

Die digitale Gesellschaft als Herausforderung für das Recht in der Demokratie

Herausgegeben von
ROLAND BROEMEL
und ARNE PILNIOK

Mohr Siebeck

Die digitale Gesellschaft als Herausforderung
für das Recht in der Demokratie



Die digitale Gesellschaft als Herausforderung für das Recht in der Demokratie

herausgegeben von

Roland Broemel und Arne Pilniok

Mohr Siebeck

Roland Broemel ist Professor für Öffentliches Recht, Wirtschafts- und Währungsrecht, Finanzmarktregulierung und Rechtstheorie an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

orcid.org/0000-0002-5863-0203

Arne Pilniok ist Juniorprofessor für Öffentliches Recht, Verwaltungswissenschaften und rechtswissenschaftliche Fachdidaktik an der Universität Hamburg.

ISBN 978-3-16-159250-8 / eISBN 978-3-16-159251-5

DOI 10.1628/978-3-16-159251-5

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die Transformation zu einer digitalen Gesellschaft wirft vielfältige Herausforderungen für das Recht und die Rechtswissenschaft auf. Die Funktionsbedingungen der parlamentarischen Demokratie sind veränderten öffentlichen Einflüssen ausgesetzt, ebenso wie die Möglichkeiten gesetzlicher Steuerung – und damit die Arbeitsweise der Verfassungsorgane – auch durch die Digitalisierung fundamentalen gesetzlichen Veränderungen unterworfen sind. Damit sind auf unterschiedlichen Ebenen Fragen des Rechts des demokratischen Prozesses und des Rechts und der Rechtswissenschaft in der Demokratie angesprochen. Mit diesen setzen sich aus verschiedenen Perspektiven die Beiträge in diesem Band auseinander. Sie gehen fast durchgängig auf ein Werkstattgespräch zurück, das am 13. Januar 2018 an der Universität Hamburg stattgefunden hat. An diesem haben Kolleginnen und Kollegen teilgenommen, die Hans-Heinrich Trute besonders verbunden sind. Das wissenschaftliche Gespräch war ein gemeinsames Geschenk aller Beteiligten an Hans-Heinrich Trute zu seinem 65. Geburtstag am 31. Dezember 2017. Dabei ziehen die Beiträge eine Verbindungslinie zwischen den bisherigen Schwerpunkten des wissenschaftlichen Werks Hans-Heinrich Trutes und seinen aktuellen Forschungsinteressen. Seit langem spielen die demokratische Legitimation staatlichen Handelns und eine angemessene Konzeption der darauf bezogenen Dogmatik eine wichtige Rolle in seinen Arbeiten. Diese gewinnen eine neue Brisanz unter den Bedingungen der digitalen Gesellschaft. Die Aufsätze in diesem Band skizzieren wichtige, freilich in keiner Weise abschließende, Forschungsfragen zu diesem komplexen Thema, zu deren Beantwortung Hans-Heinrich Trute noch Vieles beitragen wird. Insofern bildete das Werkstattgespräch keine Rückschau, sondern vor allem einen Impuls für die Forschung des Jubilars in den kommenden Jahren.

Wir danken allen Beteiligten, die mit kleinen oder größeren unverzichtbaren Beiträgen das Gelingen der Veranstaltung und die Veröffentlichung dieses Bandes ermöglicht haben.

Hamburg, im August 2019

Roland Broemel
Arne Pilniok

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Roland Broemel/Arne Pilniok</i> Die digitale Gesellschaft als Herausforderung für das Recht in der Demokratie: eine Einführung	1
<i>Eberhard Schmidt-Aßmann</i> Stand und Perspektiven des demokratischen Prinzips	11
<i>Thomas Groß</i> Transparenz als Instrument der Demokratie	27
<i>Karl-Heinz Ladeur</i> Die Stellung des Abgeordneten im Parlament der digitalen Gesellschaft – Eine weitere Transformation der Repräsentation?	43
<i>Stefan Oeter</i> Soziale Medien und die Beeinflussung politischer Prozesse durch auswärtige Mächte	73
<i>Hans Christian Röhl</i> Unternehmenswissen, Demokratie und Digitalisierung	95
<i>Katharina Reiling</i> Legitimationsstrukturen einer extraterritorialen Verwaltung der Digitalwirtschaft	109
<i>Friedhelm Hase</i> Die Komplexität und Veränderlichkeit medizinischen Wissens als Herausforderung der juristischen Hermeneutik: Gesundheitsrecht zwischen gesetzlicher Normierung und „autonomer“ Selbststeuerung des Versorgungssystems	141
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	153

