

## Besprechung / Comptes rendu

### Digitalisierung und Recht

#### Tagung des eingetragenen Vereins Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht an der Bucerius Law School am 26. November 2016

**ANIKA KLAFKI / FELIX WÜRKERT / TINA WINTER**

Bucerius Law School Press, Hamburg 2017, 140 Seiten, EUR 19.90, CHF 23.10, ISBN 978-3863811037

In ihrem soeben erschienenen Band treten FELIX WÜRKERT, ANIKA KLAFKI und TINA WINTER (Hg.) an, die Digitalisierung aus dem Blickwinkel des öffentlichen Rechts zu erörtern. Dabei stellt der in der Bucerius Law School Press erfreulicherweise als Open Access publizierte Band noch keine Selbstverständlichkeit dar. Die (junge) Wissenschaft im öffentlichen Recht hält sich bei digitalen Themen derzeit noch vornehm zurück. Auch WÜRKERT/KLAFKI/WINTER wännen sich noch am Anfang (S. 19). Nehmen mithin im Digitalen das Privatrecht und der dazugehörige Wissenschaftszweig die nötige gesellschaftsordnende Funktion ein? (vgl. M.-C. GRUBER, Bioinformationsrecht, Frankfurt a.M. 2015, S. 10). Liest man sich durch die verschiedenen Beiträge, so scheint eine solche These durchaus plausibel. Zwar werden aktuelle Phänomene und Entwicklungen deskriptiv eingearbeitet, jedoch hätten mutigere Visionen das i-Tüpfelchen einer ansonsten sehr lesenswerten Publikation dargestellt. Das Potential eines vielversprechenden Bandes kann somit nicht gänzlich ausgeschöpft werden. Wenngleich der erste Schritt in die richtige Richtung den schwierigsten und deshalb wichtigsten darstellt, was auch im vorliegenden Band in Bezug auf neue Entwicklungen der Digitalisierung und unseren diesbezüglichen Umgang wiederholt aufgebracht wird (z.B. S. 116 f.).

Die sechs Beiträge reichen von Fragen der Digitalisierung der Demokratie durch Online-Partizipation (THERESA WITT) über algorithmische Entscheidungsfindung (CHRISTIAN ERNST) bis hin zur Digitalisierung der Verwaltung (CHRISTIAN DJEFFAL). Dass mit PETER SCHAAR, dem ehemaligen Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, ein hochkarätiger Beitragender gewonnen wurde, überrascht bei einer derart umfangreichen Bearbeitung nicht. Bei der Beantwortung der Frage nach regulatorischen Leitplanken der Digitalisierung werden von ihm Fragen des Datenschutzes, der Transparenz und der algorithmischen Diskriminierung aufgeworfen. Leider bleibt ausgerechnet sein Beitrag ausgesprochen zahm; datenschutzrechtliche Aspekte hätten noch kritischer angegangen werden können.

Die Herausgebenden weisen in der Einleitung richtigerweise auf den unscharfen Begriff des Digitalen hin (S. 3 f.) und versuchen diesen von dem des Analogen (S. 4 f.), Schriftlichen (S. 6 ff.) und Realen (S. 8 ff.) abzugrenzen. Das gelingt gut und ist einleuchtend. Damit in Verbindung stehende, rechtsphilosophische Konzepte werden dabei immerhin kurz angedeutet. Das Thema des Digitalen allgemein wissenschaftlich aufarbeitend, leisten sie dann leider keine innovative Definitionsarbeit. Gleichwohl werden Schlüsselbegriffe wie «Internet», «Netzwerk» oder «digitale Lebensräume» (S. 12 ff.) gut erläutert und beschrieben. Die Arbeit der drei Nachwuchsautorinnen und -autoren führt in ein umfangreiches Thema gut ein, zumal sie auf die potenziellen Gefahren eines «Cyberspace als staatsfreie[n] Raum[s]» (S. 11) hinweisen und die Hinwendung zu einer transnationalen Demokratie diskutieren. Während Ersteres anstatt unter dem Gefahren- auch unter dem Möglichkeitsaspekt hätte diskutiert werden können, wird Letzteres von den Autoren mit guten Argumenten abgelehnt (S. 11 f.).

Mit der offen gelassenen Frage, inwieweit hoheitliche Steuerung im Internet überhaupt gewollt ist (S. 14), befeuern sie gesamtgesellschaftliche Diskussionen (siehe dazu auch S. 16 ff.) – was nicht nur Rechtssoziologen erfreuen wird. Insgesamt überzeugt die kritische Haltung der Kolleginnen und Kollegen aus Hamburg. Diese wird auch gegenüber Legal Tech, dem «aus den Marketingabteilungen der

Wirtschaftskanzleien [...] herüberschwappende[n] Begriff» (S. 15) und der «zweifelhaften Annahme juristischer Emotionslosigkeit» (S. 7) eingenommen. Letztere Einschätzung lässt sich etwa auch in der Rechtsfabrik von BRUNO LATOUR, (Die Rechtsfabrik, Konstanz 2016, S. 238 ff.) finden, was mit dem Alltag in der Rechtswissenschaft indes nicht übereinzustimmen vermag.

