

NOMOSLEHRBUCH

Prof. Dr. Mario Martini
Deutsche Universität für
Verwaltungswissenschaften Speyer

Prof. Dr. Florian Möslein, Dipl.-Kfm., LL.M. (London)
Philipps-Universität Marburg

Prof. Dr. Dr. Frauke Rostalski
Universität zu Köln

Recht der Digitalisierung



Nomos

Inhalt

Vorwort	5
Einführung	17
I. Digitalisierung und Recht	17
II. Recht der Digitalisierung im rechtswissenschaftlichen Studium	18
III. Herausforderungen	21

Teil 1 – Öffentliches Recht

§ 1 Verfassungs- und unionsrechtliche Grundlagen der Digitalisierung	24
A. Digitale Dimension der Grundrechte und allgemeine Grundrechtslehren in der digitalen Welt	24
I. Grundrechtsbindung	25
II. Verhältnis zwischen nationalem und europäischem Grundrechtsschutz	26
1. Unionaler Grundrechtsschutz	26
2. Grundrechtsschutz der EMRK	28
III. Grundrechtsschutz zwischen Privaten im digitalen Raum	28
IV. Grundrechtsberechtigung digitaler Rechtssubjekte?	31
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	33
B. Grundrechte mit spezifischem Digitalisierungsbezug	33
I. Allgemeines Persönlichkeitsrecht	33
II. Recht auf informationelle Selbstbestimmung bzw. auf Schutz personenbezogener Daten	37
1. Nationaler Grundrechtsschutz	37
a) Schutzbereich	37
b) Eingriffsrechtfertigung	38
2. Unionale Schutzdimension	39
III. Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (sog. IT-Grundrecht)	40
1. Nationales Verfassungsrecht	40
2. Unionale Schutzdimension	41
IV. Telekommunikationsgeheimnis	43
1. Nationaler Grundrechtsschutz	44
a) Zeitliche Schutzdimension	45
b) Eingriffsrechtfertigung	46
2. Unionale Schutzdimension	46
V. Meinungsfreiheit im digitalen Raum	49
1. Meinungen iSd Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG	49
2. Tatsachenbehauptungen	50
3. Form der Bekundung	51

4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung und Vorrangregeln für die Abwägung	52
a) Gebot praktischer Konkordanz	53
aa) Vorrangregeln	53
bb) Hausregeln	55
b) Unionaler Grundrechtsschutz: die Meinungsfreiheit der GRCh	55
VI. Versammlungsfreiheit im digitalen Zeitalter	57
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	59
C. Rechtsstaatliche und demokratische Herausforderungen maschinellen Lernens	60
I. Technische Grundlagen	61
1. Spielarten lernender Algorithmen	63
a) Überwachtes Lernen (Supervised Learning)	63
b) Unüberwachtes Lernen (Unsupervised Learning)	64
c) Bestärkendes Lernen (Reinforcement Learning)	65
2. Deep Learning	66
3. Neuere technische Entwicklungen	67
II. Verfassungsrechtliche Vorgaben	67
1. Vorgaben für den Einsatz in der Verwaltung	68
a) Demokratische Legitimation und Gesetzesbindung	68
b) Rechtsstaatliche Nachvollziehbarkeit – Transparenz und Erklärbarkeit	69
c) Anforderungen an die Normenbestimmtheit und Zweckbindung	70
d) Rechtsstaatliche Schutzmechanismen gegen Diskriminierungsrisiken	72
aa) Risiken menschlicher Programmierung	72
bb) Anfälligkeit der Trainingsdaten für Bias	73
2. Vorgaben für den Einsatz in der Justiz	73
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	75
§ 2 Einfachrechtliche Querschnittsvorgaben des öffentlichen Daten- und Digitalisierungsrechts	76
A. Datenschutzrecht: DSGVO und nationales Recht	76
I. Regelungssystematik; Anwendungsbereich der DSGVO	77
1. Sachlicher Anwendungsbereich	78
a) Personenbezogene Daten	78
b) Verarbeitung	80
c) Grenzen des sachlichen Anwendungsbereichs und Ausnahmen	80
aa) Unionsrechtliche Grenze	80
bb) Haushaltsausnahme	81
cc) Gefahrenabwehr und Strafverfolgung (einschließlich Strafvollstreckung)	82
2. Räumlicher Anwendungsbereich	83