Die digitale Gesellschaft als Herausforderung für das Recht in der Demokratie

Eine Einführung

Roland Broemel/Arne Pilniok

Die Digitalisierung beeinflusst gesellschaftliche Strukturen. Sie stellt das Recht des demokratischen Prozesses und mit ihm die rechtswissenschaftliche Forschung dadurch in mehrfacher Hinsicht vor Herausforderungen. Strukturelle Änderungen der gesellschaftlichen Koordination in unterschiedlichen Lebensbereichen erfordern die Reflektion bestehender Prämissen und Pfadabhängigkeiten sowie eine konzeptionelle Anpassung dogmatischer Wissensbestände.¹ Diesen Befund macht ein kursorischer Blick auf unterschiedliche Rechtsgebiete rasch deutlich.

So lässt sich Medienrecht unter den Bedingungen der algorithmenbasierten Produktion und Distribution audiovisueller Inhalte nicht ohne weiteres als punktuelle Fortführung eines Modells des linearen Rundfunks verstehen.² Im Datenschutzrecht stehen Big Data-Anwendungen, die Korrelationen zwischen Datenbeständen unterschiedlicher Quellen ermitteln, quer zu einer

¹ Aus der Literatur nur mit unterschiedlichen Akzenten *Trute*, Rechtliche Herausforderungen der Digitalisierung, in: May/Bär/Grädler (Hrsg.), Digitalisierung im Spannungsfeld von Politik, Wirtschaft und Recht, 2018, S. 313 (319 ff.); *ders.*, Big Data and Algorithm, Preliminary Notes from Germany, Journal of Law & Economic Regulation 8 (2015), 62 ff.; *Hoffmann-Riem*, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht, AöR 142 (2017), 1 ff.; *ders.*, Rechtliche Rahmenbedingungen für und regulative Herausforderungen durch Big Data, in: *ders.* (Hrsg.), Big Data – Regulative Herausforderungen, 2018, S. 11 (12 ff., 35 ff.); *Schneider*, Innovationsoffene Regulierung datenbasierter Dienste in der Informationsgesellschaft. Datenschutz, Regulierung, Wettbewerb, in: Körber/Kühling (Hrsg.), Regulierung – Wettbewerb – Innovation, 2017, S. 113 (115 ff.); *Schweitzer*, Neue Machtlagen in der digitalen Welt? Das Beispiel unentgeltlicher Leistungen, a. a. O., S. 269 ff.; *Wischmeyer*, Regulierung intelligenter Systeme, AöR 143 (2018), 1 (18 ff., 42 ff.); *Boehme-Neßler*, Das Ende der Demokratie? Effekte der Digitalisierung aus rechtlicher, politologischer und psychologischer Sicht, 2018.

² Aus der Perspektive des Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks *Holznapel*, Rundfunkregulierung in Zeiten des Internets – Öffentlich-rechtlicher Rundfunk, in: Körber/Kühling (Hrsg.), Regulierung – Wettbewerb – Innovation (Fn. 1), S. 93 (98 ff.); *Schuler-Harms*, Rundfunkregulierung in Zeiten des Internets, a. a. O., S. 69. (82 ff.).

datenschutzrechtlichen Dogmatik,³ die im Kern auf der ex ante-Steuerung planbarer Verwendungszusammenhänge beruht. Die durch Zunahme von Big Data-Anwendungen verstärkte Diskussion über Rahmenbedingungen und Ansätze eines angemessenen Datenschutzes lenkt die Aufmerksamkeit auf Engführungen der traditionellen Konzeption,⁴ die bereits seit einiger Zeit als Risse in der Dogmatik und Bruchlinien in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung beschrieben worden sind.⁵ Ein rechtsdogmatisches Konzept, das den Schutz der Persönlichkeitsentfaltung beim Umgang mit personenbezogenen Daten kommunikationsbezogen entfaltet und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auf dieser Grundlage als Gewährleistung eines bestimmten Einflusses auf die Kommunikationsbeziehungen entwirft,⁶ bleibt von Änderungen der Kommunikationsstrukturen im Zuge der Digitalisierung nicht unberührt.⁷ *Hans-Heinrich Trute* formuliert daher: „Die sozialen und technologischen Veränderungen haben veränderte Problemlagen und die Einbettung des informationellen Selbstbestimmungsrechts in einen breiteren Kontext der kommunikativen Selbstbestimmung verdeutlicht.“⁸

Im Gesundheitssektor diversifizieren algorithmenbasierte Analysen nicht nur die Ansätze zur Erforschung biologischer Zusammenhänge, Erkrankungen oder medizinischer Wirkstoffe und Behandlungen⁹ einschließlich der

