E 20934 D

Mohr Siebeck
72010 Tübingen
Postfach 2040
ISSN 0022–6882

Redaktion:
72074 Tübingen
Wilhelmstraße 18
jz@mohrsiebeck.com

Telefon
(07071) 923-52
Telefax
(07071) 923-67
www.juristenzeitung.de

Juristen Zeitung

14

78. Jahrgang
21. Juli 2023
Seiten 625–676

Aus dem Inhalt:

Gunther Teubner und **Angelo Jr. Golia**
Digitalverfassung

Philipp Overkamp und **Henrike von Scheliha**
Die Bedürfnisse künftiger Generationen vor dem Conseil constitutionnel

Matthias Lehmann und **Danny Busch**
Plädoyer für eine Klauselverordnung

Clemens Latzel und **Lorenz Reichert**
Bindung an Unionsgrundrechte bei überschießender Richtlinienumsetzung

Anmerkung von
Nikolaus Marsch
Inhaltemoderation in Internetforen durch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten: Zur Maßstabsbildung durch Höchstgerichte im Medienrecht

Anmerkung von
Johannes Meier
Investition in Krypto-Währungen (Bitcoin/Ether) im Spannungsfeld zwischen Auftrag, GoA und Gefälligkeit

Anmerkung von
Sören Lichtenthäler
Keine privilegierende Spezialität von § 277 StGB a.F. gegenüber § 267 StGB – genetische vs. systematisch-grammatische Auslegung?

Digitale Kopie – nur zur privaten Nutzung durch den Autor/die Autorin – © Mohr Siebeck 2023

Herausgeber
Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Florian Möslein, LL.M. (London), Marburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Professor Dr. Bernhard Großfeld, Münster (bis 2000)
Professor Dr. Dr. h.c. Herbert Roth, Regensburg (bis 2021)
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen (bis 2006)
Professor Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner, Freiburg i.Br. (bis 2012)

Redaktion
Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

14 78. Jahrgang
21. Juli 2023

JZ
Juristen Zeitung

Inhalt

Aufsätze

Professor Dr. Dr. h.c. mult. **Gunther Teubner**
und Professor Dr. **Angelo Jr. Golia**
Digitalverfassung **625**

Dr. **Philipp Overkamp** und Dr. **Henrike von Scheliha**, LL.B./Maîtrise en Droit
Die Bedürfnisse künftiger Generationen vor dem Conseil constitutionnel **630**

Professor Dr. **Matthias Lehmann**
und Professor Dr. **Danny Busch**
Plädoyer für eine Klauselverordnung **640**

Privatdozent Dr. **Clemens Latzel** und **Lorenz Reichert**
Bindung an Unionsgrundrechte bei überschießender Richtlinienumsetzung **648**

Umschau

Kurzbeiträge
Zuhören und dazugehören
Ansprache zum Ausscheiden aus dem Bundesverfassungsgericht
Professorin Dr. **Susanne Baer**,
Richterin am BVerfG a.D. **655**

Entscheiden im Bundesverfassungsgerichtsmodus
Ansprache zum Ausscheiden aus dem Bundesverfassungsgericht
Professorin Dr. **Gabriele Britz**,
Richterin am BVerfG a.D. **659**

Glosse
Nero 2.0 – Die große Entmietung Deutschlands
Professor Dr. **Andreas Bergmann** **661**

Nachruf
Ulrich Huber (1936–2023)
Professor Dr. **Johannes Wertenbruch** **663**

Anmerkungen

BVerwG, 30.11.2022, 6 C 12.20
Anmerkung von
Professor Dr. **Nikolaus Marsch**, D.I.A.P. (ENA)
Inhaltemoderation in Internetforen durch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten: Zur Maßstabsbildung durch Höchstgerichte im Medienrecht **664**

OLG Frankfurt, 19.4.2023, 13 U 82/22
Anmerkung von
Dr. **Johannes Meier**
Investition in Krypto-Währungen (Bitcoin/Ether) im Spannungsfeld zwischen Auftrag, GoA und Gefälligkeit **669**

BGH, 10.11.2022. 5 StR 283/22
Anmerkung von
Dr. **Sören Lichtenthäler**
Keine privilegierende Spezialität von § 277 StGB a.F. gegenüber § 267 StGB – genetische vs. systematisch-grammatische Auslegung? **673**

JZ Information

Aktuelles aus der Rechtsprechung/
Aus dem Inhalt der nächsten Hefte **404***
Aus den Hochschulen **405***
Gesetzgebung **405***
Entscheidungen in Leitsätzen **406***
Neuerscheinungen **418***
Zeitschriftenübersicht **431***
Sammelwerke **435***
Impressum **435***

ISSN 0022-6882
DOI: 10.1628/jz-2023-0221
© Mohr Siebeck 2023

Digitale Kopie – nur zur privaten Nutzung durch den Autor/die Autorin – © Mohr Siebeck 2023

Herausgeber
Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Florian Möslein, LL.M. (London), Marburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Redaktion
Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

14 78. Jahrgang
21. Juli 2023
Seiten 625–676

JZ
Juristen Zeitung

Professor Dr. Dr. h. c. mult. **Gunther Teubner**
und Professor Dr. **Angelo Jr. Golia**, Frankfurt a. M./Trient*

Digitalverfassung

Der neuerdings vieldiskutierte digitale Konstitutionalismus steht vor Problemstellungen, auf die das traditionelle am Nationalstaat orientierte Verfassungsdenken kaum vorbereitet ist. Demgegenüber kann der gesellschaftliche Konstitutionalismus, der in den Verfassungen verschiedener Sozialbereiche, besonders in der Wirtschaftsverfassung und der Unternehmensverfassung, Erfahrungen gesammelt hat, Orientierungen für die folgenden Fragen vermitteln: Wie kann eine Digitalverfassung die drei Beschränkungen des traditionellen Verfassungsdenkens überwinden: (1) die vorherrschende Staatszentriertheit, (2) den ausschließlichen Fokus auf Machtphänomene und (3) die bloß individualistische Sicht der Drittwirkung von Grundrechten? Wie weit kann die Generalisierung bloß staatsbezogener Verfassungsprinzipien vorangetrieben werden? Wie konkret ist ihre Respezifizierung für digitale Technologien zu fassen? Eine Antwort auf diese Fragen macht erst die verfassungsrechtlich relevanten Gefährdungen sichtbar, die mit der Digitalisierung einhergehen – insbesondere die doppelte Kolonisierung des digitalen Raums –, und ermöglicht es, konstitutionelle Gegenstrategien zu entwerfen.

I. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus im digitalen Raum

Mit den gegenwärtig absehbaren Gefahren der digitalen Revolution hält das traditionelle staatszentrierte Verfassungsdenken nicht Schritt. Überwachungskapitalismus,[1] digitale Informationsmacht,[2] von sozialen Medien verursachte politische Radikalisierung[3] sind nur einige der destruktiven Dynamiken, in denen der digitale Code neuartige Verfassungsfragen aufwirft – und dies hauptsächlich in gesellschaftlichen Bereichen außerhalb staatlichen Handelns. Denn der digitale Code steigert bisher bekannte expansive Tendenzen innerhalb der funktional differenzierten Gesellschaft auf ungeahnte Weise.[4] Die gleichzeitig ablaufenden problematischen Prozesse einer umfassenden Politisierung und Monetarisierung gesellschaftlicher Bereiche werden durch die Digitalisierung noch einmal deutlich intensiviert.

Vor diesem Hintergrund stellt sich einer Digitalverfassung das Problem, ob und wie grundlegende verfassungsrechtliche Prinzipien – insbesondere Gewaltenteilung, Demokratie, Grundrechte und Rechtsstaatlichkeit – auch in der digitalen Welt Geltung erlangen können.[5] Denn solche Prinzipien müssen gänzlich neu formuliert werden, wenn sie auf das (selbst-)zerstörerische Potenzial der digitalen Kommunikation, das sich gerade außerhalb des staatlichen Bereichs in sämtlichen gesellschaftlichen Bereichen verwirklicht, reagieren sollen. Der digitale Konstitutionalismus geht damit in zweierlei Hinsicht über den staatszentrierten Konstitutionalismus hinaus. Er durchbricht sowohl die Trennung von Staat und Gesellschaft als auch die Grenze zwischen nationalen und transnationalen Phänomenen.

Die Verfasstheit der digitalen Sphäre ist eine neue Problematik innerhalb des gesellschaftlichen Konstitutionalismus, der sich in den letzten zwei Jahrzehnten in der Galaxie des globalen Konstitutionalismus etabliert hat.[6] Als eine Spielart des Rechts- und des Verfassungspluralismus ist der gesellschaftliche Konstitutionalismus Gegenstand einer lebhaften Kontroverse in den Rechts- und Sozialwissenschaf-

* *Gunther Teubner* lehrte Privatrecht und Rechtssoziologie am Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt. *Angelo Jr. Golia* ist Juniorprofessor für Verfassungsrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Trient.

1 *Zuboff,* The Age of Surveillance Capitalism, 2019.

2 *Kapczynski*, The Law of Informational Capitalism, Yale Law Journal 2020, 1460 ff.; *Cohen,* Truth and Power, 2019.

3 *González-Bailón/Lelkes*, Do Social Media Undermine Social Cohesion? Social Issues Policy Review 2022, 1 ff.

4 Zu den expansiven Tendenzen der Funktionssysteme *Teubner*, Die Verfassung gesellschaftlicher Mehrwerte, ZfRsoz 2021, 117 ff., 138 ff.

5 *Golia/Teubner* (Hrsg.), Digital Constitution: On the Transformative Potential of Societal Constitutionalism. Symposium. Indiana Journal of Global Legal Studies 2023 (im Erscheinen); *Celeste,* Digital Constitutionalism, 2022; *De Gregorio,* Digital Constitutionalism in Europe, 2022; *Kettemann,* Normative Order, 2020; *Suzor,* Lawless, 2019; *Gill/Redeker/Gasser*, Towards Digital Constitutionalism? The International Communication Gazette 2018, 302 ff.

6 Zwei einschlägige Monographien: *Kjaer,* Constitutionalism in the Global Realm, 2014; *Teubner,* Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung, 2012. Zur neueren Diskussion *Golia/Teubner*, Societal Constitutionalism, Vienna Journal of International Constitutional Law 2021, 357 ff. Zum globalen Konstitutionalismus *Wiener/Lang/Tully/Maduro/Kumm*, Global Constitutionalism 2012, 1 ff.; *Walker,* Intimations of Global Law, 2014.

JuristenZeitung 78, 625–630 DOI: 10.1628/jz-2023-0212
ISSN 0022-6882
© Mohr Siebeck 2023

Digitale Kopie – nur zur privaten Nutzung durch den Autor/die Autorin – © Mohr Siebeck 2023

ten.[7] Und schon in der ersten Formulierung des gesellschaftlichen Konstitutionalismus wurde die Konstitutionalisierung des Digitalen als Problem aufgeworfen.[8]

Bisher wurde das Konzept des gesellschaftlichen Konstitutionalismus nur eher deskriptiv zur Analyse digitaler Verfasstheit herangezogen.[9] Sein normatives Potential blieb dagegen eher unterbelichtet. In der einschlägigen Literatur werden nur selten konkrete rechtspolitische Strategien innerhalb dieser Perspektive entworfen. Es besteht deshalb die Gefahr, dass der digitale Konstitutionalismus sich nicht ausreichend kritisch mit gesellschaftlichen Machtphänomenen in der digitalen Sphäre auseinandersetzt und darauf mit klaren normativen Standards reagiert.

