

Schriften der Deutschen Sektion
des Internationalen Instituts
für Verwaltungswissenschaften
Band 43

Die Verwaltung und ihr Recht

Herausgegeben von Rüdiger Rubel | Jan Ziekow



Nomos

Djeffal, C. (2019). Digitalisierung, Recht, Geschwindigkeit: Vom Technomos und einer neuen Judikative. In R. Rubel & J. Ziekow (Eds.), *Schriftenreihe der Deutschen Sektion des Internationalen Instituts für Verwaltungswissenschaften: Vol. 43. Die Verwaltung und ihr Recht* (pp. 107–122). Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783748904496-107>

Digitalisierung, Recht, Geschwindigkeit: vom Technomos und einer neuen Judikative

Christian Djeffal

I. Einleitung

Wer die letzten Jahrzehnte Revue passieren lässt, kann sich erinnern, wie stark neue Technologien unsere Lebenswelt verändert haben und wie sehr sich dieser Prozess insbesondere im Zuge der Digitalisierung beschleunigt. Der Film „Zurück in die Zukunft II“ nahm seine Zuschauer mit auf eine Zeitreise aus dem Jahr 1985 ins Jahr 2015.¹ Wer den Film heute ansieht, für den ist es eher eine Reise in Welt und Vorstellungswelt des Jahres 1985. Viele der darin entwickelten Ideen sind Realität geworden, obwohl die technischen Grundlagen damals noch gar nicht gelegt waren, wie bei Videotelefonie und Flachbildschirmen. In manchen Dingen waren die Vorhersagen etwas untertrieben, so ist die Faxtechnologie heute nicht mehr die fortschrittlichste. In anderen Fällen war die Projektion überoptimistisch, etwa bei den „Hoverboards“, mit denen die Akteure auf Brettern über dem Boden schweben. Unternehmen sind trotz großer Anstrengung an der Entwicklung von Hoverboards gescheitert.² Der Rückblick insbesondere ins Jahr 1985 führt uns deutlich vor Augen, wie stark sich unsere Welt seitdem verändert hat. Der Film „Zurück in die Zukunft II“ wirft dabei auch die Frage nach der Rolle von Technologien auf. Kommunikation und Verhalten der Menschen haben sich nicht grundlegend geändert, die Menschen aus der Vergangenheit kommen damit zurecht. Den Umgang mit den neuen Technologien müssen die Menschen jedoch erst lernen, hier sind sie unerfahren und unvorbereitet, obwohl die Zeitreise nur 30 Jahre überspringt.

Die Geschwindigkeit der Veränderungen steigt, diese Beschleunigung wird auch durch Technik induziert.³ Man kann sich heute kaum vorstellen, wie es war, als man nicht grundsätzlich mit jedem Menschen auf der Welt in Echtzeit schriftlich oder mündlich kommunizieren konnte und Menschen

1 *Zemeckis, Robert*, Zurück in die Zukunft 2, Back to the Future 2, 1989.

2 *Engel Bromwich, Jonah/Victor, Daniel*, Why a 'Back to the Future' Hoverboard Never Took Off, in: NYTimes, 21.10.2015.

3 *Rosa, Hartmut*, Beschleunigung. Die Veränderung der Zeitstrukturen in der Moderne, Frankfurt am Main 2008.

nicht grundsätzlich permanent erreichbar waren. Die neuen Kommunikationsmöglichkeiten erlauben dabei die Beschleunigung auch anderer Prozesse.

Diese große Beschleunigung wirft viele Fragen auf: Überholt die Digitalisierung das Recht? Lässt sich die Digitalisierung noch einhegen? Kann das Recht einen Wettlauf mit der Technik überhaupt aufnehmen, geschweige denn gewinnen? Aus diesen Fragen spricht nicht nur die Sorge um das Recht, sondern um seine Errungenschaften wie etwa Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Menschenrechte. Dennoch ist diese Konkurrenzsituation von Recht und Technik und die bewahrende Rolle des Rechts nicht die einzige Perspektive, aus der man neue Technologien analysieren kann. Gerade wenn man von den Werten der Verfassung her denkt, ändert sich das Bild. Denn das Verfassungsrecht ist nicht auf die Gegenwart beschränkt. Zwar will es diese Ziele im Heute verankern, darüber hinaus blickt es aber auch in die Zukunft und hat selbst das Potential, Technikentwicklung zu lenken und zu beeinflussen. Als grundlegende Ordnung will und soll das Verfassungsrecht alle Bereiche der Gesellschaft regeln, Technologie und Technik sind hier keine Ausnahme. Demgegenüber geht es bei großen Teilen technischer Regulierung um konkrete Ziele, etwa Sicherheit und Umweltfreundlichkeit. Um diese Ziele zu erreichen, muss es immer wieder auf technische Neuerungen reagieren. Diese verschiedenen Perspektiven haben ihre Berechtigung, keine hat einen Ausschließlichkeitsanspruch. Daher sollen hier Technik und Recht in ihrer Wechselbeziehung verortet werden, bevor man sie gegeneinander ins Rennen schickt. Aus dieser Verortung heraus, ist dann das Verhältnis von Recht und Technik zu entwickeln. Der erste Schritt ist also die Reflektion des Rechts in der Technik und der Technik im Recht.