³ Bereichsspezifisch *Buchner*, Big Data und Datenschutz im Gesundheitswesen, ZfME 2018, 131 ff.; *Nebel*, Big Data und Datenschutz in der Arbeitswelt, ZD 2018, 520 ff.; *Schneiderei/Porschke*, Datenschutz und Digitalisierung in der Wohnungswirtschaft, CR 2019, 132 ff.; aus der klassisch datenschutzrechtlichen Perspektive nur *Boehme-Neßler*, Das Ende der Anonymität. Wie Big Data das Datenschutzrecht verändert, DuD 2016, 419 ff.; *Sarunski*, Big Data – Ende der Anonymität?, DuD 2016, 424 ff.; *Schaar*, Zwischen Big Data und Big Brother, RDV 2013, 223 ff.

⁴ *Broemel/Trute*, Alles nur Datenschutz?, Berliner Debatte Initial 27 (2016), 50 (51 f.).

⁵ *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, 2005, S. 242 ff.; *dies.*, Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl. 2012, § 22 Rn. 62 ff.; *Britz*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen rechtswissenschaftlicher Grundsatzkritik und Beharren des Bundesverfassungsgerichts, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Offene Rechtswissenschaft, 2010, S. 561 ff.

⁶ *Trute*, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Roßnagel (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, 2003, Kap. 2.5 Rn. 22.

⁷ *Broemel/Trute*, Alles nur Datenschutz? (Fn. 4), 50 (52 ff.).

⁸ *Trute*, Verfassungsrechtliche Grundlagen (Fn. 6), Kap. 2.5 Rn. 1.

⁹ *Trute*, Der Stellenwert von Real-World Evidenz im deutschen Sozial- und Gesundheitsrecht, Gefäßchirurgie 24 (2019), 228 ff.; *Ladeur*, Wissenserzeugung im Sozialrecht und der Aufstieg von „Big Data“, in: Buchner/ders. (Hrsg.), Wissensgenerierung und -verarbeitung im Gesundheits- und Sozialrecht, 2016, S. 89 ff.; *Amunts/Klingmüller/Bormann*, Big Data in der Grundlagenforschung und der medizinischen Anwendung, ZfME 2018, 99 (104 ff.); *Katzenmeier*, Big Data, E-Health, KI und Robotik in der Medizin, MedR 2019, 259 ff.

methodischen Grundlagen,¹⁰ sondern wirken über die wissenschaftlichen Standards mittelbar, aber nachhaltig auf die normativen Maßstäbe des allgemein anerkannten Stands der medizinischen Erkenntnisse¹¹ ein. Weitere, vergleichbare oder ähnliche Diagnosen struktureller Umbrüche finden sich mit unterschiedlichen Akzenten in vielen Bereichen, vom Kartellrecht¹² über das Recht der Finanzdienstleistungen,¹³ das Versicherungsrecht,¹⁴ das Sicherheitsrecht,¹⁵ das Telekommunikations- und Energierecht,¹⁶ das Aktienrecht,¹⁷ das Steuerrecht¹⁸ bis zum Verwaltungsverfahren¹⁹.

¹⁰ Rheinberger, Wie werden aus Spuren Daten, und wie verhalten sich Daten zu Fakten?, Nach Feierabend. Zürcher Jahrbuch für Wissenschaftsgeschichte 3 (2007), S. 117 ff.

¹¹ Aus dem Recht der gesetzlichen Krankenversicherung etwa § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V, zu den Auswirkungen der Digitalisierung *Ladeur*, Regulierung des Gesundheitswesens unter den Bedingungen der „datenbasierten Medizin“, MedR 2016, 650 ff.; *ders.*, Wissenserzeugung im Sozialrecht (Fn. 9), S. 89 (91 ff.); *Roters*, Wissensgenerierung und -verwertung nach § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V, a. a. O., S. 31 ff.; zur Notwendigkeit, das im GenDG kontextspezifisch kodifizierte Recht auf Nichtwissen angesichts der Digitalisierung allgemein zu fassen *Hahn*, Das „Recht auf Nichtwissen“ des Patienten bei algorithmengesteuerter Auswertung von Big Data, MedR 2019, 197 ff.

¹² *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 19 ff.; *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 6 ff.; *Monopolkommission*, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, 2015, S. 27 ff., 44 ff.; *Podszun*, Competition and Data, ZGE 2017, 406 ff.

