEG, Regulatory Scoping Exercise and the Gap Analysis of Conventions Emanating from Legal Committee with Respect to Maritime Autonomous Surface Ships (MASS): Report of the LEG Working Group on MASS v 29.3.2019, IMO Doc LEG/106/WP.5, Annex, 3 (im Folgenden: IMO Doc LEG/106/WP.5).

22 IMO Doc LEG/106/WP.5, Annex, 3

23 IMO Doc LEG/106/8/1, Annex, 2.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Einer der vom LEG untersuchten Verträge ist die 2005 SUA-Konvention, um die es später im Fallbeispiel gehen wird. Um den seevölkerrechtlichen Kontext des Beitrags besser erfassen zu können, wird im Folgenden kurz auf ihn prägende Rechtsprinzipien eingegangen.

2. *Grundprinzipien des Seevölkerrechts auf Hoher See*

Die Hohe See ist *res communis*, auf ihr herrscht die Freiheit der Hohen See.[24] Gemäss Art. 87 Abs. 1 des UN-Seerechtsübereinkommens (SRÜ) umfasst sie unter anderem die Freiheit der Schifffahrt und des Überflugs. Diese Freiheiten gelten allerdings nicht unbegrenzt. Es gilt die Pflicht zur gebührenden gegenseitigen Rücksichtnahme. Zudem ist die Hohe See grundsätzlich friedlichen Zwecken vorbehalten.[25]

Die Rechtsdurchsetzung an Bord von Schiffen auf Hoher See ist prinzipiell dem Flaggenstaat vorbehalten.[26] Dieser Grundsatz ist als Flaggenstaatsprinzip bekannt,[27] und folgt aus dem Prinzip der Freiheit der Schifffahrt für alle Staaten.[28] Der Flaggenstaat ist aufgrund von Art. 94 SRÜ verpflichtet, für die Einhaltung des Seevölkerrechts an Bord von Schiffen unter seiner Flagge zu sorgen.

Dritte Staaten sind nach dem SRÜ nur für einen sehr engen Katalog an Tatbeständen[29] autorisiert, Rechtsverstösse auf Hoher See zu verfolgen. Zu diesen zählen beispielsweise Seeräuberei und Sklaverei.[30]

Auch die 2005 SUA-Konvention geht vom Flaggenprinzip aus, so dass eine Rechtsdurchsetzung durch Schiffe unter anderer Flagge in der Regel nur in Betracht kommt, sofern der Flaggenstaat des betroffenen Schiffs sie hierzu ermächtigt. Da in diesem Beitrag ihre Anwendbarkeit auf unbemannte Schiffe untersucht wird, wird sie nun vorgestellt.

---

24 Art. 89 Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen v 10.12.1982; 1833 UNTS 396; BGBl. 1994 II 1799 (im Folgenden: SRÜ). Siehe auch: *Ipsen/Menzel* (Hrsg.): Völkerrecht, 6. Aufl., 2014, 916.

25 Art. 87 Abs. 2 und Art. 88 SRÜ.

26 Art. 92 SRÜ.

27 Art. 91 SRÜ. Siehe auch *Vitzthum/ Proelß* Völkerrecht (Fn. 16), 517f.

28 Art. 87 und 90 SRÜ.

29 Art. 110 SRÜ.

30 Art. 110 SRÜ. *Vitzthum/Proelß*, Völkerrecht (Fn. 16), 518. *Crawford*, Part IV Law of the Sea, in: Brownlie (Hrsg.): Principles of Public International Law, 9. Aufl., 2019, 241 (289).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Die 2005 SUA-Konvention

Unter dem Dach der IMO wurden mehrere völkerrechtliche Verträge geschlossen, um die Fälle, in denen dritte Staaten Recht auf Schiffen unter fremder Flagge durchsetzen dürfen, zu erweitern. Diese Abkommen werden gemeinhin mit der Abkürzung «SUA» vom englischen s*uppression of unlawful acts* zusammengefasst. Der erste derartige Vertrag war das Übereinkommen zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit der Seeschifffahrt vom 10. März 1988 (SUA-Konvention). Sie war ein Meilenstein für die Strafverfolgung auf See, führte sie doch eine Reihe von Straftatbeständen ein und klärte die Zuständigkeit der involvierten Staaten. Zusammen mit ihrem Zusatzprotokoll von 1988 zum Schutz von Plattformen – wie beispielsweise Bohr-, Versorgungs- oder Forschungsstationen – sollte sie die Strafverfolgung von Taten gegen sämtliche fahrbaren und fixen Installationen auf See ermöglichen.[31]

2005 wurden die beiden SUA Instrumente von 1988 durch das LEG[32] überarbeitet und erweitert. Es wurde insbesondere eine grosse Bandbreite an Straftatbeständen aufgenommen, die unter anderem ein Mittel sein sollten, um effektiver gegen die Verbreitung von biologischen, chemischen und nuklearen Waffen vorgehen zu können.[33] Obwohl diese neue 2005 SUA-Konvention Regelungen beinhaltet, denen zufolge die Staaten eine Erklärung hinterlegen können, mit der sie ein Vorgehen gegen verdächtige Schiffe unter ihrer Flagge unter bestimmten Voraussetzungen autorisieren, weicht das Abkommen durch dieses Zustimmungserfordernis nicht vom Flaggenstaatsprinzip ab.[34] Mit den Erweiterungen wurde der Fokus der SUA-Konvention auf die allgemeine Rechtsdurchsetzung verlegt und ein detailliertes *boarding regime* eingeführt. Während die 1988 SUA-Konvention den Staaten nur die Möglichkeit eröffnete, ihre Jurisdiktion zu begrün-

---

31 Für eine ausführlichere Einführung in das SUA Regime siehe IMO LEG, Review of the Status of Conventions and other Treaty Instruments Emanating from the Legal Committee, Implementation of SUA Treaties: Draft Counter-Terrorism Legal Training v 143.2014, IMO Doc LEG 101/INF.4, Annex, 5ff. *Klein*, Maritime Security and the Law of the Sea (Oxford Monographs in International Law), 2011 147ff. *Kraska/Pedrozo*, International Maritime Security Law, 2013, 801ff.

32 Siehe oben Fn. 21.

33 *Malirsch/Prill*, The Proliferation Security Initiative and the 2005 Protocol to the SUA Convention, ZaöRV 67 (2007), 229 (236); *Crawford*, Part IV Law of the Sea (Fn. 30), 299ff.

34 Art. 8bis Abs. 2 2005 SUA-Konvention. Siehe auch: *Guilfoyle*, Shipping Interdiction and the Law of the Sea (Cambridge Studies in International and Comparative Law), 2009, 257ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den, gibt ihnen die 2005 SUA-Konvention die Mittel an die Hand, um diese auch auszuüben.[35]

III. Fallbeispiel: Angriff auf die Medusa

Um beantworten zu können, ob die 2005 SUA-Konvention auch auf UMS anwendbar ist, wird nun das fiktive Fallbeispiel der *Medusa* zu Hilfe genommen.

Fallbeispiel: Das Frachtschiff *Medusa* ist mit einer Fracht bestehend aus Containern und Autos unterwegs von Hamburg nach Lagos, Nigeria. Zwei Tage vor der Ankunft wird die *Medusa* 250 Seemeilen südlich von Ghana von mehreren kleineren Schiffen umzingelt und mit Waffengewalt unter die Kontrolle der Angreifenden gebracht. Es gelingt der Kapitänin der *Medusa* einen Notruf abzusetzen und die ghanaische Küstenwache eilt der *Medusa* zu Hilfe. Wir wissen, dass die *Medusa* unter italienischer Flagge fährt und die Angreifenden nichtstaatliche Akteur*innen sind.

Anhand dieses Fallbeispiels wird in einem ersten Szenario (1.) analysiert, ob die 2005 SUA-Konvention auch vor Angriffen gegen unbemannte Schiffe schützt. In einem zweiten Szenario (2.) soll aufgezeigt werden, welche Probleme sich für die Auslegung der 2005 SUA-Konvention ergeben, wenn die angreifenden Schiffe keine Besatzung an Bord haben. Mit einem dritten Szenario (3.) werden rechtliche Probleme vorgestellt, die entstehen, wenn die staatlichen *law enforcement vessels* keine*n menschliche*n Kapitän*in an Bord haben.

1. Ist der Schutz von unbemannten Schiffen Ziel der 2005 SUA-Konvention?

In diesem Abschnitt wird untersucht, ob der Schutzzweck der 2005 SUA-Konvention auch unbemannte Schiffe umfasst. Zunächst wird geprüft, ob der geografische Anwendungsbereich eröffnet ist und UMS «Schiffe» im Sinne der 2005 SUA-Konvention sind. Danach wird untersucht, ob es Vorgaben zum Aufenthaltsort des*der Kapitäns*in gibt.

35 *Klein*, Maritime Security and the Law of the Sea (Fn. 31), 174.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Geografischer und materieller Anwendungsbereich

Der geografische Geltungsbereich der 2005 SUA-Konvention erstreckt sich über alle Gebiete, die nicht Teil von Staatsgebieten sind. Art. 4 Abs. 1 2005 SUA-Konvention lautet folgendermassen:

> «Dieses Übereinkommen findet Anwendung, wenn das Schiff in Gewässer einfährt, Gewässer durchfährt oder aus Gewässern kommt, die *jenseits der seewärtigen Grenze des Küstenmeers* eines einzelnen Staates oder jenseits der seitlichen Grenzen seines Küstenmeers zu angrenzenden Staaten liegen, oder wenn der Fahrplan des Schiffes dies vorsieht. »[36]

Da der Vorfall unseres Fallbeispiels auf der Hohen See[37] stattfindet, fällt er in den geografischen Anwendungsbereich der Konvention. Ob die 2005 SUA-Konvention jedoch auch auf unbemannte Schiffe anwendbar ist, gilt es nun zu eruieren. Dazu muss zunächst geklärt werden, ob unbemannte Schiffe «Schiffe» im Sinne der 2005 SUA-Konvention darstellen.

In Bezug auf die gewöhnliche Bedeutung der Begriffe[38] gilt es zu bedenken, dass Begriffe in der Verhandlung von völkerrechtlichen Übereinkommen von den Vertragsstaaten bewusst so gewählt werden können, dass sie offen für Neuerungen sind.[39]

Laut Art. 1 Abs. 1 lit. a) 2005 SUA-Konvention bedeutet «Schiff» im Sinne des Übereinkommens:

> «[…] ein nicht dauerhaft am Meeresboden befestigtes Wasserfahrzeug jeder Art, einschliesslich Fahrzeugen mit dynamischem Auftrieb, Unterwassergerät und anderem schwimmenden Gerät».

Die Definition wurde also bewusst sehr weit gefasst, um gemeinsam mit der Definition der Plattform alle möglichen Gefährte auf See abzudecken.[40] Eine Bemannung ist hier nicht vorgeschrieben.

---

36 Art. 4 Abs. 1 2005 SUA-Konvention [Hervorhebungen durch die Autorin].

37 Die Medusa befindet sich laut dem Fallbeispiel zum Zeitpunkt des Angriffs 250 Seemeilen entfernt von der ghanaischen Küste. Ab 200 Seemeilen Entfernung von der Basislinie des Küstenstaates beginnt die Hohe See im engeren Sinne, Art. 86 i.V.m. Art. 57 SRÜ.

38 *Kolb*, The Law of Treaties. An Introduction, 2016, 137.

39 *Gardiner*, Treaty Interpretation, 2. Aufl. (The Oxford International Law Library), 2015, 468.

40 Siehe oben Fn. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Es kann also festgehalten werden, dass auch unbemannte maritime Systeme – und damit auch unbemannte Frachtschiffe – grundsätzlich unter die 2005 SUA-Konvention fallen.

*b) Der*die «Kapitän*in» in der 2005 SUA-Konvention*

Als nächstes gilt es zu prüfen, ob die 2005 SUA-Konvention die Anwesenheit einer befehlshabenden Person an Bord von Schiffen verlangt. In Art. 8 Abs. 1 2005 SUA-Konvention wird der*die Kapitän*in erstmals genannt und autorisiert, festgesetzte tatverdächtige Personen einem SUA Vertragsstaat zu übergeben.

> «Der*die *Kapitän*in* eines Schiffes eines Vertragsstaats («Flaggenstaat») kann den Behörden eines anderen Vertragsstaats («Empfangsstaat») jede Person übergeben, bei welcher der*die *Kapitän*in* begründeten Anlass zur Annahme hat, dass sie eine in Artikel 3, 3bis, 3ter oder 3quater genannte Straftat begangen hat.»[41]

Fraglich ist nun, ob es sich bei diesem*r Kapitän*in, um den*die Befehlshaber*in an Bord eines privaten oder staatlichen Schiffs handeln muss. Dazu kann die Wortwahl in anderen Bestimmungen der 2005 SUA-Konvention aufschlussreich sein. Wenn an anderer Stelle die Rechte und Pflichten der Rechtsdurchsetzungsschiffe bzw. ihrer Flaggenstaaten behandelt werden, wird nicht der Begriff «Kapitän*in», sondern die Begriffe «Vertragsstaaten»[42], «Beamte*in»[43] oder «Strafverfolgungs-beamte*in»[44] verwendet. Der*die «Kapitän*in» im Sinne der 2005 SUA-Konvention, ist also nicht ein*eine Strafverfolgungsbeamte*r, sondern der*die Kapitän*in eines privaten Schiffes.[45]

Es ist aber auch nach diesem Wortlaut unklar, ob die Kapitänin der *Medusa* physisch an Bord sein muss, um von der Ermächtigung nach Art. 8 Abs. 1 2005 SUA-Konvention Gebrauch machen zu können.

---

41 Art. 8 Abs. 1 2005 SUA-Konvention [Hervorhebungen durch die Autorin].
42 Beispielsweise in Art. 8bis Abs. 1 2005 SUA-Konvention.
43 Beispielsweise in Art. 8bis Abs. 9 2005 SUA-Konvention.
44 Beispielsweise in Art. 8bis Abs. 10 lit. e 2005 SUA-Konvention.
45 Diese Interpretation stützt auch Anna Petrig. Sie weist anderslautende Interpretationen der Bedeutung des Begriffs «Master» der SUA Konventionen entschieden zurück, siehe *Petrig,* Human Rights and Law Enforcement at Sea. Arrest, Detention and Transfer of Piracy Suspects (The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library vol. 46), 2014, 46.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Auch das UN Seerechtsübereinkommen bietet hierzu keine Orientierung. Dort ist in Art. 94 Abs. 4 lit. b folgendes bezüglich der Bemannung des Schiffes vermerkt:

> «[Der Flaggenstaat muss sichergehen,] dass jedes Schiff einem*r *Kapitän*in* […] mit geeigneter Befähigung, […] unterstellt ist […];»[46]

Ob diese*r Kapitän*in sich an Bord des Schiffes befinden muss oder auch vom Festland via Fernsteuerung das Schiff befehligen darf, wird aus dieser Bestimmung nicht deutlich.

c) Stellungnahme der International Federation of Shipmasters Associations

Die *International Federation of Shipmasters Associations* (IFSMA) mahnt in ihrem Kommentar zur *Regulatory Scoping Exercise* der IMO (vom 23. Januar 2020)[47] vor vorschnellen Schlüssen betreffend die Externalisierung des*der Kapitäns*in. Sie weist daraufhin, dass etliche Regelungen davon ausgehen, dass der*die Kapitän*in ein menschliches Wesen ist, dass mit allen Sinnen ausgestattet ist und aufgrund seiner bzw. ihrer Erfahrungen in der Seemannskunst Entscheidungen trifft. Eine der von ihr angeführten Bestimmungen entstammt dem Internationalen Übereinkommen von 1974 zum Schutz des menschlichen Lebens auf See (SOLAS).[48] Dort steht, dass

> «[niemand] den*die *Kapitän*in* des Schiffes […] daran hindern oder einschränken [darf], eine Entscheidung zu treffen oder auszuführen, die nach dem fachlichen Ermessen des*der *Kapitäns*in* für die sichere Navigation und den Schutz der Meeresumwelt notwendig ist».[49]

Die IFSMA gibt zu bedenken, dass bis heute noch kein Algorithmus erfunden wurde, der menschliches Verhalten auf See in angemessener Weise antizipieren kann.

---

46 Art. 94 Abs. 4 lit. b SRÜ.

47 IMO LEG 107/8/18 v 23.1.2020 (Regulatory Scoping Exercise and Gap Analysis on Conventions Emanating from the Legal Committee with Respect to Maritime Autonomous Surface Ships (MASS): Comment on documents LEG 107/8, LEG 107/8/1, LEG 107/8/5, LEG 107/8/6 and LEG107/8/11 regarding the role of the master, Submitted by the International Federation of Shipmasters' Associations (IFSMA)), 1.

48 Internationales Übereinkommen von 1974 zum Schutz des menschlichen Lebens auf See v 1.11.1974, 18961 UNTS. 1184, 1185, BGBl. 1979 II 141 (im Folgenden: SOLAS).

49 Regulation 34-1 SOLAS [Hervorhebungen durch die Autorin].

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Damit ein unbemanntes System den Anforderungen entsprechen kann, die an menschliche Kapitän*innen gerichtet werden, müsste es über eine Vielzahl verschiedener Daten verfügen und diese innerhalb kürzester Zeit auswerten und entsprechend handeln können. Es müsste zeitgleich die emotional aufgeladene Situation, den Abstand der Parteien, Wetterbedingungen, Sprachbarrieren, Mimik und Gestik, etc. aller Beteiligten analysieren können. Etwas was ein Mensch mitunter in Sekundenschnelle wahrnimmt, müsste Algorithmen zuerst minutiös einprogrammiert werden. Sind allerdings eines Tages alle Eventualitäten «abgespeichert», könnten Algorithmen möglicherweise schnellere und objektivere Entscheidungen treffen.[50]

d) Zwischenfazit zum Schutz von unbemannten Schiffen

Es kann folglich festgehalten werden, dass die 2005 SUA-Konvention *de lege lata* auch für den Schutz von unbemannten Frachtschiffen zur Anwendung kommen kann. Es gibt zwar berechtigte Bedenken, was die tatsächliche Möglichkeit des Kapitänsersatzes für Frachtschiffe durch unbemannte Systeme angeht, allerdings spielen diese für den Umfang des Schutzbereichs der 2005 SUA-Konvention keine Rolle.