II.	Grundprinzipien des Datenschutzrechts	84
1.	Zweckbindungsgrundsatz	85
2.	Datenminimierung und Speicherbegrenzung	86
3.	Richtigkeit, Integrität und Vertraulichkeit	87
4.	Verarbeitung „nach Treu und Glauben“; Rechtscharakter der Grundsätze	88
III.	Rechtmäßigkeit der Verarbeitung	89
1.	Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a, Art. 7 f. DSGVO)	89
2.	Gesetzliche Verarbeitungserlaubnis	91
a)	Vertrag	92
b)	Berechtigte Interessen	93
c)	Aufgabenwahrnehmung im öffentlichen Interesse und Ausübung öffentlicher Gewalt (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e iVm Art. 6 Abs. 2 und 3 DSGVO)	94
IV.	Rechte der betroffenen Person	94
1.	Rechtsnatur der Betroffenenrechte	95
2.	Wichtige Ausprägungen der Betroffenenrechte	96
a)	Recht auf Auskunft	96
b)	Recht auf Löschung („Recht auf Vergessenwerden“)	97
c)	Verbot automatisierter Entscheidungen	99
V.	Datenschutzaufsicht	100
VI.	Rechtsschutz	103
1.	Beschwerderecht und Rechtsschutz gegen die Aufsichtsbehörde	103
2.	Rechtsschutz gegen den Verantwortlichen (bzw. den Auftragsverarbeiter)	103
	Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	105
B.	Recht der digitalen Medien	105
I.	Telemedien	105
1.	Begriff	106
2.	Pflichten aus dem TMG	106
3.	Datenschutzrechtliche Pflichten aus dem TTDSG	107
4.	Pflichten aus dem Medienstaatsvertrag	108
5.	Pflichten aus dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)	108
6.	Ausblick auf den Digital Services Act	111
II.	Rundfunk	112
1.	Verfassungsrechtlicher Rundfunkbegriff im digitalen Zeitalter	112
2.	Medienstaatsvertrag	115
3.	Ausblick: Medienfreiheitsgesetz	115
	Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	117
§ 3	Digitalisierung der Verwaltung	118
A.	Status quo der Verwaltungsdigitalisierung	118
B.	Digitaler Zugang zur Verwaltung	119
I.	Art. 91c GG als verfassungsrechtliche Ankernorm	119
II.	Onlinezugangsgesetz (OZG)	119

III. Portalverbund und Nutzerkonto	120
IV. Single Digital Gateway (SDG)	121
C. Digitalisierung des Verwaltungsverfahrens	121
I. Elektronische Kommunikation und Form; Authentifizierung	122
1. Elektronische Erreichbarkeit der Behörden	122
2. Elektronischer Erlass und elektronische Übermittlung des Verwaltungsakts	122
a) Elektronischer Verwaltungsakt	123
aa) Schriftliche Bestätigung eines elektronischen Verwaltungsaktes (§ 37 Abs. 2 S. 3 VwVfG)	123
bb) Erkennbarkeit der Behörde sowie Unterschrift/ Namenswiedergabe (§ 37 Abs. 3 S. 1 VwVfG)	123
b) Elektronisch übermittelter Verwaltungsakt	124
aa) Bekanntgabefiktion (§ 41 Abs. 2 S. 2 VwVfG)	126
bb) Bekanntgabe durch Abruf (§ 41 Abs. 2a VwVfG)	126
II. Teilautomatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes	128
III. Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes (§ 35a VwVfG)	129
1. Voraussetzungen und Grenzen	129
2. Verfahrensrechte Betroffener	132
3. Rechtsfolgen	133
IV. Subjektives öffentliches Recht des Bürgers auf elektronische Verfahren?	134
V. Digitale Infrastruktur, insbes. E-Akte	136
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	136
§ 4 Digitalisierung der Verwaltungsjustiz	138
A. Elektronischer Widerspruch	138
B. Verwaltungsgerichtliches Verfahren	139
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	142