II. Die Technik im Recht

Das Recht basiert auf verschiedenen Technologien. Sie beeinflussen es auf vielfältige Weise. Das Recht wird in unterschiedlichen Medien gespeichert und geformt,⁴ technische Systeme helfen auf verschiedenste Weise bei seiner Durchsetzung bis hin zum unmittelbaren Zwang durch Waffengewalt. Verschiedene Technologien ermöglichen die Kommunikation in rechtlichen Verfahren. Die Rolle von Technik im Recht geht damit noch viel weiter, als

4 Vesting, Thomas, Die Medien des Rechts: Computernetzwerke, Weilerswist 2015.

es die gängige Definition von „legal tech“ oder „legal technology“ nahelegen.⁵ Das Recht fußt immer auf bestimmten technischen Grundlagen, die es auch definieren. In der Regel bildet die Technik nur noch eine Infrastruktur, die zwar essentiell ist aber in ihrer Alltäglichkeit unsichtbar wird. So können wir Schriftlichkeit, Drucktechnik oder Papier schwer aus der rechtlichen Praxis „wegdenken“, obwohl sie alles andere als Selbstverständlich sind. Deutlicher scheint die Bedeutung der Technik allerdings in Umbruchphasen hervor. Daher sollen im Folgenden zwei dieser aktuellen Umbrüche beschrieben werden, nämlich Technologien der künstlichen Intelligenz (KI) und elektronische Identitäten.

1. Künstliche Intelligenz

Der Begriff der künstlichen Intelligenz wurde bereits im Jahr 1955 geprägt,⁶ er hat jedoch immer wieder Hochkonjunkturen erlebt. Künstliche Intelligenz ist ein Forschungsgebiet, das durch die Forschungsfrage nach der selbstständigen Lösung komplexer Probleme durch technische Systeme charakterisiert ist.⁷ Dabei bezeichnet der Begriff nicht eine bestimmte Technologie, sondern ein ganzes Bündel an Technologien.⁸ Die letzte große

5 Hartung, Markus/Bues, Micha-Manuel/Halbleib, Gernot (Hrsg.), Legal Tech. Die Digitalisierung des Rechtsmarkts, München 2018.

6 McCarthy, John/Minsky, Marvin/Shannon, Claude, A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence 1955, <http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/dartmouth/dartmouth.html>, 31.03.2017. In diesem Drittmittelantrag taucht der Begriff der künstlichen Intelligenz erstmalig auf: Wir schlagen vor, dass im Sommer 1956 am Dartmouth College in Hannover, New Hampshire, eine zweimonatige, 10-köpfige Studie über künstliche Intelligenz durchgeführt wird. Die Studie soll auf der Grundlage der Vermutung durchgeführt werden, dass jeder Aspekt des Lernens oder jedes andere Merkmal der Intelligenz prinzipiell so genau beschrieben werden kann, dass eine Maschine zur Simulation hergestellt werden kann. Es wird versucht herauszufinden, wie man Maschinen dazu bringen kann, Sprache zu benutzen, Abstraktionen und Konzepte zu bilden, Arten von Problemen zu lösen, die heute dem Menschen vorbehalten sind, und sich selbst zu verbessern.

7 Mainzer, Klaus, Künstliche Intelligenz – Wann übernehmen die Maschinen? (Technik im Fokus), Berlin/Heidelberg 2019, S. 3; Djeffal, Christian, Künstliche Intelligenz in der öffentlichen Verwaltung, in: Berichte des NEGZ, 2018, S. 1–32 (im Folgenden: Djeffal, Künstliche Intelligenz in der öffentlichen Verwaltung), S. 6.

8 Gasser, Urs/Budish, Ryan/Ashar, Amar, Module on Setting the Stage for AI Governance. Interfaces, Infrastructures, and Institutions for Policymakers and

Konjunktur erlebte der Begriff aufgrund von Fortschritten im Bereich des maschinellen Lernens insbesondere durch künstliche neuronale Netze. Seit 2011 wurden hier erhebliche Fortschritte erzielt. Aufgrund von gestiegenem Speicher- und Rechenkapazitäten und einer günstigen Verfügbarkeit finden diese Technologien immer stärkere Anwendung auch in der öffentlichen Verwaltung.

KI bezeichnet ein Bündel von Querschnittstechnologien. Sie sind also nicht auf einen bestimmten Zweck begrenzt, sondern ermöglichen neue Anwendungen und grundlegende Innovationen. KI-Systeme sind also nicht nur das Objekt von Regulierung, an vielen Stellen sind sie bereits Teil des Rechtssystems geworden. Daher besitzen Technologien der künstlichen Intelligenz auch ein großes Potential zur Modernisierung der öffentlichen Verwaltung.⁹ Anders als es viele Kinofilme suggerieren, brechen diese Innovationen aber nicht über uns herein wie der Roboter in der Terminator-Reihe. Vielmehr fügen sie sich an vielen Stellen schrittweise in bestehende Systeme ein und verändern oder erweitern diese. So werden sie schrittweise zum Teil der uns umgebenden Infrastruktur. Ein Beispiel dafür sind intelligente Verkehrsbeeinflussungsanlagen.¹⁰ Bereits seit Ende der 1980er Jahre lenkten sie den Verkehr nach bestimmten Regeln. Mithilfe von Sensorik wurden im Laufe der Zeit immer komplexere Wetter- und Verkehrsdaten erfasst, auf deren Grundlage dann verkehrsleitende Maßnahmen errechnet werden. Dazu gehören auf Fernstraßen auch Überholverbote und Geschwindigkeitsbegrenzungen. Diese Verkehrszeichen sind als Allgemeinverfügungen auch als Verwaltungsakte zu qualifizieren. Heute werden Systeme erprobt, die den Verkehrsfluss und die Verkehrssicherheit durch maschinelles Lernen optimieren. An diesem Beispiel lässt sich zeigen, dass automatisierte Verwaltungsentscheidungen bereits jetzt wie selbstverständlich im Verkehr akzeptiert werden. Widerspruch bleibt aus, obwohl es sich dabei um Ermessensentscheidungen handelt. Auch in anderen Bereichen üben KI-Anwendungen einen immer größeren Einfluss aus. So erprobt die Stadt Mannheim intelligente Kameras, die nicht Gesichter, sondern soziale Handlungen erkennen können. 71 Kameras an 28 Standorten erfassen das Geschehen. KI-Systeme sollen trainiert werden, bestimmte Handlungen zu

Regulators, in: Artificial Intelligence (AI) for Development Series, 2018, hier: S. 3.