Sie können jedoch in einem späten Analyseschritt relevant werden, falls die unbemannte *Medusa* zum Beispiel die menschlichen Angreifenden an Bord festhält und sie an die zuständigen Behörden übergibt.

2. Ist Art. 3 Abs. 1 lit. a 2005 SUA-Konvention auf Taten von unbemannten Angreiferschiffen anwendbar?

In diesem Abschnitt wird untersucht, ob auch unbemannte Angreiferschiffe in den Anwendungsbereich der 2005 SUA-Konvention fallen. Dabei wird analysiert ob UMS ausgewählte Tatbestandsmerkmale erfüllen und welche Auswirkungen der Einsatz von UMS auf der Angreiferseite für das nationale Recht des rechtsdurchsetzenden Staates hat.

---

50 Für eine Bearbeitung der Rechtsfragen, die für weitere relevante völkerrechtliche Abkommen entstehen, die sich mit den Pflichten des*der Kapitäns*in beschäftigen, wenn unbemannte Systeme eingesetzt werden, siehe: *Ringbom*: Regulating Autonomous Ships—Concepts, Challenges and Precedents, in: Ocean Development & International Law, Bd. 50, 2019, 141 (149ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Tatbestandsmerkmale der 2005 SUA-Konvention erfüllt?

Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass die Rechtsdurchsetzung gegenüber unbemannten Systemen nicht explizit vom Anwendungsbereich der 2005 SUA-Konvention ausgeschlossen ist. Vielmehr umfasst Art. 3bis Abs. 1 lit. a iii) auch Fälle in denen «*ein Schiff in einer Weise verwendet [wird], die den Tod, schwere Verletzungen oder Schäden verursacht*», worunter wohl auch Attacken von selbstfahrenden Kamikazebooten fallen würden.

Im Fall der *Medusa* interessiert aber vor allem, ob Art. 3 Abs. 1 lit. a 2005 SUA-Konvention zu Anwendung kommt. Er umfasst Fälle, in denen

> «durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt oder durch eine andere Form der Einschüchterung ein Schiff in Besitz [genommen] oder die Herrschaft darüber [ausgeübt wird]»[51]

Vordergründig scheint sich diese Norm auch auf Taten von Angreifenden, die nicht manuell die Kontrolle über ein Schiff übernehmen, sondern beispielsweise durch das ferngesteuerte Anbringen von Sprengkörpern an der *Medusa* deren weiteres Handeln beeinflussen, zu erstrecken. Dieses Szenario ist mit heutiger Technik bereits möglich, hat so aber bisher noch nie stattgefunden. Auch unbemannte Angreiferschiffe können den Tatbestand des Angriffs und der Kontrollübernahme in Art. 3 Abs. 1 lit. a 2005 SUA-Konvention erfüllen.

b) Übernahme ins innerstaatliche (Straf-)Recht

Damit staatliche Rechtsdurchsetzungsbehörden gegen derartige Gefährte tätig werden dürfen, müssen die aufgeführten Bestimmungen aber auch im innerstaatlichen Recht verankert werden. Dies ergibt sich unter anderem aus Art. 5 2005 SUA-Konvention:

> «Jeder Vertragsstaat bedroht die in den Artikeln 3, 3bis, 3ter und 3quater genannten Straftaten mit angemessenen Strafen, welche die Schwere der Tat berücksichtigen.»[52]

Im Kontext des Einsatzes von unbemannten Schiffen für Straftaten würde das also bedeuten, dass das ghanaische Strafrecht sowohl die Begehung

51 Art. 3 Abs. 1 lit. a 2005 SUA-Konvention.
52 Art. 5 2005 SUA-Konvention.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von Straftaten via Fernsteuerung als auch durch den Einsatz von vollautonomen Schiffen unter Strafe stellen muss, um die jeweiligen Täter*innen verurteilen zu können. Zum heutigen Zeitpunkt kann davon ausgegangen werden, dass das nationale Strafrecht der wenigsten Staaten so ausgestaltet ist, dass auch Personen die das Schiff fernsteuern oder – bei vollautonomen Schiffen sogar Programmierer*innen – gleichermassen bestraft werden können, wie physisch anwesende Täter*innen.

Insbesondere bei Bestimmungen, die strafrechtlicher Natur sind, ist es wichtig, das Legalitätsprinzip[53] zu beachteten – auch wenn die Verlockung gross ist, die fragliche Bestimmung einer evolutiven Auslegung zu unterziehen.[54] Oder wie Leena Grover treffend formuliert: «*[t]he needs of a changing world cannot be understood, in and of themselves, as a justification for violating the principle of legality*».[55]

c) Zwischenfazit zur Erfassung von angreifenden UMS

Die 2005 SUA-Konvention ist folglich auch auf das zweite Szenario anwendbar, allerdings wären höchstwahrscheinlich Anpassungen des nationalen Straf- und Strafverfolgungsrechts notwendig, um die Täter*innen auch tatsächlich verurteilen zu können.

*3. Dürfen law enforcement vessels ohne Kapitän*in an Bord eingesetzt werden?*

In dieser letzten Variante des Fallbeispiels der *Medusa* wird analysiert, inwiefern die 2005 SUA-Konvention explizite Anforderungen an den Aufenthaltsort des*der Kapitän*in eines *law enforcement vessels* stellt. Ob es also auch zulässig wäre, wenn Ghana ein unbemanntes Küsten-wachschiff einsetzt, um der *Medusa* zu Hilfe zu kommen. Leider kann hier aus Platzgründen nicht näher besprochen werden, ob die Sicherheitsvorschriften nach Art. 8bis Abs. 10 a 2005 SUA-Konvention von unbemannten Küstenwach-

---

53 Für ein Anwendungsbeispiel des Legalitätsprinzips auf völkerrechtlicher Ebene siehe Art. 22 Abs. 2 Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs v 17.7.1998, in Kraft seit dem 1. Juli 2002, 2187 UNTS 90 (Rom-Statut). *Boister*, An Introduction to Transnational Criminal Law, 2. Aufl. 2018, 39f.

54 *Petrig*, The Commission of Maritime Crimes with Unmanned Systems: An Interpretive Challenge for UNCLOS (Fn. 1), 116ff.

55 *Grover*, Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court, 2014, 166.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schiffen einhaltbar wären. Stattdessen wird untersucht, ob die Vorgaben für Strafverfolgungsbeamt*innen eingehalten werden können und welche Bedeutung externe Definitionen für «Kriegsschiffe» auf die 2005 SUA-Konvention haben.

*a) Die Definition der Strafverfolgungsbeamt*innen*

Obwohl die 2005 SUA-Konvention sich nicht explizit zum Standort des*der Kapitäns*in eines Küstenwachschiffs äussert, enthält sie doch Vorgaben für den Einsatz von Strafverfolgungsbeamt*innen und anderer befugter Beamter. Art. 8bis Abs. 10 lit. e 2005 SUA-Konvention besagt:

> «Im Sinne dieses Artikels bedeutet «Strafverfolgungsbeamt*innen oder andere befugte Beamt*innen» *uniformierte oder anderweitig deutlich erkennbare*, von ihrer Regierung ordnungsgemäss befugte Angehörige der Strafverfolgungs- oder anderer staatlicher Behörden. Für den besonderen Zweck der Strafverfolgung nach diesem Übereinkommen legen die Strafverfolgungsbeamt*innen oder andere befugte Beamt*innen *beim Anhalten* dem*der Kapitän*in des Schiffes geeignete staatlich ausgestellte Ausweispapiere zur Prüfung vor.»[56]

Um gemäss der SUA-Konvention agieren zu können, müsste das unbemannte Küstenwachschiff von Ghana also von aussen deutlich erkennbar sein und zum Zeitpunkt, in dem es die Angreifenden anhält und die Kontrolle übernimmt, muss es «sich ausweisen» können. Denkbar sind Szenarien, in denen mehrere kleine Schiffe oder auch andere unbemannte Systeme wie zum Beispiel Drohnen zusammenarbeiten und im Verlauf der Operation Beamt*innen beispielsweise via Video-Live-Kommunikation vom Festland oder von einem anderen Schiff aus mit den festgesetzten Personen kommunizieren.

b) Weitere Voraussetzungen zur Anwendbarkeit erfüllt?

Weiter ist fraglich, ob ein Ausschlussgrund nach Art. 2 Abs. 1 2005 SUA-Konvention vorliegt. Wir gehen jetzt davon aus, dass weder die *Medusa* noch die angreifenden Schiffe Kriegsschiffe oder Staatsschiffe eines ande-

56 Art. 8bis lit. e 2005 SUA-Konvention [Hervorhebungen durch die Autorin].

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ren Staates sind.[57] Es liegt also kein Ausschlussgrund vor. Diese Bestimmung zeigt aber auf, dass auch Begriffe, die nicht in der zu untersuchenden Konvention selber definiert werden, relevant sein können. Potenziell müssten also Definitionen aus anderen völkerrechtlichen Verträgen ebenfalls untersucht werden, um ihre Anwendbarkeit auf UMS zu überprüfen.

c) Zwischenfazit über den Einsatz von UMS durch die Küstenwache

Das Szenario von unbemannten oder gar autonomen Küstenwachschiffen die allein zum Einsatz kommen, ist derzeit eher unrealistisch. Ihr Einsatz für Aufklärungs- oder sonstige Unterstützungszwecke hingegen schon. Die 2005 SUA-Konvention wäre grundsätzlich anwendbar, allerdings müssten etliche operationelle Vorgaben überdacht und auf unbemannte Systeme angepasst werden. Das ginge einerseits durch die Einigung der Vertragsstaaten auf gemeinsame Auslegungsregeln oder ein Zusatzprotokoll für den Einsatz von unbemannten Systemen.

IV. Verallgemeinerbare Schlüsse für weitere Vertragsanalysen

Es lassen sich allgemeine Erkenntnisse aus dem Vorstehenden ziehen, obwohl im Rahmen dieses Beitrags nur einige wenige Rechtsfragen der unbemannten Seeschifffahrt angesprochen werden konnten.

Das fiktive Fallbeispiel der *Medusa* zeigt in seinen verschiedenen Szenarien deutlich, dass bei einem Einsatz von unbemannten Systemen alle relevanten Begriffsdefinitionen konsequent in Frage gestellt werden müssen. Dies hat sich beispielsweise bei der Definition des «Schiffs» in Art. 1 Abs. 1 lit. a 2005 SUA-Konvention gezeigt.

Weiter gilt es die Rechtsnatur der betroffenen Norm und die in Wechselwirkung zu ihnen stehenden Vorschriften anderer Verträge zu beachten. Was sich durch die Analyse von Art. 3 Abs. 1 lit. a 2005 SUA-Konvention – der Erfassung von UMS in Straftatbeständen – gezeigt hat. Sogar wenn eine Kategorie ausgeschlossen werden soll und diese im Vertrag selbst nicht definiert wird, so müsste doch die externe Definition zu Hilfe genommen werden, um zu eruieren, ob der Ausschlussgrund zustande

57 Rechtliche Fragen, die in Zusammenhang mit den externen Begriffsdefinitionen von «Kriegsschiffen» und dem Einsatz von unbemannten Systemen entstehen, müssen an dieser Stelle aus Kapazitätsgründen ausgeklammert werden.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kommt. Je nach Ergebnis müssten diese externen Definitionen ebenfalls angepasst werden. Das wurde bei der Besprechung von Art. 2 Abs. 1 2005 SUA-Konvention – der Bedeutung von «Kriegsschiff» – deutlich.

Der Einsatz von neuen Technologien muss aus verschiedenen Blickwinkeln durchdacht werden. Es macht einen Unterschied, ob der Fokus nur auf dem Schutzobjekt (hier das Frachtschiff *Medusa*) liegt, oder ob auch weniger naheliegende Perspektiven, wie diejenige des unbemannten Küstenwachschiffs und der Rechtmässigkeit seines Einsatzes eingenommen wird.

Und um die Analyse längerfristig nutzbar zu machen, müssen auch zukünftige Szenarien mitgedacht werden. Wie etwa der Einsatz von komplett autonomen Schiffen und das Zusammenwirken von vielen kleineren UMS unterschiedlicher Art.

V. Ausblick

Die Digitalisierung der Meere erfordert die Untersuchung von bestehenden seevölkerrechtlichen Abkommen zur Gewährleistung von Sicherheit und Ordnung in maritimen Rechtsdurchsetzungsoperationen. Die vorgenommene Vertragsanalyse der 2005 SUA-Konvention hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit auf unbemannte Schiffe zeigt entstehende Rechtsfragen auf und die daraus gewonnenen Erkenntnisse können auch auf andere Verträge angewendet werden. Wie die IMO ihr *Regulatory Scoping Exercise* abschliessen wird, ist derzeit noch ungewiss.[58]

Wie einleitend erwähnt, gibt es vier mögliche Vorgehensweisen, wie die IMO auf die Ergebnisse des *Regulatory Scoping Exercise* in Bezug auf die Abkommen unter ihrem Dach reagieren wird.[59] Es ist wohl eher unrealistisch, dass die IMO das Risiko eingeht, sämtliche betroffenen Abkommen nochmals für Debatten zu öffnen. Völkerrechtliche Verträge sind oftmals fragile Gebilde, die über Jahre gewachsen sind und einen Balanceakt zwischen den Interessen verschiedenster Staaten darstellen. Eine neue Verhandlungsrunde würde bereits gefundene Kompromisse wieder in Frage stellen und das Risiko bergen, dass nach der Revision nicht mehr alle Vertragsstaaten zustimmen.

58 Zum Zeitpunkt der Verschriftlichung dieses Beitrags sind noch keine entsprechenden Entscheidungen gefällt worden [Stand:18.05.2020].

59 Siehe oben Fn. 23. IMO Doc LEG/106/8/1, Annex, 2.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Eine sinnvollere Strategie scheint ein *compliance based approach* zu sein, wie er beispielsweise von der Schweiz bei den Verhandlungen zum Einsatz von tödlichen autonomen Waffensystemen (LAWS) im Rahmen der *Certain Conventional Weapons*-Verhandlungen eingebracht wurde.[60] Auch die IMO scheint diesen Weg zu präferieren, enthalten doch die Interim-Richtlinien für MASS-Testeinsätze eben solche Bedingungen.[61] Es ist auch vorstellbar, dass die IMO im Anschluss an die *Regulatory Scoping Exercise* allgemeine Interpretationsrichtlinien oder ein *Chapeau*-Zusatzprotokoll, also ein Dachabkommen für alle betroffenen Übereinkommen, erarbeiten lässt.

Abschliessend lässt sich festhalten, dass die Digitalisierung die See unbestritten erreicht hat. Obwohl der vorliegende Beitrag mit dem Einsatz von UMS nur einen kleinen Teilbereich dieses Themenkomplexes anreissen konnte, wurde deutlich, dass eine Vielzahl von Rechtsfragen geklärt werden müssen, wenn auch im Bereich des Seevölkerrechts ein höchstmögliches Mass an Rechtssicherheit erreicht werden soll. Andere problematische Sachverhalte wie Cyberangriffe und Störungen neuer Technologien auf See und die sich hieraus ergebenden Haftungsfragen stellen ähnliche Herausforderungen dar. Auch die künftig zu erwartende parallele Verwendung von Wassergefährten unterschiedlichster Technologisierungsstufen dürfte eine Vielzahl von ungeklärten Rechts-fragen aufgeben, die zeitnahe, sachgerechte Lösungen erfordern.

---

60 CCW, Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects: A «Compliance-Based» Approach to Autonomous Weapon Systems Working Paper submited by Switzerland, v 10.11.2017, CCW/GGE.1/2017/WP.9.

61 MSC, Interim Guidelines for MASS Trials, MSC.1/Circ. 1604, v 14.6.2019, Annex, 1, Punkt 2.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Besteuerung der digitalisierten Wirtschaft und Datenschutz in der Steuerverwaltung – Probleme einer destination-based corporate tax?

Julia Sinnig

I. Einleitung

Digitalisierte Geschäftsmodelle stellen die nationale und internationale Steuerrechtsordnung vor neue Herausforderungen, die aus dem an physische Präsenz angelehnten Territorialitätsverständnis bisher anwendbarer Steuerrechtsvorschriften resultieren. Kern der derzeitigen politischen Diskussion ist die Besteuerung multinationaler Großkonzerne, wie z.B. Facebook, Google oder Amazon, die durch digitalisierte Geschäftsmodelle eine Erreichbarkeit von Nutzern und Kunden erzielen, die weit über die traditioneller Unternehmen im Offline-Geschäft hinausgeht.

Da diese Erreichbarkeit allein durch den technologischen Fortschritt und insbesondere das Internet ermöglicht werden, bedarf es kaum noch einer reellen, greifbaren Ausführung der Geschäftstätigkeit »vor Ort« des Dienstleistungsempfängers. Zudem haben sich die Geschäftsbeziehungen und Vergütungsmodelle zwischen Dienstleistungsempfängern und -anbietern verändert. Eine direkte Vergütung der Dienstleistung durch den Empfänger weicht zunehmend einer indirekten Vergütung über Dritte, wie es beispielsweise für Online-Werbung charakteristisch ist.[1]

Um die Steuerrechtsordnung diesen Herausforderungen anzupassen und dem politischen Ruf des Wählers nach »fairer« Besteuerung multinationaler Großkonzerne nachzukommen,[2] wurden in den letzten Jahren verschiedene Lösungsansätze sowohl auf nationaler Ebene als auch in europäischen und internationalen Foren vorgeschlagen und diskutiert. Absicht dieser Vorschläge ist, dass Erträge möglichst dort besteuert werden sollen, wo sich Nutzer aufhalten oder ansässig sind (sog. *destination-based*

1 S. u. Abschnitt II. 2.

2 Vgl. z.B. Europäische Kommission, Faire Besteuerung der digitalen Wirtschaft, abrufbar unter https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/fair-taxation-digital-economy_de (Stand: 6.5.2020).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

corporate taxation).[3] Eine Ermittlung dieses Ortes setzt jedoch voraus, dass der Online-Dienstleistugsnutzer zunächst durch den steuerzahlenden Konzern für ebendiese Zwecke lokalisiert werden muss, was möglicherweise gegen europäische Datenschutzgrundsätze verstoßen könnte. Es muss betont werden, dass es hier nicht um die Besteuerung von Daten als solche geht, sondern um eine Besteuerung der Erträge, die u.a. auf Grundlage einer Datenverarbeitung seitens des Unternehmens erwirtschaftet wurden.