Teil 2 – Privatrecht

§ 5 Allgemeiner Teil des BGB	145
A. Rechtssubjekte	145
I. Systeme künstlicher Intelligenz	145
II. Dezentrale autonome Organisationen (DAOs)	149
B. Rechtsobjekte	153
I. Daten und Programme	153
II. Token	155
C. Rechtsgeschäfte	157
I. Rechtsgeschäfte im Wege elektronischer Kommunikation	158
II. Automatisierte Willenserklärungen	160

III. Rechtsgeschäfte auf digitalen Plattformen	163
IV. Smart Contracts	166
D. Rechtsausübung	170
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	172
§ 6 Schuldrecht	173
A. Allgemeines Schuldrecht	173
I. Vertragsgestaltung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, §§ 305 ff. BGB	173
II. Vertragsbegründung: Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr, §§ 312i f. BGB	182
III. Verträge über digitale Produkte, §§ 327 ff. BGB	187
1. Systematische Einordnung	188
2. Anwendungsbereich	189
3. Bereitstellung digitaler Produkte	193
4. Vertragsmäßigkeit digitaler Produkte	195
B. Besonderes Schuldrecht	201
I. Vertragliche Schuldverhältnisse	201
1. Systematische Einordnung von Verträgen über digitale Produkte	201
2. Verbrauchsgüterkauf von Waren mit digitalen Elementen, §§ 475b f. BGB	204
3. Datenverträge	206
II. Gesetzliche Schuldverhältnisse	208
1. Bereicherungsrecht	208
2. Geschäftsführung ohne Auftrag	209
3. Deliktsrecht	210
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	218
§ 7 Sachenrecht	219
A. Anwendungsbereich	219
B. (Dingliche) Übertragung	219
C. Digitale Eigentums- bzw. Besitzstörung	221
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	223
§ 8 Zivilrechtliche Nebengebiete (Überblick)	224
A. Handelsrecht	224
B. Gesellschaftsrecht	227
C. Arbeitsrecht	230
D. Familien- und Erbrecht	232
E. Zivilprozessrecht	234
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	238

Teil 3 – Strafrecht

§ 9 Einführung: Strafrecht im Zeitalter der Digitalisierung	239
§ 10 Herausforderungen der Digitalisierung für das materielle Strafrecht	240
A. Abschaffung des Strafrechts im Zeitalter der Digitalisierung?	240
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	245
B. Allgemeiner Verbrechensbegriff	245
I. Technische Systeme als Herausforderung für den strafrechtlichen Schuld­begriff	246
II. Technische Systeme als Herausforderung für den strafrechtlichen Handlungs­begriff	249
III. Technische Systeme als Herausforderung für die strafrechtliche Verantwortung des Menschen	249
IV. Der rechtliche Umgang mit Dilemma-Situationen als Herausforderung durch die Technologie autonom fahrender Kraftfahrzeuge	252
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	259
C. Entstehung neuer Verbrechen und Verbrechenserscheinungsformen	259
I. Digitale Medien und das Strafrecht	260
1. Digitaler Hass	260
a) Der strafrechtliche Umgang mit gruppenbezogenen Herabwürdigungen	261
b) (Straf-)rechtlicher Umgang mit digitalem Hass als Ausdruck eines Paradigmenwechsels?	263
2. Fake News und das Strafrecht	265
3. Der Digital Services Act	266
II. Geldwäsche und Kryptowährungen	268
1. 5. Geldwäsche-Richtlinie	270
2. EU-Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche	270
a) Kryptowerte als tauglicher Tatgegenstand im Sinne von § 261 StGB	271
b) Herrühren aus einer rechtswidrigen Vortat	272
III. Strafbarkeit des Einsatzes von Social Bots	273
1. Strafbarkeit nach §§ 303a Abs. 1, 303b Abs. 1, 2 StGB	274
2. Strafbarkeit nach §§ 107 ff. StGB	275
3. Strafbarkeit nach § 130 Abs. 1 StGB	276
4. Strafbarkeit nach §§ 185 ff. StGB	277
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	278
§ 11 Digitalisierung und die Praxis der Strafzumessung	279
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	283

