

NOMOSLEHRBUCH

Martini | Möslein | Rostalski

Recht der Digitalisierung



Nomos

NOMOSLEHRBUCH

Prof. Dr. Mario Martini
Deutsche Universität für
Verwaltungswissenschaften Speyer

Prof. Dr. Florian Mösein, Dipl.-Kfm., LL.M. (London)
Philipps-Universität Marburg

Prof. Dr. Dr. Frauke Rostalski
Universität zu Köln

Recht der Digitalisierung



Nomos

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

ISBN 978-3-8487-8092-1 (Print)

ISBN 978-3-7489-2510-1 (ePDF)

1. Auflage 2024

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2024. 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.

Vorwort

Die digitale Transformation wälzt unser gesellschaftliches Zusammenleben grundlegend um: Ob in der Medizin, im Verkehrssektor, bei der beruflichen und privaten Kommunikation sowie in vielen weiteren Bereichen – digitale Anwendungen sind kaum mehr aus dem Alltag der Menschen hinwegzudenken. Das ruft eine Kernfrage auf den Plan, die wir als Gesellschaft beantworten müssen: Nach welchen Regeln wollen wir heute und künftig (im digitalen Raum) miteinander leben? Von der Suche nach passgenauen Antworten hierauf sowie der rasant wachsenden Bedeutung, die Rechtsfragen mit Digitalisierungsbezug in der Praxis und Juristenausbildung erfahren, handelt dieses Lehrbuch. Bislang fehlt es an einer rechtsgebietsübergreifenden didaktischen Darstellung des Rechts der Digitalisierung. Unser Ziel ist es, einen möglichst breiten Blick auf all die Herausforderungen zu werfen, die die digitale gesellschaftliche Transformation für das Recht bereithält. Wir möchten dabei zum einen darstellen und mitunter kritisch reflektieren, welchen Umgang das Recht schon heute mit Veränderungen gefunden hat, die sich in unserer Lebenswirklichkeit durch die digitale Transformation ergeben haben. Zum anderen möchten wir zeigen, in welchen Winkeln des Rechts noch Nachholbedarf besteht – und wie die nationalen und der europäische Gesetzgeber diesen *de lege ferenda* befriedigen könnten.

Dass die Digitalisierung im steten Fluss ist, macht es oftmals ebenso schwer, auftretende Probleme zu analysieren, wie einen klaren Lösungsvorschlag zu finden. Dies betrifft auch den Umgang mit neuen Gesetzeswerken. Sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene läuft die Gesetzgebungsmaschinerie unter Volldampf, um rechtliche Rahmenbedingungen für digitale Phänomene zu schaffen. Schon deshalb kann dieses Lehrbuch nur eine Momentaufnahme liefern, die unter dem Vorbehalt weiterer Entwicklungen steht. Wie viel Dynamik uns noch bevorsteht, machen die intensiven Diskussionen um ChatGPT oder das Metaverse beispielhaft deutlich: Wir wissen heute nicht, mit welcher Geschwindigkeit und Intensität sich Sprachmodelle weiterentwickeln und ein regulatorisches Gegensteuern erfordern sowie ob bzw. in welcher Zeitspanne es möglich sein wird, einen virtuellen Raum zu schaffen, der mehr und mehr die Grenzen des Analogen und des Digitalen verschwimmen lässt. Was wir schon heute kennen, sind die umfangreichen Pläne und mitunter hochfliegenden Hoffnungen, die einige Akteure mit dem Metaverse verbinden. Sowohl der Erwerb von Immobilien und sonstigen Gütern als auch der vollständige Entwurf eines Doppelgängers („Avatars“) der eigenen Person soll dort möglich werden. Sich in diesem digitalen Kosmos zu bewegen, ermöglicht eine deutlich höhere Körperlichkeit, als uns dies im heutigen Internet vertraut ist. Damit verknüpfen sich indes auch zahlreiche neue Rechtsfragen. So lässt sich im Bereich des Strafrechts zum Beispiel darüber nachdenken, ob das geltende Strafgesetzbuch in seinen Deliktstatbeständen auf das Metaverse hinreichend vorbereitet ist – etwa auf Diebstähle oder „körperliche“ Angriffe, die sich nicht unmittelbar gegen eine natürliche Person, sondern gegen ihren Avatar richten. Es ist davon auszugehen, dass sich im Metaverse ein Trend fortsetzen wird, der im Strafrecht allgemein im Gefolge der Digitalisierung schon jetzt zu beobachten ist: ein Erstarken des strafrechtlichen Ehrenschutzes als besonders relevanter Bestandteil unserer Rechtsordnung. Gleichwohl ist noch zu viel in Entwicklung, als dass sich ein klarer Rechtsrahmen für das Metaverse abzeichnet.

Weil sich in anderen Lebensbereichen die grundlegenden Strukturen unseres künftigen rechtlichen Umgangs mit sehr vielen Fragen der Digitalisierung mittlerweile klarer

abzeichnen als noch vor einigen Jahren, erscheint uns das Wagnis eines Lehrbuchs zum jetzigen Zeitpunkt als lohnend.

Die Digitalisierung betrifft nicht bloß ein bestimmtes Rechtsgebiet wie zum Beispiel das Datenschutzrecht. Es handelt sich um eine Querschnittsmaterie, die sämtliche Rechtsgebiete durchdringt. Auf dieser Einsicht fußt unser Ansatz, ein Lehrbuch über die Herausforderungen der Digitalisierung für das gesamte Recht zu schreiben. Uns ist es darum bestellt, ein grundlegendes Verständnis der Regulierungsansätze zu vermitteln, für die sich der europäische und der nationale Gesetzgeber entschieden haben bzw. im Begriff sind, sich zu entscheiden. Diese Herangehensweise bedingt allerdings, größeren Wert auf die umfassenden Linien denn auf Detailfragen zu legen. Wer in diesem Lehrbuch vertiefte Ausführungen etwa zu einzelnen Tatbestandsmerkmalen von Vorschriften der Datenschutz-Grundverordnung sucht, wird daher in gewissem Umfang enttäuscht werden. Ein solches Versprechen kann ein Lehrbuch, dessen Anspruch es ist, das Recht der Digitalisierung holistisch zu erfassen und gelesen, statt im Bücherschrank abgestellt zu werden, nicht einlösen. Was der Leser indes findet, ist eine umfassende Perspektive auf die Spuren, die die Digitalisierung bereits im Recht hinterlassen hat – und zwar im Öffentlichen Recht, im Privatrecht und im Strafrecht. Zugleich wird er davon lesen können, wo künftig einmal weitere rechtliche Anpassungen erforderlich werden könnten, um die Frage, wie wir als Gesellschaft in Zeiten der digitalen Transformation miteinander leben wollen, bestmöglich zu beantworten.

Dieses Lehrbuch richtet sich nicht nur an Studierende der Rechtswissenschaften, sondern will auch Praktikern und der interessierten Fachöffentlichkeit einen schnellen Überblick über Rechtsfragen bieten, die die digitale Transformation aufwirft. Um die aktive Mitarbeit zu erleichtern, formulieren wir neben Fallbearbeitungen auch kapitelabschließende Fragen. Für die tatkräftige Unterstützung bei der Mitwirkung an diesem Buch danken wir unseren jeweiligen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, allen voran Martin Feldhaus, Levke Burfeind, Thomas Kienle und Vladyslav Rak (Team Martini), Moritz Jetzen, Leander Bücken, Clara Gröber, Charlotte Rebmann und Emily Theiding (Team Möslein) sowie Maren Einnatz, Leah Baerens, Leonie Beeck, Quirin Kappler, Farina Kümmel, Julian Philippi, Emma Rohde, Malte Völkening und Dr. Erik Weiss (Team Rostalski). Wir wünschen unseren Leserinnen und Lesern viel Erfolg und Freude bei der Arbeit mit diesem Buch. Über Feedback, gerade auch zur Verbesserung, freuen wir uns sehr.

Speyer/Marburg/Köln im Juni 2023 *Mario Martini/Florian Möslein/Frauke Rostalski*

Inhaltsübersicht

Vorwort	5
Einführung	17
Teil 1 – Öffentliches Recht	
§ 1 Verfassungs- und unionsrechtliche Grundlagen der Digitalisierung	24
§ 2 Einfachrechtliche Querschnittsvorgaben des öffentlichen Daten- und Digitalisierungsrechts	76
§ 3 Digitalisierung der Verwaltung	118
§ 4 Digitalisierung der Verwaltungsjustiz	138
Teil 2 – Privatrecht	
§ 5 Allgemeiner Teil des BGB	145
§ 6 Schuldrecht	173
§ 7 Sachenrecht	219
§ 8 Zivilrechtliche Nebengebiete (Überblick)	224
Teil 3 – Strafrecht	
§ 9 Einführung: Strafrecht im Zeitalter der Digitalisierung	239
§ 10 Herausforderungen der Digitalisierung für das materielle Strafrecht	240
§ 11 Digitalisierung und die Praxis der Strafzumessung	279
§ 12 Einfluss der Digitalisierung auf das Strafverfahren und die Rechtsfindung	284
§ 13 Digitalisierung in der Praxis der Strafvollstreckung	310
§ 14 Strafrechtliche Compliance im digitalen Zeitalter	313
Teil 4 – Ausblick auf neue und künftige unionale Rechtsakte	
§ 15 KI-Regulierung: Entwurf für ein Gesetz über Künstliche Intelligenz (KI-VO-E) und Haftungs-Richtlinie	319
§ 16 Digital Markets Act (DMA)	326
§ 17 Digital Services Act (DSA)	329
§ 18 E-Privacy-VO	332
§ 19 Data Governance Act (DGA)	334
§ 20 Data Act (DA)	337
Literaturübersicht (Auswahl)	339
Definitionen	341
Stichwortverzeichnis	351

Inhalt

Vorwort	5
Einführung	17
I. Digitalisierung und Recht	17
II. Recht der Digitalisierung im rechtswissenschaftlichen Studium	18
III. Herausforderungen	21