Das primäre Ziel dieses Beitrags ist es deshalb, die international geführte Debatte des digitalen Konstitutionalismus daraufhin zu befragen, welches transformative Potenzial eine Digitalverfassung besitzt. Mit dem gesellschaftlichen Konstitutionalismus als Hintergrundtheorie sollen Antworten auf drei miteinander verknüpfte Fragen gesucht werden. Welche Erfahrungen des gesellschaftlichen Konstitutionalismus können für die neu entstehende Verfassung des digitalen Raums fruchtbar gemacht werden? Wie können grundlegende Prinzipien nationalstaatlicher Verfassungen verallgemeinert und für die globale Digitalität mit einer transformativen Perspektive neu spezifiziert werden? Wie würden neue institutionelle Arrangements aussehen?

Es sind drei reduktive Tendenzen zu überwinden, die aus dem Erbe des traditionellen Konstitutionalismus stammen (Abschnitt II.). Der digitale Konstitutionalismus muss erstens über die immer noch vorherrschende Staatszentriertheit von Verfassungsprinzipien, zweitens über ihren ausschließlichen Fokus auf Machtphänomene und drittens über ihre eng individualistische Orientierung der Grundrechtsdrittwirkung hinausgehen. Dies erst eröffnet den Blick auf die eigentlich relevanten verfassungsrechtlichen Gefährdungen, die von der Digitalisierung ausgehen – insbesondere den Blick auf die doppelte Kolonisierung des digitalen Raums –, und zugleich auf mögliche Gegenstrategien, die sich am gesellschaftlichen Konstitutionalismus orientieren (Abschnitt III.).

II. Digitalverfassung jenseits der traditionellen Staatsverfassung

1. Jenseits der Staatszentrierung

Von vornherein ist zu betonen, dass in der Digitalisierung die Verfassungen der Nationalstaaten durchaus ein beträchtliches Potenzial besitzen, besonders zum Schutz vor einem digitalen Autoritarismus in den politischen Systemen. Sowohl Chinas „social credit system“[10] als auch das US-amerikanische „predictive policing“[11] nutzen digitale Technologien, um potenzielle Bedrohungen der Staatsmacht zu unterdrücken. Gegenüber den damit verbundenen Grundrechtsgefährdungen müssen nationalstaatliche Verfassungen neue Schutzregeln aufstellen, z. B. für den freien und kontinuierlichen Zugang zum Internet, für die Wahrung der Anonymität unter bestimmten Bedingungen oder zur automatisierten Datenanalyse für die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten.[12] Zugleich muss es Ziel nationalstaatlicher Verfassungen sein, das durchaus beträchtliche demokratische Potenzial digitaler Technologien gegenüber repressiver Politik zu stärken.[13]

Es wäre jedoch ein Irrtum, den digitalen Konstitutionalismus allein auf die Normen der staatlichen Verfassungen zu reduzieren. Gegenüber der kollektiven Macht privater Akteure hat der staatszentrierte Konstitutionalismus keine ausreichenden Vorkehrungen entwickelt. Denn der verfassungsrechtliche Schutz kann sich nicht allein gegen die Machtbedrohungen der staatlichen Welt beschränken, sondern muss Strategien gegen repressive Tendenzen in den nichtstaatlichen Sektoren der Gesellschaft, das heißt in Markttransaktionen, formalen Organisationen und transnationalen Regimen, entwickeln. Und heute ist der digitale Raum zu einem neuen nichtstaatlichen Sektor in der globalen Gesellschaft geworden, der einer umfassenden Konstitutionalisierung bedarf. Dies erfordert nicht nur neue *konstitutive* Regeln, das heißt komplexe institutionelle Strukturen, die das Auftreten und Handeln relevanter Akteure abstützen, einschließlich übergeordneter normativer Texte und komplexer Netzwerke von Organisationen und Verfahren.[14] Dringender noch ist es, dass neue *limitative* Regeln geschaffen werden, die sich gegen die digitale Macht privater Akteure, insbesondere gegen die Machtpraktiken von Silicon Valley und Big-Tech-Unternehmen, richten.[15]

2. Jenseits (sozialer) Macht

Doch wirkt im traditionellen Verfassungsdenken noch ein zweiter, deutlich subtilerer Reduktionismus. Zwar sind die digitalen Intermediäre (Amazon, Facebook, Google) als die neuen Machtzentren jenseits des Staates das legitime Ziel politischer Kritik und konstitutioneller Gegenstrategien, doch reicht es nicht aus, in diesem Zusammenhang ausschließlich das Kommunikationsmedium der sozialen Macht mit verfassungsrechtlichen Normen limitieren zu wollen. Die Konzentration auf soziale Macht verdeckt, dass andere expansive Kommunikationsmedien destruktive Wirkungen erzeugen, insbesondere die der Wirtschaft, Wissenschaft, Technologie und Religion.[16] Gerade auch in Situationen, in denen soziale Machtzentren nicht vorhanden sind, ist die verfassungsrechtliche Limitierung expansiver Kommunikationsmedien erforderlich.[17] Die Verfassungspolitik muss limi-

7 *Pribán,* Constitutional Imaginaries, in: *Hyden* et al. (Hrsg.), Combining the Legal and the Social in Sociology of Law, 2023, 417 ff.; *Christodoulidis,* The Redress of Law, 2021; *Muir Watt*, When Societal Constitutionalism Encounters Private International Law, Journal of Law and Society 2018, 185 ff.; *De Munck,* From Orthodox to Societal Constitutionalism, in: *Robé* et al. (Hrsg.), Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System, 2016, 135 ff.

8 *Teubner*, Globale Zivilverfassungen, ZaöRV 2003, 1 ff.

9 *Sheffi*, We Accept, Transnational Legal Theory 2020, 484 ff.; *Gill/Redeker/Gasser* (Fn. 5); *Bassini*, Fundamental Rights and Private Enforcement in the Digital Age, European Law Journal 2018, 182 ff.

10 *Miotto/Chen,* Manipulation, Real-time Profiling, and their Wrongs, in: *Jongepier* et al. (Hrsg.), The Philosophy of Online Manipulation, 2022, 392 ff.; *Jakob*, The Corporate Social Credit System, Transnational Legal Theory 2021, 294 ff.