¹³ *BaFin*, Big Data trifft auf künstliche Intelligenz. Herausforderungen und Implikationen für Aufsicht und Regulierung von Finanzdienstleistungen, 2018, S. 63 ff.; *Dorfleitner/Hornuf*, The FinTech Market in Germany, 2016, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2885931>, S. 14 ff., 50 ff.; zur Regulierungsstrategien am Beispiel automatisierter Beratung *Ringel/Ruof*, A Regulatory Sandbox for Robo Advice, EBI Working Paper Series 2018 no. 26, Version April 2019, S. 37 ff.

¹⁴ *BaFin*, Big Data trifft auf künstliche Intelligenz. (Fn. 13), S. 95 ff.; *Brand*, Die Zulässigkeit und Ausgestaltung von Telematiktarifen, VersR 2019, 725 ff.

¹⁵ *Rademacher*, Predictive Policing im deutschen Polizeirecht, AöR 142 (2017), 366 ff.; *Singelstein*, Predictive Policing: Algorithmenbasierte Straftatprognosen zur vorausschauenden Kriminalintervention, NSTz 2018, 1 ff.; Auswertung der Risiken datenbasierter Verzerrungen der in mehreren Bundesstaaten der Vereinigten Staaten eingesetzten Systeme bei *Richardson/Schultz/Crawford*, Dirty Data, Bad Predictions: How Civil Rights Violations Impact Police Data, Predictive Policing Systems, and Justice, NYU Law Review 94 (2019), 192 ff.

¹⁶ *Lange*, Energiewirtschaftsrecht 4.0: Smart Grids und Smart Markets in Zeiten voranschreitender Digitalisierung, in: *Körper/Kühling* (Hrsg.), Regulierung – Wettbewerb – Innovation (Fn. 1), S. 9 ff.; *Pielow*, Energiewirtschaftsrecht 4.0: Smart Grids und Smart Markets in Zeiten voranschreitender Digitalisierung, a. a. O., S. 27 ff.; zum Telekommunikationsrecht *Gersdorf*, Regulierung der OTT-Dienste, a. a. O., S. 185 ff.

¹⁷ *Kuntz*, Digitale Kommunikation mit Aktionären und Investoren, ZHR 183 (2019), 190 ff.; *Zetzsche*, Corporate Technologies – Zur Digitalisierung im Aktienrecht, AG 2019, 1 ff.; *Sattler*, Der Einfluss der Digitalisierung auf das Gesellschaftsrecht, BB 2018, 2243 ff.; *Spindler*, Gesellschaftsrecht und Digitalisierung, ZGR 2018, 17 ff.

Diese strukturelle Dynamik lässt die Rahmenbedingungen demokratischer Prozesse nicht unbeeinflusst. Zunächst wirken Änderungen der Regelungsgegenstände auf die Ansätze der Steuerung oder Regelung zurück. In nicht wenigen Bereichen des besonderen Verwaltungsrechts erfordern die Dynamik und die Offenheit des Sachbereichs laufende Aktualisierungen der Wissensgrundlage.²⁰ Damit einhergehende exekutive Spielräume zur Konkretisierung des regulatorischen Rahmens charakterisieren daher diese Regelungsstrukturen.²¹ Deren kognitive Hintergründe dürften durch die Digitalisierung und vor allem die systematische Ermittlung statistischer Korrelationen zusätzlich an Komplexität gewinnen. Die Unterschiede zwischen algorithmenbasierten Korrelationen und beobachtungsbasiertem Erfahrungswissen legen zudem nahe, dass digitalisierungsbedingte Veränderungen der Wissensordnung die bisherige Entwicklung behördlicher Spielräume im Umgang mit Ungewissheit nicht einfach entlang der etablierten Linien vertiefen, sondern mit anderen Mechanismen und Zusammenhängen der Generierung von Wissen verzahnen. Algorithmusbasierte Korrelationen bilden demnach einen komplementären, die Komplexität der Zusammenhänge insgesamt erhöhenden Faktor der Wissensgrundlage, der auf der einen Seite Gestaltungsmöglichkeiten der nationalen oder unionalen gesetzgebenden Akteure erschweren kann, auf der anderen Seite aber durch den abstrakten, von beobachtungsbasierten Erfahrungen unabhängigen Charakter dem Gesetzgeber unter Umständen gleichermaßen offensteht wie einer mit den Normadressaten in permanentem Kontakt stehenden Behörde.²² Die Frage

¹⁸ Grädler/Ottenwälder, Die Digitalisierung des Besteuerungsverfahrens – Änderungen durch das Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens, in: Bär/Grädler/Mayr (Hrsg.), Digitalisierung (Fn. 1), S. 35 ff.; Loritz, Die Digitalisierung – Nur Hilfsmittel zur Steuererhebung oder (r)evolutionäre Entwicklung auch für das deutsche Steuersystem?, a. a. O., S. 139 ff.; aus der Berater-Perspektive Egner, Digitale Geschäftsmodelle in der Steuerberatung, 2018, S. 27 ff.