Teil 1 – Öffentliches Recht

§ 1 Verfassungs- und unionsrechtliche Grundlagen der Digitalisierung	24
A. Digitale Dimension der Grundrechte und allgemeine Grundrechtslehren in der digitalen Welt	24
I. Grundrechtsbindung	25
II. Verhältnis zwischen nationalem und europäischem Grundrechtsschutz	26
1. Unionaler Grundrechtsschutz	26
2. Grundrechtsschutz der EMRK	28
III. Grundrechtsschutz zwischen Privaten im digitalen Raum	28
IV. Grundrechtsberechtigung digitaler Rechtssubjekte?	31
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	33
B. Grundrechte mit spezifischem Digitalisierungsbezug	33
I. Allgemeines Persönlichkeitsrecht	33
II. Recht auf informationelle Selbstbestimmung bzw. auf Schutz personenbezogener Daten	37
1. Nationaler Grundrechtsschutz	37
a) Schutzbereich	37
b) Eingriffsrechtfertigung	38
2. Unionale Schutzdimension	39
III. Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (sog. IT-Grundrecht)	40
1. Nationales Verfassungsrecht	40
2. Unionale Schutzdimension	41
IV. Telekommunikationsgeheimnis	43
1. Nationaler Grundrechtsschutz	44
a) Zeitliche Schutzdimension	45
b) Eingriffsrechtfertigung	46
2. Unionale Schutzdimension	46
V. Meinungsfreiheit im digitalen Raum	49
1. Meinungen iSd Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG	49
2. Tatsachenbehauptungen	50
3. Form der Bekundung	51

4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung und Vorrangregeln für die Abwägung	52
a) Gebot praktischer Konkordanz	53
aa) Vorrangregeln	53
bb) Hausregeln	55
b) Unionaler Grundrechtsschutz: die Meinungsfreiheit der GRCh	55
VI. Versammlungsfreiheit im digitalen Zeitalter	57
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	59
C. Rechtsstaatliche und demokratische Herausforderungen maschinellen Lernens	60
I. Technische Grundlagen	61
1. Spielarten lernender Algorithmen	63
a) Überwachtes Lernen (Supervised Learning)	63
b) Unüberwachtes Lernen (Unsupervised Learning)	64
c) Bestärkendes Lernen (Reinforcement Learning)	65
2. Deep Learning	66
3. Neuere technische Entwicklungen	67
II. Verfassungsrechtliche Vorgaben	67
1. Vorgaben für den Einsatz in der Verwaltung	68
a) Demokratische Legitimation und Gesetzesbindung	68
b) Rechtsstaatliche Nachvollziehbarkeit – Transparenz und Erklärbarkeit	69
c) Anforderungen an die Normenbestimmtheit und Zweckbindung	70
d) Rechtsstaatliche Schutzmechanismen gegen Diskriminierungsrisiken	72
aa) Risiken menschlicher Programmierung	72
bb) Anfälligkeit der Trainingsdaten für Bias	73
2. Vorgaben für den Einsatz in der Justiz	73
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	75
§ 2 Einfachrechtliche Querschnittsvorgaben des öffentlichen Daten- und Digitalisierungsrechts	76
A. Datenschutzrecht: DSGVO und nationales Recht	76
I. Regelungssystematik; Anwendungsbereich der DSGVO	77
1. Sachlicher Anwendungsbereich	78
a) Personenbezogene Daten	78
b) Verarbeitung	80
c) Grenzen des sachlichen Anwendungsbereichs und Ausnahmen	80
aa) Unionsrechtliche Grenze	80
bb) Haushaltsausnahme	81
cc) Gefahrenabwehr und Strafverfolgung (einschließlich Strafvollstreckung)	82
2. Räumlicher Anwendungsbereich	83

II.	Grundprinzipien des Datenschutzrechts	84
1.	Zweckbindungsgrundsatz	85
2.	Datenminimierung und Speicherbegrenzung	86
3.	Richtigkeit, Integrität und Vertraulichkeit	87
4.	Verarbeitung „nach Treu und Glauben“; Rechtscharakter der Grundsätze	88
III.	Rechtmäßigkeit der Verarbeitung	89
1.	Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a, Art. 7 f. DSGVO)	89
2.	Gesetzliche Verarbeitungserlaubnis	91
a)	Vertrag	92
b)	Berechtigte Interessen	93
c)	Aufgabenwahrnehmung im öffentlichen Interesse und Ausübung öffentlicher Gewalt (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e iVm Art. 6 Abs. 2 und 3 DSGVO)	94
IV.	Rechte der betroffenen Person	94
1.	Rechtsnatur der Betroffenenrechte	95
2.	Wichtige Ausprägungen der Betroffenenrechte	96
a)	Recht auf Auskunft	96
b)	Recht auf Löschung („Recht auf Vergessenwerden“)	97
c)	Verbot automatisierter Entscheidungen	99
V.	Datenschutzaufsicht	100
VI.	Rechtsschutz	103
1.	Beschwerderecht und Rechtsschutz gegen die Aufsichtsbehörde	103
2.	Rechtsschutz gegen den Verantwortlichen (bzw. den Auftragsverarbeiter)	103
	Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	105
B.	Recht der digitalen Medien	105
I.	Telemedien	105
1.	Begriff	106
2.	Pflichten aus dem TMG	106
3.	Datenschutzrechtliche Pflichten aus dem TTDStG	107
4.	Pflichten aus dem Medienstaatsvertrag	108
5.	Pflichten aus dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)	108
6.	Ausblick auf den Digital Services Act	111
II.	Rundfunk	112
1.	Verfassungsrechtlicher Rundfunkbegriff im digitalen Zeitalter	112
2.	Medienstaatsvertrag	115
3.	Ausblick: Medienfreiheitsgesetz	115
	Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	117
§ 3	Digitalisierung der Verwaltung	118
A.	Status quo der Verwaltungsdigitalisierung	118
B.	Digitaler Zugang zur Verwaltung	119
I.	Art. 91c GG als verfassungsrechtliche Ankernorm	119
II.	Onlinezugangsgesetz (OZG)	119

III. Portalverbund und Nutzerkonto	120
IV. Single Digital Gateway (SDG)	121
C. Digitalisierung des Verfahrens	121
I. Elektronische Kommunikation und Form; Authentifizierung	122
1. Elektronische Erreichbarkeit der Behörden	122
2. Elektronischer Erlass und elektronische Übermittlung des Verwaltungsakts	122
a) Elektronischer Verwaltungsakt	123
aa) Schriftliche Bestätigung eines elektronischen Verwaltungsaktes (§ 37 Abs. 2 S. 3 VwVfG)	123
bb) Erkennbarkeit der Behörde sowie Unterschrift/ Namenswiedergabe (§ 37 Abs. 3 S. 1 VwVfG)	123
b) Elektronisch übermittelter Verwaltungsakt	124
aa) Bekanntgabefiktion (§ 41 Abs. 2 S. 2 VwVfG)	126
bb) Bekanntgabe durch Abruf (§ 41 Abs. 2a VwVfG)	126
II. Teilautomatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes	128
III. Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes (§ 35a VwVfG)	129
1. Voraussetzungen und Grenzen	129
2. Verfahrensrechte Betroffener	132
3. Rechtsfolgen	133
IV. Subjektives öffentliches Recht des Bürgers auf elektronische Verfahren?	134
V. Digitale Infrastruktur, insbes. E-Akte	136
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	136
§ 4 Digitalisierung der Verwaltungsjustiz	138
A. Elektronischer Widerspruch	138
B. Verwaltungsgerichtliches Verfahren	139
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	142

Teil 2 – Privatrecht

§ 5 Allgemeiner Teil des BGB	145
A. Rechtssubjekte	145
I. Systeme künstlicher Intelligenz	145
II. Dezentrale autonome Organisationen (DAOs)	149
B. Rechtsobjekte	153
I. Daten und Programme	153
II. Token	155
C. Rechtsgeschäfte	157
I. Rechtsgeschäfte im Wege elektronischer Kommunikation	158
II. Automatisierte Willenserklärungen	160

III. Rechtsgeschäfte auf digitalen Plattformen	163
IV. Smart Contracts	166
D. Rechtsausübung	170
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	172
§ 6 Schuldrecht	173
A. Allgemeines Schuldrecht	173
I. Vertragsgestaltung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, §§ 305 ff. BGB	173
II. Vertragsbegründung: Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr, §§ 312i f. BGB	182
III. Verträge über digitale Produkte, §§ 327 ff. BGB	187
1. Systematische Einordnung	188
2. Anwendungsbereich	189
3. Bereitstellung digitaler Produkte	193
4. Vertragsmäßigkeit digitaler Produkte	195
B. Besonderes Schuldrecht	201
I. Vertragliche Schuldverhältnisse	201
1. Systematische Einordnung von Verträgen über digitale Produkte	201
2. Verbrauchsgüterkauf von Waren mit digitalen Elementen, §§ 475b f. BGB	204
3. Datenverträge	206
II. Gesetzliche Schuldverhältnisse	208
1. Bereicherungsrecht	208
2. Geschäftsführung ohne Auftrag	209
3. Deliktsrecht	210
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	218
§ 7 Sachenrecht	219
A. Anwendungsbereich	219
B. (Dingliche) Übertragung	219
C. Digitale Eigentums- bzw. Besitzstörung	221
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	223
§ 8 Zivilrechtliche Nebengebiete (Überblick)	224
A. Handelsrecht	224
B. Gesellschaftsrecht	227
C. Arbeitsrecht	230
D. Familien- und Erbrecht	232
E. Zivilprozessrecht	234
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	238