11 *Sow*, On Reaching a Crime Scene Ahead of the Criminal, German Law Journal 2022, 597 ff.; *Castets-Renard,* Predictive Policing, in: *Micklitz* et al. (Hrsg.), Constitutional Challenges in the Algorithmic Society, 2022, S. 93 ff.

12 Z. B. *BVerfG*, Urteil v. 16. 2. 2013 – 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20; *Hoffmann/Luch/Schulz/Borchers,* Die digitale Dimension der Grundrechte, 2015. Allgemein *Peuker,* Verfassungswandel durch Digitalisierung, 2020.

13 *Luckner,* #WhoseLawIsItAnyway, in: *Golia* et al. (Hrsg.), Digital Transformation in Public International Law, 2022, S. 235 ff.

14 *Perez/Wimer*, Algorithmic Constitutionalism, Indiana Journal of Global Legal Studies 2023 (im Erscheinen).

15 *Petit,* The Moligopoly Scenario, 2020.

16 Dazu *Stichweh,* Systems Theory, in: *Badie* et al. (Hrsg.), International Encyclopedia of Political Science, 2011, S. 2579 ff.

17 Für dieses Argument im Detail *Hensel/Teubner*, Matrix Reloaded, Kritische Justiz 2014, 150 ff.

Digitale Kopie – nur zur privaten Nutzung durch den Autor/die Autorin – © Mohr Siebeck 2023

tative Regeln gegen sämtliche Kommunikationsmedien entwickeln, nicht nur gegen die negativen Externalitäten des Machtimperativs der Politik, sondern auch – und insbesondere – gegen die Expansionstendenzen des Profitimperativs der Wirtschaft, des Reputations-
imperativs der Wissenschaft, des Innovationsimperativs der Technik, des Neuigkeitsimperativs der Informationsmedien, des Gesundheitsimperativs des Medizinsystems und des Verrechtlichungsimperativs des Rechts.[18]

Die Digitalität selbst ist nun ein neues Kommunikationsmedium, gegen dessen negative Externalitäten verfassungsrechtlicher Schutz erforderlich ist. Am auffälligsten ist die Tendenz, dass die digitalen Technologien ihre eigenen sozialen Wirklichkeiten schaffen. Diese „Hyperrealität" hat das Potenzial, die Kommunikation in anderen (Lebens-)Welten zu monopolisieren und die eigene Wirklichkeitskonstruktion auf Kosten anderer zu totalisieren.[19] „Mit dem Virtuellen treten wir nicht nur in das Zeitalter der Liquidierung des Realen und des Referentiellen ein, sondern auch in das der Auslöschung des Anderen."[20] In Konkurrenz zum Rechtscode schafft der digitale Code autonome normative Ordnungen und tendiert dazu, die normative Ordnung des Rechts zu untergraben. Da die rigiden Kalkulationen der Algorithmen in einer Fusion von einseitiger Regelsetzung, Regelanwendung und Regeldurchsetzung enden, tendieren sie dazu, die zivilisierenden und humanisierenden Aspekte des Rechtsstaates zu sabotieren, insbesondere die der Hermeneutik der juristischen Argumentation.[21]

3. Jenseits einer nur individualistischen Grundrechtsdrittwirkung

Hier kommt der dritte Reduktionismus des traditionellen Verfassungsdenkens ins Spiel – die ausschließlich individualistisch verstandene Drittwirkung der Grundrechte. Natürlich ist für die individuellen Nutzer sozialer Netzwerke eine „bill of rights" notwendig, um die schädlichen Auswirkungen der Digitalisierung auf ihre Privatsphäre, auf ihre psychische Gesundheit und auf ihr politisches Engagement zu bekämpfen.[22] „Digital vulnerabilities" ist in der Tat ein wichtiges politisches Projekt, das sich gegen die Intensivierung bereits bestehender menschlicher Verwundbarkeiten durch digitale Technologien wendet.[23] Das zentrale Problem der Grundrechtsdrittwirkung liegt jedoch auf der *transindividuellen, diskursiven Ebene*: „Digitale Plattformen sind expansive soziale Systeme, welche die autonome Selbstreproduktion gesellschaftlicher Teilbereiche gefährden können."[24] Daher geht der gesellschaftliche Konstitutionalismus über die individuelle Dimension hinaus und konzentriert sich auf die ebenso wichtige institutionelle Dimension der Grundrechtsdrittwirkung. Es geht vor allem darum, die Integrität verwundbarer sozialer Institutionen und kollektiver Akteure (Protestbewegungen, Gewerkschaften, unabhängige Medien, Bildungs- und Forschungseinrichtungen) vor intrusiven Kommunikationsmedien zu schützen. So schützt das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit die individuelle Autonomie des Wissenschaftlers, ermöglicht aber auch den Schutz der Wissenschaft als gesellschaftlicher Institution vor Übergriffen aus Politik, Wirtschaft oder Religion.[25] Und ähnlich verletzlich sind auch die heute entstehenden sozio-digitalen Institutionen – Wikipedia, Open-Source, Digital Commons, öffentliche Software-Repositories und soziale Bewegungen von Plattformarbeitern –, die alle für die Ausformung ihrer Autonomie verfassungsrechtlichen Schutz benötigen.[26]

III. Verfassungsstrategien gegen die doppelte Kolonisierung der digitalen Welt

1. Das Duopol der „digitalen politischen Ökonomie"

Bis hier wurden die verfassungsrechtlichen Probleme angesprochen, die sich innerhalb der digitalen Technologie selbst stellen. Der gesellschaftliche Konstitutionalismus identifiziert darüber hinaus zukünftige Gefährdungen der *polykontexturalen* Strukturen der heutigen Gesellschaft, die von der digitalen Technologie ausgehen.[27] Wenn die Digitalisierung die beiden dominanten Funktionssysteme, Politik und Wirtschaft, umfassend transformiert, verstärkt der Mehrwertzwang der Digitalität massiv die Mehrwertzwänge von Profit und Macht.