¹⁹ Windoffer, Herausforderungen der Digitalisierung aus der Perspektive der öffentlichen Verwaltung, in: Bär/Grädler/Mayr (Hrsg.), Digitalisierung (Fn. 1), S. 363 ff.

²⁰ So insbesondere im Regulierungsverfahren Herzmann, Konsultationen, 2010, S. 42 ff.; Broemel, Wissensgenerierung im Regulierungsverfahren, in: Münkler (Hrsg.), Dimensionen des Wissens, 2019, S. 139 (142 ff.); ders., Strategisches Verhalten in der Regulierung, 2010, S. 196 ff.

²¹ Entsprechend sind Mechanismen zur Generierung des erforderlichen Wissens im Verwaltungsverfahren erforderlich, Herzmann, Konsultationen (Fn. 20), S. 77 ff.; Broemel, Wissensgenerierung im Regulierungsverfahren (Fn. 20), S. 139 (146 ff.).

²² Zu den Datenbanken der Parlamente Ladeur, in diesem Band, S. 43 ff.; zu auf Beobachtungen beruhenden Informationsvorsprüngen der Marktteilnehmenden gegenüber der Behörde sowie der Behörde gegenüber Gesetzgebungsorganen Broemel, Wissensgenerierung im Regulierungsverfahren (Fn. 20), S. 139 (144 f.).

nach den Herausforderungen der Digitalisierung lenkt den Blick auf die kognitiven Rahmenbedingungen von gesetzlicher Regelung oder allgemeiner hoheitlicher Steuerung.²³

Neben den mittelbaren, gegenstandsbezogenen Auswirkungen auf das Recht des demokratischen Prozesses wirkt sich die an dem Wissen ausgerichtete Perspektive unmittelbar dort auf die rechtliche Dogmatik aus, wo Steuerungszusammenhänge rechtlich gerahmt werden. Das betrifft etwa verfassungsrechtliche Konzepte der Gewaltengliederung, die Rahmenbedingungen der Produktion und Konkretisierung von Normen angemessen verarbeiten müssen.²⁴ In den Worten von *Hans-Heinrich Trute* bedeutet das: „Verallgemeinernd kann man sagen, dass eine stabile Verknüpfung von Wissen und Handeln in komplexen Handlungsfeldern eben nicht möglich ist, das nötige Wissen eher situativ und auf Zeit generiert und damit eine Vorabsteuerung über allgemeine Regelungen unrealistisch wird. Insoweit kommt es dann eher zur Beobachtung, Kooperation und Revision im Lichte veränderter Wissensbestände, nicht aber kann in einem anspruchsvollen Sinne von einer Steuerung durch den ‚idealen Beobachter‘ Gesetzgeber oder die Verwaltungsspitze gesprochen werden.“²⁵ Strukturelle Änderungen der Steuerungsgegenstände wirken sich über die Modalitäten gesetzlicher Steuerung auf deren verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen aus.²⁶ Konzeptioneller Anpassungsbedarf für nationale und europäische Verständnisse demokratischer Legitimation einschließlich ihrer Verzahnungen, den ebenenübergreifende Regulierungsverbünde in der Europäischen Union bereits aufscheinen lassen,²⁷ wird durch die zunehmend

²³ Unabhängig von der Digitalisierung *Trute*, Wissen – einleitende Bemerkungen, *Die Verwaltung*, Beiheft 9, 2010, S. 11 (23 ff.); *Ladeur*, Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer „Logik der Netzwerke“, *Die Verwaltung*, Beiheft 4, 2001, S. 59 (62 ff.); im Zusammenhang mit der Digitalisierung zurückhaltend gegenüber vorschnellen Annahmen grundlegender Veränderungen der kognitiven Grundlagen des Gesetzgebungsverfahrens *Bull*, Digitalisierung als Politikziel, Teil I, CR 2019, 478 (480).

²⁴ *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2. Aufl. 2012, § 6 Rn. 32; *ders.*, Die konstitutive Rolle der Rechtsanwendung, in: *ders./Groß/Röhl/Möllers* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, S. 211 ff.; *Ladeur*, in diesem Band, S. 43 ff.; *Groß*, in diesem Band, S. 27 ff.; mit anderem Akzent *Wilke*, Dezentrierte Demokratie, 2016, S. 60 ff., S. 123 ff.