Teil 3 – Strafrecht

§ 9 Einführung: Strafrecht im Zeitalter der Digitalisierung	239
§ 10 Herausforderungen der Digitalisierung für das materielle Strafrecht	240
A. Abschaffung des Strafrechts im Zeitalter der Digitalisierung?	240
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	245
B. Allgemeiner Verbrechensbegriff	245
I. Technische Systeme als Herausforderung für den strafrechtlichen Schuldbeginn	246
II. Technische Systeme als Herausforderung für den strafrechtlichen Handlungsbegriff	249
III. Technische Systeme als Herausforderung für die strafrechtliche Verantwortung des Menschen	249
IV. Der rechtliche Umgang mit Dilemma-Situationen als Herausforderung durch die Technologie autonom fahrender Kraftfahrzeuge	252
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	259
C. Entstehung neuer Verbrechen und Verbrechenserscheinungsformen	259
I. Digitale Medien und das Strafrecht	260
1. Digitaler Hass	260
a) Der strafrechtliche Umgang mit gruppenbezogenen Herabwürdigungen	261
b) (Straf-)rechtlicher Umgang mit digitalem Hass als Ausdruck eines Paradigmenwechsels?	263
2. Fake News und das Strafrecht	265
3. Der Digital Services Act	266
II. Geldwäsche und Kryptowährungen	268
1. 5. Geldwäsche-Richtlinie	270
2. EU-Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche	270
a) Kryptowerte als tauglicher Tatgegenstand im Sinne von § 261 StGB	271
b) Herrühren aus einer rechtswidrigen Vortat	272
III. Strafbarkeit des Einsatzes von Social Bots	273
1. Strafbarkeit nach §§ 303a Abs. 1, 303b Abs. 1, 2 StGB	274
2. Strafbarkeit nach §§ 107 ff. StGB	275
3. Strafbarkeit nach § 130 Abs. 1 StGB	276
4. Strafbarkeit nach §§ 185 ff. StGB	277
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	278
§ 11 Digitalisierung und die Praxis der Strafzumessung	279
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	283

§ 12 Einfluss der Digitalisierung auf das Strafverfahren und die Rechtsfindung	284
A. Der elektronische Strafgerichtssaal der Zukunft	284
I. Chancen und Risiken der audiovisuellen Dokumentation in der Tatsacheninstanz	285
1. Chancen	285
2. Risiken	286
II. Chancen und Risiken der audiovisuellen Dokumentation in der Revisionsinstanz	286
1. Mögliche Auswirkungen der audiovisuellen Dokumentation der Hauptverhandlung auf die Sachrüge	287
2. Mögliche Auswirkungen der audiovisuellen Dokumentation der Hauptverhandlung auf die Verfahrensrüge	288
a) Verfahrensrüge in Bezug auf den äußeren Verfahrensablauf	288
b) Verfahrensrüge in Bezug auf den Inhalt von Beweiserhebungen	288
3. Ausblick: Mögliche neue Rügen	289
III. Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz	289
IV. Gesetzesentwurf der Bundesregierung	292
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	293
B. Automatisierung der materiellen Rechtsfindung	293
I. Entscheidungsunterstützungssysteme – Beispiel der Predictive Justice	293
II. Entscheidungersetzungssoftware – „Iudex ex machina“	296
1. Technische Voraussetzungen für den „Iudex ex machina“	296
2. Vorzüge nichtmenschlicher Entscheidungsfindung	297
3. Gründe gegen die Delegation der menschlichen Entscheidungsfindung an die Technik	298
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	300
C. Digitale Beweismittel	300
I. Verwendung digitaler Spuren im Ermittlungsverfahren	300
1. Sicherstellung und Beschlagnahme, §§ 94 ff. StPO	300
2. Durchsicht von Papieren und elektronischen Speichermedien, § 110 StPO	302
3. Online-Durchsuchung, § 100b StPO	303
II. Digitale Beweismittel in der Hauptverhandlung	304
1. Erhebung digitaler Beweismittel in der Hauptverhandlung	304
2. Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit digitalen Beweismitteln	304
3. Digitale Beweismittel in den Urteilsgründen	306
III. EncroChat-Daten	306
1. Datenerhebung in Frankreich	307
2. Einführung in das deutsche Strafverfahren	307
a) Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO	307
b) Anwendungsvoraussetzungen des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO	308

3. Verwertung der Daten in der Hauptverhandlung	309
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	309
§ 13 Digitalisierung in der Praxis der Strafvollstreckung	310
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	312
§ 14 Strafrechtliche Compliance im digitalen Zeitalter	313
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	317
 Teil 4 – Ausblick auf neue und künftige unionale Rechtsakte	
§ 15 KI-Regulierung: Entwurf für ein Gesetz über Künstliche Intelligenz (KI-VO-E) und Haftungs-Richtlinie	319
A. KI-Begriff	319
B. Risikobasierter Regulierungsansatz	320
I. Die vier Risikoklassen	320
II. Verbotene KI-Systeme (Risikoklasse 1)	320
III. Hochrisiko-KI-Systeme (Risikoklasse 2)	322
IV. Transparenzpflichten für bestimmte KI-Systeme (Risikoklasse 3)	323
V. KI-Systeme mit minimalem Risiko (Risikoklasse 4)	323
C. Regulatory Sandboxes und Erleichterungen für Start-ups sowie KMUs	323
D. Aufsichts- und Überwachungsstrukturen	324
E. Haftungsregelungen für Künstliche Intelligenz	325
§ 16 Digital Markets Act (DMA)	326
§ 17 Digital Services Act (DSA)	329
§ 18 E-Privacy-VO	332
§ 19 Data Governance Act (DGA)	334
A. Gegenstand und Anwendungsbereich	334
B. Datenaltruismus	335
C. Datenvermittlungsdienste	335
§ 20 Data Act (DA)	337
Literaturübersicht (Auswahl)	339
Definitionen	341
Stichwortverzeichnis	351

Einführung

I. Digitalisierung und Recht

Seit *Nicholas Negroponte* 1995 die seinerzeit provokante These „Everything that can be digital will be digital“ geprägt hat,¹ verändert die **digitale Transformation** nahezu alle Lebensbereiche. Beispiele sind autonom fahrende Fahrzeuge, intelligente persönliche Assistenten, Online-Handelsplätze oder auf der Blockchain gespeicherte Wertrechte. Als Triebfedern der Digitalisierung gelten „algorithmische Systeme, Big Data Analytics, künstliche Intelligenz (KI) [...], das Internet der Dinge (IoT), Blockchain und Robotik sowie die für digitale Techniken und deren Vernetzung eingerichteten Infrastrukturen“.² Auf dieser Grundlage sind nicht nur neue Kommunikationsmöglichkeiten und -formen entstanden, sondern auch neue Transaktions- und Organisationsmöglichkeiten, die Waren- und Dienstleistungsangebote ebenso grundlegend verändern wie umgekehrt die Bezahlmodalitäten bei der Erbringung der Gegenleistung, und die ganz neue Formen menschlicher, aber auch maschinengestützter Zusammenarbeit entstehen lassen.

Digitalisierung schlägt sich auch im Recht nieder. Entsprechend spielt Digitalisierung auch in der rechtswissenschaftlichen Ausbildung eine zunehmend wichtige Rolle.³ Technische Innovationen und deren praktischer Einsatz rufen unzählige neue **rechtliche Problemstellungen und Auslegungsfragen** hervor, auf die Rechtsprechung oder auch Rechtsetzung reagieren müssen.⁴ Wenn etwa autonom fahrende Fahrzeuge einen Unfall verursachen, stellen sich neue zivilrechtliche Haftungs- und strafrechtliche Verantwortlichkeitsfragen. Der deutsche Gesetzgeber hat auf Entwicklung autonomen Fahrens reagiert, indem er seit Kurzem in festgelegten Betriebsbereichen Fahrzeuge auch ganz ohne Fahrer erlaubt.⁵ In anderen Zusammenhängen fehlen dagegen (vorerst) spezifische gesetzliche Regelungen, sodass digitalisierungsbedingt neuartige Sachverhalte unter die geltenden Rechtsregeln subsumiert werden müssen. Häufig lassen sich entsprechende Sachverhalte, auch wenn der historische Gesetzgeber sie weder vor Augen hatte noch haben konnte, gleichwohl mit den bestehenden Vorschriften sachgerecht lösen. In diesem Fall braucht das geltende Recht kein „digitales Update“.⁶ Solange der digitale Wandel weiter voranschreitet, stellen sich entsprechende Auslegungsfragen und Herausforderungen immer wieder aufs Neue: Das Recht muss permanent auf neuartige, durch Digitalisierung verursachte Veränderungen reagieren.

Weil Digitalisierung unser Leben so breitflächig, tiefgreifend und fortdauernd verändert, beginnt sich das „**Recht der Digitalisierung**“ zunehmend als neue Teil- und zu-

1 Negroponte, *Being Digital*, 1995. Dazu näher etwa, mit Blick auf das Gesellschaftsrecht: Möslin FS Hopt, 2020, 805 (806); Möslin ZIP 2018, 204 (Fn. 1).

2 Eifert *Digitale Disruption und Recht*: Workshop zu Ehren des 80. Geburtstags von Wolfgang Hoffmann-Riem/Hoffmann-Riem, S. 143 (144).

3 Dazu ausführlich Möslin/Gröber/Heß/Rebmann JURA 2021, 651.

4 Allgemein zum Spannungsfeld von Recht und Innovation Hoffmann-Riem *Innovation und Recht – Recht und Innovation: Recht im Ensemble seiner Kontexte*, 2016; Hoffmann-Riem/Schneider *Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung*, 1998; Eifert/Hoffmann-Riem *Innovation und Recht II: Innovationsfördernde Regulierung*; speziell zum Vertragsrecht ferner die Beiträge in: Grundmann/Möslin *Innovation und Vertragsrecht*.

5 Gesetz zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes und des Pflichtversicherungsgesetzes (Gesetz zum autonomen Fahren) v. 12.7.2021, BGBl. I 3108. Zu den vorangegangenen Entwicklungsschritten: Hilgendorf JA 2018, 801; Sander/Hollering NSTz 2017, 193; Wagner VersR 2020, 717.