Ziel dieses Beitrages ist es, mögliche datenschutzrechtliche Verstöße bei der ertragsteuerlichen Erfassung zu ermitteln und einzuordnen, um so eine genaue Ausgestaltung unterschiedlicher steuerrechtlicher Lösungsansätze konkreter einzugrenzen.

Bevor die datenschutzrechtlichen Konsequenzen einer solchen Steuerpolitik (*IV.*) beleuchtet werden, werden zunächst die steuerrechtliche Grundproblematik (*II.*) sowie verschiedene Modelle einer am Bestimmungsland ausgerichteten Ertragsteuer erläutert (*III.*). Der Beitrag schließt mit einer Zusammenfassung, einem Fazit und einem Ausblick auf weitere Entwicklungen und Rechtsfragen (*V.*).

II. Überblick der steuerrechtlichen Problematik

Ein grober Überblick der steuerrechtlichen Problematik, die den datenschutzrechtlichen Überlegungen in der Steuerverwaltung zugrunde liegt, setzt die Kenntnis der derzeitigen Besteuerung von Unternehmensgewinnen (1.) und der Problematik dieser Besteuerung bei Anwendung auf digitalisierte Geschäftsmodelle (2.) voraus. Um künftige Entwicklungen bewerten zu können, ist ebenfalls eine kurze Vorstellung politischer Lösungsansätze dieser Problematik erforderlich (3.).

3 Während die Umsatzsteuer traditionell auf das Bestimmungsland abstellt, ist dieser Ansatz in der Ertragbesteuerung durchaus neu. Hier wurde nämlich bislang auf Ansässigkeits- und Quellenstaat abgestellt, um Besteuerungsrechte aufzuteilen. Der Begriff des Bestimmungslandes ist geltenden Vorschriften dementsprechend fremd. Vgl. Abschnitt II. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Internationale Besteuerung von Unternehmensgewinnen heute

Derzeit können Unternehmensgewinne gemäß Art. 7 Abs. 1 des OECD-Musterabkommens (nachfolgend »OECD-MA«)[4] nur im Ansässigkeitsstaat des Unternehmens besteuert werden, außer wenn das Unternehmen seine Geschäftstätigkeit im anderen Vertragsstaat durch eine dort gelegene Betriebsstätte ausübt. In diesem Fall können die Gewinne des Unternehmens, die der Betriebsstätte zuzuordnen sind, in diesem Vertragsstaat besteuert werden. Der Sitzstaat des Unternehmens muss in diesen Fällen eine Doppelbesteuerung vermeiden, was in deutschen Doppelbesteuerungsabkommen (nachfolgend »DBA«) zumeist durch die Freistellungsmethode des Art. 23A OECD-MA geschieht.[5] Art. 5 Abs. 1 OECD-MA definiert eine Betriebsstätte als »feste Geschäftseinrichtung, durch die die Geschäftstätigkeit eines Unternehmens ganz oder teilweise ausgeübt wird«.

Grundsätzlich ist eine Besteuerung von Unternehmensgewinnen also jedenfalls im Sitzstaat sichergestellt. Die eingeschränkte Besteuerung durch den Betriebsstättenstaat beruht auf der Absicht, ebendiesem Staat nur dann ein Besteuerungsrecht einzuräumen, wenn das Unternehmen eine »intensive[n] geschäftliche[n] Bindung an diesen Staat geführt hat«.[6] Ziele sind eine Liberalisierung des zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehrs, die Geringhaltung administrativer Kosten auf Seiten sowohl der Finanzbehörden als auch der steuerzahlenden Unternehmen sowie die Minimierung des Risikos einer Doppelbesteuerung.[7]

Der vergleichsweise eng definierte Betriebsstättenbegriff, der z.B. keine Ertragbesteuerung von reinen Warenlieferungen im Zielland ermöglicht, wird insbesondere aus Sicht von (kapitalimportierenden) Entwicklungsländern bereits seit längerer Zeit kritisiert.[8] Es ist ebenfalls eine Tendenz zur Ausdehnung des Begriffes zu beobachten, um die Entwicklung verschiedener, darunter auch digitaler, Geschäftsmodelle zu begleiten und abzudecken.[9]

---

4 OECD, OECD-Musterabkommen zur Beseitigung der Doppelbesteuerung sowie der Steuerverkürzung und -umgehung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen, Fassung v. 21.11.2017.

5 *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 16.230.

6 Vgl. *Görl* in Vogel/Lehner, DBA, 6. Aufl. 2015, Art. 5 OECD-MA 2014 Rn. 2. S.a. BFH Urt. v. 21.4.1999 – I R 99/97, DStR 1999, 1605 (1607); *Kaeser* in Wassermeyer, DBA, Losebl. (Stand: Oktober 2019), Art. 5 OECD-MA 2017 Rn. 1.

7 Vgl. *Görl* in Vogel/Lehner, DBA, 6. Aufl. 2015, Art. 5 OECD-MA 2014 Rn. 3.

8 *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 16.231.

9 OECD-Musterkommentar (nachfolgend »OECD-MK«) zu Art. 5 Rn. 6 ff. u. ins. 122-131 zu sog. Serverbetriebsstätten; *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht,

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. *Problematik der Ertragbesteuerung bei der Anwendung auf digitalisierte Geschäftsmodelle*

Art. 5 Abs. 1 OECD-MA setzt eine feste Geschäftseinrichtung voraus, durch die die Geschäftsaktivität des Unternehmens ganz oder teilweise ausgeführt wird.[10] Art. 5 Abs. 2 OECD-MA listet Beispiele für solch feste Geschäftseinrichtungen auf. Digitalisierte Geschäftsmodelle, die durch den Fortschritt der Technologie auch geographisch weit entfernte Nutzer und Kunden erreichen können, erfüllen selten die Voraussetzung einer festen Geschäftseinrichtung im jeweiligen Nutzer- oder Kundenstaat.

Konkrete Beispiele für solche Modelle sind Facebook oder Google, die durch das Sammeln und Analysieren von Nutzerdaten über wertvolle Informationen verfügen, um dritten Unternehmen zielgerichtete Werbeflächen anbieten zu können. Üblicherweise werden die Dienstleistungen, die Nutzer dazu bringen, entweder bewusst ihre Daten preiszugeben oder unbewusst durch ihr Onlineverhalten Rückschlüsse auf ihre (Konsum-) Interessen zu erlauben, diesen Nutzern kostenfrei angeboten.[11] Finanziert wird das digitalisierte Geschäftsmodell allein durch Werbedienstleistungen, die Dritten angeboten werden. Der Vorteil für werbende Unternehmen im Vergleich zu »traditionellen« Marketingstrategien, wie z.B. in Zeitungen oder auf Plakatwerbeflächen, ist eine große und vor allem zielgerichtete Reichweite.[12]

Was die mangelnde Notwendigkeit geographischer Nähe zum Absatzmarkt betrifft, sieht es bei sog. Onlinemarktplätzen oder Vermittlermodellen ähnlich wie bei Online-Werbedienstleistern aus. Diese Plattformen verknüpfen Unternehmen und Verbraucher oder auch Verbraucher untereinander und ermöglichen somit den Handel zwischen diesen Vertragsparteien, der sich ohne die gebotene Plattform wohl nicht ergeben hätte. Beispiele sind eBay Kleinanzeigen, Kleiderkreisel.de oder Zalando Wardrobe. Darüber hinaus gehören klassischere Vermittlermodelle, wie z.B. Reise-

---

3. Aufl. 2011, Rn. 16.231. Für eine weitere Diskussion des Wandels des Betriebsstättenbegriffs, s.a. *Kaeser* in Wassermeyer, DBA, Losebl. (Stand: Oktober 2019), Art. 5 OECD-MA 2017 Rn. 1; *Kaeser* in Wassermeyer, DBA, Losebl. (Stand: Oktober 2019), Art. 7 OECD-MA 2017 Rn. 585-587; *Reimer* IStR 2005, 378; *Tappe* IStR 2011, 870; *Reiser/Cortez* IStR 2013, 6.

10 Vgl. *Wassermeyer/Kaeser* in Wassermeyer, DBA, Losebl. (Stand: Oktober 2019), Art. 5 OECD MA 2017 Rn. 29 ff.

11 Zu nennen sind beispielsweise soziale Netzwerkdienstleistungen oder Suchmaschinen.

12 Vgl. *Kofler/Mayr/Schlager* European Taxation 2017, 523 (527 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

agenturen, zu dieser Kategorie. Das stationäre Reisebüro kann also vollständig online abgebildet werden, indem das Onlineunternehmen auf einer Internetseite Angebote präsentiert, die vom Nutzer durch Filter und gezielte Suchen durchstöbert werden können. Bei Auswahl eines passenden Angebots kann eine Vermittlungsprovision entweder durch den Nutzer direkt oder aber das Unternehmen, bei dem der Kunde bspw. ein Hotelzimmer gebucht hat, zugunsten der digitalen Plattform beglichen werden. Beispiele für solche Geschäftsmodelle sind Expedia oder Booking.com. Auch Modelle der sog. »Sharing Economy«, in der bspw. privater Wohnraum entgeltlich für kurze Zeiträume zwischen Privatpersonen zur Verfügung gestellt wird, fallen in diese Kategorie der digitalisierten Geschäftsmodelle. In diesen Fällen ist die Aufgabe des digitalisierten Unternehmens nicht etwa die Bereitstellung von Wohnraum, sondern lediglich das Angebot der Onlineplattform, auf der Nutzer Angebote einstellen oder suchen können.

Andere Geschäftsmodelle, wie der Onlinehandel,[13] erreichen ihre Kunden durch Lieferdienste und dem Lieferort nahegelegene Lagerhäuser. Solche Lagereinrichtungen könnten jedoch durch Art. 5 Abs. 4 lit. a OECD-MA als Ausnahme zur Betriebsstättendefinition anerkannt sein, sodass derartige Einrichtungen keine feste Geschäftseinrichtung gemäß Art. 5 Abs. 1 OECD-MA darstellen würden. Im Rahmen der zwischenstaatlichen Verhandlungen zum sog. »Mehrseitigen Übereinkommen zur Umsetzung steuerabkommensbezogener Maßnahmen zur Verhinderung der Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung«[14] (nachfolgend »MLI«) wurde auch dieser Fall besprochen. Durch Art. 13 MLI sollen ebensolche Ausnahmen zur Betriebsstätte verhindert werden, in denen die Unterhaltung einer Lagereinrichtung eine Hauptfunktion des Unternehmens darstellt.

---

13 Amazon ist der in Deutschland wohl bekannteste Onlinehändler. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass Onlinehändler gleichzeitig auch stationäre Handelseinrichtungen unterhalten, wie z.B. der Bekleidungshändler Breuninger oder die Baumarktkette Hornbach. In den Ausführungen dieses Beitrags wird lediglich die Seite des reinen Onlinehandels beleuchtet; die Behandlung von Einkünften aus stationären Verkaufsstellen wird vernachlässigt.

14 Engl. »Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting« (MLI). Der Text des mehrseitigen Übereinkommens wurde am 24.11.2016 nach Verhandlungen mit mehr als 100 beteiligten Staaten durch die OECD angenommen. Unterzeichnet wurde das Übereinkommen am 7.6.2017 zunächst von 67 Staaten. Mittlerweile haben insgesamt 94 Staaten das Übereinkommen unterzeichnet.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Somit dürften Onlinehändler nicht mehr von den Ausnahmeregelungen des Art. 5 Abs. 4 OECD-MA profitieren.[15]

Eine ähnliche Lösung ist für Onlinewerbemodelle, die zumeist mit anderen Dienstleistungen, die primär der Nutzerdatensammlung dienen, einhergehen, oder auch Onlinemarktplätze und -vermittlungsplattformen kaum denkbar. Diese Geschäftsmodelle benötigen nämlich keinerlei feste Geschäftseinrichtung in der Nähe des Absatzmarktes, sodass sie auch derzeit nicht unter eine im Art. 5 Abs. 4 OECD-MA genannte Ausnahmeregelung fallen, sondern schlichtweg nicht vom Anwendungsbereich des Art. 5 OECD-MA betroffen sind.

Da der Sitzstaat eines Unternehmens durch das Unternehmen relativ simpel festgelegt werden kann,[16] bewerten Absatzstaaten, die sich als potentielle Quellenstaaten gemäß Art. 7 Abs. 1 und Art. 5 OECD-MA sehen, den Betriebsstättenbegriff als zu eng. Anders als in der o.g. längerfristigen Debatte um den engen Betriebsstättenbegriff, der sich vor allem kapitalimportierende Entwicklungsländer anschlossen, beteiligen sich an der aktuellen Diskussion vor allem entwickelte Staaten, die keine Sitzstaaten digitaler Unternehmen sind, aber einen Teil des Steueraufkommens für sich beanspruchen wollen.[17] Das zugrundeliegende Argument dieses Anspruchs ist politischer Natur und in die allgemeine politische Debatte zu aggressiven Steueroptimierungsstrategien multinationaler Konzerne einzuordnen.[18]

---

15 S. a. *Kofler/Mayr/Schlager* European Taxation 2017, 523 (526 f.).

16 Vgl. *Wassermeyer/Kaeser*, in Wassermeyer, DBA, Losebl. (Stand: Oktober 2019), Art. 4 OECD MA 2017 Rn. 37 ff.: Der Sitz einer Gesellschaft bezieht sich laut OECD-MA unter Verweis auf innerstaatliches Recht auf den Ort der Geschäftsleitung oder ein »anderes ähnliches Merkmal« (s. inbs. §§ 10, 11 AO für Deutschland).

17 Die Wichtigkeit der Nachfrage zur Realisierung von Erträgen rückt zunehmend in den Mittelpunkt der Diskussion um Ertragbesteuerung; s. *Kofler/Sinnig* in Haslehner/Kofler/Pantazatou ua (Hrsg.), Tax and the Digital Economy – Challenges and Proposals for Reform, 2019, 101 (105).

18 Vgl. z.B. *Brauner* Intertax 2018, 462 (462 f., 464); *Devereux/Vella* Intertax 2018, 550 (550 u. 559); *Schön* Bulletin for International Taxation 2018, 278 (278-280).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Politische Lösungsansätze auf internationaler Ebene

Im Rahmen des durch die OECD angeführten »BEPS-Projektes«[19] und des darin enthaltenen ersten Aktionspunktes wurden zwei Berichte in den Jahren 2015 und 2018 veröffentlicht,[20] die zunächst die Funktionsweise digitalisierter Geschäftsmodelle und grob umrissene mögliche steuerrechtliche Lösungsansätze festhalten. Im Jahr 2019 folgte die Veröffentlichung einer »Policy Note«,[21] ein Öffentlichkeitsbeteiligungsverfahren[22] und die anschließende Veröffentlichung eines Arbeitsprogramms,[23] die im Wesentlichen vorschlagen, die konstatierten Herausforderungen über einen Lö-

---

19 Das »Base Erosion and Profit Shifting« Projekt findet seinen Ursprung im Jahr 2012 und beinhaltet 15 Aktionspunkte, die verschiedene Steuerplanungs- und -optimierungsstrategien eindämmen sollen. Jeder Aktionspunkt befasst sich inhaltlich mit einem Thema. Der erste Aktionspunkt beschäftigt sich mit den steuerrechtlichen Herausforderungen der sog. Digitalen Wirtschaft. In Arbeitsgruppen, an denen Finanzministerien und -behörden von OECD-Mitglied- und Nicht-Mitgliedstaaten beteiligt waren, wurden Lösungsansätze für die Bekämpfung der verschiedenen Gewinnverkürzungs und -verlagerungsstrategien ausgearbeitet. Resultat dieser Arbeit ist das oben genannte MLI. Einige der Aktionspunkte führten jedoch bislang noch nicht zu einer Einigung der verhandelnen Staaten, darunter auch Aktionspunkt 1. Dementsprechend beinhaltet das MLI noch keine Regelung zu der in Abschnitt II. erläuterten Problematik.

20 OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy – Action 1: 2015 Final Report, 5.10.2015, abrufbar unter https://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en (Stand: 15.2.2020); OECD, Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018, 16.3.2018, abrufbar unter https://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en (Stand: 15.2.2020).

21 OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note, 23.1.2019, abrufbar unter http://www.oecd.org/tax/beps/policy-note-beps-inclusive-framework-addressing-tax-challenges-digitalisation.pdf (Stand: 15.2.2020).

22 OECD, OECD Invites Public Input on the Possible Solutions to the Tax Challenges of Digitalization, v. 19.2.2019, abrufbar unter: https://www.oecd.org/tax/oecd-invites-public-input-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm (Stand: 15.2.2020); OECD, Public Consultation Document: Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – 13 February – 6 March 2019, 13.2.2019, abrufbar unter http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf (Stand: 15.2.2020; nachfolgend »Public Consultation Document 1«).