Nach innen steigert die Digitalisierung die endogenen Wachstumsdynamiken in Politik und Wirtschaft. Nach außen verschärft sie deren expansive Tendenzen in Richtung anderer sozialer Systeme. Beide Tendenzen enden in einer *doppelten Kolonisierung* des digitalen Raums: der algorithmisierte Macht-Profit-Komplex erzeugt die Gefahren eines digitalen Totalitarismus, der die potenziell pluralistische Entwicklung der digitalen Welt behindert.[28] Dieser reduziert die im digitalen Raum angelegte polykontexturale Struktur auf das Duopol vermachteter Sektoren: einen durch digitalisierte Machtzwänge angetriebenen „öffentlichen Sektor" und einen durch digitalisierte Profitzwänge angetriebenen „privaten Sektor". Dieses dominierende Duopol – die neuartige „digitale politische Ökonomie"[29] – tendiert zu einer strukturellen Korruption der neuen, aber noch fragilen sozio-digitalen Institutionen, die in Wissenschaft, Bildung, Gesundheit und Kunst entstehen.[30] Die digitale Dystopie wäre in der Verschmelzung von *homo oeconomicus* und *homo politicus* im *homo digitalis* erreicht.[31]

18 Allgemein dazu *Teubner* (Fn. 4) und mit besonderem Blick auf den digitalen Konstitutionalismus *Golia*, The Critique of Digital Constitutionalism (im Erscheinen).

19 *Sow* (Fn. 11); *Wang,* Algorithmic Colonization, 2022.

20 *Baldwin,* Self-Immolation, in: *Hauskeller* et al. (Hrsg.), The Palgrave Handbook Of Posthumanism, 2015, S. 19 ff.

21 *Diver*, Digisprudence, Law, Innovation & Technology 2021, 325 ff.; *Deakin* et al. (Hrsg.), Is Law Computable?, 2020.

22 *Celeste*, Internet Bills of Rights, Indiana Journal of Global Legal Studies 2023 (im Erscheinen).

23 *Domurath*, Profiling and Power in the Data Economy, Indiana Journal of Global Legal Studies 2023 (im Erscheinen).

24 *Graber,* Artificial Intelligence, Affordances and Fundamental Rights, in: *Hildebrandt* et al. (Hrsg.), Life and the Law in the Era of Data-Driven Agency, 2020, S. 194 ff.

25 *Verschraegen*, Regulating Scientific Research, Journal of Law and Society 2018, 163 ff.

26 *Papadakis/Mexi,* Managing Complexity, Albert Hirschman Centre on Democracy Commentary 2021*; Hensel*, When Gorillas Strike, ZfRsoz 2024 (im Erscheinen).

27 Polykontexturalität als ein charakteristisches Merkmal moderner Gesellschaften bedeutet die Pluralität von gegenseitig irreduziblen sozialen Perspektiven, die auf binären Codierungen beruhen. *Günther,* Life as Poly-Contexturality, in: *Günther*, Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik, 1976, S. 283.

28 *Wang* (Fn. 19).

29 Ähnlich *Johns*, Governance by Data, Annual Review of Law and Social Science 2021, 4.1 ff.; *Viljoen*, Relational Theory, Yale Law Journal 2021–2022, 573 ff.; *Burrell/Fourcade*, Society of Algorithms, Annual Review of Sociology 2021, 213 ff.

30 *Verschraegen* (Fn. 25), S. 179.

31 Zu diesen sozialen Substraten der Rechtssubjektivität *Vesting,* Homo Digitalis, 2021.

Digitale Kopie – nur zur privaten Nutzung durch den Autor/die Autorin – © Mohr Siebeck 2023

2. Digitalisierte Politik

Die Bekämpfung dieses dystopischen Szenarios erfordert vielfältige konstitutionelle Strategien. Eine erste Strategie besteht darin, verfassungsrechtliche Beschränkungen für die digitalisierte Politik zu entwickeln. Wie oben bereits erwähnt, verstärkt die Digitalisierung staatlicher Macht das repressive Potenzial politischer Systeme. Demgegenüber muss die traditionelle Staatsverfassung ihr jahrhundertealtes Versprechen einlösen: den Rechtsstaat festigen, Grundrechte stärken und antidemokratische Praktiken bekämpfen. Um aber den neuen Gefahren der digitalisierten Staatsgewalt zu begegnen, müssen zentrale Prinzipien des staatlichen Konstitutionalismus in ihr gesellschaftliches Äquivalent transformiert werden. Ihre Generalisierung in breitere verfassungsrechtliche Strategien und ihre Respezifizierung für die digitale Macht bedürfen sorgfältiger Einpassungen in die neue politische Umwelt. Biometrischer Überwachung,[32] automatisierter administrativer Entscheidungsfindung[33] und den Strategien des „hypernudge", die Big Data für die Regulierung durch Design nutzen, muss der digitale Konstitutionalismus strenge Grenzen setzen.[34]

Es bieten sich verschiedene Möglichkeiten, die grundlegenden Institutionen des Konstitutionalismus (Grundrechte, Demokratie, Gewaltenteilung, Entscheidungsverfahren) in der digitalen Sphäre neu zu gestalten. Für eine entsprechende Rekonstruktion der Grundrechte als Institutionen bietet das Prinzip der Netzneutralität eine gute Illustration. Grundrechte sollen normative Erwartungen bündeln, die sich nicht nur auf den Schutz individueller Positionen, sondern auch auf die Verteidigung institutioneller Autonomien gegen selbstzerstörerische Tendenzen der Gesellschaft beziehen.[35] Es gilt, bestehende gesetzliche Garantien der Netzneutralität in bestimmten Rechtsordnungen in genuine verfassungsrechtliche Strukturen und Prozesse umzuwandeln. Bevor der Schutz der Netzneutralität als Grundrecht institutionalisiert werden kann, sind zwei Vorfragen zu klären: erstens, wie die Beziehung zwischen dem Sozialen und dem Technischen angemessen konzeptualisiert werden kann; zweitens, wie Grundrechte jenseits des Staatszentrismus konzipiert werden sollten. Eine soziologische Analyse der Grundrechte als Institutionen der Gesellschaft wird als Maßstab für die Bewertung künftiger Entwicklungen des Verfassungsrechts dienen können.[36]

