

Startseite / Termine

Ringvorlesung "Digitale Souveränität": Konstruktive Weiterentwicklung der Rechtsordnung in der digitalen Transformation

JUL
07

7. Juli 2022 16:00 Uhr bis 19:00 Uhr
Zoom

Prof. Dr. Dirk Heckmann
Ass. jur. Fabian Wiedemann

Lehrstuhl für Recht und Sicherheit der Digitalisierung
TUM School of Social Sciences and Technology



Das Recht und die Digitalisierung

Viel Digitalrecht – wenig Digitale Transformation



Erhebliche Aktivität im Bereich Recht der Digitalisierung

Digitalisierung gestalten
Umstrategie der Bundesregierung

MITTEILUNG AN DIE KOMMISSION
DIGITALSTRATEGIE DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION
Eine digital gewandelte, nutzerorientierte und datengesteuerte Kommission

VERORDNUNGEN
VERORDNUNG (EU) 2016/679 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES
vom 27. April 2016
zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung)
(Text von Bedeutung für den EWR)
DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT UND DER RAT DER EUROPÄISCHEN UNION –
gestützt auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, insbesondere auf Artikel 16,

Gesetz über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien* (Telekommunikations- und Telemedien-Datenschutz-Gesetz - TTDSG)
TTDSG
Ausfertigungsdatum: 23.06.2021
Vollzeit:
*Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz vom 23. Juni 2021 (BGBl. I S. 1982), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 12. August 2021 (BGBl. I S. 3544) geändert worden ist

Referentenentwurf
des Bundesministeriums für Gesundheit
Entwurf eines Gesetzes zum Schutz elektronischer Patientendaten in der Telematikinfrastruktur
Patientendaten-Schutzgesetz - PDSG

Proposal for a
REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL
on harmonised rules on fair access to and use of data
(Data Act)

Vorschlag für eine
VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES
über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG

Vorschlag für eine
VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES
über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte)

Abgrenzung von Begriffen

Digitalisierung im technischen Sinne

Vorgang der Umwandlung von Informationen, die in analoger Weise repräsentiert werden, in eine digitale Repräsentation

Digitalisierung im weiteren Sinne

Vorgang der Umstellung eines Prozesses innerhalb einer Organisationseinheit, bei dem von althergebrachten Mitteln (z.B. papierschriftlich, mündlich, Fax, persönlich) auf digitale, IT-basierte Mittel gewechselt wird

Digitale Transformation

Durch den Einsatz von IT ausgelöster Veränderungsprozess, der zusätzlich Auswirkungen auf Geschäftsprozesse, politische Konzepte und soziales Verhalten hat

→ **Besondere Herausforderung an das Recht**

Die Rolle des Rechts in der Digitalen Transformation



Internet als ursprünglich angeblich „rechtsfreier“ Raum

- **Früher (1990er):** Vorstellung, dass sich Staat aus dem Internet „rauszuhalten“ habe
- **Aber:** Internet war aus juristischer Perspektive **nie rechtsfrei**
 - Aktivitäten im Internet können ohne Weiteres der Jurisprudenz einzelner Staaten zugeordnet werden (z.B. Wohnsitz der handelnden Person)
 - Gewöhnliches Aufeinandertreffen von Menschen im Internet, für deren Schutz der Staat aufgrund grundrechtlicher Schutzpflichten verantwortlich ist
- **Jedoch:** gab es erhebliche **Rechtsunsicherheit** aufgrund der Neuheit der Sachverhalte (z.B. Wirksamkeit und Zugang von Willenserklärungen über das Internet)

A Declaration of the Independence of Cyberspace

by John Perry Barlow

Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather.