²⁵ *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung (Fn. 24), § 6 Rn. 32; ähnlich *ders.*, Wissen – Einleitende Bemerkungen (Fn. 23), S. 11 (36).

²⁶ Zum Gesetzesvorbehalt *Ladeur/Gostomzyk*, Der Gesetzesvorbehalt im Gewährleistungsstaat, *Die Verwaltung* 36 (2003), 141 ff.

²⁷ *Trute*, Demokratische Legitimation in der Verwaltung (Fn. 24), § 6 Rn. 32; *Groß*, Die Legitimation der polyzentralen EU-Verwaltung, 2015, S. 115 ff.

in den Vordergrund gerückte digitale Dimension des Binnenmarkts²⁸ weiter akzentuiert.

Die Auswirkungen der Digitalisierung auf die Wissensordnung, gesetzliche Steuerung und deren verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen betreffen aber auch unabhängig von der Europäischen Union wie auch unabhängig von ökonomischen Kontexten grundsätzlich das Verständnis von Repräsentation in einer Demokratie, das eine bestimmte Funktionsweise und damit Voraussetzungen und Wirkungen des Repräsentierens impliziert²⁹ und sich auf die verfassungsrechtliche Stellung der Abgeordneten auswirkt.³⁰ Und sie betreffen nicht zuletzt auch vorgelagerte Fragen zu den Rahmenbedingungen der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung, sowohl hinsichtlich der Funktionslogik einer positiven Rundfunkordnung³¹ oder von Kommunikationsprozessen auf digitalen Plattformen³² als auch hinsichtlich der Gefahren gezielter Einflussnahmen auf Meinungsbildung zu politischen oder für Wahlen relevante Fragen in sozialen Netzwerken, auch aus dem Ausland.³³

Neben den Strukturen der Gegenstandsbereiche und des politischen Prozesses fordert die Digitalisierung das Recht des politischen Prozesses schließlich insofern noch auf einer weiteren Ebene heraus, als auch das Recht selbst, insbesondere Prozesse des rechtswissenschaftlichen Arbeitens, von Aspekten der Digitalisierung nicht unbeeinflusst bleiben. Diese vielschichtigen und in ihren methodischen Auswirkungen noch kaum beschriebenen Einflüsse beziehen sich nicht nur auf die algorithmenbasierte Aufbereitung unübersichtlicher Sachverhalte³⁴ oder zur Prognose einer gerichtlichen Entscheidung in einem bestimmten Kontext durch einen sys-

²⁸ *Europäische Kommission*, Halbzeitüberprüfung der Strategie für einen digitalen Binnenmarkt, KOM(2017) 228 final; *Europäische Kommission*, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, KOM(2015) 192 final.

²⁹ *Ladeur*, in diesem Band, S. 43 ff.

³⁰ Zum Funktionszusammenhang zwischen der Ausgestaltung des Mandats und effektiver Gewährleistung demokratischer Teilhabe *Trute*, in: von Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 38 Rn. 2, 5a, 74 und 92.

³¹ *Ladeur*, in diesem Band, S. 43 ff.; *Broemel*, Rezeptionsentscheidungen in der Rundfunkordnung, in: Lüdemann/Hermstrüwer (Hrsg.), Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, i. E.

³² Zum Einsatz von Filtertechniken sowohl durch Plattformbetreiber als auch durch Nutzende *Ingold*, Filter und Filtersouveränitäten, in: Lüdemann/Hermstrüwer (Hrsg.), Meinungsbildung im digitalen Zeitalter (Fn. 31).

³³ *Oeter*, in diesem Band, S. 73 ff.

³⁴ Überblick bei *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots, 2018, S. 31 ff.; zur *due diligence Krause/Hecker*, Wirtschaftskanzleien unter dem Einfluss von künstlicher Intelligenz – Bestandsaufnahme und Ausblick am Beispiel der Analyse-Software KIRA, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 309 ff.

tematischen Vergleich mit bestehenden Entscheidungen, sondern müssen grundsätzlicher beim Umgang mit Texten und damit auch beim Umgang normativ relevanten Texten wie Normtexten oder Entscheidungen ansetzen.³⁵ Das Recht des demokratischen Prozesses ist von der Digitalisierung dann in seiner Eigenschaft als Recht betroffen. Diese mittelfristigen Einflüsse auf das rechtswissenschaftliche Arbeiten schlagen sich über die Informationsverarbeitung in den Modalitäten rechtlicher Steuerung nieder und wirken sich dadurch zugleich auf rechtsdogmatische Konzepte aus.

