

Wilfried Bernhardt
*Besprechung von Sarah Rachut,
Grundrechtsverwirklichung in digitalen Kontexten,
2024, 775 Seiten¹*

Die Monographie von Rachut, die unter dem Titel „Grundrechtsverwirklichung in digitalen Kontexten“ im Frühjahr 2024 von der TU München/School of Social Sciences and Technology als Dissertationsschrift angenommen und als Band 64 in der von Heckmann herausgegebenen Reihe „Internetrecht und Gesellschaft“ publiziert wurde, stellt in mehrfacher Hinsicht eine äußerst bemerkenswerte Arbeit dar: Sie führte zur ersten juristischen Promotion überhaupt an der TU München/School of Social Sciences and Technology. Ferner übersteigt sie bei Weitem mit ihren 775 Seiten nicht nur quantitativ, sondern qualitativ-inhaltlich die Anforderungen, die üblicherweise an eine Dissertation zu stellen sind. Die in dieser Monographie zum Ausdruck kommende Leistung ist von derart herausragendem Gewicht, dass sie ohne jeden Zweifel auch als sehr erfolgreiche Habilitationsschrift hätte Geltung beanspruchen können. Denn zur verdienstvollen juristischen Grundlagenforschung tritt noch eine äußerst gelungene interdisziplinäre und praxisorientierte wissenschaftliche Analyse hinzu.

Seit knapp 25 Jahren sind Bundes- und Landesgesetzgeber in Deutschland bemüht, die Herausforderungen, die sich für Staat und Gesellschaft aufgrund der digitalen Transformation stellen, durch Anpassungen der bisher für analoge Sachverhalte geltenden Normen und durch neue Regulierungen - etwa für die Verwaltung und Justiz - zu bewältigen. Die entsprechende Gesetzgebung führte zu einem immer komplexeren Normgefüge auf allen staatlichen Ebenen des Bundes, der Länder und der Kommunen. Hinzutritt gerade in den letzten Jahren eine stark anwachsende Regulierungstätigkeit der Europäischen Union, die weit über die bekannte Datenschutzgrundverordnung oder die KI-Verordnung hinausreicht und sich mittlerweile einer intensiven Kritik unter den Schlagworten „Regulierungswahn“ und „inakzeptable Bürokratie“ stellen muss.

Demgegenüber unterblieben Anpassungen der textlichen Verankerungen der Grundrechte im Grundgesetz; die Zahl entsprechender Ergänzungen in den Landesverfassungen ist überschaubar. Die Grundrechtecharta

der EU, die im Dezember 2000 in Nizza vom Europäischen Parlament, vom Rat und der Kommission förmlich proklamiert worden war, erfuhr zwar durch den EU-Vertrag von Lissabon eine Aufwertung, blieb aber inhaltlich trotz fortschreitender Digitalisierung unverändert.

Deshalb kommt vor allem der (Neu-)Interpretation und impliziten Fortentwicklung der textlichen Verbürgungen der Grundrechte im Lichte der durch die digitale Transformation bedingten starken Veränderungen eine wachsende Bedeutung zu. Ferner stellt sich die Frage, in welcher Weise die Grundrechte in digitalen Kontexten einer zunehmend digitalisierten Welt verwirklicht werden können – durch die Verwaltungspraxis, aber auch durch Anpassungen der Normen auf allen staatlichen Ebenen bis hin zu Verfassungsänderungen. Die Europäische Union spielt dabei eine immer gewichtigere Rolle, ferner sind internationale Kooperationen zu beachten. Diesen Fragen widmet sich das Buch, wobei sich die Arbeit nicht in der Analyse der Grundrechtsdogmatik und der Grundrechtstheorien mitsamt deren Neuausrichtung erschöpft, sondern die Wirkungsweise der Grundrechte in der sozialen Wirklichkeit unter Nutzung interdisziplinärer, sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse überprüft und konkrete Vorschläge entwickelt, ob und wie der Staat stärker seinen grundrechtsschützenden Pflichten nachkommen kann.