9 Hill, Hermann, Was bedeutet Künstliche Intelligenz (KI) für die öffentliche Verwaltung?, in: Verwaltung und Management, Bd. 24, 2018, S. 287–294.

10 Bundesanstalt für Straßenwesen, Anlagen zur Verkehrsbeeinflussung auf Bundesfernstraßen, <http://www.bast.de/DE/Verkehrstechnik/Fachthemen/v5-verkehrsbeeinflussungsanlagen.html>, 05.01.2018.

erkennen und etwa bei tätlichen Auseinandersetzungen oder dem Entwenden von Gegenständen Alarm schlagen. So sollen die Sicherheitsbehörden schneller reagieren können. Gefahren und prüfwürdige Fälle werden in zunehmendem Maße durch KI-Systeme identifiziert. Das Auswärtige Amt nutzt ein entsprechendes System, das Daten im Hinblick auf internationale Krisen analysiert. Bei der Kasse der Stadt Hamburg wird ein System angewendet, das prüfwürdige Fälle aufspüren soll. Diese Beispiele zeigen, wie künstliche Intelligenz den automatischen Erlass von Verwaltungsakten ermöglicht und zur Verhinderung oder zur Verfolgung von Rechtsverletzungen beiträgt. Technologien der künstlichen Intelligenz sind folglich schon heute an ganz unterschiedlichen Stellen in das Rechtssystem eingebunden.

2. Elektronische Identitäten

Der herausfordernde Charakter neuer Technologien offenbart sich stärker beim Thema Identität. Ein wesentlicher Aspekt der Modernisierung der Verwaltungstätigkeit in Deutschland war der Übergang der Identitätsverwaltung von den Kirchen auf den Staat. Durch speziell gesicherte Ausweispapiere erlaubte der Staat den BürgerInnen sich zu identifizieren. Gekoppelt mit der Ausweispflicht wurde es möglich, die Identität einzelner Personen festzustellen, insbesondere wenn diese im öffentlichen Raum rechtsbrüchig wurden. Für besondere Fälle wie etwa Straftaten wurden spezielle Register angelegt, die eine Identifikation anhand bestimmter Merkmale erlauben. Die Notwendigkeit einer Identifikation ist so offensichtlich, dass selten betont wird, dass sie eine für das Rechtssystem und insbesondere die rechtliche Verantwortlichkeit grundsätzliche Voraussetzung ist. Im Zuge der Digitalisierung haben sich allerdings Probleme ergeben, die die alte rechtliche Identitätsordnung ins Wanken bringen. Eine aktuelle rechtspolitische Herausforderung sind z.B. anonyme strafrechtlich relevante Äußerungen in sozialen Netzwerken. Dort können Äußerungen anonym und doch öffentlich getätigt werden, die ehrverletzende oder sogar volksverhetzende Inhalte haben. Durch das Netzwerkdurchsetzungsgesetz¹¹ werden Plattformen gezwungen, einen rechtskonformen Zustand herzustellen. Die Rechtsbrüche können dadurch aber nicht ungeschehen gemacht werden. Wenn auch spezialisierte Ermittlungsbehörden wie bei der Staatsanwaltschaft Köln die Zentral- und Ansprechstelle Cybercrime Nordrhein-Westfalen (ZAC)

11 Netzwerkdurchsetzungsgesetz vom 1. September 2017 (BGBl. I S. 3352).

durchaus Erfolge bei der Ermittlung der jeweiligen Identitäten erzielen können, wird dennoch über eine Klarnamenpflicht in sozialen Netzwerken diskutiert, um die Anonymität im Internet wieder einzufangen.¹² Das gleiche gilt für einen weiteren anonymen Bereich, das sogenannte „Darknet“, wo Internetnutzer nicht über ihre IP-Adresse zurückverfolgt werden können. Aufgrund eines Vorschlags für ein neues IT-Sicherheitsgesetz wird auch in Deutschland kontrovers über die Strafbarkeit der Betreiber und Unterstützer verschlüsselter Dienste diskutiert.¹³ Hierbei geht es wiederum um digitale Räume der Anonymität.

Aber auch in Diskussionen um digitale Identitäten ist Bewegung gekommen. Hier wird die staatliche eID-Funktion des Personalausweises nur schleppend akzeptiert.¹⁴ Auf der anderen Seite wetteifern verschiedene Konsortien und Unternehmen darum, Identifikationsdienstleistungen für verschiedene Dienste zu organisieren. Diese könnten ein solches Gewicht erlangen, dass sich auch die Verwaltung sich dem Sog der privaten Identitätsdienstleistungen nicht mehr entziehen kann. Aus diesem Grund hat die Verwaltung der Stadt München ein einheitliches Konto für alle Ihre Bürger geschaffen.¹⁵ Statt auf Identitätslösungen aus der Privatwirtschaft zu setzen machen die städtischen Betriebe ihre Lösung auch Unternehmen zugänglich. Ohne an dieser Stelle zu präjudizieren, welche Lösung sinnvoll und vorzugswürdig ist, zeigt dieses Beispiel, dass sich die öffentliche Verwaltung gerade in einer für das Recht essentiellen Frage positionieren muss. Es geht letztlich darum, wer die digitalen Identitäten der BürgerInnen verwaltet und wie dies organisiert werden soll. Hier spielen auch Unterschiede in der technischen Gestaltung eine Rolle, die auch grundlegend für das Recht sind.