3. Digitalisierte Ökonomie

Eine zweite Strategie zielt darauf, der algorithmisierten Ökonomie verfassungsrechtliche Grenzen zu setzen. Die Ökonomisierung des digitalen Mediums liegt im blinden Fleck der liberalen Verfassungstradition, die sich auf die Begrenzung staatlicher Macht konzentriert. Jetzt aber verstärken die digitalen Technologien die Expansionstendenzen des globalen Kapitalismus.[37] Die Kombination von oligopolistischen Märkten und datengesteuerten Geschäftsmodellen erweitert die Möglichkeiten der Wirtschaftsakteure, die Gesellschaft über den ökonomischen Code zu steuern, dramatisch. Besonders bedenklich ist, wie die Strategien des Informationskapitalismus die Zwänge der digital gesteuerten Aufmerksamkeitsmaximierung mit den Zwängen des Profitmotivs kombinieren. Empirische Studien haben „aussagekräftige Belege für destruktive Dynamiken, einschließlich der schnellen Verbreitung von Fehlinformationen, Manipulationskampagnen, ideologischer (Selbst-)Segregation und Extremismus"[38] erbracht, die durch die digitale Aufmerksamkeitsmaximierung hervorgerufen werden. Dies erfordert neue verfassungsrechtliche Schutznormen gegen die sich selbst verstärkenden Netzprotokolle der IT-Technologien.

Heute zeichnen sich langsam verfassungsrechtliche Gegenstrategien ab. Der von der Europäischen Union verabschiedete Digital Services Act (DSA) ist ein vielversprechendes Regulierungsexperiment, dessen konkrete Auswirkungen sich erst in der Zukunft zeigen werden.[39] Er verbietet die Verwendung von UX-Tweaks zur Manipulation oder Erzwingung der Zustimmung und verlangt von digitalen Plattformen, dass sie gleichwertige Zustimmungsströme für die Verweigerung oder Zustimmung zur Datenübermittlung anbieten (Art. 25). Ebenso verboten ist das „ad-profiling" von Minderjährigen (Art. 28), die Verwendung sensibler personenbezogener Daten (wie rassische oder ethnische Herkunft, politische oder religiöse Zugehörigkeit, Sexualität oder Gesundheitsdaten) für das „behavioral targeting" (Art. 26 Abs. 3). Ein weiteres wichtiges Element ist der Datenzugriff und die Überprüfung der algorithmischen Hintergrundoperationen, um transparent zu machen, wie das Profitmotiv technische Operationen überlagert. Der DSA beginnt damit, der digitalisierten Wirtschaft verfassungsrechtliche Beschränkungen zu setzen, wenn er von „sehr großen Online-Plattformen" verlangt, regelmäßig systemische Risikobewertungen zu veröffentlichen, insbesondere vor der Einführung neuer Dienste (Art. 34), mit damit verbundenen Verpflichtungen zur Schadensbegrenzung (Art. 35). Zudem ist vorgeschrieben, eine behördliche Aufsicht über ihre Algorithmen zu gewährleisten und Forschern im öffentlichen Interesse Zugang zu Daten zu gewähren, um eine unabhängige Prüfung der Auswirkungen der Plattformen zu ermöglichen (Art. 40).

Über die Regelungen des DSA hinaus sollten Streitschlichtungsstellen damit beginnen, die digitale Regulierung durch „private government"[40] an weitreichenden verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstäben, die die Verfassungskontrollen der staatlichen Gesetzgebung durch staatliche Gerichte widerspiegeln, zu messen.[41] In diesem Sinne ist es von entscheidender Bedeutung, die Nutzungsbedingungen der digitalen Plattformen nicht einfach als standardisierte Verträge, sondern als Formen einseitiger gesetzgeberischer Macht zu verstehen.[42] In der Tat üben die Plattformen ihre

32 *Brayne*, Big Data Surveillance, American Sociological Review 2017, 977 ff.; *Burrell/Fourcade* (Fn. 29), 221–226; *Castets-Renard* (Fn. 11).

33 *Zalnieriute/Bennett Moses/Williams*, Rule of Law and Automation, Modern Law Review 2019, 425 ff.

34 *Yeung*, Hypernudge, Information, Communication & Society 2017, 118 ff. Allgemein *Reichman/Sartor,* Algorithms and Regulation, in: *Micklitz* et al. (Fn. 11), S. 131 ff.

35 *Graber*, Net Neutrality, Indiana Journal of Global Legal Studies 2023 (im Erscheinen).

36 *Verschraegen*, Hybrid Constitutionalism, Netherlands Journal of Legal Philosophy 2011, 216 ff.

37 *Cohen* (Fn. 2).

38 *González-Bailón/Lelkes* (Fn. 3), S. 1.

39 VO (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. 10. 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der RiL 2000/31/EG, ABl. L 277, 27. 10. 2022. Dazu *Peukert*, Desinformationsregulierung in der EU, JZ 2023, 278 ff.

40 *Klonick*, The New Governors, Harvard Law Review 2018, 1598 ff.

41 *Holznagel*, Enforcing the Rule of Law in Online Content Moderation, Business Law Today 2021.

42 Dazu grundsätzlich und im dogmatischen Detail *Mast*, AGB-Recht als Regulierungsrecht, JZ 2023, 287 ff.; *Wielsch*, AGB-Kontrolle auf digitalen Plattformen, in: *Eifert/Gostomzyk* (Hrsg.), Netzwerkrecht, 2018, S. 61, 63 ff. Ein einschlägiger Fall ist das Urteil *CasaPound gegen Facebook*, Tribunal Rom, Urteil Nr. 17 909/2022 vom 5. 12. 2022.

Digitale Kopie – nur zur privaten Nutzung durch den Autor/die Autorin – © Mohr Siebeck 2023

Macht als „governance by contract" „über nicht-verhandelbare, einseitige und bewusst undurchsichtige ‚Nutzungsbedingungen' aus".[43] Daher müssen die Gerichte die digitalen privaten Regelungssysteme einer strengen Verfassungskontrolle unterziehen. Vor allem müssen sie sich auf mehr als nur die gesetzliche Zustimmung des Einzelnen stützen, da diese asymmetrische Information, ungleiche Verhandlungsmacht und kollektive negative externe Effekte nicht berücksichtigt.[44] Wenn die Angemessenheit vertraglicher Bestimmungen kontrolliert wird, muss das Privatrecht eine genuin verfassungsrechtliche Kontrolle des von der digitalisierten Wirtschaft selbstgeschaffenen nichtstaatlichen Rechts durchführen, die sowohl von staatlichen Gerichten als auch von nichtstaatlichen Konfliktlösungsinstanzen durchgeführt wird. Aus dieser Perspektive ist die „strategic litigation" individueller und kollektiver Akteure ein unverzichtbares Instrument, damit sowohl konstitutive als auch limitative Verfassungsnormen in der digitalen Sphäre entstehen können.[45] Auf diese Weise „überformt das Regulierungsrecht die Plattformordnungen in einer Weise, die Privatisierungs- und Etatisierungsprozesse verschleift und ein eigenartiges normatives Geflecht entstehen lässt,"[46] das sich als Teil eines Digitalverfassungsrechts verstehen lässt.

Darüber hinaus muss das Kartellrecht wirtschaftsverfassungsrechtliche Regeln zum Schutz der Integrität von Informationsprozessen innerhalb digitaler Netze entwickeln, etwa zum Verbot unlauterer „dark patterns" und anderer manipulativer digitaler Praktiken.[47] Ein anderer Vorschlag, der sich an nordeuropäischen Mitbestimmungsmodellen orientiert, würde Mitentscheidungsrechte für externe Vertreter kollektiver Interessen (Gesundheit, Wissenschaft, Umwelt) in den Aufsichtsräten digitaler Diensteanbieter einführen. All dies würde auf einen gesellschaftlichen Konstitutionalismus „durch Verfahren" hinauslaufen, der verbindliche Rechtsprozeduren für die Selbstbeschränkung digitaler Institutionen vorschreibt.[48] In den jüngsten Regulierungsbemühungen der Europäischen Union weist das Gesetz über die digitalen Märkte (DMA), insbesondere in seinen Bestimmungen zur Einbeziehung von Dritten und Wettbewerbern in die Überwachungs- und Compliance-Funktionen (Art. 27 und 28), in diese Richtung.[49]

Fundamentaler noch ist die Politik des digitalen Dateneigentums und die Rolle des Rechts an der Schnittstelle zwischen Wirtschaft und Digitalität. Neben den Faktoren Arbeit und Kapital beanspruchen digitale Daten in der heutigen Wirtschaftsverfassung eine eigenständige Rolle. Dies wirft Fragen der Notwendigkeit und Legitimität ausschließlicher Rechte an Daten oder „Dateneigentum" auf.[50] Die Rechtsdogmatik muss nicht nur einen angemessenen Begriff von „Daten" entwickeln, um die sozialen Funktionen der entsprechenden Eigentumsrechte rechtlich zu bestimmen. Sie muss auch ein potenzielles Dateneigentum mit der umfassenderen Idee einer sozialen Ordnung durch Eigentumsrechte in Einklang bringen. Besonders zu berücksichtigen ist dabei die Eigen-Normativität von sozio-digitalen Institutionen, die durch die Ausübung von Rechten konstituiert werden. Sichergestellt werden muss, dass die von solchen Institutionen Betroffenen Mitbestimmungsrechte erhalten. Im Hinblick auf die Funktion individueller Rechte für die soziale Praxis sind die Implikationen der Normativität dieser Praxis für die Rechte und entsprechend die Beteiligung der Rechteinhaber an der sozialen Praxis zu klären. In dem Maße, in dem private Eigentumsrechte Regelveränderungen in sozio-digitalen Institutionen auslösen, erstarken sie zu politischen Rechten.[51]

4. Digitale Zivilgesellschaft

Eine letzte, aber nicht minder dringend benötigte Strategie konzentriert sich auf die Institutionen einer „digitalen Zivilgesellschaft". Sie zielt darauf ab, den dritten Sektor des digitalen Raums, also den Raum der nichtstaatlichen/nichtkommerziellen digitalen Aktivitäten, mit verfassungsrechtlichen Mitteln einzuhegen. Gegen die doppelte Kolonisierung durch Profit und Macht bedarf die Integrität digitaler Kommunikation in Wissenschaft, Journalismus, Bildung, Medizin und Kunst des verfassungsrechtlichen Schutzes.[52] Der digitale dritte Sektor braucht konstitutive Regeln für die Entwicklung stabiler sozio-digitaler Institutionen: Hacker-Communities, digitale NGOs, Digital commons, Wikipedia, Open-Source.

Die inzwischen sichtbar gewordene „tragedy of the digital commons" offenbart jedoch selbst innerhalb der digitalen Zivilgesellschaft selbstzerstörerische Tendenzen.[53] Der durchschnittliche Nutzer der Informationstechnologien tendiert dazu, gemeinsame Ressourcen so lange auszubeuten, bis sie sich nicht mehr erholen können. Die Nutzer achten nicht auf die Folgen ihres Verhaltens. Eine weitere Folge der Tragödie der digitalen Allmende ist die Verschmutzung der Infosphäre, das heißt die wahllose und unsachgemäße Nutzung von Technologie und digitalen Ressourcen sowie die Überproduktion von Daten. Ein Übermaß an Informationen führt zur Korruption der Kommunikation und zur Informationsüberlastung. Beide Tendenzen sind der legitime Bereich für verfassungsmäßige Selbstbeschränkungen, die durch externen Druck von Politik und sozialen Bewegungen unterstützt werden müssen.