Die Verfasserin gibt in ihrer Dissertation Antworten auf die von ihr eingangs aufgeworfenen Fragen. Diese befassen sich mit dem heutigen Verständnis der Rolle der Grundrechte und den Vorgaben bezüglich ihrer Verwirklichung, den praktischen und rechtlichen Herausforderungen aus sich dynamisch weiterentwickelnden digitalen Technologien für die Verwirklichung der Grundrechte in digitalen Kontexten im Rechtsstaat sowie den diesbezüglichen Lösungsansätzen und deren Bewertungen.

Das Buch ist in vier Teile gegliedert. Der erste Teil (S. 41-168) beschreibt die Rolle der Grundrechte im verfassungshistorischen Kontext, die Dimensionen, Funktio-

¹ Duncker & Humblot, Berlin, ISBN 978-3-428-19305-9, geb., € 149,90

nen und Wirkrichtungen der Grundrechte und die Grundrechtskollisionen. Der zweite Teil (S. 169- 238) widmet sich gezielt dem digitalen Kontext mit den „digitalen Sachverhalten“ mithilfe von Begriffsdefinitionen, Praxisbeispielen und der Frage, inwieweit digitale Kontexte über digitale Sachverhalte hinausgehen. Der Dritte Teil (S. 239- 691) erforscht die – bisher sehr geringen – expliziten digitalen Anknüpfungspunkte im Grundgesetz (wie Art. 13 Abs. 3-6 GG, Art. 91c GG) sowie das vom BVerfG aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entwickelte Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das – ebenfalls als Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts entwickelte – Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Die Verfasserin beschreibt die praktischen und rechtlichen Herausforderungen der Grundrechtsverwirklichung im digitalen Kontext, bezieht weitere Grundrechtsdimensionen in ihre Analyse ein (wie das Recht auf die digitale Teilhabe und digitale Leistungsrechte etwa beim Anspruch auf Open Data), erarbeitet Lösungsansätze für die Bewältigung dieser Herausforderungen und erläutert insbesondere Strategien zur Verhinderung von Grundrechtskollisionen und zur Auflösung von Grundrechtskollisionen in digitalen Sachverhalten mithilfe der digitalorientierten Feinjustierung bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Im vierten Teil (S. 692-713) präsentiert die Verfasserin ihr Gesamtergebnis vor allem in zusammenfassenden Thesen.

Schon die Darstellung der Entwicklung der Grundrechtstheorien und Grundrechtsdogmatik mit den Grundrechtsfunktionen und Rollen von den Vorbildern im 18. und 19. Jahrhundert über die Weimarer Reichsverfassung und bis zur Geltung des Grundgesetzes in Wissenschaft und Rechtsprechung beeindruckt, weil allein hierfür ein tiefgründiges Verständnis des Charakters der Grundrechte und deren Wandel im historischen Kontext unter Beweis zu stellen ist. Innerhalb der Darstellung der Grundrechtsdimensionen betont die Verfasserin insbesondere die durch das BVerfG entwickelte Wirkung der Grundrechte als staatliche Schutzpflichten, der sie auch in der weiteren Arbeit gerade im digitalen Kontext eine besondere Bedeutung beimisst (z.B. auf den Seiten 268 ff., 374 ff., 531 ff.). Die Rechtsprechung des BVerfG zu den aus Grundrechten abzuleitenden Pflichten etwa zum Schutz ungeborenen Lebens wird oft kritisiert, weil sie dem Gesetzgeber konkrete Handlungspflichten auferlegt

