

Enrico Peuker

# Verfassungswandel durch Digitalisierung

Digitale Souveränität  
als verfassungsrechtliches Leitbild

Mohr Siebeck

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	VII
Inhaltsübersicht . . . . .	IX
Einleitung . . . . .	1
A. Verfassungsversprechen . . . . .	1
B. Digitalisierung als Anstoß des Wandels . . . . .	2
C. Verfassungswandel durch Digitalisierung . . . . .	4
I. <i>Verfassungsdynamiken</i> . . . . .	4
II. <i>Perspektiverweiterungen</i> . . . . .	5
1. Phänomenologisches Verständnis des Verfassungswandels . . . . .	5
2. Leitbild digitaler Souveränität . . . . .	6
3. Digitale Infrastrukturen . . . . .	7
4. Digitale Grundrechte . . . . .	7
III. <i>Perspektivbegrenzungen</i> . . . . .	8
1. Kapitel: Begriff und Bedeutung der Digitalisierung . . . . .	11
A. Wandel der Begriffe . . . . .	11
I. <i>Digitalisierung als Forschungsgegenstand</i> . . . . .	11
II. <i>Digitalisierung als Brückenbegriff</i> . . . . .	13
III. <i>Technischer Begriff der Digitalisierung</i> . . . . .	15
IV. <i>Phänomenologischer Begriff der Digitalisierung</i> . . . . .	17
1. Kennzeichen der Digitalisierung . . . . .	17
a) Dynamik der technischen Entwicklung . . . . .	18
b) Vernetzung . . . . .	19
c) Konvergenz . . . . .	21
d) Ubiquität der Informations- und Kommunikationstechnik . . . . .	22
e) Datafizierung . . . . .	23
2. Digitalisierung und Informatisierung . . . . .	25
a) Ursprung des Informatisierungsbegriffs . . . . .	25
b) Enttechnologisierter Informatisierungsbegriff . . . . .	26

3. Digitalisierung als „Auslöser“ einer neuen Medienepoche . . . . .	26
a) Phänomenologische Beschreibung . . . . .	27
b) Medien-/kommunikationstheoretische Erklärung . . . . .	28
c) Terminologischer Ertrag . . . . .	30
4. Post-Digitalisierung . . . . .	30
a) Entzauberung der Digitalisierung . . . . .	31
b) Abschied von Dichotomien . . . . .	32
c) Terminologische Sensibilität und Akzentverschiebungen . . . . .	33
B. Wandel der Episteme . . . . .	33
I. <i>Wissenschaftstheoretische Konzeption der turns</i> . . . . .	34
II. <i>Digital Humanities</i> . . . . .	36
III. <i>Computational turn in der Rechtswissenschaft</i> . . . . .	38
1. Kontext der Fragestellung . . . . .	38
2. Das Schweigen der Rechtsinformatik . . . . .	41
a) Begrenzte Reichweite der Entscheidungsautomation . . . . .	42
aa) Richter als Subsumtionsautomaten . . . . .	42
bb) Legal Techs: Ablösung der Anwälte durch Apps . . . . .	43
b) Rechtsinformatik als Hilfswissenschaft . . . . .	46
c) Konkurrenz durch das Informations- und Medienrecht . . . . .	47
3. Anhaltspunkte für einen computational turn . . . . .	48
a) Schriftlichkeit von Recht und Rechtswissenschaft . . . . .	48
b) Erkenntniswege der Rechtswissenschaft . . . . .	50
aa) Der Einfluss juristischer Datenbanken auf Hermeneutik und Dogmatik . . . . .	51
(1) Rahmenbedingungen juristischer Datenbanken . . . . .	51
(a) Umfang . . . . .	52
(b) Verfügbarkeit . . . . .	53
(c) Perzeption . . . . .	53
(2) Auf der Suche nach digitaler Hermeneutik und Dogmatik . . . . .	55
(a) Juristische Hermeneutik . . . . .	55
(b) Rechtsdogmatik . . . . .	56
(c) Analoge Antworten auf digitale Fragen . . . . .	57
bb) Korpuslinguistische und statistische Analysen . . . . .	59
c) Kommunikationswege der Rechtswissenschaft . . . . .	60
4. Momentaufnahme des epistemischen Wandels . . . . .	63