Die Beiträge in diesem Band nähern sich den geschilderten Herausforderungen für das Recht der Demokratie auf unterschiedlichem Weg: *Eberhard Schmidt-Aßmann* gleicht zunächst die Auswirkungen der Digitalisierung mit einer Bestandsaufnahme der Demokratie-Diskurse ab und skizziert auf dieser Grundlage Überlegungen zum Einbau digitaler Kommunikationsformen in eine demokratische Rechtsordnung. Aus dieser Perspektive lassen sich rechtsgebietsbezogene Untersuchungen etwa zum Wahl- und Parlamentsrecht oder des Verwaltungsverfahrensrechts anschließen, vor allem aber die Entwicklung übergeordneter Konzepte der Verwaltungslegitimation und des Rechtsstaatsprinzips analysieren. Unter Hinweis auf die Möglichkeiten und Risiken digitaler Kommunikation für die Rahmenbedingungen demokratischer Legitimation akzentuiert der Beitrag am Beispiel des Mehrwerts der Informationsfreiheit, aber auch der mit ihr verbundenen Konflikte sowie digitalen Formen der Partizipation und den aus ihnen resultierenden Anforderungen an die Verantwortungsklarheit den Bedarf nach rechtlicher Ordnung.

Der Beitrag zur Transparenz als Instrument der Demokratie von *Thomas Groß* stellt nach einer Analyse der rechtlichen Rahmenbedingungen die Funktion von Transparenz für die Kontrolle der Verwaltung in Abhängigkeit von den jeweiligen Modellvorstellungen und ihren Prämissen heraus. Zugleich stellt *Thomas Groß* einen Zusammenhang zum grundrechtlichen Schutz der Informationsfreiheit, auch auf europäischer Ebene, und ihrer Funktion für den demokratischen Prozess her.

Grundsätzlicher setzt *Karl-Heinz Ladeur* bei der Wissensordnung unter den Bedingungen der Digitalisierung an und beobachtet eine Relativierung stabiler Muster kausaler Wirkbeziehungen durch experimentell-variable Ver-

³⁵ *Vogel*, Rechtslinguistik: Bestimmung einer Fachrichtung, in: *Felder/ders.* (Hrsg.), *Handbuch Sprache im Recht*, 2017, S. 209 ff.; zu möglichen Konsequenzen für den Gesetzgebungsprozess *ders.*, *Sprache im Gesetzgebungsverfahren und der Normgenese*, a. a. O., S. 349 (355 ff.); Überblick über unterschiedliche Ansätze der algorithmenbasierten Aufbereitung normativ relevanter Texte bei *Livermore/Rockmore* (Hrsg.), *Law as Data. Computation, Text, and the Future of Legal Analysis*, 2019.

knüpfungen, deren Stabilität erst ex post feststeht. Dieser Modus der Wissensgenerierung ist zum einen mit der Weitergabe impliziten Wissens der Gesellschaft nur begrenzt kompatibel. Zum anderen ist er für die Handlungsrationalität der Regierung und des Parlaments unterschiedlich gut anschlussfähig mit entsprechenden Folgen für die zukünftige Verteilung des Handlungs- und Steuerungspotentials. Gestaltungen unter den Bedingungen von Big Data erfordern lernende, selbständernde Prozesse, eine „algorithmische Gouvernamentalität“ (*Rouvroy*), die auf Handlungspotentiale von Individuen einwirkt und Netzwerke irritiert, statt Verhalten zu steuern. Diese Rahmenbedingungen von Steuerung wirken sich auf den Stellenwert der Kooperation mit Privaten sowie auf die rechtsstaatliche Bedeutung von Vertrauen, vor allem aber auch auf die Handlungsoptionen eines Gesetzgebungsorgans aus. Auch angesichts der Grenzen von Ansätzen der Technologiekontrolle könnte eine Strategie eines Gesetzgebungsorgans im Aufbau einer für unterschiedliche Algorithmen anschlussfähigen Datenbank liegen, die fraktionsübergreifend Beiträge zu einer prozeduralen Rationalität ermöglicht. Andere von *Ladeur* beschriebene Ansätze beziehen sich auf das Monitoring von Gesetzen, vor allem im Hinblick auf mögliche Verzerrungen in Algorithmen, sowie einen konstruktiven Umgang mit Forderungen nach Transparenz und Kontrollierbarkeit, auch unter Verwendung von Algorithmen zu Zwecken der Beobachtung. Eine solche für Zwecke der Gestaltung, Beobachtung und Kontrolle einsetzbare Datengrundlage könnte das Parlament als ein funktionales Äquivalent für ein gemeinsam geteiltes Erfahrungswissen etablieren. Weitergehend stellt der Beitrag aber auch einen Zusammenhang zu unterschiedlichen Beschreibungen des Verhältnisses zwischen einzelner Person und Gesellschaft her, die jeweils mit einem bestimmten Verständnis von Repräsentation sowie Ordnungsbildung einhergehen und die Funktion von Parlamenten auf dieser Grundlage unterschiedlich verstehen.