und damit dessen Spielräume stark einschränkt. Gerade bei der Formulierung gesetzgeberischer Schutzpflichten wird ein vom BVerfG zu beachtender „judicial self restraint“ anzuraten sein. Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass die gesellschaftlichen Auffassungen zum Inhalt der Schutzgüter einem starken Wandel unterzogen sind. Insofern ist gemäß Häberle die Grundrechtsauslegung „in den Kontext der jeweiligen Wirklichkeit zu stellen“, worauf auch die Verfasserin hinweist. Grundrechte sind also im jeweiligen Zeitkontext zu interpretieren, damit sie ihre Wirksamkeit entfalten können. Die Verfasserin misst in diesem Zusammenhang den Aspekten wie Akzeptanz und Vertrauen eine besondere Bedeutung bei der Beschreibung der Wirkungsweise der Grundrechte zu. Dies wird auch an der späteren Erörterung der Auswirkungen der Digitalen Transformation deutlich, wenn die Verfasserin die akzeptanz- und vertrauensfördernde Wirkung der Grundrechte gegen den Steuerungsverlust durch das Recht als wesentlich einstuft (S. 349 ff.) und akzeptanzfördernde Maßnahmen einfordert (S. 601 ff.).

Ferner analysiert die Verfasserin Grenzen und Konkurrenzen, die Auflösung von Grundrechtskollisionen mithilfe der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und durch Herstellung praktischer Konkordanz, explizite und implizite Änderungen von Grundrechten und Grundrechtsverständnissen, analysiert Dimensionen, Funktionen und Wirkrichtungen. Sie erörtert – im Ergebnis ablehnend – ein Hierarchieverhältnis der Grundrechte und der Grundrechtsträger. Der Verfasserin ist darin zuzustimmen, dass das in der Wissenschaft und in der Rechtsprechung des BVerfG in den letzten Jahrzehnten erarbeitete Grundrechtsverständnis durchaus auch Bedeutung für die Bewältigung der im Zuge digitaler Kontexte auftretenden Probleme und Fragestellungen besitzt, wenngleich der insoweit über den Wortlaut des GG-Textes hinaus fortentwickelte grundrechtliche Werkzeugkasten nicht immer zum Einsatz kommt und die Realisierung der grundrechtlichen Vorgaben von zahlreichen praktischen und rechtlichen Herausforderungen geprägt ist. Der Verfasserin ist auch zuzustimmen, wenn sie konstatiert, dass die in der digitalen Welt veränderten Risiken und neuen Gefahrenlagen ein extensiveres Grundrechtsverständnis entstehen lassen und den in der Verfassung begründeten Schutzpflichten eine größere Bedeutung zukommt. Zu Recht verweist sie darauf, dass dies „das Spannungsfeld zwischen staatlichen Schutzpflichten und der Pflicht zur Ge-

währleistung der Freiheit des Einzelnen“ intensiviert. Aus dem Blickwinkel eines liberalen Staatsverständnisses wird dies Skepsis auslösen, ist doch davon auszugehen, dass es vor allem in der Verantwortung Privater liegt, ihre eigenen Entscheidungen zu treffen und für sich selbst zu sorgen. Es geht jedoch der Verfasserin nicht um ein paternalistisches Staatsverständnis, sondern um die Bewältigung der Gefahren für grundlegende Freiheiten, die im Kontext der zunehmenden Macht und Reichweite multinationaler IT-Unternehmen entstehen. Sie betont insoweit die Veränderung der Rolle des Staates, der im Falle eines potenziell größten Risikos für die individuelle Freiheit durch Dritte als aktiver Beschützer auftreten müsse. Zu beachten sei nicht nur das Übermaßverbot staatlichen Handelns, sondern auch das Untermaßverbot. Dazu müssten die Nachteile, die mit dem Nicht-Entscheiden bzw. dem Nicht-Handeln entstehen, in den Blick genommen werden.