6 Mit Blick auf das Privatrecht, bereits im Titel: Faust, *Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?* Gutachten A zum 71. Deutschen Juristentag, 2016.

gleich Querschnittsmaterie des Rechts zu etablieren. Noch fehlen zwar entsprechende Fachanwaltsbezeichnungen oder spezialgerichtliche Zuständigkeiten; in den Geschäftsverteilungsplänen der obersten Gerichtshöfe sucht man das Recht der Digitalisierung ebenfalls vergeblich. Seit einiger Zeit entstehen aber neue universitäre Forschungsinstitute, so etwa in Marburg das Institut für das Recht der Digitalisierung (IRDi, seit 2016), in Trier das Institut für Recht und Digitalisierung (IRDT, seit 2019), in Hamburg das Zentrum für Recht in der digitalen Transformation (ZeRdiT, seit 2019) sowie in Passau das Institut für das Recht der digitalen Gesellschaft (IRDT, seit 2020). Darüber hinaus erscheinen zahlreiche neue, auf das Recht der Digitalisierung fokussierte Fachzeitschriften, so etwa die „Recht Digital“ (RDi, Verlag C.H. Beck, seit 2020), die „Zeitschrift für das Recht der digitalen Wirtschaft“ (ZdiW, Wolters Kluwer, seit 2021) sowie die „Zeitschrift für Digitalisierung und Recht“ (ZfDR, Verlag C.H. Beck, seit 2021). Ebenso werden neue Schriftenreihen herausgebracht, die sich ebendiesem Thema widmen, so namentlich die „Schriften zum Recht der Digitalisierung“ (SRDi, Verlag Mohr Siebeck, seit 2019) sowie „Recht und Digitalisierung“ (Nomos Verlag, seit 2020). Diese unterschiedlichen Entwicklungsstränge verdichten sich so stark, dass sich das Recht der Digitalisierung zunehmend als eigenständige, wenngleich noch „werdende“ Rechtsmaterie herausbildet. Die genauen Konturen dieser Rechtsmaterie sind freilich noch unscharf, auch weil konkurrierende Begriffe wie LegalTech, FinTech und RegTech Verwendung finden, ohne dass die terminologischen Unterschiede auf der Hand lägen.

II. Recht der Digitalisierung im rechtswissenschaftlichen Studium

- 4 Im Zentrum der **rechtswissenschaftlichen Pflichtfachausbildung** „stehen wie seit über 100 Jahren die tiefe Kenntnis des geltenden Rechts als praxisbezogene Fachkompetenz und die Methoden, das Recht anzuwenden, in deren Mittelpunkt die Falllösungstechnik“. ⁷ Zu diesem Fazit kommt eine Studie, in der *Heribert M. Anzinger* die Ausbildungsinhalte der 54 deutschsprachigen Jurafakultäten unter die Lupe genommen und diese mit internationalen Fakultäten verglichen hat. Die viel beachtete Untersuchung mahnt **Reformbemühungen** an, um die Wettbewerbsfähigkeit des Rechtsstandortes Deutschland zu sichern. ⁸ Derzeit gebe die deutsche Juristenausbildung keine befriedigende Antwort auf die fortschreitende Digitalisierung der Wirklichkeit und die zunehmende Bedeutung von Daten und Algorithmen. Entsprechende Inhalte gingen an den Jurastudenten weitgehend vorbei. Insbesondere fänden sich in den bundes- und landesrechtlichen Regelungen über die Inhalte von Studium, Vorbereitungsdienst und Prüfungen „bisher keine Legal-Tech-bezogenen Inhalte“. ⁹ Als Folge sei das Thema Legal Tech in den Curricula grundständiger juristischer Studiengänge angesichts der Herausforderungen der digitalen Transformation nicht hinreichend repräsentiert. Immerhin haben einzelne Bundesländer in ihren JAPOs den Katalog der Schlüssel-

7 Anzinger, Legal Tech in der Juristischen Ausbildung, 2020, abrufbar unter <https://shop.freiheit.org/#!/Publikation/891>, S. 20.

8 Zur Rezeption vgl. etwa Anger, Legal Tech spielt in deutscher Juristenausbildung keine Rolle, Handelsblatt v. 11.5.2020, abrufbar unter [https://www.lto-karriere.de/jura-studium/stories/detail/legal-tech-juristenausbildung-gutachten-anzinger-ulm-studium-referendariat-wie-vor-100-jahren-kaum-digitalisierung](https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/rechtswissenschaften-legal-tech-spielt-in-deutscher-juristenausbildung-keine-rolle/25819840.html?ticket=ST-7792959-a2JhdwBRna2l14gEaZyu-ap5;Suliak, Juristenausbildung wie seit über 100 Jahren, LTO Karriere v. 12.5.2020, abrufbar unter <a href=).

9 Anzinger, Legal Tech in der Juristischen Ausbildung, 2020, abrufbar unter <https://shop.freiheit.org/#!/Publikation/891>, S. 1.

qualifikationen um „digitale Kompetenzen“ und den „Umgang mit modernen Informationstechnologien“ ergänzt.¹⁰ Auch andere Reformvorschläge fordern, die Juristenausbildung müsse „künftig die Fähigkeiten vermitteln, die Juristen in der digitalen Welt neu hinzulernen müssen“; solche Fähigkeiten würden „am besten in praxisnahen Projekten und Aufgabenstellungen entwickelt“.¹¹ Eine umfassende Studie zum Stand der Digitalisierung in der Juristenausbildung zeigt, dass sich viele Studierende nicht für die Herausforderungen der Digitalisierung gewappnet sehen und einen Ausbau der inhaltlichen und methodischen Angebote zur Digitalisierung im Recht wünschen: „Insbesondere das Recht der Digitalisierung und Legal Tech sollten ihrer Meinung nach sowohl im Jurastudium als auch im Referendariat intensiver Gegenstand von Lehr- und Ausbildungsveranstaltungen werden“.¹² Der Ausschuss der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister zur Koordinierung der Juristenausbildung (Koordinierungsausschuss Juristenausbildung, KOA) hatte sich dagegen noch 2017 gegen eine explizite Hereinnahme der Digitalisierung des Rechts in den Stoffkatalog ausgesprochen, weil nicht absehbar sei, „in welcher Form sich rechtliche und tatsächliche Entwicklungen verstetigen werden“; solche Entwicklungen seien der „idealtypische Stoff für das Schwerpunktereichsstudium“ (für dessen Reduktion sich der Ausschuss allerdings zugleich aussprach).¹³

Selbst ohne jede Änderung der gesetzlichen Regelungen ist jedoch absehbar und häufig bereits zu beobachten, dass **Digitalisierungssachverhalte** im Rahmen des bestehenden Pflichtstoffs an Bedeutung gewinnen und prüfungsrelevant werden. So können beispielsweise Blockchain-Technologie und Smart Contracts in privatrechtlichen Fällen eine Rolle spielen, weil sie neuartige Rechtsfragen des Vertragsschlusses und der Vertragsdurchführung aufwerfen.¹⁴ Erst recht sehen sich Studierende bereits heute mit den sog. eBay-Fällen, die sich ebenfalls als Digitalisierungsphänomen begreifen lassen, in zahlreichen zivilrechtlichen Klausuren konfrontiert.¹⁵ Belege auch aus anderen Rechtsgebieten finden sich in den Ausbildungszeitschriften, etwa in Form von Beiträgen zur Auswirkung der Digitalisierung auf das Verwaltungsrecht oder zur Beurteilung des eSports im Rahmen der Straftatbestände zum Sportwettbetrug.¹⁶ Gleichwohl bleibt fraglich, ob diese eher punktuelle Behandlung digitalisierungsbezogener Sachverhalte im Rahmen der Strukturen des geltenden Rechts der Bedeutung und den rechtlichen Herausforderungen der digitalen Transformation gerecht wird, wenn nicht zumindest technologische Grundlagen, rechtsgebietsübergreifende Zusammenhänge und auch methodische Digitalkompetenzen im Rahmen des Pflichtfachs vermittelt werden.

Einige Fakultäten haben die Bereiche Digitalisierung und Legal Tech in Form von Vorlesungen und Seminaren im Rahmen der **Schwerpunktbereiche** in die juristische Ausbildung integriert. Einzelne Fachbereiche bieten inzwischen spezifische Schwerpunktbereiche an. So gibt es beispielsweise an der Humboldt-Universität zu Berlin seit Wintersemester 2020/21 einen neuen Unterschwerpunkt Recht und digitale Transfor-

10 Vgl. § 3 Abs. 5 Satz 1 BW-JAPro bzw. § 1 Abs. 2 Satz 2 Saarländisches JAG.

11 Breidenbach NJW 2020, 2862 (2866 f.).

12 Spektor/Yuan NJW 2020, 1043 (1045).

13 KOA Harmonisierungsmöglichkeiten für die juristischen Prüfungen: Austausch mit den juristischen Fakultäten, 2017, S. 29 (bzw. S. 5).

14 S. nochmals KOA (Fn. 13), S. 28; zu den rechtlichen Sachfragen selbst etwa Braegelman/Kaulartz Rechts-handbuch Smart Contracts/Möslein S. 81; Möslein ZHR 183 (2019), 254.

15 Dazu etwa Walter/Graubner JURA 2018, 1276; Schröder JURA 2017, 210; Galneder JURA 2017, 566; Dastis JURA 2015, 376; Linardatos JURA 2015, 1339.

16 Vgl. Siegel JURA 2020, 920 bzw. Lutzeback/Wieck JURA 2020, 1320.

mation, in dem Seminare zum Daten- und Informationsrecht, Vertrag und Haftung in der vernetzten Welt sowie Grundlagen und Grundfragen der Digitalisierung angeboten werden.¹⁷ Mit diesem Schwerpunkt möchte die Universität vor allem auf die immer größer werdende Nachfrage nach entsprechenden Kompetenzen auf dem Berufsmarkt reagieren. Seit Sommersemester 2021 bietet auch die Universität Osnabrück einen neuen Schwerpunkt Digital Law – Recht in der digitalen Gesellschaft an.¹⁸ Dieser verbindet die in der juristischen Ausbildung bereits bekannte Fächer wie Medien- und Kommunikationsrecht und Urheberrecht mit neuen Inhalten. Hierzu gehören beispielsweise die Wahlpflichtfächer Algorithmenhaftung, Legal Tech, KI und Recht sowie Blockchain und Smart Contracts oder International Digital Trade. Auch am Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg wird seit Wintersemester 2021/22 ein eigener Schwerpunktbereich zum Recht der Digitalisierung angeboten. Dem Fokus des Fachbereichs entsprechend hat dieser Schwerpunkt stärker finanz- und unternehmensrechtlichen Bezug, indem er beispielsweise Themen wie PayTech und FinTech sowie die Digitalisierung des Gesellschaftsrechts abbildet. Auf dem Programm steht jedoch auch das Daten- und Informationsrecht sowie – als Pflichtveranstaltung des Schwerpunkts – eine übergreifende Vorlesung zum Recht der Digitalisierung.