Stefan Oeter lotet die völkerrechtlichen Grenzen einer externen Einflussnahme auf Prozesse der innerstaatlichen politischen Meinungsbildung unter den Bedingungen der Digitalisierung aus. Der Beitrag zeigt, dass das Problem der Begrenzung von Einflüssen aus dem Ausland alt ist und die bislang entwickelten normativen Maßstäbe für die Bewertung von Spionage und verdeckten Operationen schwer zu konturieren und nur eingeschränkt auf digitale Handlungsformen übertragbar sind.

Hans Christian Röhl analysiert am Beispiel der Pharmakovigilanz, des Bankenaufsichtsrechts und des Rechts der Berufsgenossenschaften unterschiedliche rechtliche Strukturen, die zu Zwecken gemeinwohlorientierter Steuerung Wissen in Unternehmen entstehen lassen. Die Digitalisierung, so die Beobachtung, intensiviert diese Notwendigkeit einer kontextspezifischen

Ausgestaltung der Wissensherzeugungprozesse weiter, birgt zugleich aber im Hinblick auf das Demokratieprinzip auch Gefahren wissensbedingter Vermachtungsprozesse.

Eine typische Herausforderung der rechtlichen Regelung digitaler Datenverarbeitung liegt in der Begrenzung des räumlichen Anwendungsbereichs angesichts oftmals ortsungebundener, globaler Kommunikationsnetzwerke. *Katharina Reiling* nimmt den in der Datenschutz-Grundverordnung mit dem sog. Marktortprinzip verfolgten übergreifenden Ansatz zum Anlass, die Reichweite des verfolgten Regelungsanliegens zu analysieren und sowohl die völkerrechtliche Zulässigkeit als auch die Verwaltungslegitimation einer einseitigen, über den Bereich der Europäischen Union hinausreichenden Gestaltung zu erörtern.

Der Beitrag von *Friedhelm Hase* zieht eine Analyse der historischen Entwicklung hermeneutischer Zugänge zur Interpretation als Grundlage für die Beschreibung struktureller Veränderungen von Normativität heran, die auch mit der Verarbeitung der Komplexität und Dynamik unterschiedlicher Regelungsbereiche in Zusammenhang stehen. Dabei liegt für den Bereich des Medizin- und Gesundheitsrechts auch der Rechtsanwendung zwangsläufig eine Beobachtung medizinischer Annahmen aus der Perspektive des Rechtssystems, also Fremdbeschreibungen der Medizin zu Zwecken rechtlicher Unterscheidungen, zu Grunde. Insbesondere bei dem zentralen Begriff des allgemein anerkannten Stands der medizinischen Erkenntnisse entfernen sich allerdings die Rahmenbedingungen der Generierung und Validierung von Wissen in der Medizin von dem Bild des Rechtssystems. Komplexitätszuwachs und Ausdifferenzierung, die in der Medizin zur Ergänzung eines erfahrungsbasierten Expertenwissens durch die Grundsätze der evidenzbasierten Medizin geführt haben und durch Big Data-Anwendungen nochmals verstärkt worden sind, stellen rechtliche Konstruktionen, die von einem allgemein unter Fachleuten geteilten Erfahrungswissen ausgehen, in Frage.

Die Rhetorik eines Wandels zur digitalen Gesellschaft erscheint gelegentlich sehr weitreichend, wenn die damit einhergehende Transformation betont wird. Die Vielzahl der betroffenen Rechtsgebiete wie die aufgezeigten Grundsatzfragen verdeutlichen jedoch die Tragweite dieser Entwicklung. Dabei machen die Beiträge in diesem Band auf die vielfältigen Herausforderungen aufmerksam, die sich für das Recht und seine Produktion in demokratischen Verfahren stellen. Ebenso wird deutlich, wie grundsätzlich die Rechtswissenschaft aufgefordert ist, lang tradierte dogmatische Figuren, aber auch methodische Annahmen und Vorverständnisse kritisch auf ihre Tauglichkeit in der digitalen Gesellschaft zu befragen. Die Arbeit an diesen Forschungsthemen wird die Rechtswissenschaft nachhaltig zu beschäftigen haben.