12 Zur weit fortgeschrittenen österreichischen Diskussion siehe etwa *Muth, Maximilian*, Auch ohne Maske hasst sich's leiwand, in: *Süddeutsche Zeitung*, 14.11.2018.

13 Zur Erklärung und Reaktion auf einen konkreten Vorschlag siehe *Bäcker, Matthias/Golla Sebastian*, Strafrecht in der Finsternis: Zu dem Vorhaben eines „Darknet-Tatbestands“ 2019, <https://verfassungsblog.de/strafrecht-in-der-finsternis-zu-dem-vorhaben-eines-darknet-tatbestands/>.

14 Nach einer Studie aus dem Jahr 2018 haben 22% der Bundesbürger die Karte freischalten lassen, während nur 6 % ein Kartenlesegerät besitzen, fortiss, eGovernment MONITOR 2018. Nutzung und Akzeptanz digitaler Verwaltungsangebote – Deutschland, Österreich und Schweiz im Vergleich, Berlin 2018, S. 26.

15 *Schiffer, Christian*, Stadtwerke München: Nur noch ein Login für alles 2019, <https://www.br.de/nachrichten/netzwelt/ein-login-fuer-alles-datenschutz-bei-stadtwerke-muenchen,RUyIJeW>, 08.07.2019.

III. Das Recht in der Technik

In der allgemeinen Wahrnehmung setzt das Recht der Technik Grenzen, in dem es die Voraussetzung für den Technikeinsatz definiert. Analysen von Rechtsnormen, die sich mit Technik beschäftigen, zeigen allerdings, dass das Verhältnis von Recht und Technik wesentlich vielschichtiger ist. Ein Weg, die Funktionen des Rechts im Hinblick auf die Technik zu bestimmen, ist die Einteilung der Funktionen des Rechts in Bezug auf Technologie nach Grund, Grenze und Gestaltung.¹⁶ Das Recht ist Grund, wenn es zum Einsatz von Technologien motiviert oder sogar verpflichtet. Es ist Grenze, wenn es Voraussetzungen für den Einsatz von Technik festlegt. In seiner Gestaltungsfunktion wirkt das Recht auf Gestaltungsprozesse ein, etwa in dem es sie strukturiert. Für alle diese Funktionen finden sich zahlreiche Beispiele.

1. Grund

Staatliche Stellen haben durch verschiedene Vorschriften Technologien gefördert, ihren Einsatz motiviert oder sogar verpflichtend gemacht. In diesen Szenarien ist das Recht Grund für Forschung, Innovation, Entwicklung und den Einsatz von Technologien. Solche Normen finden sich an unterschiedlichen Stellen der Rechtsordnung. Manchmal gibt es menschenrechtliche TechnologieklauseIn. So verpflichtet Art. 4 Abs. 1 (g) der UN Behindertenrechtskonvention¹⁷ Staaten dazu, Forschung und Entwicklung neuer Technologien zu fördern oder selbst zu betreiben, wenn diese geeignet sind, Menschen mit Behinderung zu helfen. Ein aktueller Gesetzesvorschlag des Bundesministeriums für Gesundheit zeigt, wie weit die Funktion des Rechts als Grund gehen kann.¹⁸ In den Vorschlägen zur Änderung des 5. Sozialge-

16 *Djefal, Christian*, Künstliche Intelligenz in der öffentlichen Verwaltung, 503 ff.; *Djefal, Christian*, Das Internet der Dinge und die öffentliche Verwaltung. Auf dem Weg zum automatisierten Smart Government?, in: DVBl, 2017, S. 808–816, hier: S. 811.

17 The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol (A/RES/61/106), adopted on 13 December 2006.

18 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit, Entwurf eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale Versorgung-Gesetz – DVG, Bearbeitungsstand: 15.05.2019, 11:13 Uhr, https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/D/Digitale_Versorgung_Gesetz_-_Referententwurf.pdf.

setzbuches wird in § 33a ein Recht von Versicherten auf digitale Gesundheitsanwendungen statuiert. Den Krankenkassen wird in § 68a das Recht eingeräumt, digitale Innovationen wie etwa künstliche Intelligenz oder Telemedizinprodukte zu fördern.

2. Grenze

An vielen Stellen setzt das Recht der Technik deutliche Grenzen. Im Bereich der Verwaltungsdigitalisierung gilt dies etwa für das IT-Sicherheitsrecht. Hier gibt es implizite und explizite Pflichten, die oft in E-Government Gesetzen niedergelegt sind, so etwa in Art. 11 des Bayerischen E-Government Gesetzes.¹⁹ Dieser verpflichtet Behörden, die Sicherheit informationstechnischer Systeme im Rahmen der Verhältnismäßigkeit sicherzustellen. Umgekehrt bedeutet dies, dass Systeme, für die verhältnismäßige Sicherheitsmaßnahmen nicht ergriffen wurden, nicht betrieben werden dürfen. Im Hinblick auf autonome Systeme werden etwa im Beamtenrecht bestimmte Grenzen im Hinblick auf automatisierte Entscheidungen gezogen. So bestimmt § 114 Abs. 4 des Bundesbeamtengesetzes das beamtenrechtliche Entscheidungen nicht ausschließlich auf eine automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten gestützt werden dürfen, die der Bewertung einzelner Persönlichkeitsmerkmale dienen.²⁰