Blättert man weiter, fragt man sich, warum nicht der bei der Konferenz als Inputreferat gehaltene Vortrag von PETER SCHAAR als Einleitungsaufsatz verwendet wurde. So wie bei online zugänglichen Kartendiensten, zoomt er aus einer profunderen Auseinandersetzung mit der Thematik wieder ins Allgemeine heraus. THERESA WITT wagt sich zum Glück wieder hinein und gleichzeitig raus mit ihren Thesen. Ihr Plädoyer für mehr Recht und Demokratie bzw. von oben nach unten gesetzten Strukturen im Digitalen, insbesondere im Bereich der Online-Partizipation, erscheint nachvollziehbar. Zwar missbilligt auch sie das Fehlen klarer Definitionen als Grundlage weiterer Auseinandersetzungen (S. 54 f.), gleichwohl werden der Leserschaft keine eigenen, innovativen Definitionsansätze angeboten. Begründet wird dies damit, selbst nur «Denkanstöße» (S. 53) geben zu wollen. Ihre Forderung, den Staat insbesondere im Hinblick auf Informationspflichten (S. 51 ff.) mehr in die Verantwortung zu ziehen, erscheint hingegen tagesaktuell und wichtig. Doch kann die Verwaltung eine solch umfassende Gewährleistungsaufgabe übernehmen und sicherstellen? Nach einer Auflistung inhaltlich zu beachtender Aspekte untersucht THERESA WITT, woraus sich eine Informationspflicht rechtlich herleiten liesse (S. 53 f.). Sie setzt dabei auf staatliche Institutionen, jedenfalls solange Einzelne nicht von einer neuen technologischen Aufklärung profitieren können. Nur mündigen, digitalisierungs-affinen Bürgern ist eine reflektierte und weitsichtige Entscheidung möglich. Weitergehend untersucht sie, wer auf staatlicher Seite zuständig sein könnte und kommt zum Schluss, dass einzig und allein der Exekutive diese Rolle zuteil würde (S. 48). Sie kann diese Aussage mit Beispielen aus der Praxis gut belegen. Zuvor leitet sie Partizipation im Allgemeinen umfassend her und betont, trotz normativer Anknüpfung im Grundgesetz, den Aspekt der Multidisziplinarität. Mehreren Querschnittsgebieten muss es gelingen, ihre eigenen Logiken zu vereinen (S. 38), um partizipativ Lösungen zu finden. Wobei Partizipation für die Autorin bedeutet, dass ein jeder die Einflussmöglichkeiten auch tatsächlich nutzt (S. 39). Dabei stellt sich die weitergehende Frage, ob ein bewusstes Unterlassen des Einsatzes und der Nutzung digitaler Möglichkeiten, etwa in Form von Apps, Online-Banking und sozialer Netzwerke, nicht auch eine Form der Partizipation darstellt. Auch wenn sie «den Rahmen (der) Auseinandersetzung nicht überstrapazieren» möchte, macht ihr Aufsatz Lust auf mehr, und es bleibt zu hoffen, dass THERESA WITT auch weiterhin wissenschaftlich publizieren wird.

CHRISTIAN ERNST weckt mit seinem Beitrag «Die Gefährdung der individuellen Selbstentfaltung durch den privaten Einsatz von Algorithmen» auf den Seiten 63–81 das Interesse fachlich assoziierter Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler. Leider können die damit verbundenen hohen Erwartungen nur teilweise erfüllt werden. Manche Antworten erscheinen im Ergebnis zu einfach. Etwa wenn algorithmische (Falsch-)Entscheidungen ohne Weiteres den dahinterstehenden Rechtssubjekten, namentlich den Programmierern, zugerechnet werden (S. 66). Stellen Informatiker in Zukunft die am stärksten gefährdete Berufsgruppe dar, wenn sie für elektronische Agenten, Roboter und Bots haften müssen? Wenn sogar für Spezialisten die Vorgänge nur noch bedingt (technisch) nachvollziehbar sind, scheint es aus juristischer Sicht naheliegender, die Einrichtung umfassender Haftungspools bzw. die Anerkennung neuer Rechtssubjekte voranzutreiben. Gleichwohl überzeugt, wie der Autor algorithmenbasierte Entscheidungsmaßstäbe und deren Nachvollziehbarkeit mit Big Data und der Vielzahl unterschiedlichster Daten erläutert (S. 67 ff.).