23 OECD, Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, v. 31.5.2019, abrufbar unter https://search.oecd.org/tax/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm (Stand: 15.2.2020).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sungsansatz, der sich in zwei Säulen aufteilt, anzugehen. Die erste Säule befasst sich mit neuen Anknüpfungs- und Gewinnaufteilungsregeln, die zweite Säule mit einer globalen Mindestbesteuerung. Relevant für diesen Beitrag sind die Ausführungen zur ersten Säule, die eine Ertragbesteuerung im Konsumstaat vorsehen. Im ersten Halbjahr 2019 wurden zunächst drei mögliche Lösungswege im Rahmen dieser ersten Säule vorschlagen: Die Vorschläge basieren auf »user participation«, »marketing intangibles« und »significant economic presence«. Ziel aller Ansätze ist eine vermehrte Zuteilung der Besteuerungsrechte zugunsten des Nutzer- bzw. Marktstaates, auch ohne dass das Erfordernis der »festen Geschäftseinrichtung« des Art. 7 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 OECD-MA erfüllt ist.[24]

Der »user participation«-Ansatz sieht einen restriktiven Anwendungsbereich vor, der nur bestimmte hochdigitalisierte Unternehmen betrifft, nämlich soziale Netzwerke, Suchmaschinen und Onlinemarktplätze. Dieser Ansatz beruht auf der Idee, dass Nutzer für diese Geschäftsmodelle einen wesentlichen Bestandteil zur Gewinnerzielung beitragen, weshalb eine Besteuerung durch den Nutzerstaat gerechtfertigt sei.[25] Der »marketing intangibles«-Ansatz sieht eine Anwendung auf sämtliche digitalisierte Geschäftsmodelle vor und begründet den steuerlichen Anknüpfungspunkt in der Vermarktung von und Wertschöpfung durch immaterielle(n) Wirtschaftsgüter(n) im Zielstaat.[26] Der dritte Ansatz der »significant economic presence« beschreibt eine Ausweitung des Betriebsstättenkonzepts um eine Reihe nicht materieller Faktoren, die eine durch digitale oder andere automatische Mittel erreichte, zielgerichtete und andauernde Interaktion nachweisen.[27]

Das Arbeitsprogramm der OECD vom Mai 2019 greift diese drei unterschiedlichen Ansätze bereits nicht mehr auf, nachdem die Verhandlungen auf OECD-Ebene zeigten, dass keiner der drei ursprünglich angedachten Lösungsvorschläge zur Einigung der verhandelnden Staaten führen würde. Folglich wurde der Lösungsansatz einer »einheitlichen Heransgehenswei-

24 Im Rahmen der 2019 und 2020 veröffentlichten Dokumente wird diese feste Geschäftseinrichtung zumeist als »physische Präsenz« (engl. »physical presence«) bezeichnet.

25 OECD, Public Consultation Document 1, 13.2.2019, Rn. 18-19.

26 OECD, Public Consultation Document 1, 13.2.2019, Rn. 30.

27 OECD, Public Consultation Document 1, 13.2.2019, Rn. 50 f. Beispiele für diese Faktoren sind die Existenz einer Nutzergemeinschaft im betroffenen Marktstaat oder die Bereitstellung der Webseite in der Sprache des Marktstaats.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

se«[28] vorgestellt, deren Ausarbeitung Gegenstand eines weiteren Öffentlichkeitsbeteiligungsverfahrens im Herbst 2019 war.[29]

Ein Anfang 2020 veröffentlichtes Dokument der OECD bestätigt das Ziel des zweiten Öffentlichkeitsbeteiligungsverfahrens,[30] dass eine breit angewendete Besteuerungsmaßnahme nicht nur digitalisierte, sondern auch andere Geschäftsmodelle betreffen sollte.[31] Dies resultiert aus der Feststellung, dass das Problem digitalisierter Geschäftsmodelle, die keine physische Präsenz mehr in der Nähe ihrer Kunden benötigen, um ihre Dienstleistungen zu erbringen, durchaus auch andere kundenorientierte Geschäftsmodelle betrifft.[32]

Kritisiert wird nicht zu Unrecht, dass die Anpassung der Mehrwertsteuer im europäischen Rechtsraum ebenfalls einen geeigneten und simpleren Lösungsansatz darstellen könnte.[33] Politisch ist eine derartige Anpassung allerdings eher unerwünscht, da die Erhöhung einer auf Endverbraucher erhobenen Steuer bei Wählern deutlich unbeliebter ist als eine auf Konzerne erhobene Ertragsteuer.[34]

---

28 Engl. »Unified Approach«.

29 OECD, Public Consultation Document: Secretariat Proposal for a »Unified Approach« under Pillar One – 9 October – 12 November 2019, 9.10.2019, abrufbar unter https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf (Stand: 15.2.2020; nachfolgend »Public Consultation Document 2«).

30 OECD, Public Consultation Document 2, 9.10.2019, Rn. 19-20.

31 OECD, Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, 31.1.2020, abrufbar unter https://www.oecd.org/tax/beps/statement-by-the-oecd-g20-inclusive-framework-on-beps.htm (Stand: 15.2.2020, nachfolgend »Statement«), Rn. 21-29.

32 OECD, Public Consultation Document 2, 9.10.2019, Rn. 22-23; OECD, Statement, 31.1.2020, Rn. 18-20. Darüber hinaus ist eine Steuer, die spezifisch auf bestimmte Geschäftsmodelle abstellt, auch nicht besonders anpassungsfähig, was angesichts der rapiden Weiterentwicklung im digitalisierten Zeitalter zunehmend problematisch erscheint. Eine Abgrenzung betroffener digitalisierter Geschäftsmodelle und nicht betroffener Modelle erscheint schwierig. Fraglich ist, ob diese Abgrenzung im Falle der weitreichenderen Definition »kundenorientierter« Geschäftsmodelle tatsächlich einfacher und erfolgreicher durchgeführt werden kann.

33 Vgl. z.B. *Schön* Bulletin for International Taxation 2018, 278 (286).

34 Die politische Meinung berücksichtigt hier offensichtlich nicht die Frage der Steuerinzidenz bzw. -überwälzung. Ökonomen beobachten, dass der ernannte Steuerpflichtige einer bestimmten Steuer nicht zwingend derjenige ist, der die effektive Steuerlast auch trägt. Wer genau Steuerträger einer Steuer ist, hängt je-

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Modelle einer am Bestimmungsland orientierten Ertragsteuer

Neben den drei ursprünglich von der OECD angedachten Vorschlägen, die auf »user participation«, »marketing intangibles« und »significant economic presence« abstellen, sowie der »einheitlichen Herangehensweise«, hat auch die Europäische Kommission im März 2018 einen Vorstoß in Richtung Bestimmungslandertragsteuer gewagt. Mit den Vorschlägen einer Digitalsteuer[35] und dem Konzept signifikanter digitaler Präsenz[36] hat die Europäische Kommission eine Übergangs- und eine Langzeitlösung finden wollen. Beide Maßnahmen sehen eine Besteuerung am Ort der Nutzer, die durch die Internet-Protocol-Adresse (nachfolgend »IP-Adresse«) oder andere Geolokalisierungsmethoden geortet werden sollen,[37] vor. Der Anwendungsbereich der signifikanten digitalen Präsenz ist breiter ausgerichtet und soll somit das Betriebsstättenkonzept ausweiten,[38] während die Digitalsteuer eine Umsatzsteuer ohne Vorsteuerabzug ist, die lediglich bestimmte digitalisierte Geschäftsmodelle betreffen soll.[39] Die Besteuerungsgrundlage der Digitalsteuer sowie ihre weitere Ausgestaltung sollten möglichst verhindern, dass sie in den Anwendungsbereich von DBA fiele, sodass eine Anpassung ebendieser zunächst nicht notwendig sein sollte.[40]

Im Jahr 2018 stand insbesondere die Digitalsteuer im Fokus der Aufmerksamkeit des Rates der Europäischen Union. Mangels Konsensfindung unter den Mitgliedstaaten wurde die weitere Ausarbeitung jedoch Ende

---

doch von verschiedenen Faktoren ab und ist somit nicht immer einfach feststellbar.

35 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zum gemeinsamen System einer Digitalsteuer auf Erträge aus der Erbringung bestimmter digitaler Dienstleistungen, 21.3.2018, COM(2018) 148 final (nachfolgend »RL-V Digitalsteuer«).

36 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Festlegung von Vorschriften für die Unternehmensbesteuerung einer signifikanten digitalen Präsenz, 21.3.2018, COM(2018) 147 final (nachfolgend »RL-V signifikante digitale Präsenz«).

37 Art. 5 Abs. 5 RL-V Digitalsteuer; Art. 4 Abs. 6 RL-V signifikante digitale Präsenz.

38 Begründung des RL-V signifikante digitale Präsenz, S. 7. Kritisch dazu: *Schanz/Sixt* DStR 2018, 1985 (1990).

39 Art. 3 Abs. 1 RL-V Digitalsteuer.

40 Vgl. *Hohenwarter/Kofler/Mayr/Sinnig* Intertax 2019, 140; *Kofler/Sinnig* Intertax 2019, 176 (195); kritisch: *Kokott* IStR 2019, 123 (129); *Valta* IStR 2018, 765 (771 f.). Für eine weitere Diskussion des RL-V Digitalsteuer, s. auch *Schanz/Sixt* DStR 2018, 1985 (1989 f.); *Luther/Vail* MwStR 2019, 896; *Wünnemann* IStR 2019, 134 (135 f.); *Brauneck* EuZW 2018, 624 (625 ff.); *Farrugia-Weber* DStR 2019, 638 (641 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2018 auf Eis gelegt.[41] Einzelne Mitgliedstaaten führten daraufhin auf nationaler Ebene Digitalsteuern ein, die am europäischen Vorschlag angelehnt sind.[42]

Darüber hinaus wurden insbesondere in der steuerökonomischen Literatur Modelle einer am Bestimmungsland ausgerichteten Unternehmensteuer ausgearbeitet und erörtert. Das bekannteste dieser Modelle ist die sog. »*destination-based cash-flow tax*« (nachfolgend »DBCFT«), die zwei Elemente vereint: Für diese Steuer charakteristisch sind zum einen das Bestimmungslandprinzip und zum anderen ihre Bemessungsgrundlage, die transaktionsbasiert auf Zahlungsströme anstelle des Nettogewinns abstellt. Die DBCFT betrifft nicht nur digitalisierte Geschäftsmodelle und wurde auch nicht im Rahmen der im Abschnitt II. 2. genannten Diskussion entworfen, sondern vielmehr als allgemeine Alternative zur Körperschaftsteuer. Abgrenzungsschwierigkeiten betroffener Steuerzahler, wie z.B. im Falle von Digitalsteuern, dürften somit kaum auftreten. Die Literatur rund um die DBCFT definiert das Bestimmungsland gemeinhin als Ort des Kunden.[43] Zwei Autoren stellen zur genauen Lokalisierung des Kunden auf dessen Ansässigkeit ab.[44] Denkbar sind allerdings auch andere Lokalisierungsmöglichkeiten, wie z.B. die in den Kommissionsvorschlägen erwähnte IP-Adresse und andere Geolokalisierungsmethoden.[45]

---

41 Rat der Europäischen Union, Rat »Wirtschaft und Finanzen«, Besteuerung der digitalen Wirtschaft, 4.12.2018, abrufbar unter https://www.consilium.europa.eu/de/meetings/ecofin/2018/12/04/ (Stand: 15.2.2020); vgl. auch *Kofler/Sinnig* in Haslehner/Kofler/Pantazatou ua (Hrsg.), Tax and the Digital Economy – Challenges and Proposals for Reform, 2019, 101 (144 f.).

42 So z.B. Frankreich, Österreich, Großbritannien, Italien, Tschechien und Ungarn. Vgl. *Keuper* BB 2020, 407 (410 ff.) u. 471 (471 ff.); zu Österreich *Mayr* BB 2019, 1245.

43 S. z.B. *Bond/Devereux*, Cash Flow Taxes in an Open Economy, Centre for Economic Policy Research Discussion Paper no. 3401, 2002, 3; *Auerbach/Devereux/Keen ua* National Tax Journal 2017, 783 (785); *Auerbach/Devereux/Keen ua*, Destination-Based Cash Flow Taxation, Oxford Working paper series WP 17/01, 2017, 17; *Devereux/Vella* Intertax 2018, 550 (555). Die Begründung des steuerlichen Anknüpfungspunktes am Ort des Verbrauchers oder Kunden beruht bei diesen ökonomischen Werken auf der Annahme, dass der Ort des Verbrauchers oder Kunden vergleichsweise unbeweglich und nicht vom Unternehmen beeinflussbar ist.

44 *Devereux/de la Feria*, Designing and implementing a destination-based corporate tax, Oxford Working paper series WP 14/07, 2014, 3.

45 S. hierzu auch *Devereux/Vella* Intertax 2018, 550 (558).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

IV. Datenschutzrechtliche Herausforderungen einer am Bestimmungsland orientierten Ertragsteuer

Da eine Besteuerung digitalisierter Geschäftsmodelle momentan auf internationaler und europäischer Ebene erörtert wird und auch im Fokus dieses Beitrags steht, erscheint es sinnvoll, sich auch bei den datenschutzrechtlichen Anforderungen an die Steuerverwaltung einer möglichen am Bestimmungslandprinzip ausgerichteten Ertragsteuer an internationalen und europäischen Datenschutzgrundsätzen zu orientieren. Im Falle der Beleuchtung einer bestimmten Steuer müsste selbstverständlich das spezifische (nationale) Regelwerk zugrunde gelegt werden. Ebenfalls muss die Anwendbarkeit der hier beschriebenen Normen gegeben sein, die nachfolgend vorausgesetzt wird.[46] Da dies jedoch nicht das Ziel dieses Beitrags darstellt, ist eine abstrakte Auswertung anhand der erwähnten Rechtsgrundlagen zunächst vorzuziehen.

Einerseits gilt es hier die Rechtsprechung des EGMR bzgl. in der EMRK verankerter datenschutzrechtlicher Grundrechte, aber auch des EuGH zur europäischen Grundrechtecharta (nachfolgend »GR-Charta«), zu beachten (1.). Darüber hinaus sollte die ab 2018 anwendbare DSGVO als eines der anspruchsvollsten und detailliertesten Datenschutzregelwerke berücksichtigt werden, um die datenschutzrechtlichen Anforderungen an eine am Bestimmungsland orientierte Ertragsteuer zu bewerten (2.).

Dieser Teil ist keineswegs als erschöpfende Auswertung sämtlicher datenschutzrechtlicher Grundsätze anzusehen. Absicht ist lediglich, einen Überblick über ebendiese zu verschaffen und eine weitere Diskussion anzuregen.

46 Zu beachten ist dies insbesondere für die Grundrechte-Charta, die gemäß ihres Art. 51 Abs. 1 S. 1 ausschließlich bei der Durchführung des Unionsrechts anwendbar ist. Dies wäre jedenfalls gegeben, wenn die im Bestimmungsland erhobene Ertragsteuer durch einen europäischen Rechtsakt eingeführt würde. Gleichermaßen wird die Anwendbarkeit der DSGVO durch Art. 2 und 3 DSGVO bedingt. Hier ist das Verhältnis zwischen Nutzer und digitalisiertem Unternehmen (Steuerzahler) und zwischen Nutzer und Finanzbehörde, die über personenbezogene Daten des Nutzers im Zuge der Steuerermittlung des digitalisierten Unternehmens verfügt, zu unterscheiden.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Lektionen aus der Rechtsprechung des EuGH und EGMR

Allgemein lässt sich wohl sagen: Je breiter, umfassender und weniger zielgerichtet die Sammlung und Speicherung von Daten erfolgen, desto wahrscheinlicher ist es, dass Gerichte sie für unvereinbar mit europäischen Datenschutzgrundrechten halten.[47] Zu differenzieren gilt es nach der jeweiligen Begründung der Datenverarbeitung und -speicherung. In der konkreten Frage dieses Beitrags geht es um eine Sammlung, Verarbeitung und Speicherung von Nutzerlokalisierungsdaten, um dem (digitalisierten) steuerzahlenden Unternehmen und den Finanzbehörden eine Ermittlung der Steuerjurisdiktion bzw. -zuständigkeit und der betreffenden Steuerbemessungsgrundlage zu ermöglichen.

Die anwendbaren Grundrechte sind zum einen das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK[48] und Art. 7 GR-Charta) und zum anderen das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GR-Charta).

Gemäß Art. 8 Abs. 2 EMRK kann ein Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und der Korrespondenz, wie die im Bestimmungsland erhobene Ertragsteuer darstellen könnte, gesetzlich begründet sein.[49] Darüber hinaus muss einer der aufgezählten Rechtfertigungsgründe erfüllt sein, was im vorliegenden Falle die Notwendigkeit für das wirtschaftliche Wohl des Landes sein könnte. Laut Rechtsprechung des EGMR muss der Eingriff erforderlich sein sowie im Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen.[50] Zur Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit ist zu erwähnen, dass der EGMR beispielsweise bei Daten, die eine Möglichkeit für den Staat darstellen, »detaillierte Profile der intimsten Aspekte des Lebens der Bürger zu erlangen«, besonders invasiv in das Privatleben der Betroffenen eingreifen.[51] Ein Aufzeichnen der Lokalisierungsda-

---

47 *Cole/Quintel* in Weaver/Reichel/Friedland, Comparative Perspective on Privacy in an Internet Era, 2019, 33 (34).

48 S. hierzu auch das Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten, 28.1.1981, Sammlung Europäischer Verträge – Nr. 108.

49 Art. 7 GR-Charta beschreibt lediglich den Schutz des Rechts, sieht jedoch in derselben Vorschrift keine Anforderungen an mögliche Eingriffe vor. Diese sind in Art. 52 Abs. 1 GR-Charta geregelt. Art. 8 Abs. 2 S. 1 GR-Charta formuliert einen ähnlichen Gesetzesvorbehalt wie Art. 8 Abs. 2 EMRK.

50 S. z.B. EGMR Urt. v. 6.9.1978 – 5029/71, Rn. 42, 50 – Klaas ua/Bundesrepublik Deutschland; EGMR (Große Kammer) Urt. v. 4.12.2008 – 30562/04 u. 30566/04, Rn 101 ff. – S. u. Marper/Großbritannien.