Spezifischer Regulierungsbedarf aufgrund Digitalisierung

Außerdem: Besonderheiten des Rechtsverkehrs über das Internet führten zu **einigen Effizienz- und Gerechtigkeitsdefiziten** nach dem (damals) geltenden Recht, denen **durch Regulierung** begegnet werden musste

Beispiele für Defizite und ihre Regulierung:

- Regelung der **Vergabe einmaliger Kennzeichen** erforderlich (z.B. Domain Name System)
- Regelung der **Verantwortlichkeit** aufgrund der Beteiligung verschiedener Personen erforderlich (z.B. Host Provider vs. Content Provider)

Spezifischer Regulierungsbedarf aufgrund Digitalisierung

Außerdem: Besonderheiten des Rechtsverkehrs über das Internet führten zu **einigen Effizienz- und Gerechtigkeitsdefiziten** nach dem (damals) geltenden Recht, denen **durch Regulierung** begegnet werden musste

Beispiele für Defizite und ihre Regulierung:

- Neuregelung oder Beseitigung von **Formanforderungen** erforderlich, da diese mit dem Rechtsverkehr im Internet unvereinbar bzw. aufgrund der technologischen Verbesserung nicht mehr erforderlich sind (z.B. Schriftform bei Verträgen, Schriftform bei Verwaltungsakten)
- Regelungen zum **Schutz von Verbrauchern** aufgrund der räumlichen Distanz erforderlich (z.B. Widerrufsrecht, Informationspflichten)

Historische Entwicklungslinien des Digitalisierungsrechts

Beispiele für Entwicklungslinien: Entwicklung hin zu...

- einem ausgereiften Vertragsrechtsregime auch bei digitalen Produkten
 - einer erheblichen Verantwortlichkeit von Host-Providern für Inhalte
 - einer Regulierung der EU durch unmittelbar geltende Rechtsakte, nämlich Verordnungen
- ➔ Entwicklung von sachlich begrenzter zu **umfassender** Regulierung von Digitalsachverhalten
- ➔ hierdurch **Rechtsverdichtung und -vereinheitlichung**

Recht als maßgeblicher Gestaltungsfaktor

Beispiele für einige Einflüsse des Rechts im Kontext der digitalen Transformation:

- Digitalunternehmen entwickelt Software
 - Recht des **Geistigen Eigentums** und **Geheimnisschutzrecht**: befördert und ermöglicht innovative Tätigkeit durch Private u.a. durch Absicherung der Investitionen in kreative Tätigkeit und technische Entwicklungen unter Anordnung einer Rechtsfolge bei Verletzungen
- Digitalunternehmen bietet Verbrauchern Plattform zum Meinungsaustausch an
 - **Verfassungsrecht**: eröffnet und begrenzt Freiheit zur Äußerung von Meinungen durch Private
 - **Strafrecht**: definiert und ahndet Verletzungen gegenläufiger Rechtsgüter anderer Privater
 - **Netzwerkdurchsetzungsgesetz**: gestaltet Verfahren bei Rechtsverstößen aufseiten der Plattform aus

Recht als maßgeblicher Gestaltungsfaktor

Beispiele für einige Einflüsse des Rechts im Kontext der digitalen Transformation:

- Digitalunternehmen hat wertvolle Datenbank, die sie anderen Unternehmen entgeltlich anbieten möchte
 - Recht des **Geistigen Eigentums**: sichert Investitionen durch Private ab (s.o.) und sorgt für Handelbarkeit einer immateriellen Leistung durch Definition eines Schutzbereichs
 - **Kaufrecht**: sichert interessengerechte Rahmenbedingungen des Handels ab, wie etwa die gegenseitigen Pflichten (insbesondere auch bei Mängeln)
 - **Datenschutzrecht**: gewährleistet Schutz der Persönlichkeit von Privaten, die in Datensätzen erfasst sind

Ergebnis: Gestaltung – auch der digitalen Transformation – kann **nur zusammen mit dem Recht** erfolgen, wenn ein **Geltungsbefehl** damit verbunden werden soll

Disruption durch Digitalisierung?



Aspekte technologiebedingter Disruption

Allgegenwärtigkeit von
Datenverarbeitung

Autonomisierung und
Flexibilisierung

Konvergenz der Medien

Plattformzentrierte
Digitalwirtschaft

Regelsetzungsmacht Privater

Aspekte technologiebedingter Disruption

Allgegenwärtigkeit von
Datenverarbeitung

Autonomisierung und
Flexibilisierung

Konvergenz der Medien

Plattformzentrierte
Digitalwirtschaft

Regelsetzungsmacht Privater

Beispiele für negative Konsequenzen:

- Verarbeitung und Verknüpfung von Daten in großem Umfang, ohne dass erhebliche Freiräume in unserem Leben bleiben, die frei von IT sind
- erhebliche Abhängigkeit von Datenverarbeitung, die etwa Freiwilligkeit von Entscheidungen in Frage stellen kann
- ausgeprägte Möglichkeit zur Profilbildung und zur Überwachung

Aspekte technologiebedingter Disruption

Allgegenwärtigkeit von
Datenverarbeitung

Autonomisierung und
Flexibilisierung

Konvergenz der Medien

Plattformzentrierte
Digitalwirtschaft

Regelsetzungsmacht Privater

Beispiele für negative Konsequenzen:

- Verantwortlichkeit und Transparenz des Handelns von Systemen, die auf maschinellem Lernen basieren
- Grenzen des verfassungsmäßigen Einsatzes von Automatisierung und v.a. Autonomisierung (z.B. im Staatswesen besonders grundrechtsrelevante Entscheidungen, bei denen Auslagerung auf Maschinen nur in Grenzen erfolgen kann)

Aspekte technologiebedingter Disruption

Allgegenwärtigkeit von
Datenverarbeitung

Autonomisierung und
Flexibilisierung

Konvergenz der Medien

Plattformzentrierte
Digitalwirtschaft

Regelsetzungsmacht Privater

Beispiele für negative Konsequenzen:

- Erleichterung der Verbreitung von Fake News, da jeder publizistisch tätig und sich an eine große Zahl von Menschen richten kann
- Verschwimmen der Grenzen zwischen werblichen und journalistischen Beiträgen
- Vermittler werden zu Gatekeepern von Informations- und Meinungsinhalten, was Vielfalt schmälern kann

Aspekte technologiebedingter Disruption

Allgegenwärtigkeit von
Datenverarbeitung

Autonomisierung und
Flexibilisierung

Konvergenz der Medien

Plattformzentrierte
Digitalwirtschaft

Regelsetzungsmacht Privater

Besondere Wirkungen von Plattformen im Wettbewerb:

- Beförderung der Entstehung von monopolartigen Stellungen der Plattformbetreiber, die überdies besonders schlecht wieder aufgebrochen werden können
- Ursachen: Netzwerkeffekte, erhebliche Wissensvorsprünge, Marktübergriff

Negative Konsequenzen mangelnden Wettbewerbs:

- Wirtschaftsablauf wird nicht mehr hinreichend durch Nachfrage gesteuert (effiziente Güterverteilung)
- v.a. aber auch keine hinreichende Veranlassung mehr an die Unternehmen, möglichst gute und preiswerte Güter anzubieten sowie kostengünstige Produktionsmethoden anzuwenden

Aspekte technologiebedingter Disruption

Allgegenwärtigkeit von
Datenverarbeitung

Autonomisierung und
Flexibilisierung

Konvergenz der Medien

Plattformzentrierte
Digitalwirtschaft

Regelsetzungsmacht Privater

Besondere Möglichkeiten zur Verhaltensbeeinflussung:

- die besonders marktmächtigen Plattformen können als die Setzer neuer Normen auftreten (*de facto digital corporate sovereigns*), wenn sie gleichförmig bestimmte regelsetzende Verhaltensweisen praktizieren, Menschen damit einen Geltungsbefehl verbinden und der Staat nur unzureichend dagegen vorgehen kann

Negative Konsequenzen der privaten Regelungsetzungen:

- jene Normen folgen primär wirtschaftlichen Erwägungen sowie einer Werteordnung, die nicht den in der Union geltenden anthropozentrischen Werten entsprechen
- private Normsetzer besitzen keine demokratische Legitimation und unterliegen keiner Rechenschaftspflicht

**Beispiel: *Plattformwirtschaft*
Regulierungsbemühungen... und ihre Grenzen**



Umfangreiche Regulierung der Plattformwirtschaft

- An sich **umfassende Regulierung** durch einfaches Recht (z.B. Datenschutzrecht, Kartellrecht, spezifisches Schuldrecht, spezifische Plattformbetreiberregeln) und überformend durch Grundrechte
- auch weiterhin **ungebrochener Regulierungswille** der Politik, vgl. nur Entwürfe für DMA, DSA, DA etc.
- Trotzdem **weiterhin erhebliche Defizite**, wie zuvor aufgezeigt, insbesondere bezüglich des grundrechtlich gebotenen Schutzes...
 - der informationellen Selbstbestimmung (Art. 2 I, 1 I GG; Art. 7, 8 GRCh)
 - der Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 5 I 1, 5 I 2 GG; Art. 11 I 1, II GRCh)
 - des Wettbewerbs (Art. 12 I GG; Art. 16 GRCh)