2. Kapitel: Begriff und Konzept des Verfassungswandels . . . . .	65
A. Dynamik von Verfassung und Verfassungsrecht . . . . .	66
I. „Entzeitete“ Verfassung . . . . .	66
II. Friktionen eines dynamischen Verfassungsverständnisses . . . . .	68
1. Stabilität und Flexibilität . . . . .	68
2. Normativität und Faktizität . . . . .	72
a) Ein populäres deutsches Scheinproblem? . . . . .	72
b) Normative Kraft des Faktischen . . . . .	74
c) Verweisungszusammenhang von Norm und Wirklichkeit . . . . .	77
3. Modi der Verfassungsanpassung . . . . .	78
a) Ordnungsverhältnis der Anpassungsmodi? . . . . .	78
b) Totalrevision der Verfassung . . . . .	82
c) Punktuelle Verfassungs(text)änderungen . . . . .	84
d) Geänderte Verfassungsinterpretation . . . . .	88
e) Verfassungswandel . . . . .	90
B. Entwicklung der Figur des Verfassungswandels . . . . .	92
I. Ursprünge der Figur des Verfassungswandels . . . . .	92
1. Historisch-phänomenologisches Begriffsverständnis . . . . .	92
2. Gründe der theoretischen und dogmatischen Zurückhaltung . . . . .	95
a) Positivistische Methode . . . . .	95
b) Formelles Verfassungsverständnis und materielles Verfassungsgesetz . . . . .	96
c) Fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit . . . . .	98
3. Erste Folgerungen für eine Lehre vom Verfassungswandel . . . . .	98
II. Verfassungswandel im Verfassungsstaat des Grundgesetzes . . . . .	99
1. Thematische Konjunkturen . . . . .	99
2. Konsens und Dissens in der Methode . . . . .	102
3. Verfassungswandel als dogmatischer Begriff: Inhaltswandel ohne Textwandel . . . . .	104
a) Definition und normtheoretische Fundierung . . . . .	104
b) Differenzierungen . . . . .	107
4. Kontextualität des Verfassungswandels . . . . .	109
a) Verfassungsnormativer Kontext . . . . .	109
aa) Sprachliche und normative Offenheit . . . . .	109
bb) Verfassungswandel und Verfassungsänderung . . . . .	111
(1) Exklusivität der Verfassungsänderung . . . . .	111
(2) Legitimität des Verfassungswandels . . . . .	112
(3) Differenzierte Auslegung und funktionale Äquivalenz . . . . .	112

cc) Grenzen des Verfassungswandels . . . . .	116
(1) Wortlaut der Verfassungsnorm . . . . .	117
(2) Zeitfaktor . . . . .	118
(3) Wandlungsverbote . . . . .	119
(4) Verfassungskontinuität und Tiefenstrukturen . . . . .	120
b) Institutioneller Kontext . . . . .	121
aa) Verfassungswandel durch staatliche und private Akteure . . . . .	122
bb) Verfassungswandel durch Verfassungsgerichtsbarkeit . . . . .	122
(1) Verfassungsfragen als Rechtsfragen . . . . .	122
(2) Bindungswirkung der Entscheidungen . . . . .	123
(3) Legitimation des Verfassungswandels durch das Gericht . . . . .	125
c) Verfassungswandel im Rechtsvergleich . . . . .	129
5. Verfassungswandel und Verfassungsinterpretation . . . . .	131
III. Verdienste und Versäumnisse der überkommenen Lehre . . . . .	133
1. Verdienste . . . . .	134
2. Versäumnisse . . . . .	134
a) Heuristisches Desiderat . . . . .	134
b) Legitimatorisches Desiderat . . . . .	135
c) Methodisches Desiderat . . . . .	136
C. Update der Lehre vom Verfassungswandel . . . . .	137
I. Phänomenologische Perspektiverweiterung . . . . .	137
1. Strukturelle statt punktuelle Wandlungen . . . . .	137
2. Begrifflicher Vorbehalt . . . . .	137
3. Vermittlung von Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit . . . . .	139
a) Weite Definition des Verfassungswandels . . . . .	139
b) Konzeptioneller Vorschlag . . . . .	140
c) Kritik . . . . .	142
4. Phänomenologisches Programm . . . . .	144
II. Akteure . . . . .	145
1. Bundesverfassungsgerichtspositivistischer Kurzschluss . . . . .	145
a) Pluralität der Akteure . . . . .	145
b) „Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ . . . . .	146
c) Politikwissenschaftliche Akteursperspektive . . . . .	148
2. Verfassungswandel durch den Gesetzgeber . . . . .	150
a) Gesetzgebung als Interpretation der Verfassung . . . . .	150
b) Verfassung als Konzentrat unterverfassungsgesetzlicher Vorstellungen . . . . .	151
3. Verfassungswandel durch Staatspraxis . . . . .	153
4. Verfassungswandel durch Europarecht . . . . .	155