51 EGMR Urt. v. 12.1.2016 – 37138/14, Rn. 70 – Szabó u. Vissy/Ungarn.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten erlaubt jedenfalls ein genaues Bewegungsprofil, auf dessen Grundlage sowohl die datensammelnden Unternehmen als auch die Finanzbehörden Rückschlüsse auf andere Bereiche des Lebens des Nutzers ziehen könnten. Wesentlich ist dementsprechend, ob die Lokalisierungsdaten eine Identifizierung der jeweiligen Person erlauben.[52] Darüber hinaus muss geklärt werden, ob Daten der Nutzer nur zweckgebunden verwendet oder bspw. auch zwischen verschiedenen Behörden weitergeleitet werden dürfen.[53] Grundsätzlich ist der Rechtsprechung des EuGH zu entnehmen, dass ein schwerer Eingriff in die Grundrechte einer Person, wie z.B. das Sammeln, Speichern und Zugänglichmachen von personenbezogenen Daten wie Name, Adresse, und ggf. Lokalisierungsdaten zugunsten öffentlicher Stellen, nur damit begründet werden kann, dass ein Eingriff im Bereich der Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten nur durch den Zweck der Bekämpfung als »schwer« einzustufender Kriminalität gerechtfertigt sein kann.[54]

Festzuhalten ist, dass die Ausgestaltung der im Bestimmungsland erhobenen Ertragsteuer durch das wirtschaftliche Wohl des Landes gerechtfertigt sein kann, sofern sie zur Erreichung des verfolgten Ziels erforderlich und verhältnismäßig ist. Jedenfalls der EuGH scheint in seiner jüngsten Rechtsprechung strenge Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs zu stellen, die es auch im Falle einer im Bestimmungsland erhobenen Ertragsteuer zu beachten gilt.

---

52 Zur Identifizierung durch IP-Adressen, s. EuGH Urt. v. 19.10.2016 – C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779, Rn. 38-49 – Patrick Breyer/Bundesrepublik Deutschland; EuGH Urt. v. 21.12.2016 – C-203/15 u. C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, Rn. 98 – Tele2 Sverige AB/Post- och telestyrelsen und Secretary of State for the Home Department gegen Tom Watson ua; EuGH Urt. v. 8.4.2014 – C-293/12 u. C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, Rn. 26 – Digital Rights Ireland Ltd/Minister for Communications, Marine and Natural Resources ua u. Kärnter Landesregierung ua.

53 Dies untersagt bspw. die Rechtsprechung des EuGH, s. EuGH Urt. v. 1.10.2015 – C-201/14, ECLI:EU:C:2015:638 – Smaranda Bara ua/Preşedintele Casei Naţionale de Asigurări de Sănătate, Casa Naţională de Asigurări de Sănătate, Agenţia Naţională de Administrare Fiscală (ANAF).

54 EuGH Urt. v. 2.10.2018 – C-207/16, ECLI:EU:C:2018:788, Rn. 51-56 – Ministerio Fiscal; EuGH Urt. v. 21.12.2016 – C-203/15 u. C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, Rn. 102 – Tele2 Sverige AB/Post- och telestyrelsen und Secretary of State for the Home Department gegen Tom Watson ua; EuGH Urt. v. 8.4.2014 – C-293/12 u. C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, Rn. 47-51, 65 – Digital Rights Ireland Ltd/Minister for Communications, Marine and Natural Resources ua u. Kärnter Landesregierung ua.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Anwendung der DSGVO

Dieser Abschnitt widmet sich nicht etwa einer Auswertung sämtlicher durch die DSGVO geschützter Rechte, auf die Nutzer sich im Hinblick auf eine im Bestimmungsland erhobene Ertragsteuer auf digitalisierte Unternehmen berufen können. Zu erwähnen ist hier lediglich, dass die konkrete Ausgestaltung dieser Ertragsteuer insbesondere Art. 13 und 14 DSGVO zur Informationspflicht betroffener Personen bei der Erhebung von personenbezogenen Daten berücksichtigen muss. Auch Art. 15 DSGVO, der ein Auskunftsrecht der betroffenen Person vorsieht, und Art. 16 DSGVO zum Berichtigungsrecht müssten ggf. in Betracht gezogen werden. Art. 18 DSGVO könnte die Verarbeitung der Nutzerdaten unter Bedingung der Vorraussetzungserfüllung auf Wunsch des Nutzers einschränken, was den Steuerzahler in die Lage bringen könnte, dass er seine steuerlichen Pflichten zu erfüllen außerstande wäre.

Hervorzuheben ist jedoch, dass Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO eine explizite Ausnahme vorsieht, wenn der Schutz wichtiger wirtschaftlicher oder finanzieller Interessen der Union oder eines Mitgliedstaats, wie etwa im Steuerbereich, bedroht ist. Diese Vorschrift erlaubt in solchen Fällen eine Beschränkung der von der DSGVO geschützten Rechte. Fraglich ist, ob Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO die reine Informationspflicht der Nutzer bereits hemmt, oder ob der Informationspflicht dennoch Folge geleistet werden muss.[55] Hier gilt zu erwähnen, dass der EuGH bislang noch nicht die Gelegenheit hatte, diese Vorschrift in Bezug auf Steuersachen auszulegen. Diese Frage könnte sich also durchaus stellen, wenn eine im Bestimmungsland erhobene Ertragsteuer eingeführt würde.[56]

---

55 Art. 23 Abs. 1 DSGVO scheint dies zu suggerieren: »Durch Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten, denen der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter unterliegt, können die Pflichten und Rechte gemäß den Artikeln 12 bis 22 [...] im Wege von Gesetzgebungsmaßnahmen beschränkt werden, sofern eine solche Beschränkung den Wesensgehalt der Grundrechte und Grundfreiheiten achtet [...]«.

56 Auch die Rechtsprechung zur Datenschutzrichtlinie (Richtlinie 96/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. 1995 L 281, 31), die im Art. 13 Abs. 1 lit. e eine dem Wortlaut des Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO gleiche Regelung enthielt, gab bislang keinen genauen Aufschluss über deren Auslegung. S. z.B. EuGH Urt. v. 27.9.2017 – C-73/16, ECLI:EU:C:2017:549, Rn. 116 – Peter Puškár/Finančné riaditeľstvo Slovenskej republiky und Kriminálny úrad finančnej správy. Der Gerichtshof

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Unabhängig der Anwendung des Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO könnte auch Art. 11 Abs. 1 DSGVO greifen, sodass das digitalisierte Unternehmen die in Art. 15 bis 20 DSGVO verankerten Nutzerrechte nicht berücksichtigen müsste, sofern die Steuer so ausgestaltet ist, dass keine Identifizierung des Nutzers erforderlich ist.

V. *Zusammenfassung, Fazit und Ausblick*

Der Beitrag beleuchtet einerseits die bisherigen steuerrechtlichen Probleme und Entwicklungen in der Ertragbesteuerung digitalisierter Geschäftsmodelle. Kern des Problems ist der enge Anwendungsbereich des Betriebsstättenbegriffs, der gerade im Bereich digitalisierter Geschäftsmodelle lediglich eine Besteuerung im Sitzstaat des Unternehmens, nicht jedoch in möglichen Quellenstaaten erlaubt. Problematisch ist, dass der Sitzstaat eines Unternehmens relativ frei von ebendiesem bestimmt werden kann.

Die langwierigen politischen Verhandlungen auf Ebene der OECD und EU zeigen, wie uneinig Staaten in der Herangehensweise zur Lösung dieser Problematik sind. Eine mögliche Neuregelung der Besteuerung digitalisierter Geschäftsmodelle gestaltet sich deshalb so schwierig, weil es im Grunde um eine Neuteilung des Gesamtsteueraufkommens geht. Einigkeit besteht bislang lediglich darüber, dass Bestimmungsländer digitaler Dienstleistungen, also Nutzer- oder Marktstaaten, vermehrt am Steueraufkommen beteiligt werden. Fraglich ist jedoch, wie genau die neue Steuerregelung ausgestaltet ist, was wiederum schlussendlich über die Höhe des durch den Bestimmungsstaat generierten Steueraufkommens entscheidet.

Unabhängig von der genauen steuerlichen Ausarbeitung der *destination-based corporate tax* steht fest, dass eine Bestimmung des Ziellandes grundsätzlich eine Lokalisierung des Nutzers oder Kunden voraussetzt, ähnlich des Umsatzsteuerrechts. Hier stellt sich zunächst die Frage, wie genau Nutzer als in einem Staat lokalisierbar definiert werden. Vorstellbar ist, auf den Ansässigkeitsort oder den genauen Aufenthaltsort der Nutzer zum Zeitpunkt der Erbringung der digitalisierten Dienstleistung abzustellen.

Diesbezüglich sind in der Steuerverwaltung im Hinblick auf datenschutzrechtliche Vorschriften im Wesentlichen folgende Elemente zu beachten. Beim Schutz datenschutzrechtlicher Grundrechte wendet jedenfalls der EuGH einen strengen Maßstab an, sodass die genaue Ausgestal-

führte hier die Definition »wichtiger finanzieller Interessen in Steuerangelegenheiten« nicht weiter aus.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tung der im Bestimmungsland erhobenen Ertragsteuer eine Identifizierbarkeit der Nutzer vermeiden sollte. Wenn Nutzerlokalisierungsdaten zum Zwecke der Steuerlastbestimmung erhoben werden, sollten diese Daten jedenfalls anonymisiert vom Steuerzahler an die jeweilige Finanzbehörde übermittelt werden. Fraglich ist, inwiefern die Finanzbehörden folglich bei einer Kontrolle der Daten eingeschränkt sind. Ähnliche Fragestellungen dürfte es auch im Bereich der Bestimmung des Ortes elektronisch erbrachter Dienstleistungen bei der Umsatzsteuer geben. Jedoch kann ein großer Unterschied zur Umsatzsteuer darin bestehen, dass die im Bestimmungsland erhobene Ertragsteuer unter anderem auch dann Anwendung findet, wenn nicht der Nutzer direkt das Entgelt an das digitalisierte Unternehmen zahlt (Bsp. Onlinewerbung und soziale Netzwerke/Suchmaschinen), welches letztendlich die Bemessungsgrundlage formt. Es ist fraglich, inwiefern die Finanzbehörden die Angaben des Steuerzahlers kontrollieren können, wenn Lokalisierungsdaten der – die Steuerjurisdiktion begründenden – Nutzerdaten anonymisiert werden und Zahlungsströme nicht direkt mit diesen Lokalisierungsdaten assoziierbar sind.

Die genaue Ausgestaltung der Steuer kann ebenfalls die Anwendung der DSGVO hindern, indem etwa davon auszugehen ist, dass die Beschränkung des Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO (i.V.m. Art. 6 Abs. 4 DSGVO) greift. Darüber hinaus könnte die Steuererhebung so gestaltet sein, dass eine Identifizierung des Nutzers nicht erforderlich ist, sodass Art. 11 Abs. 1 DSGVO die Ausübung der in Art. 15 bis 20 DSGVO gewährten Rechte des Nutzers beschränkt. Alternativ könnten auf die DSGVO gestützte Einwände gegen eine Steuer auch durch eine strikte Zweckbindung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO ausgeräumt werden.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Präventive Datenerhebung in informationstechnischen Systemen bei grenzüberschreitenden Sachverhalten – aktuelle Rechtslage und Reformvorschlag

Matthias Haag

I. Einleitung

Der Beitrag befasst sich mit der Rechtmäßigkeit der Datenerhebung in informationstechnischen Systemen durch die gefahrenabwehrrechtlichen Ermittlungsbehörden bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, wenn Daten physisch-geographisch nicht im Inland lokalisiert sind. Dabei werden besonders Cloud-Dienste in den Blick genommen, bei welchen die Server ihren Standort nicht in einem Mitgliedsstaat der EU haben. Abschließend wird ein Reformvorschlag aufgezeigt.

Große Datenmengen werden häufig auf Cloud-Servern von Dienstanbietern im In- und Ausland ausgelagert.[1] Unzählige alltägliche Programme arbeiten mit Cloud-Softwarekomponenten, insbesondere auch Sprachassistenz-Systeme. Aufgrund von Datenschutzbedenken gab es diesbezüglich auch Überlegungen einer sog. „Deutschland"-Cloud.[2] Diese hat sich im alltäglichen Gebrauch von Cloud-Diensten jedoch bisher nicht durchgesetzt. Aufgrund dessen, dass „aus" dem Internet heraus weitere Gefahrenkomplexe resultieren, ist das Internet im digitalen Zeitalter auch ein „Zuständigkeitsraum" von Gefahrenabwehrbehörden.[3] Auf Legislativebene ist aktuell der bayerische Landesgesetzgeber Vorreiter mit einer Regelung in Art. 25 III PAG.[4] Nachdem Cloud-Dienste weltweit eingesetzt werden und scheinbar keine geographischen Grenzen kennen, ergeben sich im Rahmen der Datenerhebung durch die Gefahrenabwehrbehörden signifikante rechtliche Fragestellungen. Nachdem erst wenige Gesetzgebungsakteure die Besonderheiten von grenzüberschreitenden Cloud-Diensten aufgegriffen haben, unternimmt dieser Beitrag einen Versuch, genauer den Stand de lege

1 *Liebig,* Zugriff auf Computerinhaltsdaten im Ermittlungsverfahren, Cloud Computing, Trier 2015, S. 47; *Bär* ZIS 2011, 53 (53).
2 *Steidle* in Jandt/Steidle (Hrsg.), Datenschutz im Internet, S. 256 Rn. 75.
3 *Hsieh,* E-Mail-Überwachung zur Gefahrenabwehr, Stuttgart 2011, S. 34 f.
4 Siehe *Michl* NVwZ 2019, 1631 (1631).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lata aufzuzeigen. Im repressiven Bereich wurden die dahinterstehenden Fragestellungen bereits umfangreich disputiert. Jedoch ergeben sich im Recht der Gefahrenabwehr möglicherweise Differenzen im Vergleich zur Datenerhebung zum Zwecke der Strafverfolgung. Diesbezüglich könnten sich Besonderheiten durch die Cybercrime-Konvention[5] (CCC) und ferner durch das Unionsrecht, insbesondere durch die JI-RL[6], ergeben.

II. Grundlagen

Im Rahmen von Cloud-Computing werden mehrere Server als sog. Cloud[7] i. e. S. verbunden, welche über ein Netzwerk erreichbar ist, damit der Nutzer auf „den" Cloud-Server zugreifen kann, um die dortige Hardware und Software verwenden zu können,[8] welche von einem Provider zur Verfügung gestellt werden.[9] Der Cloud-Server kann letztlich wie ein zusammenhängender Server verwendet werden.[10] Ein Vorteil von Cloud-Angeboten ist, dass mit zahlreichen netzwerkfähigen Geräten ein Zugriff auf Cloud-Systeme stattfinden kann.[11]

Eine eng umrissene Definition für Cloud-Dienste selbst findet sich jedoch nicht.[12] Folgt man der Definition des National Institute of Standards and Technology (NIST),[13] werden Cloud-Dienste in Software as a Service

---

5 Europarat, Vertrag Nr. 185, Übereinkommen über Computerkriminalität, Budapest, 23.XI.2001.

6 Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates, ABL. L 119/89 v. 4.5.2016.

7 Zur Entstehung des Begriff desCloud Computing siehe: *Hentschel/Leyh*, in Reinheimer (Hrsg.), Cloud Computing, Wiesbaden 2018, S. 4.

8 *Giedke,* Cloud Computing, München 2013, S. 43 f.; siehe auch die Differenzierungen bei: Schuster/Reichl, CR 2010, 38.

9 *Schulz/Rosenkranz* ITRB 2009, 232 (232 f.).

10 *Lehmann/Giedke* CR 2013, 608 (609).

11 *Lehmann/Giedke* CR 2013, 608 (608).

12 *Heckmann/v. Lucke/Hennrich/Maisch*, C3-Studie, Sicheres IT-Outsourcing, S. 8; vgl. *Hennrich*, Cloud Computing, Berlin 2015, S. 56.

13 National Institute of Standards and Technology, The NIST Definition of Cloud Computing, Special Publication 800-145, September 2011, abrufbar unter: https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf; weitgehend überzeugende Vorschläge einer Reform dieser Definition finden sich bei:

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(SaaS), Platform as a Service (PaaS) und Infrastructure as a Service (IaaS) unterteilt. Im Rahmen von IaaS wird lediglich die Hardware zur Verfügung gestellt und der Nutzer muss selbst notwendige Softwarekomponenten implementieren und ausführen.[14] PaaS-Dienste stellen zwar eine Softwareumgebung zur Verfügung, der Nutzer verwendet innerhalb dieser Softwareumgebung jedoch weitere eigene Softwareanwendungen.[15] Im Rahmen von SaaS-Diensten wird auch die für den Nutzer des Dienstes notwendige Software über eine Cloud-Infrastruktur zur Verfügung gestellt, wobei der Nutzer jedoch die Anwendungen selbst kontrolliert.[16]

Weiterhin wird zwischen Public, Community, Private und Hybrid Clouds differenziert, abhängig davon, wem die jeweilige Cloud zur Verfügung steht (einer einzelnen Organisation, einer Gemeinschaft, der Öffentlichkeit oder einem Konglomerat von z. B. einer Cloud für Privatpersonen und einer Cloud für die Öffentlichkeit).[17]

Auch wenn diesen Cloud-Diensten unterschiedliche Servicemodelle zugrunde liegen, besteht eine Gemeinsamkeit darin, dass letztlich die vom Nutzer gespeicherten Daten auf einem Server des Cloud-Dienstanbieters gespeichert sind.