- 7 Neben Vorlesungen und Seminaren hält das Thema Legal Tech auch im Bereich der **Schlüsselqualifikationen** Einzug. Bei einem Großteil der angebotenen Veranstaltungen steht die Schulung digitaler Kompetenzen im Vordergrund, teils geht es jedoch auch um inhaltliche Kernfragen des sich neu entwickelnden Rechtsgebietes. So gibt der „Workshop Legal Tech“, der seit Sommersemester 2021 an der Philipps-Universität Marburg angeboten werden wird, den Teilnehmern ebenfalls einen Überblick über neuere Entwicklungen auf dem Rechtsmarkt. Im Vordergrund stehen die mit der Digitalisierung verbundenen Herausforderungen hinsichtlich des Berufsbilds des Rechtsanwalts und anderer Juristen. Im Rahmen einer Projektarbeit setzen sich die Teilnehmer mit einem selbst gewählten Legal-Tech-Geschäftsmodell auseinander und stellen das Ergebnis ihrer Recherche und Analyse in einem Referat vor. Einen etwas anderen Lehransatz bieten die sog. „Legal Clinics“, die zunehmend mit Digitalisierungsbezug angeboten werden. Bei diesem Format klinischer Rechtsausbildung, das ähnlich wie Moot Courts der möglichst realitätsgetreuen Einübung praktischer Fähigkeiten dient, steht die studentische Rechtsberatung im Mittelpunkt.¹⁹ Entsprechender Beratungsbedarf besteht auch hinsichtlich der rechtlichen Probleme der Digitalisierung. So können die Studierenden der Universität Hamburg im Rahmen der „Cyber Law Clinic“²⁰ ihre Schlüsselqualifikation erwerben, indem sie unter Anleitung erfahrener Rechtsanwälte lernen, Rechtsfragen bezüglich des Internets zu bearbeiten und verständliche Antworten für die Ratsuchenden zu finden.
- 8 Darüber hinaus entstehen **eigenständige Studiengänge**, die Recht und Digitalisierung verknüpfen. So bietet die Universität Passau seit Wintersemester 2020/21 einen neuen Studiengang „Legal Tech“ an: Dabei handelt es sich um einen Bachelorstudiengang, der grundlegend interdisziplinär und praxisorientiert einerseits die Pflichtfächer der rechtswissenschaftlichen Ausbildung mit zentralen Kompetenzen und Kerninhalten

17 Vgl. dazu <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/sp/2015/sp/sp4/usp4b>.

18 https://www.jura.uni-osnabrueck.de/studium/schwerpunktbereiche/schwerpunkt_digital_law_ab_sose_21.html.

19 Näher etwa Möslin/Rennig JURA 2017, 1984.

20 <https://www.jura.uni-hamburg.de/de-fakultaet/professuren/kommunikations-r/cyber-law-clinic.html>.

der Wirtschaftsinformatik kombiniert.²¹ Konzeptionell ähnliche Ansätze verfolgen der Masterstudiengang „Legal Tech LL.M.“ an der Universität Regensburg sowie das Zusatzstudium Informatik und Digitalisierung (DigiZ) an der Universität Bayreuth.²² Diese Zusatzqualifikationen sollen durch eine fundierte Einführung in die Entwicklung und Anwendung juristischer Software das für den beruflichen Alltag wichtige anwendungsorientierte Wissensniveau im Bereich Legal Tech bzw. Grundkenntnisse in der Informatik vermitteln. Schließlich bieten einige Fakultäten in schlanker Form spezielle Sommerprogramme an. Ein Beispiel ist das „Summer Program Legal Technology and Operations“ der Bucerius Law School, ein anderes die Sommerschule „Legal Tech“ der Europa-Universität Viadrina.²³ Zusammengefasst bieten sowohl eigenständige Legal Tech Studiengänge als auch die verschiedenen Zusatzangebote die Möglichkeit einer vielfältigen Verzahnung von Rechts- und Wirtschaftswissenschaften sowie Informatik. Sie bieten zudem die Chance, sich mit anderen Fachrichtungen zu vernetzen und ermöglichen dadurch den Zugang zu einem breiten und modernen Tätigkeitsfeld auf dem Arbeitsmarkt.

Neben diesen universitären, von den Fakultäten organisierten Angeboten finden sich schließlich zahlreiche **extracurriculare, studentische Initiativen**, die sich dem Thema Legal Tech verschreiben. Neben Vorträgen, Workshops und Diskussionsrunden programmieren einige Initiativen im Rahmen sog. „Legal Hackathons“ selbständig Anwendungen, um die Digitalisierung unmittelbar mitzugestalten und zugleich das technische Know-how zu erlernen.²⁴ Zur inhaltlichen Weiterbildung und Vertiefung in den einzelnen Legal Tech-Gebieten setzen Initiativen wie das Legal Tech Lab in Köln oder recode.law e. V. in Münster auf regelmäßige Veröffentlichung von Fachartikeln durch ihre Mitglieder oder auf die Produktion von Podcasts²⁵.

III. Herausforderungen

Die Vermittlung des Rechts der Digitalisierung im Rahmen der rechtswissenschaftlichen Ausbildung steht vor besonderen Herausforderungen. Erstens erfordert Digitalisierung technikorientierte **Methodenkompetenzen** im Umgang mit digitalen Technologien, etwa mit automatisierten Vertragsgeneratoren oder sonstigen Legal-Tech-Anwendungen.²⁶ Zugleich wirft Digitalisierung jedoch auch neuartige, **materiell-rechtliche Fragestellungen** auf, etwa beim Vertragsschluss auf Internetplattformen oder mithilfe von Blockchain- und Distributed-Ledger-Technologien. Der erste Aspekt lässt sich verkürzt auf das Schlagwort LegalTech verdichten,²⁷ der zweite mit dem Begriff Recht der Digitalisierung (im engeren Sinne) beschreiben.²⁸ Beide Aspekte bilden wichtige Elemente einer modernen, rechtswissenschaftlichen Ausbildung. Auch wenn die methodischen Kompetenzen im Rahmen der universitären Lehre keineswegs bedeutungslos sind, können sie auch, teils sogar besser, im Rahmen extracurricularer Aktivitäten, der Schlüsselqualifikationen oder des Referendariats erlernt werden. Die eigentliche

21 Näher, auch zum Folgenden: <https://www.uni-passau.de/legaltech/>.

22 <https://www.legaltech-ur.de/> bzw. <https://www.digiz.uni-bayreuth.de/de/index.html>.

23 <https://www.law-school.de/international/education/bucerius-summer-programs/legal-technology-and-operations> bzw. <http://edu.legaltech.center/summer-school/>.

24 So z. B. der von MLTech gemeinsam mit LMU, RIZ, TUM und CDPS organisierte Legal Tech Hackathon: <https://www.ml-tech.org/event/legal-tech-hackathon/>.

25 Siehe Talking Legal Tech vom Legal Tech Lab Cologne oder Legal Tech Pioneers von recode.law e. V. Münster.

26 Dazu näher: Breidenbach/Glatz Rechtshandbuch Legal Tech/Caba/Gansel, S. 10 ff.

27 Ausführlich Hähnchen/Schrader/Weiler/Wischmeyer Jus 2020, 625; vgl. ferner Buchholtz JuS 2017, 955.

28 Ähnlich Spekter/Yuan NJW 2020, 1043; s. auch Omlor/Meister ZRP 2021, 59 (60).

Herausforderung liegt jedoch in der Vermittlung materieller Kenntnisse im Recht der Digitalisierung:²⁹ „Juristische Ausbildung an deutschen Universitäten ist eine Vorbereitung nicht primär auf die Nutzung bestimmter Softwareanwendungen, sondern auf die methodisch und dogmatisch fundierte Beantwortung gerade auch neuartiger Rechtsanwendungsfragen“.³⁰ Diese Rechtsanwendungsfragen lassen sich jedoch nicht ohne ein gewisses Grundverständnis der technischen Anwendungen und Zusammenhänge vermitteln und beantworten, weil sie die juristische Beurteilung digitaler Vorgänge und Systeme zum Gegenstand haben.³¹

- 11 Das Recht der Digitalisierung entwickelt sich zu einer **eigenständigen Rechtsmaterie**, lässt sich aber keinem der herkömmlichen Rechtsgebiete zuordnen, sondern hat (ähnlich wie bereits das IT-Recht)³² übergreifenden **Querschnittscharakter**. So werfen Smart Contracts, die auf der technischen Grundlage der Blockchain abgebildet werden, bestimmte vertragsrechtliche Fragen auf (etwa zu Vertragsschluss und -auslegung); sie haben aber zugleich auch datenschutz-, aufsichts- und geldwäscherechtliche Bezüge. Ähnliches gilt allgemeiner für die Tokenisierung, die beispielsweise auch delikts-, sachen- und wertpapierrechtliche Probleme stellt.³³ Die Rechtsnatur der digitalen Token, ihre Einordnung als Sache, Immaterialgut, sonstiges Recht iSv § 823 BGB oder als Geld, hat darüber hinaus auch im Strafrecht oder auch im Erb- und Familienrecht Bedeutung.³⁴ Die didaktische Herausforderung liegt deshalb darin, das Recht der Digitalisierung angemessen in den Ausbildungsordnungen und Studienplänen zu verorten: Angesichts des Querschnittscharakters werden digitale Sachverhalte und Problemstellungen mit fortschreitender Digitalisierung in Vorlesungen und Prüfungen der meisten – wenn nicht aller – Einzelrechtsgebiete eine Rolle spielen. Zugleich haben solche Konstellationen einen gemeinsamen Nenner und erfordern ein digitales Grundverständnis, das sich kaum sinnvoll beiläufig im Rahmen tradierter Vorlesungen vermitteln lässt. Zweckmäßig erscheint daher ein übergreifendes Lehrbuch zum Recht der Digitalisierung, das in technische Zusammenhänge einführt, vor allem jedoch deren rechtliche Implikationen erläutert.³⁵ Entsprechend orientiert sich der Aufbau des vorliegenden Lehrbuchs nicht an den einzelnen, digitalen Technologien, sondern an der Struktur der Rechtsmaterien: Abgedeckt wird der gesamte Bereich des Pflichtfachstoffs im Öffentlichen Recht, im Privat- und im Strafrecht, der mit Blick auf Auswirkungen der Digitalisierung vermessen wird.
- 12 Digitalisierung ist kein Zustand, sondern ein innovationsgetriebener Prozess. Entsprechend unterliegt auch das Recht der Digitalisierung in Abhängigkeit der technologischen Entwicklung **dynamischer Veränderung**; es sieht sich mit immer wieder neuen digitalen Phänomenen konfrontiert.³⁶ Während vor einiger Zeit noch der elektronische

29 Ebenso Omlor/Meister ZRP 2021, 59 (60): „Genau dort sollte auch der Schwerpunkt einer Reform der juristischen Ausbildung im Lichte der Digitalisierung liegen: in den mit der Digitalisierung zusammenhängenden Rechtsfragen“.