a) Unionsrecht und Unionsgerichte . . . . .	155
b) EMRK und EGMR . . . . .	161
5. Verfassungswandel und Rechtswissenschaft . . . . .	162
6. Verfassungswandel und Gesellschaft . . . . .	165
a) Offene Gesellschaft der Interpreten und offene Grundrechtsinterpretation . . . . .	165
b) Doppelfunktion der Verfassungsbeschwerde . . . . .	166
c) Gesellschaftliche Bewegungen . . . . .	169
d) Medien . . . . .	170
7. Fachgerichte . . . . .	172
8. Zwischenergebnis . . . . .	173
<i>III. Leitbilder im Verfassungsrecht . . . . .</i>	<i>174</i>
1. Begriff und Funktionen . . . . .	175
a) Kontexte und Konnotationen . . . . .	175
b) Funktionen . . . . .	177
aa) Orientierungs- und Verständigungsfunktion . . . . .	177
bb) Legitimationsfunktion . . . . .	178
cc) Heuristische Funktion . . . . .	178
dd) Dynamisierungsfunktion . . . . .	179
ce) Steuerungsfunktion . . . . .	180
ff) Funktionale Abgrenzungen . . . . .	181
gg) Leitbilder und Verfassungswandel . . . . .	181
c) Bildlichkeit . . . . .	181
2. Ambivalenzen . . . . .	183
3. Operationalisierbarkeit . . . . .	184
a) Vorbehalte gegen eine Operationalisierung von Leitbildern . . . . .	184
b) Wege einer Operationalisierung . . . . .	185
aa) Entstehung und Begründung von Leitbildern . . . . .	185
bb) Leitbildorientierte Verfassungsanwendung . . . . .	186
cc) Grenzen der leitbildorientierten Verfassungsanwendung . . . . .	187
4. Pluralisierung von Verfassungsleitbildern . . . . .	188
 3. Kapitel: Verfassungsrechtliches Leitbild der digitalen Souveränität . . . . .	 191
A. Leitbilderwartungen . . . . .	191
B. Leitbild der digitalen Souveränität . . . . .	192
<i>I. Digitale Souveränität als politisches Programm . . . . .</i>	<i>192</i>
1. Deutschland . . . . .	192
a) Infrastrukturelle Dimension – Staat . . . . .	195
b) Wirtschaftspolitische Dimension – Unternehmen . . . . .	196

c) Individualrechtliche Dimension – Bürger . . . . .	197
d) Wissenspraktische Dimension – Bürger . . . . .	198
e) Institutionalisierte Politik digitaler Souveränität . . . . .	199
2. Europa . . . . .	200
a) Digitaler Binnenmarkt . . . . .	200
b) Europäische digitale Souveränität . . . . .	203
II. <i>Digitale Souveränität in den Nachbarwissenschaften</i> . . . . .	206
1. Illusion I: Digitale Utopien . . . . .	206
2. Illusion II: Internet Exceptionalism . . . . .	209
3. Reaktion I: Digitale Souveränität . . . . .	212
4. Reaktion II: Digitale Gouvernamentalität . . . . .	213
III. <i>Digitale Souveränität als verfassungsrechtliches Leitbild</i> . . . . .	215
1. Begriff der Souveränität . . . . .	215
2. Verfassungsrechtliches Leitbild der digitalen Souveränität . . . . .	216
a) Inhalt . . . . .	216
b) Normative Anknüpfungspunkte des Leitbilds . . . . .	216
c) Abgrenzung zur Lehre von den Verfassungsvoraussetzungen . . . . .	217
C. Raumbezogene Leitbilder der Digitalisierung . . . . .	219
I. <i>Raummetaphorik des Digitalen</i> . . . . .	220
II. <i>Raum als soziale Konstruktion</i> . . . . .	222
III. <i>Rechtswissenschaft und Raum</i> . . . . .	226
IV. <i>Rechtswissenschaftlicher Ertrag raumbezogener Leitbilder</i> . . . . .	229
1. Raumbegriff . . . . .	229
2. Raumdanken . . . . .	230
D. Weiteres Programm . . . . .	232
4. Kapitel: Digitale Infrastrukturen . . . . .	235
A. Verfassungsrechtliche Relevanz von (digitalen) Infrastrukturen . . . . .	235
B. Begriff und Recht der Infrastrukturen . . . . .	237
I. <i>Historische Semantik</i> . . . . .	237
II. <i>Definition der Infrastruktur</i> . . . . .	238
III. <i>Rechtsbegriff der Infrastruktur</i> . . . . .	240
IV. <i>Infrastrukturrecht als Rechtsgebiet</i> . . . . .	241
V. <i>Digitale Infrastrukturen</i> . . . . .	242
C. Wandel der verfassungsrechtlichen Infrastrukturverantwortung . . . . .	243
I. <i>Konzept des Gewährleistungsstaats</i> . . . . .	243
1. Daseinsvorsorge und Gewährleistungsstaat . . . . .	243
2. Infrastrukturverantwortung im Gewährleistungsstaat . . . . .	247
a) Gewährleistungsverantwortung . . . . .	247
b) Infrastrukturverantwortung . . . . .	249