1. Virtualisierung

Der technische Hintergrund für die Aufteilung auf mehrere Server ist zu untersuchen, um analysieren zu können, inwieweit dies Auswirkungen auf die rechtlichen Fragestellungen hat.[18]

Um Cloud-Dienste technisch umsetzen zu können, bedarf es der sog. Virtualisierung.[19] Mit Hilfe der Virtualisierung werden Hardware-Systeme miteinander verbunden und für die logische Nutzung von physischen Res-

---

den Haan, The cloud landscape described, categorized, and compared, abrufbar unter: http://www.theenterprisearchitect.eu/blog/2013/10/12/the-cloud-landscape-described-categorized-and-compared, sowie: *Miyachi*, What is "Cloud"? It is time to update the NIST definition?, in: IEEE Cloud Computing, vol. 5, no. 03, pp. 6-11, 2018.

14 NIST a.a.O.

15 NIST a.a.O.

16 NIST a.a.O.

17 NIST a.a.O.; vgl. *Liebig*, a.a.O., S. 49 f.

18 Siehe auch: *Lehmann/Giedke* CR 2013, 608 (611).

19 *Giedke*, a.a.O., S. 48 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sourcen abstrahiert.[20] Die Virtualisierungstechnik ermöglicht einerseits, dass mehrere Server, die an physisch verschiedenen Standorten verteilt sind, als ein umfassender virtueller Server funktionieren.[21] Im Umfang der Berechtigung zur Nutzung der Cloud-Komponenten dient die Virtualisierung auch der Aufteilung dieses umfassenden virtuellen Servers an die jeweiligen Nutzer.[22] Der Cloud-Anbieter weist dem jeweiligen Cloud-Nutzer, dann insbesondere in Abhängigkeit der Intensität der Nutzung, einen Ressourcenanteil zu.[23] Erfolgt ein Zugriff auf die Daten, werden die auf den Servern gespeicherten fragmentierten Datensätze wieder zusammengeführt.[24] Von „außen" betrachtet ist der finale Speicherort quasi zufällig.[25]

2. *Standortbestimmung der Cloud-Daten*

Selbst mit einer möglichen IP-Adresse der Cloud-Server ist eine Lokalisierung des (geographischen) Serverstandortes nicht ohne weiteres möglich, weil mit dieser nicht zwingend auf den Serverstandort geschlossen werden kann.[26] Zu beachten ist weiter, dass die Daten nicht zwingend auf einem bestimmten Server lokalisiert sind, sondern dass Datenpakete verschiedenen Servern der Cloud zugeteilt sind.[27] Teilweise setzen Unternehmen auch KI-Systeme zur Optimierung der Speicherprozesse ein, was dazu führt, dass den Unternehmen zunehmend selbst der Ort der gespeicherten Daten unbekannt ist.[28] Von außen kann u. U. nicht exakt der Datenstandort lokalisiert werden. Diesbezüglich besteht ein Problem darin, dass auf Daten zugegriffen werden soll, die nicht geographisch einem Server und damit auch nicht einem Land zugeordnet werden können.

---

20 *Bedner,* Cloud Computing, Kassel 2013, S. 39 m.w.N.; vgl. *Pohle/Ammann* CR 2009, 273 (274).
21 *Lehmann/Giedke* CR 2013, 608 (611).
22 *Lehmann/Giedke* CR 2013, 608 (611 f.); BSI, IT-Grundschutz-Kompendium, Stand: Februar 2020, SYS. 1.5.
23 *Schneidereit,* Haftung für Datenverlust im Cloud Computing, Baden-Baden 2017, S. 46.
24 *Bell,* Strafverfolgung und die Cloud, Berlin 2019, S. 175 u. S. 194.
25 *Bell,* a.a.O., S. 176 u. S. 194.
26 *Bär* ZIS 2011, 53 (54); vgl. *Hoeren* MMR 2007, 3 (5 f.); *Mitsdörffer/Gutfleisch* MMR 2009, 731 (732).
27 *Giedke,* Cloud Computing, München 2013, S. 44.
28 College van procureurs-generaal (2019A001) Staatscourant 2019, 10277 vom 26.2.2019 (abrufbar unter: https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2019-10277.html); vgl. auch *Pohle/Ammann* CR 2009, 273 (277); *Bär* ZIS 2011, 53 (54).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Zeitpunkt der Datenerhebung

Im Rahmen einer Datenerhebung durch die Gefahrenabwehrbehörden muss differenziert werden, zu welchem Zeitpunkt auf die Daten zugegriffen wird. Dies kann zum einen während des Übertragungsvorganges der Daten an die Cloud-Server sein, während der Nutzer die Daten auf seinem Endgerät bearbeitet oder jedoch während diese bereits auf einem Cloud-Server gespeichert sind. Für die hier relevanten Fragestellungen wird – im Schwerpunkt – der Zeitpunkt, zu dem die Daten auf dem Cloud-Server gespeichert sind, betrachtet.

4. Präventive Datenerhebung

Im Rahmen dieses Beitrages meint die Erhebung von Daten im Internet, wenn Daten von einem Datenspeichermedium über das Internet abgerufen werden.[29]

Das deutsche Recht unterscheidet zwischen der präventiven und repressiven Zwecksetzung eines Einschreitens durch die Behörden. Dabei können jedoch sog. doppelfunktionelle Maßnahmen auftreten.[30] Bei diesen Maßnahmen, die sowohl präventiven als auch repressiven Zwecken dienen, ist im Rahmen der Abgrenzung auf den jeweiligen Einzelfall abzustellen und der objektiv erkennbare Zweck der Maßnahme zu betrachten.[31] Im Rahmen einer Schwerpunktbetrachtung ist beim Abruf von Daten auf externen Servern zu untersuchen, ob die Behörde weitere Indizien für eine Täterschaft finden möchte oder, ob die Verhinderung einer weiteren Verbreitung im Vordergrund steht. Im letztgenannten Fall liegt ein präventives Einschreiten der Sicherheitsbehörde vor.[32] Der Fokus dieses Beitrages liegt auf dem präventiven Einschreiten der Behörden.

---

29 Vgl. *Perry*, Gefahrenabwehr und Internet, Berlin 2003, S. 74.

30 *Götz/Geis*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 16. Aufl., München 2017, S. 210 ff.; *Keller/Braun/Hoppe*, Telekommunikationsüberwachung und andere verdeckte Ermittlungsmaßnahmen, 2. Aufl., Stuttgart u.a. 2015, S. 120.

31 *Bär*, in Wabnitz/Janovsky WirtschaftsStrafR-HdB, 28. Kapitel, EDV-Beweissicherung Rn. 127; vgl. differenzierter bei *Götz/Geis,* a.a.O., S. 210 ff.

32 *Bär*, a.a.O., Rn. 127; vgl. auch *Keller/Braun/Hoppe*, a.a.O., S. 119 f.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Landesrechtliche und bundesrechtliche Ermächtigungsgrundlagen

Im bayrischen Landespolizeirecht findet sich nicht nur eine Regelung zur Datenerhebung durch die Polizeibehörden (Art. 32 PAG), sondern seit 2018 auch eine Norm, welche es im Rahmen der Durchsuchung von Sachen (Art. 22 II PAG) ermöglicht, auf einen von der Sache entfernten Speicherort – wie einen Cloud-Server – zuzugreifen, wenn dieser von dem zu durchsuchenden Objekt als Endeinrichtung benutzt wird.[33]

Neben der offenen Maßnahme des Art. 22 II PAG, haben die Polizeibehörden weiterhin in Art. 45 PAG eine Ermächtigungsgrundlage für einen verdeckten Eingriff in ein informationstechnisches System. Zudem kann von diesem auch eine Datenerhebung auf ein davon getrenntes, aber vom Betroffenen genutztes weiteres informationstechnisches System erfolgen. Weiterhin besteht nach Art. 25 III PAG die Möglichkeit, Daten sicherstellen zu können.

Auch in anderen Bundesländern finden sich Regelungen zur Erhebung von Daten auf informationstechnischen Systemen, insbesondere die Regelungen in Baden-Württemberg zur Datenerhebung nach §§ 19 ff. PolG BW oder die Regelung in Rheinland-Pfalz in § 31c POG R-P zur Datenerhebung in informationstechnischen Systemen. Auf Ebene des Bundesrechts findet sich insbesondere noch § 49 BKAG.[34]

Es bleibt zu berücksichtigen, dass eine nationale Rechtsgrundlage nicht zu einem Zugriff auf Daten ermächtigt, welche im Ausland gespeichert sind, sondern dies zu einer Verletzung fremder Souveränitätsrechte führen kann.[35] Deswegen kann im Rahmen des Ermessens der jeweiligen Gefahrenabwehrbehörde zu berücksichtigen sein, ob die Zugriffsmöglichkeiten auf die jeweiligen Daten aufgrund eines extraterritorialen Sachverhaltes, begrenzt sind.[36]

---

33 BeckOK PolR Bayern/*Grünewald*, 11. Ed. 10.11.2019, PAG Art. 22 Rn. 22; vgl. *Weinrich,* NVwZ 2018, 1680 (1680).

34 Allerdings erfüllen wohl wenige gefahrenabwehrrechtliche Regelungskomplexe die Anforderungen der Entscheidung vom BVerfG, NJW 2016, 1781 (1794 f., Rn 211 ff.) (siehe hierzu *Roggenkamp,* in Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, § 21 Rn. 47). Nach der Entscheidung des BVerfG zu § 20k BKAG sind auch vernetzte fremde IT-Systeme wie eine Cloud umfasst (BVerfG, NJW 2016, 1781 (1794, Rn. 209)).

35 *Bär* ZIS 2011, 53 (54) (zur StPO); a.A. wohl *Wicker* MMR 2013, 765 (768 f.).

36 *Michl* NVwZ 2019, 1631 (1634).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

IV. DS-GVO und JI-RL

Es ist zu untersuchen, welche Besonderheiten aus dem Unionsrecht folgen. An die gefahrenabwehrrechtliche Datenverarbeitung ergeben sich insbesondere Anforderungen aus der DS-GVO und der JI-RL.

Im Rahmen der DS-GVO ist zu beachten, dass die DS-GVO nach Art. 2 II lit. d DS-GVO nicht sachlich anwendbar ist, wenn es u. a. um Zwecke der Strafermittlung und Strafverfolgung „einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit" geht. Hinsichtlich eines solchen Schutzes ist die JI-RL anwendbar (vgl. Art. 1 JI-RL). Es ist zu berücksichtigen, dass gefahrenabwehrrechtliche Maßnahmen der DS-GVO unterliegen sollen, wenn diese nicht im Zusammenhang mit einer Straftat fallen. [37] Allerdings unterfallen unter den Begriff der Straftaten nach dem Unionsrecht auch Ordnungswidrigkeiten.[38] Insoweit kann die JI-RL auch im Rahmen des (deutschen) Gefahrenabwehrbegriffes Berücksichtigung finden.[39] Demnach ist im Rahmen einer deutschen Rechtsanwendung zu unterscheiden zwischen Maßnahmen der Gefahrenabwehr, welche im Zusammenhang mit einer Straftat (oder Ordnungswidrigkeit) stehen und somit unter den Anwendungsbereich der JI-RL fallen und Gefahrenabwehrmaßnahmen, die keinen Zusammenhang zu einer Straftat (oder Ordnungswidrigkeit) haben und daher dem Anwendungsbereich der DS-GVO unterliegen.[40]

Hieraus resultiert, dass u. U. im Rahmen der Übermittlung von Daten Art. 35 ff. JI-RL oder Art. 44 ff. DS-GVO beachtet werden müssen.

V. Völkerrecht

Der Zugriff von Daten auf Auslandsservern hat möglicherweise völkerrechtliche Implikationen. Die innerstaatliche Anwendung des Völkerrech-

---

37 *Roßnagel*, in Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, DSGVO Art. 2 Rn. 40.

38 *Sysdow*, in Sydow, Bundesdatenschutzgesetz, Einleitung Rn. 19; *Roggenkamp*, a.a.O., § 21 Rn. 8 m.w.N.

39 *Schröder*, in BeckOK PolR BW, Einführung JI-RL Rn. 25.

40 Siehe auch: *Roggenkamp*, a.a.O., § 21 Rn. 8 m.w.N. Weiterhin Bedarf es einer einschränkenden Auslegung (vgl. Art. 2 II lit. b DS-GVO), daneben ist die JI-RL nicht im Bereich der GASP anwendbar (*Schröder*, in BeckOK PolR BW, Einführung JI-RL Rn. 16).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tes in Deutschland regeln Art. 25 GG und Art. 59 II GG.[41] Nach Art. 25 GG sind die allgemeinen Regeln des Völkerrechts vorrangig, zumindest vor dem einfachen Recht, zu berücksichtigen. Art. 59 II GG regelt die Inkorporation von völkerrechtlichen Verträgen in das Bundesrecht.

Aus der Souveränität eines Staates leitet sich dessen Gebietshoheit ab.[42] Der jeweilige Staat hat die umfassende Regelungsgewalt auf seinem Territorium und die exklusive Befugnis zur Ausübung von Hoheitsakten.[43] Aufgrund des Gebotes der Achtung der Gebietshoheit ist grundsätzlich kein Staat berechtigt, auf ein fremdes Territorium einzuwirken und dort hoheitlich tätig zu werden.[44] Fremde Staaten benötigen eine Erlaubnis, wenn sie Hoheitsgewalt in einem anderen Staat ausüben möchten.[45] Ein völkerrechtliches Delikt liegt dabei vor, wenn ein Hoheitsakt eines anderen Staates auf einem fremden Staatsgebiet einwirkt und einem Hoheitsakt dort gleichkommt.[46]

1. Virtueller Grenzübertritt

Es ist dabei nicht unumstritten, ob ein sog. virtueller Grenzübertritt[47] ein Handeln auf dem Territorium eines anderen Staates darstellt, weil bei diesem „Übertritt" der jeweilige Beamte seine Ermittlung aus dem Inland unternimmt und nie das Hoheitsgebiet verlässt.[48] Ein staatliches Handeln auf fremden Hoheitsgebiet ist nicht zwingend unter ein „hoheitliches" Han-

---

41 *Maunz/Dürig/Herdegen*, 88. EL August 2019, GG Art. 25 Rn. 3.

42 BVerfG, Bes. v. 5.11.2003 - 2 BvR 1506/03, BeckRS 2003, 2507, Rn. 46.

43 *Herdegen*, Völkerrecht, 19. Aufl., München 2020, § 23 Rn. 1 ff.; vgl. *Maunz/Dürig/Herdegen*, a.a.O., GG Art. 25 Rn. 47.

44 *Greve,* Access-Blocking - Grenzen staatlicher Gefahrenabwehr im Internet, Berlin 2012, S. 176; *Dombrowski,* Extraterritoriale Strafrechtsanwendung im Internet, Berlin u.a. 2014, S. 5 m.w.N.; vgl. auch *Altwicker* in Kugelmann (Hrsg.) Migration, Datenübermittlung und Cybersicherheit, Baden-Baden 2016, S. 120.

45 *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, 2. Teil, Europäisches Verwaltungsrecht u. a. Rn. 246; vgl. *Ewer/Thienel* NJW 2014, 30 (31) m.w.N.; *Maunz/Dürig/Herdegen*, 88. EL August 2019, GG Art. 25 Rn. 47.

46 *V. Münch*, Das völkerrechtliche Delikt, S. 65; vgl. *Bell,* a.a.O., S. 160.

47 Siehe zum Begriff: *Warken* NZWiSt 2017, 289 (295). Siehe ferner zu Unterscheidung zwischen extraterritorialem Hoheitsakt und einem Hoheitsakt auf fremdem Staatsgebiet: *Schlochauer*, Die extraterritoriale Wirkung von Hoheitsakten, S. 10 f.

48 Zu repressiven Ermittlungen: *Bell,* a.a.O., S. 158 f.; *Warken* NZWiSt 2017, 289 (295).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

deln zu subsumieren; erst wenn dieses in Konkurrenz zur Gebietshoheit eines anderen Staates tritt, liegt ein hoheitliches Handeln vor.[49]

Nach einer Auffassung liegt auch bei einem Zugriff auf einen ausländischen Server durch einen Hoheitsträger ein extraterritorialer hoheitlicher Eingriff auf ein fremdes Hoheitsgebiet vor.[50] Es wird dabei angeführt, wenn bereits bei einer telefonischen oder postalischen Kontaktaufnahme ein Eingriff auf fremdes Territorium vorläge, läge erst Recht ein Eingriff bei einem Zugriff über das Internet vor.[51] Insofern würde auch bei einem Zugriff auf einen Cloud-Server – auch wenn dieser zum Zweck der Gefahrenabwehr durchgeführt wird – ein Eingriff vorliegen.

Nach einer anderen Auffassung liegt bereits kein Eingriff vor, weil sonst die jeweiligen Staaten nicht mehr handlungsfähig seien; vielmehr liegt durch die Duldung von Cloud-Diensten auf dem eigenen Staatsgebiet auch eine Einwilligung in mögliche Eingriffe auf das Hoheitsgebiet in Form von grenzüberschreitenden Behördenzugriffen vor, denn das Handlungsinteresse des zugreifenden Staates überwiege das Abwehrinteresse des Staates, auf dem sich ein Server befindet.[52]

Letztere Ansicht vermag jedoch nicht zu überzeugen. Auch ein nicht unmittelbar plastisch-physischer Übertritt eines Hoheitsgebietes durch einen Hoheitsträger, der auf einen Server zugreift, welcher nicht im Hoheitsgebiet des Staates belegen ist, stellt trotzdem ein Tätigwerden auf fremdem Hoheitsgebiet dar. Ein Datenabruf ist fundamentaler Bestandteil der eigenen Gebietshoheit. Dies leitet sich aus der physisch-geographischen Hoheitsmacht ab, die sich nicht danach festmacht, ob ein körperlicher Gegenstand bewegt wird, sondern ob direkte erhebliche Einwirkungen stattfinden. Solche erheblichen Einwirkungen liegen vor, wenn durch Hoheitsträger Daten auf einem fremden Staatsgebiet abgerufen werden.

---

49 *Germann,* Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet, Berlin 2000, S. 642.