3. Gestaltung

Die Gestaltungsfunktion nimmt Einfluss auf Entwicklung, Weiterentwicklung und Anwendung neuer Technologien. Das Recht kann dabei Gestaltungsprozesse beeinflussen, strukturieren, definieren oder vollständig regulieren. Art. 25 der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) ist ein Beispiel dafür, wie das Recht auf technische Gestaltungsprozesse einwirkt.²¹ Diese Vorschrift fordert die Einbeziehung datenschutzrechtlicher Erwägungen

bereits im Technikgestaltungsprozess. Im Juli 2019 wurde ein erstes Bußgeld verhängt, weil ein Unternehmen seine Gestaltungspflicht im Hinblick auf den Datenschutz nicht erfüllt hat.²² Die Gestaltungsfunktion des Rechts reicht jedoch über die Technikgestaltung im engeren Sinne hinaus. Denn die Technik existiert nicht in einem Vakuum, sie wird sozial eingebettet und gestaltet. Auch in diesem Bereich beitet sich dem Recht auch im Hinblick auf Organisation und Verfahren zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten.

IV. Technomos: die zunehmende Integration von Recht und Technik

1. Die Integration von Recht und Technik

Erkennt man die Wechselbezüglichkeit zwischen Technik und Recht an und nimmt man auch die verschiedenen Funktionen des Rechts im Hinblick auf Technik ernst, kann man Recht und Technik gleichzeitig getrennt und zusammen denken. Sie existieren in einem Zusammenspiel, das stabil sein, aber auch durch rechtliche oder technische Innovationen dynamisiert werden kann. Wird das wechselbezügliche und komplexe Verhältnis von Recht und Technik, das an dieser Stelle nicht umfassend beschrieben werden kann, auf einen Wettlauf reduziert, dann kann das Recht diesen gar nicht gewinnen, sondern ist zum stetigen Verfolgen verurteilt. Fokussiert man das Verhältnis so, ist das Recht notwendigerweise langsamer als die Technik, genauso wie ein Igel langsamer ist als ein Hase. Den Kern der Fabel vom Wettlauf des Hasen und des Igels sollte aber auch das Recht beherrschen: es muss gar nicht schneller sein als die Technik, wenn es seine Möglichkeiten und Funktionen ernstnimmt und ausspielt. In der Fabel positionieren sich die Igel am Start- und am Zielpunkt, sie sind zum Verwechseln ähnlich, so dass die Geschwindigkeit des Hasen keine Rolle mehr spielt. Ebenso darf das Recht nicht nur darauf reduziert werden, regulierend technischen Entwicklungen hinterherzujagen oder zu hecheln. Juristen müssen sich vielmehr in vielerlei Hinsicht am Start, auf dem Weg und am Ziel aufstellen: im Falle von lernenden KI-Systemen, deren Lernfunktion beim Einsatz erhalten bleibt, reicht es beispielsweise nicht aus, diese nur bei der Zulassung

19 Bayerisches E-Government-Gesetz (BayEGovG) vom 22. Dezember 2015 (GVBl. S. 458, BayRS 206-1-D), das zuletzt durch § 1 Abs. 138 der Verordnung vom 26. März 2019 (GVBl. S. 98) geändert worden ist

20 Zur Auslegung dieser Vorschrift siehe *Battis, Ulrich*, § 114, in: *Battis, Ulrich* (Hrsg.): *Bundesbeamtengesetz*, München 2009.

21 Siehe dazu *Hansen, Marit*, Art. 25, in: *Simitis, Spiros/Hornung, Gerrit/Spiecker Döhmann, Indra* (Hrsg.), *Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG (NomosKommentar)*, Baden-Baden 2019.

22 European Data Protection Board, First fine by the Romanian Supervisory Authority 2019, https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/first-fine-romanian-supervisory-authority_de.

zu prüfen, sie müssen auch ständig überwacht werden.²³ Verfassungsverwirklichende Potentiale der Technik müssen erkannt²⁴ und das Recht auch in die Zukunft gedacht werden²⁵. So kann sich die Möglichkeit der Normen²⁶ nicht gegen sondern durch Technik realisieren. Was die Technologieentwicklung als Ganzes angeht, reicht es genauso wenig aus, diese nur punktuell rechtlich abzusegnen. Das Recht kann dabei helfen, Ziele und Zwecke vorzugeben, zu fördern und durchzusetzen. Es kann in Gestaltungsprozesse eingreifen, diese einrahmen oder sogar ordnen. Aus einem Wettlauf wird ein Zusammenspiel, in dem sich das Recht in wichtige Prozesse integriert. Wie die Igel in der Fabel müssen sich Juristen dann aber genau überlegen, an welchen Stellen sie sich positionieren müssen. Und sie müssen die Ziele der Verfassung im Blick haben. Das bedeutet zum einen, dass man den technischen Wandel nicht als einen naturgegebenen und determinierten Prozess verstehen darf. Genauso wenig kann man dann aber das Rechtssystem in seiner konkreten Ausprägung als determiniert verstehen. Der Begriff des Technomos soll gerade den Prozess beschreiben, in dem sich im Wandel Recht und Technik stärker verschränken, in dem Recht und Technik im „wechselseitigen Werden“ sind.²⁷

2. Neue Aufgaben für die Judikative

Was bedeutet das Zusammenwachsen von Recht und Technik konkret? Technische Innovationen werden nur dann von Erfolg gekrönt sein, wenn

23 Zur zeitlichen Dimension siehe *Martini, Mario*. Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, in: *JZ*, Bd. 72, 2017, S. 1017–1025.

24 Siehe für den Bereich des Internet *Pernice, Ingolf*, Global Constitutionalism and the Internet: Taking People Seriously, in: Hofmann, Rainer/Kadelbach, Stefan (Hrsg.), *Law beyond the state. Pasts and futures (Normative orders)*, Frankfurt 2016, S. 151–205; *Pernice, Ingolf*, E-Government and E-Democracy. Overcoming Legitimacy Deficits in a Digital Europe, in: *HIIG Discussion Paper Series*, 2016-01.

25 *Kloepfer, Michael*, Technikgestaltung durch Recht, in: Grunwald, Armin (Hrsg.): *Technikgestaltung zwischen Wunsch und Wirklichkeit*, Berlin 2013, S. 139–158.

26 *Möllers, Christoph*, Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität, Berlin 2015.

27 *Kloepfer, Michael*, Technik und Recht im wechselseitigen Werden. Kommunikationsrecht in der Technikgeschichte, Schriften zum Technikrecht, Berlin 2002.

sie durch juristische Innovationen begleitet werden. In welche Richtung solche Innovationen gehen könnten, soll hier am Beispiel des Einsatzes der Judikative in digitalen Gestaltungsprozesse gezeigt werden. Die adressierte Herausforderung kann wie folgt beschrieben werden:

technische Systeme können normative Wirkungen zeitigen, diese alte Einsicht wird gemeinhin auf den Nenner „code is law“ gebracht.²⁸ Bestimmte strukturelle Gestaltungsentscheidungen haben dabei große Konsequenzen für die weitere Entwicklung, weil sie Pfade einschlagen, die dann nicht mehr ohne weiteres rückgängig gemacht werden können. Ferner betreffen sie eine Vielzahl von Menschen auf unterschiedliche Weise. Vergleichbar ist dies etwa mit dem Baurecht. Soll eine unbebaute Fläche bebaut werden, stehen anfangs unzählige Möglichkeiten offen. Je mehr man aber plant, festlegt und baut, desto mehr müssen sich zukünftige Planung und Bebauung an dem Bestehenden ausrichten. Nicht zuletzt deshalb hat sich im Baurecht ein System entwickelt, das über die rechtlichen Vehikel von Planung und Genehmigung verschiedene Möglichkeiten bietet, sich gegen Planungen oder Bauvorhaben zu wehren, bevor die jeweiligen Vorhaben realisiert werden. Die Rechtsprechung kann hier angerufen werden bevor ein Bauvorhaben gestartet wurde. Das Verfahren wurde bis hin zu Beteiligung der Öffentlichkeit und den jeweiligen Belangen so genau beschrieben, dass es gerichtlich geprüft werden kann.

Wie werden Fragen von Beteiligung und Überprüfung bei der Verwaltungsdigitalisierung gehandhabt? Hier kommen momentan allenfalls die allgemeinen Regeln zu Zuge, wie sie etwa bei der frühen Öffentlichkeitsbeteiligung in § 25 des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes geregelt ist. Diskutiert wird grundsätzlich auch die rechtliche Überprüfbarkeit der grundlegenden Modelle von KI-Systemen, die Entscheidungen treffen oder vorbereiten. Auch in anderen europäischen Staaten wird grundsätzlich die Frage erörtert, ob und unter welchen Voraussetzungen sich Adressaten einer Verwaltungsentscheidung nicht nur gegen die Entscheidung sondern auch gegen das betreffende System zur Wehr setzen können.

Hier soll argumentiert werden, dass man auch im Hinblick auf Gerichte noch viel weiter gehen könnte. Denn wenn Gerichte solche Systeme für rechtswidrig erklären, handelt es sich um binäre Entscheidungen im Einzelfall, es geht dann um die eindeutige Beurteilung der Rechtmäßigkeit. Diese Diskussion greift aber dann zu kurz, wenn man dem Recht auch eine Wirk-

28 *Lessig, Lawrence*, The Law of the Horse, in: *HLR (Harvard Law Review)*, Bd. 113, 1999, S. 501–546.

samkeit in der Gestaltung zuerkennen will. Dann müssen auch Gerichte ihren Platz in diesem Bereich finden. Hier könnte man daran denken, verschiedene Verfahren so zu kombinieren, dass Gerichte in bestimmten wichtigen Fragen um Gestaltungsgutachten ersucht werden können. Dabei müsste es sich grundsätzlich um technische Gestaltungsfragen handeln, deren umfassende rechtliche Erörterung bereits vor der Realisierung angezeigt ist. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Entscheidung einen grundlegenden Charakter hat und weitere Wirkungen zeitigt, die nicht ohne weiteres rückgängig gemacht werden können.

In solchen Situationen könnten Antragsberechtigte um ein sogenanntes Gestaltungsgutachten nachsuchen, das verschiedene Gestaltungsalternativen untersucht und auf ihre Recht- und Verhältnismäßigkeit überprüft. Diese Verfahren könnten auch dazu beitragen, dass alle Gestaltungsalternativen diskutiert und ausgeschöpft werden.

In verschiedenen Gerichtsordnungen werden gutachterliche Tätigkeiten von Gerichten erlaubt, wie etwa früher in § 97 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes²⁹ und heute im Statut des Internationalen Gerichtshofs.³⁰ In manchen dieser Gutachtenverfahren werden Gerichte auch vorab mit bestimmten Fragen befasst. Vorabentscheidungsverfahren sind vor dem Gerichtshof der Europäischen Union zulässig,³¹ mittlerweile auch vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte.³² Die Einrichtung eines solchen Gutachtenverfahrens hat verschiedene Auswirkungen. Sie schaffen Klarheit und Rechtssicherheit, weil die Beteiligten und Betroffenen bereits vor schwerwiegenden Entscheidungen über die Rechtslage in Kenntnis gesetzt werden. Gegenüber den üblichen Verfahren werden zeitweilige Rechtsbrüche verhindert, gleichzeitig wird auch ausgeschlossen, dass nutzlose Aufwendungen getätigt werden oder aber Vorhaben aus Angst vor rechtlichen Risiken nicht realisiert werden. Das Recht verschafft sich Wirksamkeit, weil sich auch vergleichbare Vorhaben an den Gutachten orientieren können. Besonders das Vorlageverfahren zum Gerichtshof der Europäischen Union zeigt, wie durch solche Verfahren neue Kommunikationsmöglichkeiten jenseits eines strengen Instanzenzuges entstehen, die dem

Recht zur Wirksamkeit verhelfen. Im Falle des Art. 267 AEUV können sich nämlich alle mitgliedstaatlichen Gerichte an den Gerichtshof wenden, so dass er anders als ein Höchstgericht direkt mit den Gerichten in Kontakt treten kann. Ferner heben Gutachten auch keine Entscheidungen auf, sondern beantworten Fragen. So ändert sich das Verhältnis zwischen den Gerichten. Es geht um Unterstützung, nicht um Korrektur. Solche Gutachten könnten auch die in der Rechtsprechung immer stärker wahrgenommene Notwendigkeit aufgreifen, Maßstäbe zu setzen, an denen sich die Rechtsanwendung auch zukünftig orientieren kann.³³

Natürlich kann der Anwendungsbereich eines solchen Gutachtenverfahrens sich nicht auf jede digitale Technikentwicklung erstrecken. Gleichsam gibt es bestimmte Gruppen von Technikentwicklungsprojekten, die von der Möglichkeit einer Begutachtung stark profitieren würden. Ein Kriterium zur Qualifikation für ein solches Gestaltungsgutachtenverfahren könnte dabei eine hohe oder intensive Betroffenheit sein. Wichtig könnte ferner sein, dass die Auswirkungen der Entscheidung nicht mehr rückgängig gemacht werden oder nicht mehr erneut entschieden werden können. Ferner muss auch das Gerichtsverfahren so ausgestaltet sein, dass die Beteiligten von Rechtssicherheit und Rechtsschutz profitieren können, ohne dass ein solches Verfahren missbräuchlich eingesetzt wird. Auf der Seite der Rechtsschutzsuchenden sind dabei „Verschleppungstaktiken“ denkbar, auf der Seite der Entwickelnden das Abschneiden von Rechtsschutzmöglichkeiten. Dies sind aber nicht die einzigen Herausforderungen, die eine solche Involvierung der rechtsprechenden Gewalt in Entwicklungsprozesse hätte. Gerichte müssten personelle und institutionelle Voraussetzungen schaffen, um diese neue Aufgabe in Angriff nehmen zu können. Dabei können Gerichte natürlich auf bestimmte Mechanismen aus anderen Bereichen zurückgreifen, wie etwa die Bildung von spezialisierten Kammern.

Wenn es auch zahlreiche weitere Fragen und Probleme gibt, die sich vielleicht auch noch gar nicht antizipieren lassen, so ist die Stoßrichtung des Vorschlags wichtiger als seine genaue Ausgestaltung. Denn das Recht hat in seiner „Bereitstellungsfunktion“³⁴ auch die Aufgabe, durch Verfahrensinnovationen Möglichkeiten zu vermitteln, die neue Herausforderungen

29 Das Bundesverfassungsgericht entschied darauf basierend in folgenden Verfahren: BVerfGE 1, 76; BVerfGE 3, 407.

30 Siehe Art. 96 der UN Charta und Art. 66ff des Statuts des Internationalen Gerichtshofs.

31 Siehe Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

32 Siehe das 16. Zusatzprotokoll zur EMRK, Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasbourg, 2.X.2013

33 *Lepsius, Oliver*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/Schönberger, Christoph (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 159–279.

34 *Ziekow, Jan*, Das Verwaltungsverfahrenrecht in der Digitalisierung der Verwaltung, in: NVwZ, 2018, S. 1169–1172, hier: S. 1170.

bewältigbar machen.³⁵ Um eine „Einbindung“ neuer Technologien durch das Recht zu erreichen,³⁶ ist es notwendig, das Recht selbst zu ändern, dazu sind auch rechtliche Innovationen von Nöten.³⁷ Dennoch könnte es mit der steigenden Bedeutung technischer Systeme für die Gesellschaft sinnvoll und notwendig sein, dass auch die rechtsprechende Gewalt sowohl inhaltlich als auch temporal neue Horizonte erschließt. Mit einem solchen Schritt würde sich die rechtsprechende Gewalt dort, wo es wirklich notwendig ist, in Entwicklungsschritte involvieren und einen Beitrag dazu leisten, dass der Wandel auf Grund von Technologien in einer Art und Weise gestaltet werden kann, die den Grundvorstellungen der Verfassung entspricht oder diese Vorstellung proaktiv umsetzt. In diesem Sinne wären Gestaltungsgutachten ein Schritt, durch den man eine stärkere Integration des Rechts in technische Prozesse erreichen könnte, so dass es zu einem produktiven Wechselspiel zwischen Recht und Technik kommt. Gerade im Auge eines grundlegenden technischen Wandels ist dies eine große Herausforderung für die Rechtswissenschaft, insbesondere weil es gilt, diesen Wandel umfassend zu begreifen. Das Wechselspiel von Recht und Technik deutlich zu machen, das eine tieferes Verständnis von Wandlungsprozessen ermöglicht ist der Sinn des Begriffs Technomos.

V. Literaturverzeichnis

- Bäcker, Matthias/Sebastian Golla, Strafrecht in der Finsternis: Zu dem Vorhaben eines „Darknet-Tatbestands“ 2019, <https://verfassungsblog.de/strafrecht-in-der-finsternis-zu-dem-vorhaben-eines-darknet-tatbestands/>.
- Battis, Ulrich; § 114, in: Battis, Ulrich (Hrsg.), Bundesbeamtengesetz, München 2009.
- Bull, Hans Peter, Über die rechtliche Einbindung der Technik. Juristische Antworten auf Fragen der Technikentwicklung, in: Der Staat, Bd. 58, 2019, S. 57–100.
- Bundesanstalt für Straßenwesen, Anlagen zur Verkehrsbeeinflussung auf Bundesfernstraßen, <http://www.bast.de/DE/Verkehrstechnik/Fachthemen/v5-verkehrsbeeinflussungsanlagen.html>, 05.01.2018.
- Djefal, Christian, Das Internet der Dinge und die öffentliche Verwaltung. Auf dem Weg zum automatisierten Smart Government?, in: DVBI, 2017, S. 808–816.
- Djefal, Christian, Künstliche Intelligenz in der öffentlichen Verwaltung, in: Berichte des NEGZ, 2018, S. 1–32.
- Engel Bronwich, Jonah/Victor, Daniel, Why a ‘Back to the Future’ Hoverboard Never Took Off, in: NYTimes, 21.10.2015.
- European Data Protection Board, First fine by the Romanian Supervisory Authority 2019, https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/first-fine-romanian-supervisory-authority_de.
- fortiss, eGovernment MONITOR 2018. Nutzung und Akzeptanz digitaler Verwaltungsangebote – Deutschland, Österreich und Schweiz im Vergleich, Berlin 2018.
- Gasser, Urs/Budish, Ryan/Ashar, Amar, Module on Setting the Stage for AI Governance. Interfaces, Infrastructures, and Institutions for Policymakers and Regulators, in: Artificial Intelligence (AI) for Development Series, 2018.
- Hansen, Marit, Art. 25, in: Simitis, Spiros/Hornung, Gerrit/Spiecker Döhmman, Indra (Hrsg.), Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG (NomosKommentar), Baden-Baden 2019.
- Hartung, Markus/Bues, Micha-Manuel/Hableib, Gernot (Hrsg.), Legal Tech. Die Digitalisierung des Rechtsmarkts, München 2018.
- Hill, Hermann, Was bedeutet Künstliche Intelligenz (KI) für die öffentliche Verwaltung?, in: Verwaltung und Management, Bd. 24, 2018, S. 287–294.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang, Innovation und Recht – Recht und Innovation, Tübingen 2016.
- Kloepfer, Michael, Technik und Recht im wechselseitigen Werden. Kommunikationsrecht in der Technikgeschichte, Schriften zum Technikrecht, Berlin 2002.
- Kloepfer, Michael, Technikgestaltung durch Recht, in: Grunwald, Armin (Hrsg.), Technikgestaltung zwischen Wunsch und Wirklichkeit, Berlin 2013, S. 139–158.
- Lepsius, Oliver, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/Schönberger Christoph (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 159–279.

35 Ebd.

36 Bull, Hans Peter, Über die rechtliche Einbindung der Technik. Juristische Antworten auf Fragen der Technikentwicklung, in: Der Staat, Bd. 58, 2019, S. 57–100.

37 Dazu umfassend Hoffmann-Riem, Wolfgang, Innovation und Recht – Recht und Innovation, Tübingen 2016.

Christian Djeffal

- Lessig, Lawrence*, The Law of the Horse, in: HLR (Harvard Law Review), Bd. 113, 1999, S. 501–546.
- Mainzer, Klaus*, Künstliche Intelligenz – Wann übernehmen die Maschinen? (Technik im Fokus), Berlin/Heidelberg 2019.
- Martini, Mario*, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, in: JZ, Bd. 72, 2017, S. 1017–1025.
- McCarthy, John/Minsky, Marvin/Shannon, Claude*, A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence 1955, <http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/dartmouth/dartmouth.html>, 31.03.2017.
- Möllers, Christoph*, Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität, Berlin 2015.
- Muth, Maximilian*, Auch ohne Maske hasst sich's leiwand, in: Süddeutsche Zeitung, 14.11.2018.
- Pernice, Ingolf*, E-Government and E-Democracy. Overcoming Legitimacy Deficits in a Digital Europe, in: HIIG Discussion Paper Series, 2016-01.
- Pernice, Ingolf*, Global Constitutionalism and the Internet: Taking People Seriously, in: Hofmann, Rainer/Kadelbach, Stefan (Hrsg.), Law beyond the state. Past and futures (Normative orders), Frankfurt 2016, S. 151–205.
- Rosa, Hartmut*, Beschleunigung. Die Veränderung der Zeitstrukturen in der Moderne, Frankfurt am Main 2008.
- Schiffer, Christian*, Stadtwerke München: Nur noch ein Login für alles 2019, <https://www.br.de/nachrichten/netzwelt/ein-login-fuer-alles-datenschutz-bei-den-stadtwerke-muenchen,RUyIJeW>, 08.07.2019.
- Vesting, Thomas*, Die Medien des Rechts: Computernetzwerke, Weilerswist 2015.
- Zemeckis, Robert*, Zurück in die Zukunft 2. Back to the Future 2, 1989.
- Ziekow, Jan*, Das Verwaltungsverfahrenrecht in der Digitalisierung der Verwaltung, in: NVwZ, 2018, S. 1169–1172.

Europäisches Recht und nationale Verwaltungen