30 Omlor/Meister ZRP 2021, 59 (60).

31 Spektor/Yuan NJW 2020, 1043 (1043).

32 S. hierzu Schneider MMR 2019, 485 sowie bereits Söbbling JURA 2010, 915.

33 Omlor ZHR 183 (2019), 294 (306–318); Kaulartz/Matzke NJW 2018, 3278 (3280–3283).

34 Zu den strafrechtlichen Bezügen s. Maume/Maute Rechtshandbuch Kryptowerte/Rückert, S. 527 ff.; allgemein zur eigentumsrechtlichen Dimension Omlor ZVglRWiss 119 (2020), 41.

35 Entsprechend fordern Omlor/Meister ZRP 2021, 59 (60) zu Recht neue Professuren für das Recht der Digitalisierung.

36 Vgl. Beurskens, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung, 2020, abrufbar unter <https://www.bundesta.g.de/resource/blob/810504/7d90fdcc27bf4670a376b2afe143fb81/beurskens-data.pdf>, S. 6; ähnlich zum IT-Recht: Liesegang ITRB 2014, 108 („Technik als Triebkraft“). Allgemein zu den Wechselbezügen

Rechtsverkehr und der Vertragsschluss auf eBay und vergleichbaren Plattformen im Mittelpunkt standen, diskutiert man heute über Rechtsfragen, die künstliche Intelligenz sowie Blockchain- und Distributed-Ledger-Technologien aufwerfen, und in der Zukunft werden nochmals neuere technologische Entwicklungen rechtlich zu beurteilen sein.³⁷ Dass dynamische Entwicklungen mit (relativ) statischen Rechtsregeln zu erfassen sind, ist kein neues Phänomen, sondern gehört seit jeher zu den zentralen Herausforderungen juristischer Tätigkeit. In Zeiten der digitalen Transformation oder gar Disruption erscheint die Änderungsdynamik jedoch rasanter. Zudem setzt ihr Verständnis nicht nur ein höheres Maß an Technikkompetenz voraus, sondern insbesondere auch wirtschaftliche Grundkenntnisse.³⁸ In der digitalen Ökonomie verändern sich nämlich auch der wirtschaftliche Rahmen und die wirtschaftlichen Anreize, deren Verständnis Voraussetzung der rechtlichen Beurteilung ist: Wenn beispielsweise Daten als Gegenleistung hingegeben werden, stehen die tradierten Vertragstypen in Frage und bedarf es zweck- und interessenorientierter Erwägungen, um deren Eignung zur Bewältigung spezifischer Rechtsfragen beurteilen zu können.³⁹ Das Recht der Digitalisierung lässt sich nur unter Berücksichtigung dieser Bezüge begreifen.⁴⁰

von Innovation und Recht: Grundmann/Möslein Innovation und Vertragsrecht/Grundmann/Möslein S. 55 (14 f.).

37 Dazu etwa Eifert, Digitale Disruption und Recht: Workshop zu Ehren des 80. Geburtstags von Wolfgang Hoffmann-Riem/ Hoffmann-Riem S. 143.

38 Zu ökonomischen Bezügen vgl. auch Hähnchen/Schrader/Weiler/Wischmeyer Jus 2020, 625 (630 f.).

39 Näher etwa Langhanke Daten als Leistung.

40 Allgemeiner zu „Entgrenzungen, Konvergenzen und Vernetzungen verschiedener Art“, die für die Wirkungen der Digitalisierung typisch sind: Eifert Digitale Disruption und Recht: Workshop zu Ehren des 80. Geburtstags von Wolfgang Hoffmann-Riem/Hoffmann-Riem S. 143 (160 f.).

Teil 1 – Öffentliches Recht

§ 1 Verfassungs- und unionsrechtliche Grundlagen der Digitalisierung

Öffentliches Recht der Digitalisierung - ein Überblick					
Grundrechte			Strukturprinzipien und Organisationsrecht		
Unionsrechtliche Grundlage					
Recht auf Privatleben (Art. 7), Datenschutz-GR (Art. 8)	Recht auf Achtung der Kommunikation (Art. 7 GRCh)	Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 11 GRCh)	Digitale Dimension sonstiger Grundrechte	Demokratie und Rechtsstaat	Recht auf gute Verwaltung (Art. 41 GRCh)
			insb. Glaubensfreiheit (Art. 10 GRCh) Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 12 GRCh)	Art. 2 EUV	
Verfassungsrechtliche Grundlage					
Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, IT-Grundrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)	Telekommunikationsgeheimnis (Art. 10 GG)	Meinungsfreiheit, Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG)	insb. Glaubensfreiheit (Art. 4 GG) Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 8 und 9 GG)	Art. 20 Abs. 1-3 GG	Informationstechnische Systeme (Art. 91c GG)
Einfachgesetzliche Ausgestaltung					
Insb. DSGVO, BDSG, LDSG	TKG	DSA, MStv, TMG,	VersG, VereinsG	KI-VO-E	OZG §§ 3a, 35a und § 41 Abs. 2a VwVfG, eGovG

Abbildung 1: Überblick

A. Digitale Dimension der Grundrechte und allgemeine Grundrechtslehren in der digitalen Welt

- Der digitale Wandel durchdringt unaufhaltsam alle Lebensbereiche. Er verändert nicht nur die wirtschaftliche Wertschöpfung, sondern verlagert auch den sozialen Austausch sowie die politische Kommunikation in neue virtuelle Diskursarenen: Von Videotelefonie-Gesprächen im Arbeitsalltag über Messenger-Dienste in der privaten Kommunikation bis hin zum Streaming von Filmen für gesellige Abende findet das gesamte Leben immer häufiger in digitalen Kontexten statt. Damit einhergehende Netzwerk- und Skaleneffekte¹ auf digitalen Märkten ermöglichen Wachstum, aber auch marktbeherrschende Stellungen in bislang ungekanntem Ausmaß. Aus diesen Verschiebungen

¹ *Netzwerkeffekt* meint: Je größer das Netzwerk (wie bspw. Facebook) ist, umso größer ist der Nutzen, den die Mitglieder daraus beziehen. *Skaleneffekte* treten auf, wenn die Stückkosten von Produkten oder Dienstleistungen mit der Zahl der hergestellten Einheiten sinken. Digitale Plattformen profitieren in besonderer Weise von solchen Größenvorteilen: Um Werbung auszuspielen, müssen sie bspw. grds. nur einmal eine entsprechende Anwendung programmieren, die eine beliebig große Zahl von Mitgliedern des Netzwerks erreichen und deren Klickverhalten auswerten kann. Je mehr Daten die Plattformen erheben und auswerten, desto höher ist das Wertschöpfungspotenzial.

wirtschaftlicher Handlungsgrenzen erwachsen zugleich neue Gefährdungslagen für die Entfaltung individueller und kollektiver Freiheit. Diesen fundamentalen Herausforderungen muss sich auch die Grundrechtsdogmatik stellen.

I. Grundrechtsbindung

► **Fall 1²:** Um den internationalen Terrorismus zu bekämpfen, überwacht der Bundesnachrichtendienst (BND) den Telekommunikationsverkehr – auch von Ausländern im Ausland (sog. strategische Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung). Er greift hierfür (mittels Auslei- tungsanordnungen gegenüber Telekommunikationsdiensteanbietern) auf Internetknoten- punkte zu. Der Hacker Heinz Hectorius (H) ist russischer Staatsangehöriger. Er erfährt davon, dass der BND seine Kommunikation „angezapft“ hat und macht im Wege einer Ver- fassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) geltend, dass die elektronische Telekommu- nikationsüberwachung des BND ihn in seinen Grundrechten verletze. Die Bundesregierung trägt vor, dass sich H – als Ausländer im Ausland – überhaupt nicht auf die Grundrechte des Grundgesetzes berufen könne. Stimmt das? ◀

Digitale Technologien entgrenzen Kommunikation von Raum und Zeit, bereiten zu- 2
gleich aber auch dem staatlichen Zugriff auf vernetzte Geräte und damit **neuen For- men der Überwachung** den Boden.