c) Verfassungsrechtliche Determinanten . . . . .	249
aa) Sozialstaatsprinzip . . . . .	250
bb) Grundrechte . . . . .	251
cc) Staatsaufgabenlehre . . . . .	252
dd) Sektorspezifische Determination . . . . .	253
II. <i>Infrastrukturverantwortung im Bereich der</i> <i>Telekommunikation</i> . . . . .	253
1. Entstehungsgeschichtliche Vorbemerkungen . . . . .	253
2. Gewährleistungsinhalt . . . . .	255
a) Staatszielbestimmung . . . . .	255
b) Dienstleistungen im Bereich der Telekommunikation . . . . .	256
c) Merkmale der zu gewährleistenden Dienstleistungen . . . . .	257
aa) Flächendeckend . . . . .	258
bb) Angemessen und ausreichend . . . . .	260
3. Gewährleistungsinstrumente . . . . .	261
a) Instrumentenvielfalt . . . . .	261
b) Universaldienst . . . . .	262
aa) Unionsrechtlicher Rahmen . . . . .	262
bb) Umsetzung im TKG . . . . .	265
III. <i>Verfassungswandel am Beispiel des Breitbandausbaus</i> . . . . .	266
1. Infrastrukturverantwortung und Breitbandausbau . . . . .	266
a) Begriff und Bedeutung des Breitbandes . . . . .	266
b) Art. 87f Abs. 1 GG als Wandelrezeptor . . . . .	269
2. Breitbandausbau und Universaldienst . . . . .	271
3. Gewandelte Auslegung des Art. 87f GG . . . . .	275
a) Auslegungsrahmen . . . . .	275
b) Optimierungsinstrumente . . . . .	279
aa) Wege- und Mitbenutzungsrechtsregime . . . . .	279
bb) Frequenzordnung als Planungsinstrument . . . . .	281
cc) Subventionierung . . . . .	283
c) Infrastrukturverantwortung im Bundesstaat . . . . .	285
IV. <i>Verfassungswandel am Beispiel der IT-Sicherheit</i> . . . . .	288
1. Begriff und Bedeutung der IT-Sicherheit . . . . .	289
2. IT-Sicherheit und staatliche Infrastrukturverantwortung . . . . .	290
3. Unionsrechtliche und einfachgesetzliche Konkretisierung . . . . .	292
5. Kapitel: „Digitale Grundrechte“ . . . . .	295
A. Grundrechtswandel durch Digitalisierung . . . . .	295
I. <i>Grundrechte als Wandelrezeptoren</i> . . . . .	295
II. <i>Digitalisierung und Grundrechte</i> . . . . .	295

III. Drei-Stufen-Modell der Grundrechtsentwicklung . . . . .	297
1. Interpretation . . . . .	298
2. Innovation . . . . .	298
3. Kodifikation . . . . .	299
B. Interpretation . . . . .	300
I. Virtuelle Versammlungen . . . . .	301
1. Hybride Formen . . . . .	303
2. „Virtuelle Sit-Ins“ in Form von Denial-of-Service- Attacken . . . . .	305
3. Versammlungen in virtuellen Umgebungen . . . . .	306
II. Fernmeldegeheimnis . . . . .	308
C. Innovation . . . . .	311
I. Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung . . . . .	313
1. Vorarbeit der Wissenschaft . . . . .	313
2. Zivilgesellschaftliche Bewegung . . . . .	315
3. Rezeption durch das Bundesverfassungsgericht . . . . .	316
4. Fortentwicklung durch die Wissenschaft . . . . .	318
5. Impulse durch die Datenschutzgesetzgebung . . . . .	320
II. Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme . . . . .	322
1. Bundesverfassungsgerichtliche Innovation . . . . .	322
2. Wissenschaftliche Rezeption . . . . .	324
III. Medienfreiheit und Internetdienstefreiheit . . . . .	326
D. Kodifikation . . . . .	327
I. Kodifikationsspektrum . . . . .	327
II. Charta der Digitalen Grundrechte der EU . . . . .	329
1. Initiative und Inhalt . . . . .	329
2. Distinktion durch Innovation . . . . .	331
3. Technikoffenheit und Zeitgeistiges . . . . .	333
4. Grundrechtliche Regelung und gesetzliche Konkretisierung . . . . .	334
5. Grundrechtsverpflichtung . . . . .	334
6. Perspektiven des Entwurfs und der Grundrechtsentwicklung . . . . .	337
Zusammenfassende Thesen . . . . .	339
Literaturverzeichnis . . . . .	349
Stichwortregister . . . . .	405