Einige Ursachen der nur begrenzten Wirkung der Regulierung in der Plattformwirtschaft

- **Kartellrecht stößt an Grenzen**
 - Anwendbarkeit nur unter hohen Voraussetzungen nach einem langwierigen Verfahren, wobei Plattformmärkte per se in erheblichem Maß zur Konzentration und Entwicklung von Ökosystemen tendieren
 - Erhebliche Informationsvorsprünge gegenüber Behörden
 - Zerschlagung unwirksam
- **Datenschutzrecht stößt an Grenzen**
 - „plug and play“: fehlendes Bewusstsein über Bedeutung der Einwilligung und zweifelhafte Freiwilligkeit
 - Ineffektivität der Möglichkeiten der Ausübung der eigenen Rechte in Bezug auf die für das Geschäftsmodell zentralen Profilbildungsmöglichkeiten (besser z.B. PIMS)
 - erhebliches Vollzugsdefizit des Datenschutzrechts (obwohl die Aufsichtsbehörden gerne häufig warnen)

Einige Ursachen der nur begrenzten Wirkung der Regulierung in der Plattformwirtschaft

- Wettbewerblicher Vorteil **schwächeren US-Datenschutzrechts**
 - Erhebliche Systemunterschiede USA-EU im Datenschutzrecht, die insgesamt zu einem schwächeren Schutz des Betroffenen führen
 - Niedrige datenschutzrechtliche Anforderungen im Herkunftsland vieler Plattformbetreiber (USA) bei gleichzeitig globaler Nachfrage des Dienstes senken Kosten der Entwicklung und des Betriebs im Vergleich zu ursprünglich europäischen Diensten
- Anfangs zögerliche und inzwischen immer wieder **inkohärente Regulierung** im gesamten Datenrecht (damit hohe Rechtsunsicherheit und hohe Rechtsbefolgungskosten)

Ideen für eine bessere Regulierung der *Plattformwirtschaft*



Ausgangspunkt: Refokussierung auf unsere anthropozentrische Werteordnung

- gesamte grundgesetzliche und unionsrechtliche Ordnung weist **anthropozentrische Fundierung** auf, also stellt den Menschen und den Schutz seiner Würde in den Mittelpunkt (Art. 1 I GG; Art. 1 GRCh, Art. 2 EUV)
- hierauf bauen insbesondere folgende **fundamentalen Prinzipien** – die auch von Bedeutung für den **staatlichen Umgang mit der Plattformwirtschaft** sind – auf: Freiheit, Gerechtigkeit und Solidarität, Demokratie, Nachhaltigkeit, Vielfalt, Transparenz und Rechenschaft, System angemessenen Ausgleichs von freiem Wettbewerb und Gemeinwohl

Ausgangspunkt: Refokussierung auf unsere anthropozentrische Werteordnung

keine ausreichende Verwirklichung dieser Prinzipien, denn es **fehlt eine Rechtfertigung der gegenwärtigen Begünstigung** der Plattformbetreiber durch überwiegende schutzwürdige Belange auf deren Seite (z.B. Berufsfreiheit)

- ➔ deshalb Auftrag an die Politik, die fundamentalen Prinzipien angesichts ihrer gegenwärtigen Beeinträchtigung im Bereich der Plattformwirtschaft **wieder ernst zu nehmen**
- ➔ Gestaltung des digitalen gesellschaftlichen Wandels in einer Form, in der auch im Digitalen die besonders fundierten Werte **durch Private und den Staat verwirklicht** werden

1. Folge: Wirksamere Regulierung erforderlich

Erforderlich: weitergehende Regulierung zur effektiveren Durchsetzung unserer Rechts- und Werteordnung

Denkbare Maßnahmen:

- Einführung von **per se-Regeln** (z.B. gegen Selbstbevorzugung)
- Schaffung **umfassender Transparenz- und Rechenschaftspflichten** für Plattformen gegenüber demokratisch legitimierten Institutionen, denn sie sind keine „normalen“ Unternehmen und können fundamentalen Prinzipien unserer Gesellschaft erheblichen schaden (z.B. Berichtspflichten, verpflichtender Vertreter öffentlichen Interesses in Geschäftsführung)
- Befähigung der Nutzer zur **effektiven Ausübung ihrer Rechte** (z.B. PIMS)
- **Rechtsvollzug stärken**

1. Folge: Wirksamere Regulierung erforderlich

Erforderlich: weitergehende Regulierung zur effektiveren Durchsetzung unserer Rechts- und Werteordnung

Denkbare Maßnahmen: Beispiel für **per se-Regel**, die Selbstbevorzugung verbietet

Art. 6 I d Digital Markets Act (*proposal*)

„Der Gatekeeper muss in Bezug auf jeden seiner zentralen Plattformdienste (...) davon absehen, Dienstleistungen und Produkte, die vom Gatekeeper selbst oder von einem Dritten angeboten werden, der ein und demselben Unternehmen angehört, beim Ranking gegenüber ähnlichen Dienstleistungen oder Produkten Dritter zu bevorzugen, und muss das Ranking anhand fairer und diskriminierungsfreier Bedingungen vornehmen;“

2. Folge: Mitgestaltung des digitalen öffentlichen Raums erforderlich

Erforderlich: aktive Mitgestaltung des öffentlichen digitalen Raums durch den Staat als Teil der **öffentlichen Daseinsvorsorge** (vgl. z.B. auch Rundfunk, Verkehr, Bildung); Pflicht des Staates zum **Schutz der Grundrechte** der Plattformnutzer (Untermaßverbot!)

Denkbare Maßnahmen:

- Mitgestaltung durch **Förderung** kommerzieller Plattformen „made in Europe“ sowie durch **Zertifizierungen** außereuropäischer Plattformen
- Mitgestaltung durch Schaffung **eigener grundlegender Infrastrukturen**, die jeweils unser Wertesystem hinreichend in eine Technologie übersetzt haben

2. Folge: Mitgestaltung des digitalen öffentlichen Raums erforderlich



Fazit



- Recht ist ein maßgeblicher Faktor in der Ausgestaltung der digitalen Transformation durch die Politik, denn es verbindet gewünschte Ergebnisse mit einem Geltungsbefehl, begrenzt Gestaltungsspielräume und verteilt Aufgaben sinnvoll nach Effizienz Gesichtspunkten
- Recht der Digitalisierung hat sich im Laufe der Zeit von sachlich begrenzter zu umfassender Regulierung entwickelt (hierdurch Rechtsverdichtung und -vereinheitlichung)
- Befunde einer Disruption, also eines Abbruchs bisheriger Pfade: Allgegenwärtigkeit der Datenverarbeitung, Autonomisierung und Flexibilisierung, Konvergenz der Medien, plattformzentrierte Digitalwirtschaft, Regelsetzungsmacht Privater
- Mit Blick auf die Plattformwirtschaft erhebliche Defizite bezüglich des grundrechtlich gebotenen Schutzes der informationellen Selbstbestimmung, der Meinungs- und Pressefreiheit und des Wettbewerbs u.a. aufgrund immanenter Begrenzungen im Kartellrecht und Datenschutzrecht

Fazit

- Chance zur Verbesserung der Situation mit Blick auf die Plattformwirtschaft durch Politik, die die gegenwärtige Beeinträchtigung fundamentaler Prinzipien unserer Gemeinschaft im Bereich der Plattformwirtschaft wieder ernstnimmt
- dies erfordert u.a. wirksamere Regulierung (z.B. per se-Regeln) und ein Verständnis dafür, dass die Gewährleistung des digitalen öffentlichen Raums Teil der Daseinsvorsorge sein sollte

Happy to discuss!



Dirk-Heckmann
Fabian-Wiedemann



dirk.heckmann@tum.de
fabian.wiedemann@gov.tum.de



@elawprof
@TumCdps

www.TUM-CDPS.de