Vor allem aber braucht der digitale dritte Sektor verfassungsrechtliche Schutznormen gegen die Intrusionen der externen Mehrwertzwänge von Profit und Macht. Die negativen externen Effekte der digitalen politischen Ökonomie beeinträchtigen die Integrität der Wissenschaft, wenn die so genannte wirtschaftliche Neuinterpretation von Open Access das „publish-or-perish"-Prinzip, die Dynamik der Reputationssteigerung und den Verdrängungswettbewerb verstärken und zugleich die Position hegemonialer Akteure in der Wissenschaft absichern.[54] Große Verlagshäuser wie Else-

43 *Bygrave*, Internet Governance by Contract, 2015.
44 *Hummel/Braun/Dabrock*, Own Data?, Philosophy & Technology 2021, 545 ff.; *Cofone*, Beyond Data Ownership, Cardozo Law Review 2021, 501 ff.
45 *Strobel*, Strategic Litigation, in: *Golia* et al. (Fn. 13), S. 261 ff.; *Golia*, Strategic Litigation, Indiana Journal of Global Legal Studies 2023 (im Erscheinen).
46 *Mast* (Fn. 42), S. 296.
47 *Cara*, Dark Patterns in the Media, Network Intelligence Studies 2019, 106 ff.
48 *Wielsch*, Digital Intermediaries, European Review of Private Law 2019, 197 ff.
49 VO (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. 9. 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der RiL (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828, ABl. L 265/1.
50 *Wielsch*, Political Autonomy in the Digital World, Indiana Journal of Global Legal Studies 2023 (im Erscheinen).
51 Ibid.
52 *Kunz*, Threats to Academic Freedom under the Guise of Open Access, Verfassungsblog 18. 3. 2022, https://verfassungsblog.de/threats-to-academic-freedom-under-the-guise-of-open-access/; *Verschraegen* (Fn. 25).
53 *Sharma*, Tragedy of the Digital Commons, 101 North Carolina Law Review (2023), 1129 ff.
54 *Kunz*, Opening Access, Heidelberg Journal of International Law 2021, 23 ff.

Digitale Kopie – nur zur privaten Nutzung durch den Autor/die Autorin – © Mohr Siebeck 2023

vier, Wiley und Springer sind in der Lage, unsichtbar Kontrolle über wichtige Universitätsentscheidungen auszuüben – von der Bewertung der Studenten über die Integrität der Forschung bis hin zur Finanzplanung.[55] Ähnlichen Gefährdungen ist die Integrität des Journalismus ausgesetzt, besonders durch Echtzeit-Web-Analysen, „clickbait" und „information bubbles". Solche Dynamiken haben bereits heute wichtige Gegenreaktionen ausgelöst, nämlich die Konsolidierung größerer Nachrichtenorganisationen ebenso wie Wandlungen des professionellen Selbstverständnisses und der Selbstorganisation des Journalismus.[56]

IV. Fazit

Insgesamt also richten sich die vom gesellschaftlichen Konstitutionalismus inspirierten konstitutionellen Gegenstrategien hauptsächlich gegen die doppelte Kolonisierung des digitalen Raums durch den Macht-Profit-Komplex. Diese Strategien haben das Potenzial, den digitalen Konstitutionalismus in eine gesellschaftspolitische Bewegung zu verwandeln, deren Ziel die Verteidigung der Zivilgesellschaft gegen die übermächtige politische Ökonomie der Digitalität ist.[57] Gegen die kolonisierenden Tendenzen der digitalisierten Politik müssen sie eine soziale Gegenmacht aufbauen, vor allem durch politische Öffentlichkeit, Protestbewegungen und zivilgesellschaftliche Gruppen. In der Tat hat „der Einsatz von ‚algorithmic governance' in immer mehr politisch relevanten Bereichen eine Welle von Aktivismus, advokatorischen Einsatz und Widerstand ausgelöst".[58] Gegen die exzessive Ökonomisierung der digitalen Welt sind gewinnbedrohende Strategien die vielversprechendsten Instrumente, die Recht und Politik gezielt einsetzen könnten. Intern geht es um die Selbstlimitierung sozio-digitaler Institutionen. Digitale Plattformen müssen Verfahren für interne Opposition und Whistleblowing einrichten. Extern ist der Ausbau des Zugangs zum Recht erforderlich, gegen algorithmische Politik und digitalisierte Ökonomisierung. Erst die Kombination von internen und externen Konstitutionalisierungsschüben könnte der Digitalverfassung das gesuchte transformative Potential verschaffen.

55 *Aspesi* et al., SPARC Landscape Analysis, 29. 3. 2019, S. 5, https://doi.org/10.31229/osf.io/58yhb.

56 *Pickard,* Can Journalism Survive?, in: *Flew* et al. (Hrsg.), Digital Platform Regulation, 2022, S. 23 ff.; *Bastian/Helberger/Makhortykh*, Safeguarding the Journalistic DNA, Digital Journalism 2021, 835 ff.

57 *Celeste* (Fn. 22) stellt zu Recht fest, dass die zahlreichen Vorschläge für digitale „bills of rights" Indikatoren für eine soziale Bewegung sind, die verfassungsrechtliche Gegenstrategien hervorbringt.

58 *Bloch-Wehba*, Algorithmic Governance, Brigham Young University Law Review 2022, 69 ff. stellt drei Fallstudien vor, wie soziale Bewegungen auf die dramatischen Veränderungen in der digitalen Governance reagieren.

Digitale Kopie – nur zur privaten Nutzung durch den Autor/die Autorin – © Mohr Siebeck 2023