Das Grundrechtsregime ist den Herausforderungen einer enträumlichten digitalisierten 3
Welt dem Grunde nach bereits gewachsen: Der Einzelne genießt grundrechtlichen Schutz nicht nur, wenn er sich auf deutschem Staatsgebiet aufhält und dort mit ho- heitlichen Maßnahmen konfrontiert ist. Die Grundrechte binden den deutschen Staat grundsätzlich auch bei Aktivitäten im Ausland – etwa, wenn er dort (digitale) Kom- munikation überwacht. Denn die lakonisch formulierte Bindungsklausel des **Art. 1 Abs. 3 GG** beschränkt die Grundrechtsgeltung schon dem Wortlaut nach nicht auf das deutsche Staatsgebiet.³ Die Grundrechte gewähren vielmehr immer dann Schutz, wenn **deutsche staatliche Akteure** handeln (und damit potenziell Schutzbedarf auslösen) – und zwar „unabhängig davon, an welchem Ort“.⁴ Ob der Staat den Betroffenen dabei als mit dem Gewaltmonopol versehene Hoheitsmacht gegenübertritt, ist nicht entscheidend.⁵ Auch Maßnahmen deutscher Hoheitsträger im Cyberspace müssen sich daher an den Grundrechten messen lassen – und das unabhängig von der konkreten staatlichen Handlungsform und (sofern es sich um Menschenrechte handelt [also sol- che Grundrechte, die nicht nur deutschen Staatsangehörigen und EU-Bürgern, sondern jedermann zustehen]) ungeachtet der Staatsangehörigkeit des Betroffenen.⁶

► **Lösung Fall 1:**⁷ Da der russische Bürger H die überwachten Telefonate außerhalb des Territoriums der Bundesrepublik Deutschland geführt hat, stellt sich die Frage, ob das deutsche Grundrechtsregime für jegliches staatliche Handeln der Bundesrepublik auf der gesamten Welt gilt – und inwieweit es auch Nicht-Deutsche schützt. Art. 1 Abs. 3 GG beschränkt die Grundrechtsgeltung nicht auf das Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutsch- land. Er bindet vielmehr die gesamte staatliche Gewalt („Gesetzgebung, vollziehende Ge-

2 Angelehnt an BVerfGE 154, 152.

3 BVerfGE 154, 152 (215, Rn. 88 f.).

4 BVerfGE 154, 152 (216, Rn. 89); noch offen gelassen in BVerfGE 100, 313 (364, Rn. 176).

5 BVerfGE 154, 152 (216 f., Rn. 90); ebenso bereits Hölscheidt Jura 2017, 148 (150 f.); aA etwa Gärditz DVBl 2017, 525 (526).

6 BVerfGE 154, 152 (217 f., Rn. 91).

7 Ausf. Muckel JA 2020, 631 ff.; Sachs JuS 2020, 705 ff.

walt und Rechtsprechung“) umfassend an die Grundrechte. Der BND als staatlicher Akteur hat die grundrechtlichen Gewährleistungen daher auch dann zu respektieren, wenn seine Maßnahmen ihre Wirkung im Ausland entfalten. Als Ausländer und Nicht-EU-Bürger kann H sich zwar nur auf die Jedermann-Grundrechte berufen, nicht hingegen auf die Deutschen-Grundrechte. Das Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 Abs. 1 GG⁸ schützt die drittvermittelte individuelle Kommunikation eines Menschen jedoch unabhängig von seiner Staatsangehörigkeit. Wenn der BND auf Internetknotenpunkte eines Telekommunikationsanbieters zugreift und die Kommunikation des H mit Dritten ausleitet, entfaltet Art. 10 GG daher seine Schutzwirkung.⁹ ◀

II. Verhältnis zwischen nationalem und europäischem Grundrechtsschutz

► **Fall 2**¹⁰: Die Europäische Union hat sich auf die Fahne geschrieben, Inhaber von Urheberrechten im Cyberspace stärker zu schützen. Deshalb will sie es Nutzern digitaler Plattformen wie Facebook oder TikTok erschweren, Inhalte mit Dritten urheberrechtswidrig – bspw. ohne erforderlichen Lizenzvertrag – im Internet zu teilen. Art. 17 Abs. 4 Hs. 1 DSM-RL¹¹ nimmt dafür die Betreiber digitaler Dienste in die Pflicht. Um die Richtlinienvorgabe umzusetzen, verpflichtet die Bundesrepublik Deutschland Diensteanbieter ua dazu, Inhalte, welche die Nutzer unter Verstoß gegen geistige Eigentumsrechte öffentlich zugänglich machen, durch Sperrung oder Entfernung zu blockieren (§§ 7 f. UrhDaG¹²). Der Netzaktivist Reiner Rettich (R) hält diese Vorschriften für grundrechtswidrig: Sie zwingen Diensteanbieter faktisch dazu, sog. Upload-Filter einzusetzen. Um etwaigen Haftungsansprüchen der Rechteinhaber zu entgegen, müssten diese algorithmischen Systeme die Inhalte der Nutzer großflächig filtern. Dies beschwört in seinen Augen die Gefahr eines sog. Overblockings herauf und beeinträchtigt dadurch die Meinungsfreiheit, da bspw. auch zulässige Parodien vorab automatisiert zensiert werden könnten. Mehrere seiner Inhalte seien bereits Upload-Filtern zum Opfer gefallen. Nachdem er den Rechtsweg erschöpft hat (vgl. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG), erhebt R Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht. An welchem grundrechtlichen Maßstab wird das Gericht die Regelungen des UrhDaG messen? ◀

- 4 Nicht nur das Grundgesetz verbürgt Grundrechte mit spezifischem Digitalisierungsbezug. Auch zahlreiche internationale Gewährleistungen, allen voran die GRCh (1.) und die EMRK (2.), stecken grundrechtliche Schutzsphären ab, welche digitale Freiheitsräume des Einzelnen gegen staatliche Überwachung verteidigen. Dies gilt insbes. für das Recht auf Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GRCh), auf Achtung des Privatlebens (Art. 7 GRCh) sowie auf freie Meinungsäußerung (Art. 11 GRCh).

1. Unionaler Grundrechtsschutz

- 5 Wenn sowohl das Unionsrecht als auch das nationale Recht für ein bestimmtes Sachgebiet Regelungen treffen, kommt dem Unionsrecht im Kollisionsfall **Anwendungsvor-**

8 → im Einzelnen § 1 Rn. 41 ff.

9 → im Einzelnen BVerfGE 154, 152 (215 ff.); zur umfassenden Bindung staatlicher Gewalt BVerfGE 128, 226 (244); zur Verknüpfung der Grundrechte mit der internationalen Gewährleistung der Menschenrechte bspw. BVerfGE 148, 296 (351).

10 Angelehnt an EuGH Urt. v. 26.4.2022 – C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297.

11 Richtlinie (EU) 2019/790 v. 17.4.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG.

12 Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten (Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz – UrhDaG) v. 31.5.2021 (BGBl. I 204, 1215).

rang vor der innerstaatlichen Rechtsordnung zu – auch gegenüber dem Grundgesetz.¹³ Das strahlt nachhaltig auf den Grundrechtsschutz aus: Führen die Mitgliedstaaten Unionsrecht durch, gelten ausschließlich die Grundrechte der GRCh, nicht diejenigen des Grundgesetzes (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh). **Verordnungen der Europäischen Union** (Art. 288 Abs. 2 AEUV), wie zB die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO), sind daher ausschließlich an den unionalen Grundrechten zu messen.¹⁴ Über ihren Schutz wacht der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), nicht das Bundesverfassungsgericht (BVerfG).¹⁵

Ob nationale Verfassungsgerichte auch **bei anderen Sekundärrechtsakten, insbes. Richtlinien** (Art. 288 Abs. 3 AEUV), keine Prüfungskompetenz haben, beurteilen EuGH und BVerfG unterschiedlich. In der Lesart des **EuGH** sind die Mitgliedstaaten auch dann, wenn sie eine Richtlinie umsetzen und Spielräume ausfüllen, die der Unionsgesetzgeber ihnen einräumt, an die GRCh gebunden.¹⁶ Das **BVerfG** differenziert hingegen zu Recht: Die Unionsgrundrechte geben den grundrechtlichen Maßstab vor, soweit die Mitgliedstaaten *zwingendes Unionsrecht* umsetzen (sog. vollständig unionsrechtlich determiniertes Recht). Verfügen die Mitgliedstaaten jedoch über einen *eigenen Regelungsspielraum*, den eine Richtlinie ihnen, wie zB im Bereich des Polizeirechts, zugesteht, kann der nationale Gesetzgeber die einheitliche Anwendung des Unionsrechts nicht gefährden.¹⁷ Daher greift dann der nationale Grundrechtsschutz. Der Rechtsakt ist an dem Grundrechtekatalog des Grundgesetzes zu messen¹⁸ (ist aber ergänzend *im Lichte der GRCh unionsrechtsfreundlich* auszulegen).¹⁹

► **Lösung Fall 2:** Indem Art. 17 DSM-RL und das Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz ein Haftungsregime für die Betreiber digitaler Dienste etablieren, schränken sie die Rechte der Nutzer sozialer Netzwerke auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit ein. Ob sich der Grundrechtsschutz nach der GRCh oder dem GG bemisst, entscheidet sich danach, ob der Mitgliedstaat ausschließlich Unionsrecht ausführt (dann ist die GRCh der relevante Prüfungsmaßstab) oder ob er von einem nationalen Regelungsspielraum Gebrauch macht (dann bestimmt sich die Rechtmäßigkeit nach den nationalen Grundrechten). Die Urheberrechtsrichtlinie gesteht den Mitgliedstaaten grundsätzlich die Freiheit zu, selbst zu entscheiden, wie sie die Verpflichtungen aus Art. 17 DSM-RL erfüllen: Ihnen obliegt es, ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den verschiedenen durch die Charta geschützten

13 EuGH Urt. v. 15.7.1964 – C-6/64, Costa/ENEL, ECLI:EU:C:1964:66; vgl. ferner Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen GG, Art. 1 Abs. 3, Rn. 108.

14 Das gilt nach Ansicht des BVerfG jedenfalls dann, wenn der unionale Grundrechtsschutz dem deutschen im Wesentlichen gleicht (BVerfGE 73, 339 – Solange II). Ein im Wesentlichen gleiches Grundrechtsschutzniveau erkennt das Gericht erst dann nicht mehr, wenn es zu einem strukturellen, ganzheitlichen Verfall des Grundrechtsschutzes auf unionaler Ebene kommt (BVerfGE 102, 147 – Bananenmarkt). Zusätzlich nimmt das BVerfG eine sog. Identitätskontrolle vor: Es überprüft unionale Rechtsakte daraufhin, ob sie mit dem unveränderlichen Kernbestand des Grundgesetzes, wie er in Art. 79 Abs. 3 GG nachgezeichnet ist, in Einklang zu bringen sind (BVerfGE 123, 267 [354] – Lissabon). Außerdem behält sich das BVerfG vor, zu prüfen, ob Maßnahmen von Organen der EU die Grenzen ihrer Kompetenzen überschritten haben (sog. Ultra-vires-Kontrolle; BVerfGE 142, 124 – OMT; BVerfGE 154, 17 – PSPP).