Seiner Aussage zufolge gelingt es mithilfe von Algorithmen besser auf Einzelfälle Bezug zu nehmen. Indes führt dies nicht zwingend dazu, dass diese auch als sachgerecht empfunden werden (S. 77). CHRISTIAN ERNST betont im Folgenden die Bedeutung menschlicher Entscheidungen und Handlungen, etwa bei der Bearbeitung von Darlehensanträgen bei Direktbanken (S. 69). Für die Einhaltung bestimmter Grenzen müssten Sicherungsmechanismen sorgen (S. 77). Nach der Lektüre verbleibt ein fader Beigeschmack, wenn etwa algorithmische Entscheidungen von vornherein aus dem Bereich privatautonom Handelns ausgeschlossen werden. Zumal Letzteres damit begründet wird, dass unsere Rechtsordnung seit «jeher auf menschlichen Fähigkeiten und Entscheidungsstrukturen» (S. 71) beruht. Dass Sicherungsmechanismen vorgesehen bleiben müssen, um die Arbeitsweise von Algorithmen nachzuvollziehen (S. 77), erscheint rechtlich und sozial als ehrenwertes Ziel. Technisch ist es dafür wohl schon zu spät.

CHRISTIAN DJEFFAL vom Alexander von Humboldt Institut für Internet und Gesellschaft in Berlin untersucht Entwicklungen innerhalb der Verwaltung. Sein Beitrag stellt damit eine gute Ergänzung zum

Thema von Frau THERESA WITT dar. Ihm geht es um die Frage, ob in Zeiten des Internets der Dinge (IoT) Reformen und Umwälzungen notwendig werden. Wenngleich die Verwaltungsebene bisher nur bedingt von diesen Entwicklungen betroffen ist. NIKLAS LUHMANN zitierend («Verwaltungsreform ist ein altes, wenig neues Thema», S. 84), beginnt er mit einer kurzen historischen Beschreibung, welche von den grossen Sozialstaats-Reformprogrammen von LORENZ VON STEIN, über das E- und Smart-Government bis hin zur Verwaltung 5.0 reicht (S. 85 ff.). In der Beschreibung des IoT fällt auf, dass DJEFFAL dieses kontinuierlich als «Technikvision einer fortschreitenden Automatisierung und Autonomisierung computergestützter Systeme» (S. 87) darstellt. Aber ist es wirklich eine Vision oder bereits Realität? Im Folgenden werden relativ umfassend verschiedene Leitlinien bzw. Strategien, welche selbst unmittelbar keine Rechtswirkungen entfalten (S. 89 ff.), dargestellt. Diesen Beschreibungen folgt ein Abschnitt über technische Architektur. Erfreulicherweise sieht der Autor, wie bereits sehr prominent LAWRENCE LESSIG, die regulative Wirkung technischer Strukturen und betont, dass sich die rechtliche Regulierung ebendiese technische Regulierung zu Nutze machen sollte (S. 91 f.). Auch die Herausarbeitung von Regelungen bzgl. E-Government oder allgemein digitalen Themen im öffentlichen Recht, etwa Artikel 14 der Verfassung von Schleswig-Holstein (S. 99 ff.), machen Mut, dass eine digitale Verwaltungsmodernisierung, inklusive IT- und Cybersicherheitsstandards (S. 101) gelingen wird. Dass am Schluss gar die Funktion des Rechts selbst hinterfragt wird, kann als positiv angemerkt werden.

Der als «kurzer Beitrag» (S. 20) vorgestellte Text von DANIEL MATTIG bildet einen runden Abschluss. Er bietet der Leserschaft etwas an, was diese im Bereich von Publikationen mit Bezug zu digitalen Themen derzeit nur selten finden wird: klare Antworten auf (un-)klare Fragen. Ausgehend von eigenen Erfahrungen setzt er sich mit den zu bewältigenden Herausforderungen auseinander. Bewegt durch die Alleinstellung der Juristinnen und Juristen infolge der ihnen bekannten Wertungen und der damit verbundenen gesellschaftlichen Verantwortung, aber auch angetrieben durch den wirtschaftlichen Zwang der Effizienz und die Veränderungen im Landesrecht hin zur «technologischen Kompetenz» (S. 116), erarbeitet er einen eigenen Lehrplan. Seine Devise lautet, dass man es einfach angehen sollte: «Die letzte Antwort [was wir beitragen können] will ich vorwegnehmen: Lehren!» (S. 114) Es stimmt positiv, dass dieser innovative Band mit einem (Lehr-)Auftrag an die junge Rechtswissenschaft abgeschlossen wird. Dabei wird weiterhin eine kritische Auseinandersetzung mit neuen Technologien priorisiert, auch um sich von vermeintlich disruptiven Veränderungen der heutigen Rechtspraxis durch Legal Tech zu distanzieren.

*Dario Haux, Luzern  
Fabienne Graf, Luzern*