50 *Bär* CR 1995, 227 (234); *Bär* MMR 1998, 577, (579); *Moritz* CR 1998, 500 (509); *Schaumburg*/Englisch, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl. 2020, Grenzüberschreitende Amts- und Rechtshilfe, Rn. 25.2 m.w.N.; vgl. auch: *Schlochauer*, a.a.O., S. 68; *Bär* CR 1995, 227 (234); *Ziebarth,* Online-Durchsuchung, Hamburg 2013, S. 150; *Bell,* a.a.O., S. 192.

51 *Bell,* a.a.O., S. 162.

52 *Bell,* a.a.O., S. 181 f.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Unbekannter Standort des Servers

Ein sog. potentieller virtueller Grenzübertritt[53] liegt vor, wenn nicht sicher ist, aber davon ausgegangen werden kann, dass Daten in einem anderen Staat gespeichert sind. Diese Fallkonstellationen sind vergleichbar mit sog. Good Faith-Fällen, bei welchen ein Hoheitsträger irrtümlich davon ausgeht, dass sich das Speichermedium im Inland befindet. Teilweise wird bezüglich eines lediglich möglichen Standortes des Servers im Ausland ein Eingriff abgelehnt.[54]

Bei einer vergleichenden Betrachtung mit einem Polizeibeamten, der ohne Kenntnisse der Ortslage fremde Ländergrenzen überschreitet, würde sich diese Frage nur bedingt stellen. Die Besonderheit eines virtuellen Grenzübertrittes ist, dass dieser schwieriger vorhersehbar ist. Eine tatsächliche Unvorhersehbarkeit sollte aber nicht zu einer Differenzierung bei der rechtlichen formalen Wertung führen. Deswegen liegt auch bei der Nichtlokalisierbarkeit von Daten oder eines potentiellen Grenzübertritts, bei Überschreitung von Staatengrenzen, ein völkerrechtlicher Eingriff vor.[55]

3. Rechtfertigung eines Eingriffes

Ein völkerrechtlicher Eingriff kann jedoch gerechtfertigt sein und damit kein völkerrechtswidriges Handeln eines Staates vorliegen.[56] Die Staatenverantwortlichkeit kann z. B. bei höherer Gewalt ausgeschlossen sein.[57] Dabei kommt eine Rechtfertigung auch aus völkerrechtlichen Verträgen oder aus Völkergewohnheitsrecht in Betracht.

a) Cybercrime-Konvention

Im repressiven Bereich greift die CCC ein. Es ist dabei insbesondere zu untersuchen, ob diese auch im präventiven Bereich anwendbar ist. Sollte

---

53 Zum Begriff siehe *Warken* NZWiSt 2017, 289 (295).

54 Siehe hierzu *Germann*, a.a.O., S. 644 u. S. 654; *Bell*, a.a.O., S. 183.

55 Siehe auch: *Liebig*, a.a.O., S. 61; *Burchard* ZIS 7-8/2018, 249 (251); vgl. *Bell*, a.a.O., S. 183.

56 *Herdegen*, Völkerrecht, a.a.O., § 56 Rn. 1; vgl. auch *Dobrwoski*, a.a.O., S. 11 f. m.w.N.

57 *Schröder* in Völkerrecht (Hsg. v. Vitzthum/ Proelß), 8. Aufl., Berlin u.a. 2019, VII. Abschnitt, Rn. 28, S. 709.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

diese nicht anwendbar sein, können möglicherweise Regelungen der CCC für den präventiven Bereich adaptiert werden.

Die CCC ist als völkerrechtlicher Vertrag über Art. 59 II 1 GG i. V. m. dem Transformationsgesetz[58] anwendbar,[59] soweit sie keine Regelungen enthält, welche „allgemeine Regeln" des Völkerrechtes sind und als solche bereits wegen Art. 25 GG beachtet werden müssen.[60]

Art. 32 der CCC enthält eine Regelung hinsichtlich des Zugriffs auf Daten ohne die Genehmigung einer anderen Vertragspartei, wenn die Daten öffentlich zugänglich[61] sind oder wenn die Zustimmung einer Person vorliegt, welche befugt ist über die Daten zu verfügen. Darüber hinaus trifft die CCC keine Regelung hinsichtlich eines Zugriffs auf grenzüberschreitende Daten – außerhalb eines Rechtshilfeersuchens – weil nach Nr. 293 des Erläuternden Berichts[62] zur CCC eine weitergehende Regelung nicht vereinbart werden sollte.[63] Nach Art. 19 II CCC ist nur ein Zugriff auf ein Computersystem, welches auf dem eigenen Hoheitsgebiet des Staates liegt, zulässig.[64] Auch im Bereich von vorläufigen Maßnahmen (bzw. bei einem sog. Quick-Freeze-Verfahren) nach Art. 16, 25 i. V. m. 29 CCC wird der Serverstandort benötigt, um ein Ersuchen an die ermittelnde Behörde weiterzuleiten, weswegen diese Maßnahmen kaum relevant sind.[65]

Die Cybercrime-Konvention regelt nach ihrem expliziten Worten nur den Zugriff auf Daten im Rahmen von Straftaten[66]. Eine umfassende Anwendung im Bereich der Gefahrenabwehr findet sich nicht. Nachdem die CCC erste Minimalstandards setzten wollte (vgl. Nr. 293 Erläuternder Bericht), können auch nicht ohne Weiteres deren Regelungen unmittelbar analog angewandt werden.[67]

---

58 BGBl II/2008 S. 1242; BGBl II/2010 S. 218.

59 *Liebig,* a.a.O., S. 193.

60 Dies ausschließend *Liebig,* a.a.O., S. 193.

61 Können die Daten auf einer Cloud nur von einem bestimmten Endgerät abgerufen werden, so sind diese Daten – auch wenn das Endgerät keinen Passwortschutz hat – nicht öffentlich zugänglich, (*Bell,* a.a.O., S. 204).

62 Erläuternder Bericht zur Cybercrime Konvention vom 23.11.2001.

63 *Bell,* a.a.O., S. 168.

64 Nr. 193 Erläutender Bericht zur Cybercrime Konvention vom 23.11.2001; siehe auch *Miquelon-Weismann*, J. Marshall J. Computer & Info. L. (23/2005), 329 (343).

65 *Bell, a.a.O.,* S. 173.

66 In der offiziellen englischen Textfassung: „offences".

67 Vgl. auch *Spannbrucker*, Convention on Cybercrime, Regensburg 2004, S. 3 f.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Rechtfertigung aus Völkergewohnheitsrecht

Eine Rechtfertigung kommt jedoch aus Völkergewohnheitsrecht in Betracht. Das Vorliegen von Völkergewohnheitsrecht im Bereich des Internets wird kontrovers disputiert; hauptsächlich aus dem Beweggrund, dass nach völkerrechtlichen Kategorien das Internet tatsächlich ein eher „jüngeres" Phänomen ist.

Der in Art. 32 lit. a CCC geregelte Tatbestand – nämlich der Zugriff auf öffentlich zugängliche Daten – wird als gemeinsame Rechtsauffassung der an der CCC beteiligten Staaten gesehen, weswegen insofern auch außerhalb der CCC von einer gewohnheitsrechtlichen Übung dergestalt auszugehen ist, dass keine Verletzung der Territorialhoheit bei einem Zugriff auf öffentlich gespeicherte Daten vorliegt.[68]

Umstrittener ist eine Rechtfertigung aus Völkergewohnheitsrecht, bei dem in Art. 32 lit. b CCC geregelten Tatbestand in Form des Zugriffs auf Daten auf fremdem Hoheitsgebiet, wenn eine Zustimmung einer verfügungsberechtigten (nicht-staatlichen) Person vorliegt. Nach einer Auffassung gibt es gerade keine Überzeugung der Nichtunterzeichnerstaaten, dass eine Privatperson eigenständig über das Hoheitsgebiet disponieren könne; es bedürfe eines völkerrechtlichen Vertrages und einer Regelung wie Art. 32 lit. b CCC.[69] Diese Auffassung wird auch dadurch bekräftigt, dass bei einem wertungsmäßigen Vergleich mit einer ähnlichen Konstellation, nämlich mit der „Nacheile", eine solche Nacheile nämlich nicht völkergewohnheitsrechtlich anerkannt ist.[70]

Dem wird entgegnet, dass die Regelung in Art. 32 lit. b CCC bereits als völkerrechtlich notwendig angesehen werde und insoweit gewohnheitsrechtlich anerkannt sei.[71]

Im Moment scheint eine völkerrechtliche Übung vordringlich, nach welcher Staaten auf die Daten zugreifen dürfen, wenn eine verfügungsberechtigte Person zugestimmt hat. Ob sich diese Auffassung durchsetzen wird, ist aktuell nicht absehbar. Diese Ansicht ist aber überzeugender, weil die Staatengemeinschaft ein Interesse an ihrer Handlungsfähigkeit hat. Vor diesem Hintergrund ist von der Bildung von Völkergewohnheitsrecht und

68 *Seitz*, Strafverfolgungsmaßnahmen im Internet, Köln u.a. 2004, S. 365 f.; *Dombrowski*, Extraterritoriale Strafrechtsanwendung im Internet, Berlin u.a. 2014, S. 158 m.w.N.; vgl. *Bell*, a.a.O., S. 164; *Blechschmitt* MMR 2018, 361 (364) m.w.N.; a.A. wohl *Ditz* DStR 2004, 2038 (2042).

69 *Dombrowski*, a.a.O., S. 163.

70 *Cremer* ZaöRV 2000, 103 (119) m.w.N.

71 *Bell*, a.a.O., S. 167 u. S. 193.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

damit einer deklaratorischen Regelung in Art. 32 CCC auszugehen. Demnach würden aufgrund von Völkergewohnheitsrecht die Regelungen von Art. 32 CCC entsprechend auch für ein präventives Einschreiten gelten. Diesbezüglich läge eine Rechtfertigung aus Völkergewohnheitsrecht vor. Eine solche Regelung würde insoweit auch eingreifen, wenn nicht bekannt wäre, in welchem Land ein Serverstandort ist.

c) Rechtfertigung aufgrund einer Interessenabwägung

Nachdem sich zeigt, dass lediglich im Bereich von öffentlich zugänglichen Daten und bei der Zustimmung eines Verfügungsberechtigten (nach der hier vertretenen Auffassung) eine völkerrechtliche Übung vorliegt, ist zu untersuchen, ob eine Rechtfertigung auch aus anderen Gründen vorliegen kann. Eine weitergehende Rechtfertigung kommt in Betracht, wenn das Interesse des eingreifenden Staates das Abwehrinteresses des betroffenen Staates überwiegt oder die Interessen gleichwertig sind.[72]

Im Rahmen der Rechtfertigung eines Eingriffes muss es sich insoweit um ein hinreichendes Eingriffsinteresse handeln.[73] Ein solches hochwertiges Interesse liegt nur in Fällen vor, in denen es um Bestandsinteressen des Staates geht, etwa bei einer Gefahr für die innere Stabilität.[74] Bei grenzüberschreitenden Maßnahmenwirkungen liegt im Bereich der Internet-Kommunikation keine Verletzung eines fremden Hoheitsgebietes vor, wenn ein Staat auf die Ausübung seiner eigenen Gebietshoheit übermäßig verzichten müsste.[75] Weiterhin kann der Schutz von Individualinteressen ausreichend sein, soweit gewichtige staatliche Schutzpflichten bestehen, wie bei der unmittelbaren Bedrohung des Lebens[76] einer natürlichen Person.[77]

Anders als im Rahmen der Strafverfolgung besteht aufgrund des Gefahrenabwehrzweckes häufig ein höheres Interesse, dass bei der Bedrohung von höherrangigen Rechtsgütern das Territorialitätsinteresse überwiegt. Dies begründet sich vor allem darauf, weil – im Vergleich mit dem Einschreiten zum Zwecke der Strafverfolgung – eine Gefahrenquelle noch besteht und nicht bereits in der Vergangenheit liegt. Allerdings muss es sich

---

72 *Dombrowski*, a.a.O., S. 167.
73 *Dombrowski,* a.a.O., S. 167.
74 *Dombrowski,* a.a.O., S. 167.
75 *Germann,* a.a.O., S. 644.
76 Eine Schutzpflicht für das Leben kann sich insbesondere aus der EMRK ergeben.
77 *Dombrowski,* a.a.O., S. 167; *Bell,* a.a.O., S. 171 f.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

um eine erhebliche Gefahr handeln. Im Einzelfall kommt daher eine Rechtfertigung aus völkerrechtlicher Sicht auch bei präventiven Zugriffen auf Daten bei einer Gefahr für gewichtige Interessen des jeweiligen Staates in Betracht.

VI. Aktuelle Entwicklungen

1. Aktuelle Herangehensweisen

Im belgischen Recht werden Beibringungsanordnungen verwendet, um Dienstanbieter zu verpflichten Daten herauszugeben, auch wenn diese keinen physischen Sitz im Inland haben, sofern diese lediglich im Inland aktiv sind.[78] Die USA gehen mit dem sog. CLOUD-Act in eine ähnliche Richtung.[79] In Vietnam wurde 2013 eine Regelung verabschiedet, aus welcher eine Verpflichtung zur Spiegelung der Daten auf einem Server in Vietnam folgte.[80] Denkbar ist insoweit also auch ein Lokalisierungszwang von Daten, sodass Daten zumindest auch im Inland gespeichert werden müssen.[81]

2. Aktuelle Entwicklungen im Rahmen der Cybercrime-Konvention

Aktuell gibt es Entwürfe einer Reform der CCC. Dabei bestehen Überlegungen ein zweites Zusatzprotokoll zu ratifizieren,[82] welches Regelungen zur gegenseitigen Unterstützung in Notfällen, der direkten Offenlegung von Bestandsdaten und der Ausführung von Anordnungen einer anderen Partei zur beschleunigten Herausgabe von Daten umfasst. Hierbei zeigt sich, dass auf internationaler Ebene im repressiven Bereich vor allem eine Reform in Form eines direkten Vorgehens des ersuchenden Staates gegen-

---

78 *Daskal*, Vanderbilt Law Review 2018, 179 (191) m.w.N.; *Burchard* ZIS 6/2018, 190 (191) m.w.N.

79 Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act, (sec. 105 H.R.1625).

80 *Chander/Lê* Emory Law Journal (Vol. 64 in 2015), 677 (704) m.w.N.; vgl. *Burchard* ZIS 6/2018, 190 (191) m.w.N.

81 *Burchard* ZIS 6/2018, 190 (192, Fn. 19).

82 Cybercrime Convention Committee T-CY (2018)23, Preparation of the 2nd Additional Protocol to the Budapest Convention on Cybercrime, Strasbourg, v. 8.11. 2019, (abrufbar unter: https://rm.coe.int/t-cy-2019-19-protocol-tor-extension-chair-note-v3/16809577ff).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

über einem Dienstanbieter geplant ist, wenn der ersuchte Staat dem Ersuchen stattgibt.

3. Aktuelle Entwicklungen im Unionsrecht

Seit 2018 gibt es einen Vorschlag für eine Verordnung über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen (e-Evidence-VO)[83]. Der e-Evidence-VO-Entwurf legt Regeln für eine Beibringungsanordnung gegenüber Dienstanbietern fest und trifft Regelungen für eine „Privatisierung" des Rechtshilferechts, sowie einer Abkehr vom klassischen Territorialitätsprinzip zum Marktortprinzip.[84] So sieht insbesondere Art. 1 I e-Evidence-VO für den repressiven Bereich vor, dass es ausreichend ist, wenn ein Dienstanbieter Dienstleistungen anbietet, um verpflichtet sein zu können, Beweismittel herauszugeben, unabhängig davon, wo deren jeweiliger Standort ist.

Die aktuellen Entwicklungen gehen insoweit in verschiedene Richtungen.

VII. Reformvorschlag

Aufgrund der vorhergehenden Ausführungen bedarf es aus Gründen der Rechtssicherheit eines multilateralen Vertrages zwischen den Staaten der internationalen Staatengemeinschaft, weil eine Divergenz vorliegt zwischen dem was für Hoheitsträger nötig ist und dem, was nach der aktuellen Rechtslage explizit geregelt ist, um zur Gefahrenabwehr tätig zu werden. Im Nachfolgenden werden nun Überlegungen angestellt, welche Regelungen in einem solchen Vertrag enthalten sein sollten.

---

83 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen, COM(2018) 225 final 2018/0108(COD), Straßburg, den 17.4.2018. In Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung einheitlicher Regeln für die Bestellung von Vertretern zu Zwecken der Beweiserhebung in Strafverfahren, COM(2018) 226 final 2018/0107(COD), Straßburg, den 17.4.2018 wird weiterhin eine Vertreterregelung gleichsam wie in Art. 27 DS-GVO geregelt.

84 *Burchard* ZIS 7-8/2018, 249 (264); *Burchard* ZRP 2019, 164 (165).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Widerspruchslösung

Unter dem Ziel ein effizientes Handeln der Gefahrenabwehrbehörden sicherstellen zu können, bedarf es einer Regelung, die mit Hilfe von Fristen, zeitliche Vorgaben an die Dauer der Bearbeitung eines Rechtshilfeersuchens statuiert.

Demnach ist eine Regelung notwendig, die einem Rechtshilfeersuchen im Bereich der digitalen Datenerhebungen gleichsam im Sinne einer Fiktion stattgibt, wenn innerhalb einer Frist von zwei Wochen keine inhaltliche Rückmeldung des ersuchenden Staates erfolgt. Der um Rechtshilfe ersuchende Staat darf auf die Daten eigenständig zugreifen, wenn der ersuchte Staat keine Antwort auf eine Anfrage innerhalb der Frist erteilt. Dieser Reformvorschlag adaptiert dabei das Aufnahmeverfahren aus Art. 21 f. Dublin III-VO[85]. Im Rahmen von Art. 22 VII Dublin III-VO kann ein Mitgliedsstaat verpflichtet sein, eine Person – welche einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat – aufzunehmen, wenn der ersuchte Mitgliedsstaat auf ein Gesuch dem ersuchenden Mitgliedsstaat nicht innerhalb einer bestimmten Frist eine Antwort erteilt.