15 BVerfGE 152, 216 (216, Ls. 1 und 2).

16 EuGH Beschl. v. 7.5.2013 – C-617/10, Åkerberg Fransson, ECLI:EU:C:2013:280.

17 Jarass GRCh/Jarass, Art. 51, Rn. 25 f.

18 Vgl. ausf. Calliess/Ruffert/Kingreen EUV/AEUV/GRCh, Art. 51 GRCh, Rn. 11 f.

19 BVerfGE 152, 152 (177 ff., Rn. 60 ff.). Eine unions- bzw. völkerrechtsfreundliche Auslegung zeichnet sich dadurch aus, sich von der Interpretation der jeweiligen anderen Grundrechtskataloge inspirieren zu lassen (BVerfGE 152, 152 [178, Rn. 62]), also deren normative Wertungen in die Auslegung der nationalen Grundrechte einfließen zu lassen.

Grundrechten sicherzustellen.²⁰ Das Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz ist daher (anders als Art. 17 DSM-RL) an den nationalen Grundrechten zu messen und somit tauglicher Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde.²¹ ◀

2. Grundrechtsschutz der EMRK

- 7 Ergänzend zu den Grundrechten des GG und der GRCh verbürgt die EMRK jedem, der der Hoheitsgewalt eines Vertragsstaates untersteht, zahlreiche Rechte und Freiheiten mit Digitalbezug. Dazu zählen insbes. das Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 Abs. 1 EMRK) und die Meinungsfreiheit (Art. 10 Abs. 1 EMRK). Zudem unterwirft die Konvention hoheitliches Handeln einem Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK). In der Bundesrepublik entfaltet die EMRK im Rang eines (einfachen) **Bundesgesetzes** innerstaatliche Geltung (Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG). Sie geht mithin (Bundes-)Rechtsverordnungen und sämtlichem Landesrecht vor. Im Verhältnis zum Verfassungsrecht genießt die EMRK keinen Vorrang; ihre Gewährleistungen strahlen jedoch auf die Grundrechte des Grundgesetzes aus: Das BVerfG legt diese **im Lichte der EMRK** aus, sofern der Schutzstandard im Verhältnis zum nationalen Recht dadurch nicht absinkt.²² Ob die Vertragsstaaten gegen die Verbürgungen der EMRK verstoßen, liegt in der Entscheidungsgewalt des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg.²³

III. Grundrechtsschutz zwischen Privaten im digitalen Raum

- ▶ **Fall 3²⁴:** Die Partei „Der III. Weg“ veröffentlicht im sozialen Netzwerk Facebook folgenden Post: „[...] Während nach und nach immer mehr art- und kulturfremde Asylanten in Wohnungen in den dortigen Plattenbauten einquartiert wurden, die mitunter ihrer Dankbarkeit mit Gewalt und Kriminalität Ausdruck verleihen, haben nicht wenige Deutsche im Viertel kaum Perspektiven [...]“. Facebook stuft diese Aussage als Hassrede und damit als Verstoß gegen seine Nutzungsbedingungen ein. Das soziale Netzwerk entfernt den Beitrag und sperrt den Account zunächst für 30 Tage, ohne den „III. Weg“ zu benachrichtigen. Die Organisation wehrt sich dagegen unter Verweis auf ihre Grundrechte. Facebook geht jedoch noch weiter und löscht das Nutzerkonto (ohne die Partei vorher anzuhören). Ist dieses Vorgehen zulässig? ◀
- 8 Die Grundrechte binden unmittelbar im Grundsatz nur den Staat (Art. 1 Abs. 3 GG), nicht hingegen Private. Sie vermitteln aber nicht nur **individuelle Abwehrrechte**. Vielmehr verkörpern sie auch eine **„objektive Wertordnung“**²⁵. Als verfassungsrechtliche

20 EuGH Urt. v. 26.4.2022 – C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297.

21 Vorabkontrollen digitaler Inhalte können zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter, etwa des geistigen Eigentums oder des Minderjährigenschutzes (zB bei Kinderpornografie), erforderlich sein. Sie dürfen aber nicht über das Ziel hinausschießen, dh nicht zugleich rechtmäßige Inhalte herausfiltern. Upload-Filter, die keine hinreichende Differenzierung vornehmen können (zB rechtmäßige Parodien nicht zuverlässig erkennen), sind nicht zulässig. Dies ist aber keine Frage der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde, sondern ihrer Begründetheit.

22 Das BVerfG erkennt der EMRK ausdrücklich keinen Verfassungsrang zu, vgl. u. a. BVerfGE 19, 342 (347); 74, 358 (370). Eine Verfassungsbeschwerde, die sich ausschließlich auf ein Grundrecht der EMRK stützt, ist daher unzulässig.

23 Eine Entscheidung des EGMR ist für die nationalen Behörden und Gerichte allerdings nicht unmittelbar verbindlich – vielmehr haben diese die Gewährleistungen der EMRK sowie die Entscheidungen des EGMR lediglich zu berücksichtigen, BVerfGE 111, 307 – Görgülü.

24 Angelehnt an BVerfG NJW 2019, 1935 ff.

25 Grdl. BVerfGE 7, 198 (205) – Lüth.

Grundentscheidungen strahlen sie in alle Bereiche des Rechts aus – auch in die Privatrechtsordnung, in der sich die Akteure (zumindest *idealiter*) gleichrangig begegnen²⁶ (sog. **mittelbare Drittwirkung**).²⁷ Da die Zivilgerichte durch ihre Entscheidungen Privatrechtsverhältnisse gestalten, müssen sie die Wertentscheidungen der Grundrechte (insbes. bei der Auslegung der Generalklauseln, wie bspw. §§ 138, 242, 307 Abs. 1, sowie § 826 und § 1004 Abs. 2 BGB) achten.

Neben ihrer Funktion als Abwehrrechte²⁸ verlangen Grundrechte staatlichen Akteuren auch aktive Maßnahmen ab, um die in ihnen verankerten Werte zu verwirklichen (**Schutzpflichtdimension der Grundrechte**)²⁹. Gerade in der Online-Welt ist der Staat gehalten, die kollidierenden Grundrechtspositionen privater Akteure in einen schonenden Ausgleich zu bringen, damit die einzelnen Verbürgungen möglichst optimal wirken und sich entfalten können (sog. **praktische Konkordanz**)³⁰. Seiner Pflicht hat er insbes. dadurch nachzukommen, dass er **einfachgesetzliche Normen** erlässt, bspw. Rechtsschutz- und Sanktionsmöglichkeiten, die den grundrechtlichen Wertentscheidungen und Schutzbedürfnissen Rechnung tragen.³¹

So entwickelt sich der Staat im Cyberspace immer mehr zu einem Hüter grundrechtlicher Werte im Privatrechtsverhältnis. Die **Grundrechte** wandeln sich dadurch von verfassungsrechtlich garantierten Freiräumen der Bürger zu **Prinzipien**³² bzw. Werten, denen der Staat – auch und gerade in der digitalen Interaktion Privater untereinander – durch sein Handeln Geltung verschafft.

Wenn Grundrechtsträger im virtuellen Raum Äußerungen über Dritte verbreiten, treten insbes. das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Grundrecht der Meinungsfreiheit häufig in ein **Spannungsverhältnis**:³³ Facebook, X (vormals Twitter) und Co. eröffnen jedermann ein digitales Kommunikationsforum – wichtige Teile des gesellschaftlichen Lebens verlagern sich immer stärker in ihre Interaktionsräume. Sie stellen die Infrastruktur der Kommunikation bereit, bestimmen deren Rahmen- und Nut-

26 BVerfGE 7, 198 (204 ff.); 148, 267 (279, Rn. 30); zur Ausstrahlungswirkung Kingreen/Poscher StaatsR II, Rn. 263; Ruffert JuS 2020, 1 (2); Voßkuhle/Kaiser JuS 2011, 411 (412).

27 BVerfGE 7, 198 (205); 152, 152 (211 ff., Rn. 75 ff.); kritisch bspw. Neuner NJW 2020, 1851.

28 BVerfGE 7, 198 (204).

29 Ausf. BVerfG NVwZ 2021, 1361 (1363, Rn. 31 mwN). Ein Beispiel dafür ist die Schutzpflicht des Staates für die körperliche Unversehrtheit und das Leben aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG: Sie hat als Rechtfertigung für die tiefgreifenden Grundrechtseingriffe durch die Corona-Infektionsschutz-Verordnungen jüngst eine prominente Rolle eingenommen; vgl. BVerfG NVwZ 2020, 876 (877 f., Rn. 8 ff.).

30 Grdl. Hesse Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 317 ff.

31 Die objektiven Wertentscheidungen der Grundrechte können ihre Ausstrahlungswirkung auch iR einer Kontrolle der AGB eines sozialen Netzwerks entfalten, bspw. wenn eine Klausel eine bestimmte Meinung verbietet und dies (aus einer grundrechtlichen Betrachtungsweise heraus) nicht gerechtfertigt ist. Vgl. zu solchen „Hausregeln“ aber nunmehr BGH, NJW 2021, 3179 ff.; Mörsdorf NJW 2021, 3158 ff. sowie unten → § 1 Rn. 74.

32 Zu dieser sog. Prinzipientheorie der Grundrechte grdl. Alexy Grundrechte, S. 71 ff., 104 ff.; vgl. ferner Morlok/Michael Grundrechte, Rn. 22 – 29.

33 Die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG repräsentiert ein „Recht anderer“ und ist Teil der „verfassungsmäßigen Ordnung“ als Schranke des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes iSd Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG. Umgekehrt sind das allgemeine Persönlichkeitsrecht sowie die einfachgesetzlichen Regelungen zu seinem Schutz „allgemeine Gesetze“ – und damit eine Schranke der Meinungsfreiheit iSd Art. 5 Abs. 2 Var. 1 GG. Das „Recht der persönlichen Ehre“ ist im Schrankenvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG sogar ausdrücklich aufgeführt. Berichtet bspw. ein Online-Journalist unter Namensnennung des Täters über dessen lange zurückliegende rechtskräftige Verurteilung wegen Mordes, ist nicht nur die Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG) einschlägig. Vielmehr ist sie auch gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen abzuwägen. Dieser hat in solchen Konstellationen grundsätzlich ein sog. Recht auf Vergessenwerden; BVerfGE 152, 152 (194 ff., Rn. 96 ff.); → § 4 Rn. 22 ff.