Die Verfasserin bezieht auch die Grundrechtecharta der EU sowie die Europäische Menschenrechtskonvention ein, was angesichts der Rechtsprechung des BVerfG im Urteil „Vergessenwerden II“ vom 6. November 2019 - 1 BvR 276/17 – sowie den seit Langem diskutierten Wechselwirkungen zwischen nationalen und europarechtlichen Maßstäben des Grundrechtsschutzes naheliegt. Soweit demnach die Grundrechte des Grundgesetzes durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts verdrängt werden, kontrolliert das Bundesverfassungsgericht dessen Anwendung durch deutsche Stellen am Maßstab der Unionsgrundrechte. Dabei neigt die Verfasserin der Ansicht zu, dass zwischen dem Grundrechtsschutz auf Unionsebene und dem Schutz im Grundgesetz und in den Landesverfassungen keine großen Unterschiede erkennbar sind und auch die in Deutschland entwickelte Grundrechtsdogmatik auf Unionsebene anwendbar ist (S. 55). Hier bietet sich ein Ansatz für eine zukünftige weitergehende Analyse der Rechtsprechung des EuGH wie auch der verfassungsrechtlichen Literatur aus den anderen EU-Mitgliedstaaten. Spannend dürfte insoweit sein, ob beispielsweise die deutsche Grundrechtsdogmatik zu den staatlichen Schutzpflichten auf Unionsebene in gleicher Weise Anerkennung findet.

Mit großer Sorgfalt beschreibt *Rachut* die Entwicklungslinien der Informationstechnologien und der diesbezüglichen Regulierungen, etwa von der Datenschutzgrundverordnung bis hin zu der kürzlich verabschiedeten europäischen KI-Verordnung und kennzeichnet zu-

gleich die Schwierigkeit: Durch die Geschwindigkeit der technologischen Entwicklung und durch deren unabhärbare unmittelbare und mittelbare Folgen ergäben sich Schwierigkeiten bei der Rechtssetzung und Rechtsanwendung. Sie weist auch auf sich neu entwickelnde, inhaltlich kaum unterscheidbare Begriffe hin, wie etwa den Übergang von „elektronisch“ zu „digital“ und grenzt den digitalen von einem analogen Sachverhalt ab. Sie konstatiert, dass im Zuge der digitalen Transformation dem informationstechnologischen Aspekt irgendwann eine so bedeutsame Rolle zukommt, dass damit ein Wandel einhergeht, der über bloße technische Komponenten hinausgehe (S. 195) und tatsächliche Möglichkeiten der Datenverarbeitung, Vernetzung und Automatisierung umfasse. Dieser Übergang sei allerdings fließend. Im Einzelnen beschreibt sie die veränderten Prozesse und Wirkungen, aber auch die daraus entstehenden neuartigen Gefährdungslagen. Zwar gebe es analog-digital kongruente Sachverhalte, aber auch originär digitale Sachverhalte, die im Hinblick auf die Veränderungen in Dynamik und Prozess kein entsprechendes Abbild in der analogen Welt mehr finden. Gerade solche neuartigen Sachverhalte führten zu bisher unbekanntem mehrdimensionalen Grundrechtskollisionen, erforderten bei wesentlichen Abweichungen gegenüber bisherigen bekannten und bereits regulierten Sachverhalten teilweise neue Wertentscheidungen und machten wegen der Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG Neubewertungen auch durch den Gesetzgeber erforderlich.

Rachut belässt es dabei nicht, das theoretische Fundament für eine neue digitale Grundrechtssicht zu entwickeln. Bemerkenswert ist, wie die Verfasserin das von ihr perfekt ausgebreitete, auf lange Traditionen bezogene Grundrechtsverständnis mit einer exzellenten Kenntnis der Instrumente der digitalen Transformation und der von ihr eingehend beschriebenen, aus digitalen Sachverhalten entstehenden neuen Gefährdungslagen verbindet und daraus neue Ansätze für Grundrechtsinterpretationen in digitalen Kontexten gewinnt.