Dieses Fristensystem ist auch im Rahmen von grenzüberschreitenden Datenerhebungen zielführend, weil es zur Rechtsklarheit und Effektivität von Rechtshilfeabkommen beiträgt. Durch dieses Umstellen des Systems auf klare Fristen und einer Möglichkeit zu einem Vorgehen bei einer fehlenden Reaktion, wird die Proaktivität gesteigert und die beteiligte Staatengemeinschaft bleibt handlungsfähig. Gleichzeitig sind die Staaten verpflichtet, ihre internen Regelungen an eine zügigere Bearbeitung auszurichten und Bearbeitungsabläufe zu entschlacken, um dem Fristerfordernis nachkommen zu können.

Dabei ist es auch denkbar, dass es einen Widerspruchs-Pool von mehreren Staaten gibt, weil die relevanten Daten zwar in einer Cloud gespeichert sind, die zugrundeliegenden Cloud-Server sich jedoch in mehreren Staaten befinden.

Weiterhin ist es für ein Funktionieren des Systems notwendig, dass der ersuchende Staat auch gegenüber dem jeweiligen Privaten (insb. dem Cloud-Dienstanbieter) direkt eine durchsetzungsfähige Anordnung hat, falls der ersuchte Staat nicht widersprochen hat. Eine vergleichbare Rege-

85 Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, ABl. L 180 vom 29. Juni 2013, S. 31 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lung (ohne die hier vorgeschlagene Widerspruchslösung) befindet sich insoweit bereits für den repressiven Bereich in dem Entwurf vom 08.11.2019 für ein Zusatzprotokoll zur Cybercrime-Konvention. Hierdurch bedarf es nach einem fehlenden „Widerspruch" keines Mitwirkungserfordernisses des ersuchten Staates und ein weiteres Vorgehen wird nicht durch die Beteiligung eines weiteren Behördenapparats verzögert.

2. Zweigliedriger Widerspruch

Um den besonderen Prüfungserfordernissen eines Staates Rechnung zu tragen, bedarf diese „Widerspruchsregelung" einer Modifikation: Es ist einmal ein endgültiger Widerspruch des ersuchten Staates vorzusehen und weiterhin ein vorläufiger Widerspruch des ersuchten Staates bis zu einer endgültigen Prüfung des Ersuchens. Dieses abgestufte System würde dadurch bei Bedarf eine intensivere Prüfung ermöglichen, insbesondere, wenn eine Abwägung von Grundrechten (und dabei u. a. auch von Datenschutzrechten) in Frage stehen.

3. Geographische Nichtlokalisierbarkeit der Daten

Die hier vertretene Lösung findet hinsichtlich einer Widerspruchsregelung keine Anwendung, wenn nicht lokalisiert werden kann, wo sich die „Daten" überhaupt befinden. Allerdings muss dabei differenziert werden: Sind die Daten unzweifelhaft auf Servern in mehreren bestimmten Staaten gespeichert, wobei aber nicht geklärt werden kann, in welchem Staat sich die Daten befinden, dann kommt diese Widerspruchslösung in Form eines Staaten-Widerspruch-Pools in Betracht.. Um das Funktionieren des Systems zu gewährleisten und die Übersichtlichkeit zu wahren, darf der jeweilige Staaten-Pool jedoch nicht die Anzahl von drei Staaten überschreiten. Soweit mehr als drei Staaten in Betracht kommen muss auch die nachfolgende Gefahr-im-Verzug-Regelung greifen.

4. Gefahr-im-Verzug-Regelungen im Völkerrecht

Nicht nur in Fallkonstellationen, in denen vor der Zwei-Wochen-Frist dieser Widerspruchslösung auf die Daten zugegriffen werden muss, weil dies

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zur Gefahrenabwehr notwendig ist, sondern auch in Fällen in denen Daten nicht lokalisierbar sind, bedarf es einer Gefahr-im-Verzug-Regelung[86].

Eine solche Regelung auf internationaler Ebene entsprechend einer physischen „Nacheile"[87] von Polizeibeamten bei der Verfolgung von Personen, ist im virtuellen Raum elementar, um die Handlungsfähigkeit der jeweiligen Staaten zu gewährleisten. Diese „digitale Nacheile" ist dabei mit einer Anzeigenpflicht (bzw. „Notifikationspflicht"[88]) gegenüber dem Staat, auf dessen Hoheitsgebiet ein virtueller Eingriff vorgenommen wird, zu verbinden, soweit bekannt ist oder nachträglich ohne erheblichen Aufwand ermittelbar ist, gegenüber welchem Staat ein Eingriff vorlag.

Aufbauend auf dieser Anzeigenpflicht einer „digitalen Nacheile" muss der dann (nachträglich) „ersuchte" Staat dieser zustimmen. Teilt der ersuchte Staat dabei explizit mit, dass er nicht zustimmt, dann war der Eingriff völkerrechtlich rechtswidrig, es sei denn, der ersuchte Staat darf seine Zustimmung nicht verweigern.[89] Einer Zustimmungsverweigerung kann insbesondere ein überwiegendes Interesse an dem Zugriff auf die Daten durch den ersuchenden Staat entgegenstehen.

5. *Problemfelder und Fazit*

Eine Problematik besteht, wenn die Folge der Stattgabe eines Ersuchens die Preisgabe von grundrechtlich geschützten Informationen ist. Hierbei können die unterschiedlichen Grundrechtsregimie u.U. kollidieren. Auch kann ein Widerspruchs-System nur durch das (auch passive) Mitwirken der teilnehmenden Staaten funktionieren. Würden sich Staaten beteiligen, die ausschließlich widersprechen oder, die ohne weitere eigene Prüfung ein Rechtshilfeersuchen stellen, dann würde dieses System ad absurdum geführt werden.

Eine mögliche Alternative zu den hier vorgeschlagenen Regelungen stellen die Überlegungen dar, private Cloud-Dienstanbieter im Rahmen des Marktortprinzips zu verpflichten, Daten herauszugeben oder deren Verpflichtung Daten auf Inlandsservern „spiegeln" zu müssen. Durch diese Verpflichtungen kann das „trägere" Rechtshilfeersuchen-Verfahren umgangen werden. Allerdings zeigt sich, dass auch private Dienstanbieter

86 Siehe bereits *Sieber*, Legal Aspects of Computer-Related Crime in the Information Society, Würzburg 1998, S. 107, Fn. 239; vgl. *Seitz*, a.a.O., S. 373.
87 Vgl. Art. 41 SDÜ.
88 *Burchard* ZIS 7-8/2018, 249 (256).
89 Vgl. auch: *Burchard* ZIS 7-8/2018, 249 (256).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht immer ohne jegliche Prüfung Daten herausgeben.[90] Gleichzeitig stellt es einen erheblichen Eingriff[91] in die jeweiligen Unternehmensrechte dar, wenn Privatunternehmen verpflichtet werden, deren Daten im Inland zu spiegeln.

Auch wenn aufgrund der internationalen Verflechtungen weiterhin eine Widerspruchslösung nicht zu einer Lösung aller Konflikte führen könnte, so wäre diese ein erster Schritt in Richtung einer international geregelten Datenerhebung von Gefahrenabwehrbehörden. Ein möglicher Schutz der Rechte von Betroffenen wird auf völkerrechtlicher Ebene – wie im Rahmen der traditionellen Mediatisierung[92] von Völkerrechten – mit Hilfe dieser Widerspruchslösung (zumindest auch) durch den Staat des Standortes des Cloud-Servers[93] gewährleistet. Gegen diesen Standortstaat eröffnen sich insoweit i. d. R. einfachere Rechtsschutzmöglichkeiten – nicht nur aus der Sicht des jeweiligen Cloud-Dienstanbieters.

Zwar können diese Regelungen nicht allein das Problemfeld der grenzüberschreitenden Datenerhebung lösen. Die hier vorgeschlagenen Regelungen führen aber zu einem völkerrechtlich geregelten Vorgehen, welches die Interessen des ersuchten Staates an seinem Hoheitsgebiet in eine Konkordanz mit dem Interesse des ersuchenden Staates, auf einem fremden Territorium Daten erheben zu können, führt. Dabei können weiterhin auch die Betroffenenrechte optimal gewahrt werden, weil der Betroffene dadurch nicht nur die Möglichkeit hat gegenüber dem ersuchenden Staat Rechtsschutz zu suchen, sondern auch gegenüber dem ersuchten Staat, z. B. im Rahmen der Verletzung seiner Grundrechte vorgehen kann. Im Übrigen kann der Cloud-Dienstanbieter gegenüber dem Staat vorgehen, welchen er selbst für seinen Serverstandort ausgesucht hat und der Dienstanbieter muss nicht Rechtsschutz gegenüber einem Staat suchen, in welchem er möglicherweise keinen Serverstandort hat.

Es wird auch notwendig sein, dass sich neben den einzelnen Mitgliedsstaaten, auch die EU selbst an einem multilateralen Vertrag beteiligt, um eine Kollision[94] mit Unionsrecht zu verhindern.

---

90 Siehe hierzu *Burchard* ZIS 7-8/2018, 249, (258 f.).

91 Ein solcher kann jedoch gerechtfertigt sein.

92 Siehe zur Mediatisierung des Einzelnen *Kau*, in Völkerrecht (Hrsg. Vitzthum/Proelß), 8. Aufl., Berlin u.a. 2019, Abschnitt 3, Rn. 15.

93 Bzw. unter Umständen auch durch den Heimatstaat.

94 Wobei die nach Art. 72 AEUV eingeschränkte Kompetenz der EU zu berücksichtigen ist (*Breitenmoser/Weyeneth* in Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrech, Baden-Baden 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 72 Rn. 10 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gleichzeitig muss aus der Perspektive der EU differenziert werden, ob es sich um ein Rechtshilfeersuchen zwischen den Mitgliedsstaaten handelt, bei welchen zukünftig zumindest im repressiven Bereich eine umfangreichere Zusammenarbeit geplant ist. Insofern ist zu überlegen, „unionsintern" den e-Evidence-VO-Vorschlag[95] auch im präventiven Bereich aufzugreifen.[96]

Die hier vorgeschlagene Lösung führt allerdings dazu, dass am Territorialitätsprinzip festgehalten wird. Es führt nicht zu einer partiellen Privatisierung, indem Rechtshilfeverfahren auf private Dienstanbieter ausgelagert werden.[97] Der heutige Telos der „Territorialität" ist, dass indem eine Zuordnung eines Gebietes zu einem Staat und der gleichzeitigen Zuordnung von Personen zu diesem Staat, dieser „Zuordnungs"-Staat die Interessen dieser Personen am besten schützen kann.[98] Eine Auflösung des Territorialitätsprinzips würde im derzeitigen System der Staatengemeinschaft dazu führen, dass kein Staat mehr unmittelbar für Privatpersonen eintreten kann und eine Verletzung von (innerstaatlichen) Rechten von Individuen (bzw. soweit subjektive Rechte auch außerhalb des innerstaatlichen Rechts verletzt werden) ein geringeres Rechtsschutzniveau erfährt, weil einer Privatperson in grenzüberschreitenden Sachverhalten häufig die Rechtsdurchsetzung erschwert ist.

Möchten die staatlichen Stellen autonom von privaten Dritten (und von deren Wirtschaftsinteressen) handlungsfähig bleiben, ist der hier vertretene Vorschlag in Form einer Widerspruchslösung und der Gefahr-in-Verzug-Regelung – zumindest kumulativ neben (möglichen) weiteren Regelungen zur Verpflichtung von Privaten – notwendig.

---

95 Siehe Fn. 83.

96 Vielen Dank für die Gespräche bei der ATÖR, insb. an Odey Hardan (wissenschaftlicher Mitarbeiter, Universität Bielefeld), welcher auf diesen Punkt hingewiesen hat und auch auf die Ermächtigung der Kommission zum CLOUD-Act (siehe: Rat der EU, Brüssel, Bes. v. 21.5.2019 - 9114/19). Damit einhergehend auch die Ermächtigung zum CCC-Zusatzprotokoll (Bes. - 9116/19).

97 Vgl. ausführlich zur Strafverfolgung *Burchard* ZIS 7-8/2018, 249 (259 ff.).

98 Siehe auch *Burchard* ZIS 7-8/2018, 249 (251) mit Verweis auf BVerfGE 123, 267.

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Autorenverzeichnis

Dr. Wolfgang Abromeit
Universität Potsdam
Lehrstuhl für Europäisches und Deutsches Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Sozialrecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht
Am Neuen Palais 10
14469 Potsdam
abromeit@uni-potsdam.de

Dr. Ranjana Andrea Achleitner
Johannes Kepler Universität Linz
Institut für Europarecht
Altenberger Straße 69
4040 Linz
ranjana_andrea.achleitner@jku.at

Alice Bertram
Freie Universität Berlin
Juniorprofessur für Öffentliches Recht
Boltzmannstr. 3
14195 Berlin
alice.bertram@fu-berlin.de

Nikolas Eisentraut
Freie Universität Berlin
Professur für öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht
Boltzmannstr. 3
14195 Berlin
nikolas.eisentraut@fu-berlin.de

Roman Friedrich
Universität Wien
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht
Schottenbastei 10-16 (Juridicum)
A-1010 Wien
roman.friedrich@univie.ac.at

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Matthias Haag
Westfälische Wilhelms-Universität Münster
Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht
Leonardo-Campus 9
48149 Münster
mhaag@uni-muenster.de

Eleonora Heim
Universität Basel
Professur für Völkerrecht und Öffentliches Recht
Peter Merian-Weg 8
4052 Basel
e.heim@unibas.ch

Alexander Iben
Universität Greifswald
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht
Domstraße 20
17489 Greifswald
alexander.iben@uni-greifswald.de

Dirk Müllmann
Goethe-Universität Frankfurt am Main
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungsrecht, Umweltrecht, Informationsrecht, Rechtstheorie
Theodor-W.-Adorno-Platz 4
60629 Frankfurt am Main
muellmann@jur.uni-frankfurt.de

Dorothea Mund
Universität Augsburg
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanzrecht und Steuerrecht
Universitätsstrasse 24
86159 Augsburg
dorothea.mund@jura.uni-augsburg.de

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Elisabeth Paar
Karl-Franzens-Universität Graz
Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaft
Universitätsstraße 15
8010 Graz
elisabeth.paar@uni-graz.at

Dirk Pohl
vormals Universität Passau
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Medien- und Informationsrecht
Innstraße 41
94032 Passau
dirk.pohl@online.de

Lasse Ramson
Universität Bremen
Fachbereich Rechtswissenschaft
Universitätsallee, GW1
28359 Bremen
ramson@uni-bremen.de

Sebastian Schwab
Georg-August-Universität Göttingen
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Staatskirchenrecht und Kirchenrecht
Goßlerstraße 11
37073 Göttingen
sebastian.schwab@jura.uni-goettingen.de

Dr. Rike Sinder
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg
Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie
Werthmannstraße 4
79098 Freiburg im Breisgau
rike.sinder@jura.uni-freiburg.de

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Julia Sinnig
Université du Luxembourg
Faculté de Droit, d'Économie et de Finance
4, rue Alphonse Weicker
L-2721 Luxembourg
julia.sinnig@uni.lu

Dr. Berit Völzmann
Goethe-Universität Frankfurt am Main
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsvergleichung
Theodor-W.-Adorno-Platz 4
60629 Frankfurt am Main
voelzmann@jur.uni-frankfurt.de

Dr. Stephan Wagner
Westfälische Wilhelms-Universität Münster
Institut für Öffentliches Recht und Politik
Universitätsstraße 14-16
48143 Münster
stephan.wagner@uni-muenster.de

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Herausgeberverzeichnis

Ruth Greve
Universität Trier
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, deutsches und internationales Finanz- und Steuerrecht
Universitätsring 15
54296 Trier
grever@uni-trier.de

Benjamin Gwiasda
Universität Trier
Professur für Öffentliches Recht, insbesondere Umweltrecht
Universitätsring 15
54296 Trier
gwiasda@uni-trier.de

Thomas Johannes Kemper
Universität Trier
Institut für Rechtspolitik
Im Treff 24
54296 Trier
kemper@uni-trier.de

Joshua Moir
Universität Trier
Professur für deutsches und ausländisches öffentliches Recht, Staatskirchenrecht und Völkerrecht
Universitätsring 15
54296 Trier
moir@uni-trier.de

Sabrina Müller
vormals Universität Trier
Professur für deutsches und ausländisches öffentliches Recht, Staatskirchenrecht und Völkerrecht
Universitätsring 15
54296 Trier

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Arno Schönberger
Universität Trier
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Institut für Deutsches und Europäisches Wasserwirtschaftsrecht
Universitätsring 15
54296 Trier
schoenberger@uni-trier.de

Sebastian Stöcker
Universität Trier
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Institut für Deutsches und Europäisches Wasserwirtschaftsrecht
Universitätsring 15
54296 Trier
stoeckers@uni-trier.de

Julia Wagner
Universität Trier
Professur für deutsches und ausländisches öffentliches Recht, Staatskirchenrecht und Völkerrecht
Universitätsring 15
54296 Trier
wagnerju@uni-trier.de

Lydia Wolff
Universität Trier
Institut für Recht und Digitalisierung
Behringstraße 13
54296 Trier
wolffl@uni-trier.de

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Fördererverzeichnis

- Becker Büttner Held Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer Steuerberater PartGmbB
- BWV Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH
- C.F. Müller GmbH
- C.H. Beck Verlag oHG
- Dolde Mayen & Partner Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB
- Dombert Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB
- Duncker & Humblot GmbH
- FPS Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten mbB
- Franz Vahlen GmbH
- Institut für Recht und Digitalisierung Trier (IRDT)
- Juracon (IQB Career Services GmbH)
- Mohr Siebeck GmbH & Co. KG
- Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
- Rittershaus Rechtsanwälte Partnergesellschaft mbB
- SRS Schüllermann und Partner mbB
- Springer-Verlag GmbH
- Universität Trier
- Walter de Gruyter GmbH
- W. Kohlhammer GmbH

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748907497, am 12.10.2024, 11:07:44
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb