

**I. Recht und Technik –
Grenzen des Rechts im Informationszeitalter?**

Editorial: Recht und Technik

Grenzen des Rechts im Informationszeitalter

DENNIS-KENJI KIPKER / CRISTIANO MAIA /
SIMON SCHWICHTENBERG / MATTHIAS KOPP

Im ersten Teil dieses Beihefts finden sich insgesamt sieben Aufsätze, deren Grundlage die entsprechenden Vorträge auf der 23. Jahrestagung des *Jungen Forums Rechtsphilosophie* unter dem Titel „Recht und Technik – Grenzen des Rechts im Informationszeitalter“ sind, die am 21. und 22. September 2016 in Bremen stattfand.

Themenstellung und Diskussionsgrundlage

Unsere heutige Gesellschaft bedient sich immer stärker moderner Technik, um sich selbst zu verwirklichen und fortzuentwickeln. Die persönliche Lebensgestaltung des Einzelnen, aber auch diejenige von kollektiven Lebens- und Interessenvereinigungen bedarf vernetzter informationstechnischer Systeme, um funktionieren zu können. Dadurch entsteht eine starke Abhängigkeit von technischen Hilfsmitteln, sowohl der Gesellschaft als auch des Individuums selbst. Der *homo faber* ist demnach abhängig, wird beeinflusst und vielleicht sogar beherrscht von dem, was er einst geschaffen hat, um ihm zu dienen.

Dabei stellt das Recht immer weniger den Impulsgeber zur Lebensgestaltung dar, vielmehr antizipieren die technologischen Errungenschaften die persönliche und gesamtgesellschaftliche Entwicklung, während das Recht bei der Widerspiegelung der Gesellschaft vielfach an seine Grenzen stößt, weil es zu spät kommt. Denn wenn eine technische Entwicklung nicht antizipiert werden kann, so kann auch keine präventive Regelung bezüglich der durch die Neuerung entstehenden Probleme getroffen werden. Somit ist es dem Recht zumeist nur möglich, im Nachgang auf eine bestimmte Entwicklung hin (mehr oder weniger) zielgerichtet und sinnvoll zu reagieren, was oftmals auch durch ein Unverständnis den technischen Entwicklungen gegenüber erschwert ist.

Betritt eine neue, technische Errungenschaft die Bühne, welche die Welt im Sturm erobert und die Menschen wesentlich beeinflusst, stellt sich die Frage, welche Situation vorliegt, bis ein Gesetzgeber auf eine Neuerung reagieren kann. Entsteht eine Art „rechtsfreier Raum“ bzw. kann es einen solchen überhaupt geben? Oder treten vielmehr an die Stelle legislativen Rechts allgemeingültige Verhaltensregeln und Moralvorstel-

lungen? Kann also vielleicht ein „Naturrecht“ auch dann noch eingreifen, wenn die Natur durch die Technik mehr und mehr verdrängt wird?

Der Konflikt von Recht und Technik wird zudem durch die globale Dimension verschärft, welche die Technik mühelos annehmen kann, während es dem Recht kaum oder gar nicht möglich ist, geeignete globale Regulierungsansätze zu treffen. Denn ist das Recht, während es für die Technik keine natürlichen Grenzen gibt, nicht möglicherweise an regionale Grenzen gebunden, über die hinaus ein Gesetzgeber kein Recht zu setzen vermag? Inwieweit vermag also Recht mit einem Phänomen umzugehen, welches keine Grenzen kennt?

Vor diesem Hintergrund stellt sich abschließend sogar die Frage, ob im Informationszeitalter traditionelle Regulierungsmechanismen noch das geeignete Mittel darstellen, um eine Gesellschaft in ihrer Entwicklung zu prägen oder ob nicht vielmehr auf neue Regulierungsinstrumente zurückgegriffen werden muss, um auch in Zukunft noch eine normenkonforme Gestaltung moderner Technologien zu ermöglichen, die immer tiefer im Leben aller Bürger verankert sind. Oder aber muss an die Stelle eines Normensystems ein neuartiges System treten, welches flexibler auf die sich ständig verändernden Umstände zu reagieren vermag?

Überblick über die Tagungsbeiträge

Unter dem Titel „Recht und seine Transgressivität – Überlegungen zur Bedeutung der Möglichkeit der Rechtsüberschreitung und Mechanismen ihrer Unterbindung am Beispiel der Flugdatenverwendung“ referierten *Karol Felsner (Berlin)* und *Jakob Rendl (Wien)*. Den Ausgangspunkt des Beitrages bildete die sog. PNR-Richtlinie, der das EU-Parlament im Jahr 2016 zustimmte. Bei Flügen aus bzw. in die EU sollen in einer zentralen Speicherinstanz verschiedene Daten über die Passagiere gespeichert werden. Auf der Grundlage des dadurch entstehenden Datensatzes und mit Hilfe eines Algorithmus sollen auffällige Verhaltensweisen und infolgedessen Passagiere ermittelt werden, die einer verstärkten Kontrolle bedürfen. Dadurch entstünde ein empirisches Recht, das in Form der verstärkten Kontrolle bestimmter Personen unmittelbar in die Welt hineinwirke. Diese unmittelbare Wirkung setzten Felsner und Rendl in Bezug zu einem von Prof. Roger Brownsword entwickelten Modell. In diesem gäbe es zwei „Idealtypen“ in Form zweier Länder: Im „Land der Einschreibung“ käme es zu einer gesellschaftlichen Regulierung unmittelbar über die Technik. Etwas anderes als dasjenige, was die Regulatoren vorsehen, werde unmöglich. Exemplarisch werde dies an einem Schweller im Boden deutlich: Wenn jemand der Zutritt zu einem bestimmten Bereich nicht zustünde, würde der Schweller automatisch beim Erscheinen dieser Person hochfahren, so dass es der Person, entsprechend der regulatorischen Vorgabe, unmöglich würde, den Bereich zu betreten. Ausgehend von der Prämisse, dass die Regulatoren gute Absichten verfolgen, käme es zu einer „Verunmöglichung“ des Falschen, d. h. des Bösen. Den Gegenpart zu diesem „Land der Einschreibung“ sehe Brownsword im „Land der Vorschreibung“. Eine gesellschaftliche Regulierung erfolge hier über das Recht, indem

Normen bestimmte Verhaltensweisen vorschrieben. Gegen diese Normen könne verstoßen werden und Verstöße könnten allenfalls mit nachträglichen Sanktionen belegt werden. Welche regulatorischen Vorgaben tatsächlich in der Gesellschaft Fuß fassen, entscheide damit immer noch der „Puffer Mensch“ durch sein individuelles Verhalten. Unter Bezugnahme auf Kant betonten Felsner und Rendl, dass die Möglichkeit der Entscheidung, anders zu handeln, als es rechtliche Vorgaben vorsehen, gerade Ausdruck menschlicher Autonomie sei. Ein Mensch sei nur dann frei, wenn er nach seiner eigenen Maxime handeln könne, aus der, wenn sie im Kollektiv verfolgt werde, auch Gesetze entstehen könnten. Wie auch Hanna Arendt betone, sei die Überschreitung des Vorgesehenen eine gesellschaftliche Teilhabe an der Politik. Insbesondere Minderheiten könnten sich Gehör und rechtliche wie gesellschaftliche Anerkennung dadurch verschaffen, dass sie das täten, was von der Mehrheit verboten werde.

Sodann folgte der Vortrag von *Markus Gassner (Gießen)* mit dem Titel „Grundrechtsschutz der Persönlichkeit im Internet – Ein Beispiel für die Notwendigkeit gesellschaftsadäquater Grundrechtskonzeptionen“. Im Fokus stand dabei die Frage, ob und wie weit sich Recht – insbesondere Grundrechte – und Technik konträr zueinander verhalten. Gassner stellt dabei die These auf, dass der diametrale Ansatz nicht der richtige Ausgangspunkt sei. Vielmehr läge ein „Inputproblem“ vor: Das Internet decke Probleme auf, die bereits vorhanden waren, nun aber nicht mehr ignoriert werden könnten. Verdeutlichen wollte Gassner dies am Urteil des BVerfG zum Lösungsanspruch eines Rechtsanwalts hinsichtlich gegen ihn gerichteter Äußerungen im Internet, die u. a. den Vorwurf beinhalteten, er selbst würde „rechtslastigen Dreck“ veröffentlichen (BVerfG NJW 2012, 3712). Dem Streit zwischen den Rechtsanwälten waren Ausführungen des Klägers und späteren Beschwerdeführers auf seiner Homepage vorausgegangen, in denen er das Grundgesetz als „lediglich ein ordnungsrechtliches Instrumentarium der Siegermächte“ beschreibt. Das BVerfG hielt die Beschwerde des Rechtsanwalts für unbegründet. Da er sich mit seinen Äußerungen in die öffentliche Sphäre begeben habe, sei er weniger schutzwürdig und müsse Beeinträchtigungen seines Persönlichkeitsrechts durch Gegenäußerungen und Vorwürfe, wie sie vom beklagten Rechtsanwalt erfolgten, hinnehmen. Gassner kritisiert an diesem Urteil, dass das BVerfG seine Sphärentheorie aus der „analogen“ Welt direkt in das Internet überträgt, ohne dessen Besonderheiten zu würdigen. Einen Artikel bzw. einen Kommentar in einer Zeitung zu verfassen, sei gerade nicht dasselbe, wie eine Äußerung im Internet zu tätigen. Gleichzeitig sei es aber auch schwierig, einen geeigneten Ausgangspunkt für die Handhabung von Grundrechten, allen voran des Persönlichkeitsrechts, in der digitalen Welt zu finden. Insoweit käme es zu einer „normativen Aporie“. Eine allgemeine Regel zur Handhabung des Persönlichkeitsrechts könne nicht aufgestellt werden, da Grundrechte immer kontextbezogen seien. Die Handhabung von Grundrechten setze dabei einerseits immer eine gewisse Vorstrukturierung voraus, müsse sich aber andererseits auch an neuen Strukturen orientieren. So stelle sich z. B. bei sozialen Netzwerken und Diskussionsforen im Internet die Frage, ob eine dem Persönlichkeitsrecht zugrunde gelegte Trennung zwischen Öffentlichem und Privatem noch aufrecht erhalten bleiben könne oder ob es nicht vielmehr zu neuen hybriden Mischformen käme, die ihren Niederschlag auch in

der Handhabung von Grundrechten wiederfinden müssten. Recht und Technik seien insoweit keine Opportunisten, sondern beeinflussten sich gegenseitig, indem das Recht der Technik Vorgaben mache und die Technik aber auch Auswirkungen auf das Recht und dessen Handhabung habe. Durch diese Wechselwirkung könne es erst zu einer Verbindung von Normativität und Faktizität kommen.

Der sich anschließende Vortrag von *Benedikt Neuroth (Berlin)* stand unter dem Titel „Daten – Codes – Recht. Der Wandel von Privacy im Computerzeitalter“. Neuroth stellte aus einer geschichtlichen Perspektive die in den 60ern und 70ern in Nordamerika geführte Debatte über Privacy vor. Im Mittelpunkt seines Beitrags stand der Wandel des Rechts auf Privatsphäre im Informationszeitalter in den USA. Dabei schilderte der Vortragende die Kontroversen um die Etablierung eines Bundesdatenzentrums in den USA, die Überwachung von politischen Dissidenten durch die Armee und die in der Presse und in der Akademie entstandene Debatte über die Datenbanken und die elektronische Datenverarbeitung. Im Hinblick auf das Recht wurde die in den 70ern gefällte Entscheidung des US Supreme Court, nach der die bloße Existenz von Datenbanken keine Grundrechtsverletzung darstelle, und der Code of Fair Information Practice sowie der Privacy Act von 1974 zum Schutz der Privatsphäre der Bürger erwähnt.

Daran an schloss sich der Vortrag von *Ricky Wichum (Lüneburg)* mit dem Titel „Anthropologie und Programm – Zwei Lektüren zum Verhältnis von Recht und Technik im Informationszeitalter“. Ausgangspunkt des Vortrags war die Frage, ob und wie das Auftauchen des Computers das Verhältnis von Recht und Technik verändert. Untersuchungsgegenstand waren die thematisch einschlägigen Arbeiten von Erhard Denninger und aus Niklas Luhmanns früher Verwaltungstheorie. Die These des Vortrags war, dass es wesentlich die den Texten unterliegende Konzeption der Technik bzw. des Computers sei, die darüber entscheide, ob der Computer für die beiden Autoren eine Veränderung des Verhältnisses von Recht und Technik bedeute. In der ersten Lektüre von Denningers „Die Herausforderungen an das Recht in der technologischen Gesellschaft“ (1970) konnte eine anthropozentrische Technikkonzeption ausgemacht werden, die letztlich auf den Befund einer Ko-Evolution von Recht und Technik hinauslaufe. In der zweiten Lektüre von Luhmanns „Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung“ (1968) wurde eine Charakterisierung des Computers als kybernetische Maschine einerseits und als „Konditionalmaschine“ andererseits festgestellt, was zu einer ähnlich gearteten Auffassung einer Ko-Evolution von Recht und Technik führe. Abschließend wies der Referent darauf hin, dass der Konflikt nicht die einzige Denkmöglichkeit sei, das Verhältnis zwischen Recht und Technik zu beschreiben. Stattdessen könne sich eine Diskussion zu den praktischen wie epistemologischen Gemeinsamkeiten von Recht und Technik als vielversprechend erweisen.

Lucia Scharpf (Freiburg) referierte zu dem Titel „Technologisierung als räumliches Problem – Gedanken zur gerechten Verteilung technologiebedingter Infrastruktur. Eine Untersuchung des Planfeststellungsverfahrens auf Grundlage von Robert Alexys Diskurstheorie des Rechts“. Zunächst stellte die Vortragende den Ablauf des Planfeststellungsverfahrens und sodann Robert Alexys Diskurstheorie des Rechts vor. Alexy gehe davon aus, dass das Recht ein Sonderfall des praktischen Diskurses der Moral sei

(Sonderfallthese). Daraus ließen sich auch die Anforderungen an die Richtigkeit eines Diskurses auf das Recht anwenden. Im Falle des Planfeststellungsverfahrens müsse die hieraus resultierende Entscheidung neben der Richtigkeit zudem den Anforderungen der Zweckmäßigkeit und der Rechtssicherheit genügen. Nach Alexy sollten Diskursbedingungen als Prinzipien betrachtet werden, d. h. als Optimierungsgebote, die im rechtlichen Kontext nicht völlig verwirklicht werden können bzw. eine Modifizierung erfahren sollten. Schließend wurde Alexys Diskurstheorie anhand der intelligenten Logistik im Transportwesen exemplifiziert.

Simon Schwichtenberg (Bremen) ging in seinem Vortrag „Recht und Technik – hat das Recht der Technik oder die Technik dem Recht zu folgen? Eine Grundsatzfrage am aktuellen Beispiel des vernetzten und digitalisierten Automobils“ von der Prämisse aus, dass sich das Recht dem technischen Fortschritt anpasse und führte dies am Beispiel des Datenschutzrechts aus. Seiner Auffassung nach entwickelten sich Wissenschaft und Technik unabhängig von Normen und Verboten. Dieser These stellte er das Primat des Rechts von Ernst Forsthoff gegenüber, wonach technische Entwicklungen dem Recht zu folgen haben und nicht umgekehrt. Schwichtenberg betrachtete den technischen Fortschritt unter Bezugnahme auf Forsthoff kritisch, denn mit dem Fortschritt komme es zu Machtverschiebungen und Machtkonzentrationen zugunsten der Entwickler neuer Technologien. Ein weiteres Problem sei die technische Entwicklung als Endloskette: Einerseits beseitige die Technologie Probleme, schaffe aber zugleich neue Probleme und Bedürfnisse. Der Vortrag kam zu dem Ergebnis, dass die Reaktion des Rechts auf die faktische Technologieentwicklung in der Risikosteuerung und der Festlegung entsprechender Zielvorgaben zu sehen sei, um eine gleichberechtigte Wechselbeziehung zwischen Recht und Technik zu erzielen. Für das autonome Mobil habe das zur Folge, dass der Gesetzgeber die Rahmenbedingungen dieser neuen Technologie bestimmen müsse.

Den letzten Vortrag der bremischen Jahrestagung hielt *Oliver Harry Gerson (Passau)* über die „Vulnerabilität des Rechts als Folge der Technisierung – Resilienz und Demut als Wege aus der Schwindsucht“. Gerson stellte fest, dass das Recht krisenanfällig und verwundbar sei. Diese Vulnerabilität entstehe durch Unruhe des Systems, so genannten „outside noises“. Diesen Widerstreit des Rechts mit anderen, auch divergenten Interessen, erläuterte er am Beispiel der Leihmutterchaft. Im Hauptteil seines Vortrags stellte Gerson schließlich das Problem der so genannten „Smart Contracts“, der selbst vollstreckenden Verträge, dar. Durch diese technologisch induzierte Neuerung finde eine Vermischung von materiellem und prozessuellem Recht statt. Dies habe weitergehend zur Folge, dass es zu einer Änderung der Wirkung des Rechts komme, so entfiele durch fehlende Karenzzeiten dessen Befriedungswirkung, womit die „Smart Contracts“ automatisch eine Sanktionswirkung entfalteten. Ein weiteres Problem sah Gerson in der Verflachung des Rechts durch die zunehmende Bildung von Spezialgebieten mit der Folge von Empathielosigkeit und Abstumpfung. Hierdurch verlöre das Recht als menschengemachtes Mittel zur Konfliktbewältigung seine gesunde Mitte und kopple sich von den Wünschen und Bedürfnissen des Individuums zunehmend ab. Die Lösung für dieses Problem könne final nur in der Resilienz und Demut des Rechts zu finden sein.