§ 12 Einfluss der Digitalisierung auf das Strafverfahren und die Rechtsfindung	284
A. Der elektronische Strafgerichtssaal der Zukunft	284
I. Chancen und Risiken der audiovisuellen Dokumentation in der Tatsacheninstanz	285
1. Chancen	285
2. Risiken	286
II. Chancen und Risiken der audiovisuellen Dokumentation in der Revisionsinstanz	286
1. Mögliche Auswirkungen der audiovisuellen Dokumentation der Hauptverhandlung auf die Sachrüge	287
2. Mögliche Auswirkungen der audiovisuellen Dokumentation der Hauptverhandlung auf die Verfahrensrüge	288
a) Verfahrensrüge in Bezug auf den äußeren Verfahrensablauf	288
b) Verfahrensrüge in Bezug auf den Inhalt von Beweiserhebungen	288
3. Ausblick: Mögliche neue Rügen	289
III. Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz	289
IV. Gesetzesentwurf der Bundesregierung	292
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	293
B. Automatisierung der materiellen Rechtsfindung	293
I. Entscheidungsunterstützungssysteme – Beispiel der Predictive Justice	293
II. Entscheidungersetzungssoftware – „Iudex ex machina“	296
1. Technische Voraussetzungen für den „Iudex ex machina“	296
2. Vorzüge nichtmenschlicher Entscheidungsfindung	297
3. Gründe gegen die Delegation der menschlichen Entscheidungsfindung an die Technik	298
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	300
C. Digitale Beweismittel	300
I. Verwendung digitaler Spuren im Ermittlungsverfahren	300
1. Sicherstellung und Beschlagnahme, §§ 94 ff. StPO	300
2. Durchsicht von Papieren und elektronischen Speichermedien, § 110 StPO	302
3. Online-Durchsuchung, § 100b StPO	303
II. Digitale Beweismittel in der Hauptverhandlung	304
1. Erhebung digitaler Beweismittel in der Hauptverhandlung	304
2. Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit digitalen Beweismitteln	304
3. Digitale Beweismittel in den Urteilsgründen	306
III. EncroChat-Daten	306
1. Datenerhebung in Frankreich	307
2. Einführung in das deutsche Strafverfahren	307
a) Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO	307
b) Anwendungsvoraussetzungen des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO	308

3. Verwertung der Daten in der Hauptverhandlung	309
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	309
§ 13 Digitalisierung in der Praxis der Strafvollstreckung	310
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	312
§ 14 Strafrechtliche Compliance im digitalen Zeitalter	313
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	317
Teil 4 – Ausblick auf neue und künftige unionale Rechtsakte	
<hr/>	
§ 15 KI-Regulierung: Entwurf für ein Gesetz über Künstliche Intelligenz (KI-VO-E) und Haftungs-Richtlinie	319
A. KI-Begriff	319
B. Risikobasierter Regulierungsansatz	320
I. Die vier Risikoklassen	320
II. Verbotene KI-Systeme (Risikoklasse 1)	320
III. Hochrisiko-KI-Systeme (Risikoklasse 2)	322
IV. Transparenzpflichten für bestimmte KI-Systeme (Risikoklasse 3)	323
V. KI-Systeme mit minimalem Risiko (Risikoklasse 4)	323
C. Regulatory Sandboxes und Erleichterungen für Start-ups sowie KMUs	323
D. Aufsichts- und Überwachungsstrukturen	324
E. Haftungsregelungen für Künstliche Intelligenz	325
§ 16 Digital Markets Act (DMA)	326
§ 17 Digital Services Act (DSA)	329
§ 18 E-Privacy-VO	332
§ 19 Data Governance Act (DGA)	334
A. Gegenstand und Anwendungsbereich	334
B. Datenaltruismus	335
C. Datenvermittlungsdienste	335
§ 20 Data Act (DA)	337
Literaturübersicht (Auswahl)	339
Definitionen	341
Stichwortverzeichnis	351