Dabei gelingt es ihr in brillanter Weise, in ihrem Buch an verschiedenen Stellen die theoretischen Aussagen mit Praxisbezügen zu verbinden. Sie verweist auf das Praxisbeispiel der elektronischen Fernprüfungen an Hochschulen mit ihren Auswirkungen auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, die IT-Sicherheit, die Unverletzlichkeit der Wohnung und auf die wegen Art. 3 GG wesentliche Chancengleichheit. Sie befasst

sich mit den Herausforderungen bei der Erstellung und Nutzung der elektronischen Patientenakte im Hinblick auf die Kollisionen des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung einerseits und des Rechts auf Gesundheit bezogen sowohl auf die Gesundheit des individuellen Patienten als auch auf die Gemeinschaftsinteressen (der Prävention und Therapie von Krankheiten anderer Patienten) andererseits. Als weiteres Beispiel bezieht sie die Auswirkungen der Kontaktnachverfolgung während der Covid 19-Pandemie auf die Ausübung insbesondere des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung wie auch des Gesundheitsgrundrechts in ihre wissenschaftlichen Untersuchungen ein. Diese Beispiele durchziehen wie ein roter Faden ihre gesamte Arbeit.

Besonderes Gewicht kommt naturgemäß den von der Verfasserin entwickelten Lösungsansätzen zu. Sie sieht keine besonderen Vorteile in einer Kodifizierung digitaler Grundrechte oder in einer neuen Staatszielbestimmung „Digitalisierung“, wohl aber in einer stärkeren Berücksichtigung von Schutzpflichten durch den Staat, in neuen Rechtssetzungsmodellen mit einer Verbesserung rechtlicher Steuerung („die oftmals bestehende Passivität“ müsse überwunden werden) sowie intensiverer Nutzung von Experimentierräumen, Reallaboren oder Sandboxes. Staatliche Abwägungsentscheidungen in digitalen Kontexten seien zu optimieren, es müsse ein Bewusstsein über die im jeweiligen konkreten Fall einschlägigen praktischen und rechtlichen Herausforderungen und diesbezügliche Lösungsansätze vorhanden sein. Dazu sei kontinuierlich eine entsprechende Wissensgrundlage aufzubauen, zu denken sei auch an eine verfassungsrechtliche Pflicht auf Informationsbeschaffung und Wissensgenerierung. Digitale Technologien könnten auch genutzt werden, um Grundrechten zu einer besseren Geltung zu verhelfen, und zwar durch ei-

nen auf digitale Instrumente setzenden serviceorientierten Staat, der sich transparent zeigt und Informationen leicht verfügbar und in verständlicher Sprache bereithält. Ferner seien Informationskampagnen vorzusehen oder die Vermittlung von Kompetenzen bei den Betroffenen zu stärken, um sie im Sinne einer Befähigung zur Selbsthilfe zu stärken. Dies könne die Notwendigkeit eines staatlichen Schutzes reduzieren. Dem ist unter Hinweis auf einen alten Grundsatz beizupflichten: Wenn der Staat frühzeitig seine vorrangigen Aufgaben der Bildung (gerade in Zeiten der digitalen Transformation) wahrnimmt, dann ist er weniger bei der „Nachsorge“ durch Schutzmaßnahmen zugunsten von nicht hinreichend Informierten gefordert.

Die Länge der Arbeit mag zwar einen unbefangenen Leser zunächst von der Lektüre abschrecken. Wer sich jedoch zur Beschäftigung mit dieser wissenschaftlichen Arbeit entschließt, wird in jeder Hinsicht beschenkt. Schnell stellt sich heraus, welches tiefgehende verfassungstheoretische Wissen sich hier mit intensivem und aktuellem Knowhow der für Juristinnen und Juristen oft schwer zugänglichen Informationstechnologie verbindet. Gerade deshalb lohnt sich nicht nur die einmalige Lektüre zur Erweiterung des eigenen Wissens um die Grundrechtsverwirklichung in digitalen Kontexten. Das Buch eignet sich auch als Nachschlagewerk für alle aufkommenden Fragen der Verbindung von Grundrechten mit aktuellen Herausforderungen der digitalen Transformation in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung.

Prof. Dr. Wilfried Bernhardt, Staatssekretär a. D.
Rechtsanwalt in Berlin und Honorarprofessor an
der Universität Leipzig.