

Galetta/Ziller (eds.)

Das öffentliche Recht vor den Herausforderungen
der Informations- und Kommunikationstechnologien
jenseits des Datenschutzes

Information and Communication Technologies
Challenging Public Law, Beyond Data Protection

Le droit public au défi des technologies de
l'information et de la communication, au-delà de la
protection des données

SOCIETAS IURIS PUBLICI EUROPAEI (SIPE)

Band 12

Galetta/Ziller (eds.)

Das öffentliche Recht vor den Herausforderungen
der Informations- und Kommunikationstechnologien
jenseits des Datenschutzes

Information and Communication Technologies
Challenging Public Law, Beyond Data Protection

Le droit public au défi des technologies de
l'information et de la communication, au-delà de la
protection des données



Nomos



Stämpfli Verlag

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliografie; detailed bibliographic data are available on the Internet at <http://dnb.d-nb.de>

ISBN 978-3-8487-5312-3 (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Print)

ISBN 978-3-7272-1032-7 (Stämpfli Verlag AG, Print)

ISBN 978-3-8452-9493-3 (ePDF)

British Library Cataloguing-in-Publication Data

A catalogue record for this book is available from the British Library.

ISBN 978-3-8487-5312-3 (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Print)

ISBN 978-3-7272-1032-7 (Stämpfli Verlag AG, Print)

ISBN 978-3-8452-9493-3 (ePDF)

Library of Congress Cataloging-in-Publication Data

Galetta, Diana-Urania / Ziller, Jacques

Das öffentliche Recht vor den Herausforderungen der Informations- und Kommunikationstechnologien jenseits des Datenschutzes | Information and Communication Technologies Challenging Public Law, Beyond Data Protection | Le droit public au défi des technologies de l'information et de la communication, au-delà de la protection des données

Galetta, Diana-Urania / Ziller, Jacques (eds.)

210 p.

Includes bibliographic references.

ISBN 978-3-8487-5312-3 (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Print)

ISBN 978-3-7272-1032-7 (Stämpfli Verlag AG, Print)

ISBN 978-3-8452-9493-3 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

This work is subject to copyright. All rights reserved. No part of this publication may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, re-cording, or any information storage or retrieval system, without prior permission in writing from the publishers. Under § 54 of the German Copyright Law where copies are made for other than private use a fee is payable to "Verwertungsgesellschaft Wort", Munich.

No responsibility for loss caused to any individual or organization acting on or refraining from action as a result of the material in this publication can be accepted by Nomos or the editors.

Vorwort – *Foreword* – *Avant-propos*

Auf Einladung der *Università degli Studi di Milano* und unter der Schirmherrschaft des Präsidenten des Europaparlaments *Antonio Tajani* veranstaltete die *Societas Iuris Publici Europaei (SIPE)* ihren zwölften Kongress vom 25. bis zum 27. Mai 2017 in Mailand. Nach Kreta (Gründungstagung im Juli 2004), Rom, Wien, Göttingen, Sevilla, Budapest, Straßburg, Lissabon, Krakau, Athen und Bukarest, den Austragungsorten der bisherigen Kongresse, ist die SIPE damit nach Italien wiedergekehrt, diesmal in dessen wirtschaftliche Hauptstadt.

Ihrer Tradition folgend war die SIPE bemüht, ein aktuelles Thema auszuwählen, das das Interesse einer Vielzahl von Juristen aus den verschiedensten Ländern Europas und unterschiedlichsten Rechtskulturen zu wecken vermag, und das gleichzeitig für die Forschung im öffentlichen Recht als bahnbrechend bezeichnet werden kann. *Das öffentliche Recht vor den Herausforderungen der Informations- und Kommunikationstechnologien jenseits des Datenschutzes* ist unzweifelhaft ein Thema, das diesen Anforderungen entspricht. Der vorliegende Tagungsband enthält die schriftliche und auf Basis der Diskussionen revidierte Fassung der großen Anzahl an Vorträgen, inklusive jener des Ateliers junger Wissenschaftler, in dessen Rahmen qualifizierte Nachwuchswissenschaftler eigene Beiträge zum Tagungsthema beisteuern und darüber diskutieren konnten. Die Texte werden wie üblich jeweils in einer der drei Arbeitssprachen der SIPE, Deutsch, Englisch oder Französisch, publiziert. Das ausführliche Programm der Tagung ist im Anhang zu finden.

Angesichts neuer Entwicklungen in Gesellschaft und Technologie scheint es sowohl unter Juristen als auch unter denjenigen, die keine juristische Ausbildung haben, Trend zu sein, „das Recht“ als Nachzügler gegenüber solchen Neuheiten zu kritisieren. Eine derartige Kritik basiert auf der Verwechslung zwischen positivrechtlichen Vorschriften einerseits – die in einer demokratischen und liberalen Gesellschaft grundsätzlich solchen Entwicklungen folgen sollten, anstatt diesen voranzugehen, weil dies ansonsten zu einer überflüssigen, unzumutbaren oder sogar den Anforderungen dieser Entwicklungen widersprechenden Regulierung führen würde – und der Rechtswissenschaft (oder Juristen in ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit) andererseits, die in der Tat solchen Neuheiten nachforschen sollte, weil sie andernfalls bloß eine Dogmatik für von der Realität überholte Systeme entwickeln würde. In Europa versucht das positive Recht seit etwa dreißig Jahren die Entwicklung neuer aus Computerisierung und Vernetzung abgeleiteter Instrumente – die sogenannte „Informations- und Kommunikations-

technologie“ oder IKT – in einen rechtlichen Rahmen zu bringen und zu unterstützen; dies je nach Land mit einem unterschiedlichen Grad an Relevanz, Geschwindigkeit und Erfolg. Lange Zeit war die Mehrzahl solcher Vorschriften und die rechtswissenschaftliche Arbeit vor allem darauf gerichtet, die Entwicklung von Datenbanken zu begleiten, die zur automatisierten Verarbeitung geeignet sind und zu bedeutenden Veränderungen in der Arbeitsweise führen, die zwar die wirtschaftliche und soziale Entwicklung fördern, aber auch neue Risiken für die Sicherheit und sogar für das Leben von Menschen mit sich bringen können. Seit mehr als zwei Jahrzehnten ist das Datenschutzrecht sowohl im nationalen, als auch im europäischen Recht anerkannt, insbesondere im EU-Recht, wo Vorschriften für die Freizügigkeit von Daten, die für die Entwicklung des Binnenmarktes und für die Zusammenarbeit im Bereich der Justiz und der Polizei notwendig sind, erlassen wurden.

Die exponentielle Beschleunigung der Miniaturisierung und der Leistungsfähigkeit von Computern sowie die immer größere Ausdehnung des Netzwerks, das diese Computer auf der ganzen Welt verbindet, führt zu neuen Herausforderungen, mit denen sich Gesetzgeber und Rechtswissenschaft auseinandersetzen müssen. Dies betrifft insbesondere den gleichberechtigten Zugang zum Internet (Netzneutralität), den Schutz vor wachsender und immer weiter verbreiteter Cyberkriminalität, sowie die zunehmende Nutzung „künstlicher Intelligenz“ – Im Besonderen „Deep Learning“ (Deep Learning als Ausprägung künstlicher Intelligenz) – im Zuge der sogenannten „Vierten Industriellen Revolution“, wobei auch der Datenschutz der Entwicklung von Massenüberwachungsinstrumenten gegenübersteht. Die Idee des SIPE-Kongresses, dessen Ergebnisse hier veröffentlicht werden, war es, diese neuen Entwicklungen unter Juristen zu analysieren und soweit wie möglich zu diskutieren, und zwar über das Datenschutzrecht hinausgehend, ohne dabei dessen Neuerungen zu vernachlässigen. Der einleitende Bericht von *Mario G. Losano*, dem Vater der Rechtsinformatik in Italien und einer der wichtigsten zeitgenössischen Rechtstheoretiker, geht weiter als die im Titel erwähnte Problematik der Transparenz im öffentlichen Recht, denn er führt uns anhand drei konkreter Fälle zu einer tieferen Reflexion über die uns betreffenden Phänomene. Die folgenden Kapitel sind nach einer wissenschaftlichen Logik geordnet – ohne Störung durch organisatorische Zwänge, wie es häufig bei Symposien der Fall ist – und zwar nach drei Themen: Erneuerung der Rechtsgrundsatzfragen zu IKT; Verwaltungsrecht der neuen IKT; und Steuerung durch Algorithmen. Die Schlussanträge von Generalanwalt *Michal Bobek* – *New (ICT) Wine into Old (Legal) Wineskins?* – er selbst ein renommierter junger Wissenschaftler – werden es dem Leser ermöglichen, die Verbindungen zwischen Theorie und Praxis all dieser Themen zu erkennen und deren Auswirkungen zu bewerten, aber

diese ebenfalls angesichts der Begeisterung und Ängste, die durch permanente Innovation hervorgerufen werden, zu relativieren.

Im Zusammenhang mit der Drucklegung des Tagungsbandes sind Mag. *Mari-na Kaspar*, *Marie-Lou Deron* und *Sebastian Graf*, Universität Wien, für ihre hilfreiche und engagierte Unterstützung zu danken.

At the invitation of the *Università degli Studi di Milano* and under the patronage of the President of the European Parliament *Antonio Tajani*, the *Societas Iuris Publici Europaei (SIPE)* held its Twelfth Congress from 25 to 27 May 2017 in Milan. After Crete (founding conference, July 2004) Rome, Vienna, Göttingen, Seville, Budapest, Strasbourg, Lisbon, Krakow, Athens, and Bucharest, SIPE thus went back to Italy, namely to its economic capital city.

Following its tradition, SIPE chose a current topic intended to attract interest of legal scholars from the most various European countries and different legal cultures and that may be considered as a pioneer endeavour, namely Information and Communication Technologies Challenging Public Law, Beyond Data Protection. This book of proceedings includes almost all papers, including from the Workshop of junior scholars in which qualified young academics are given the opportunity to present and discuss their work. The papers are updated based on the conference discussions, and published each in one of the three working languages of SIPE, English, French, or German. The full Conference programme is attached.

In light of new developments in society and technology, it seems fashionable both for lawyers and for those who have no legal training, to criticize "the law" for loitering with novelties. Such criticism is based on a confusion between, on the one hand, rules of positive law which, in a democratic and liberal society, should usually follow those developments rather than precede them as they would otherwise risk being an unnecessary and inappropriate kind of regulation, even contrary to the necessities of those new developments, and, on the other hand, the legal science (or lawyers in their scientific activity), which must indeed be interested in the novelties as they would otherwise be limited to the theoretical reconstruction of systems superseded by reality. In Europe, over the last thirty years or so, the evolution of positive law has been trying to frame and support the development of new tools deriving from computerization and networking computers – the so-called "information and communication technologies" or ICT – with varying degrees of relevance, speed and success in different countries. For a long time, most of the regulations and legal thinking have accompanied or followed the development of databases capable of automated processing, leading to significant changes in the way of working that can promote economic and social development, but also generating new risks for the safety and even the lives of

people. For more than two decades, data protection law has gained recognition in both domestic and European law, especially in European Union law, with regulations that have been adopted to allow freedom of movement of data necessary for the development of the internal market and for justice and police cooperation.

The exponential acceleration of miniaturization and processing capabilities of computers, together with the ever-widening extension of the network connecting these computers around the world have generated new issues that lawmakers and legal science have had to come to grips with, especially that of equal access to the Internet (net neutrality), protection against growing and pervasive cybercrime and, as part of the so-called “Fourth Industrial Revolution”, increasing use of artificial intelligence – in particular, deep learning – whereas data protection faces the development of mass surveillance tools. The idea of the SIPE-Congress, whose proceedings we now publish, was to study and discuss these new developments as far as possible amongst lawyers, without neglecting the novelties of data protection law, but going beyond the latter. The introductory report by *Mario G. Losano*, who is considered as the father of legal computing in Italy and is one of the main contemporary legal theorists, goes further than the issues about transparency that are indicated in the title; on the basis of three concrete cases he leads us to a deeper reflection on the phenomena we are facing. The chapters that follow are grouped according to a scientific logic – without interference from organizational constraints, as is often the case in symposia – according to three themes: renewal of fundamental legal issues around ICT; administrative law of new ICT; and governance by algorithms. The final opinion of Advocate General *Michal Bobek*, himself a renowned young academic, will allow the reader to better see the links between theory and practice of all these topics, and to measure their impact, which should be put into perspective vis-à-vis the enthusiasm and anxieties generated by permanent innovation: “New (ICT) Wine into Old (Legal) Wineskins?”.

Thanks are also due to Mag. *Marina Kaspar*, *Marie-Lou Deron* and *Sebastian Graf*, University of Vienna, for their commitment and support in preparing this publication for printing.

À l’invitation de *l’Università degli Studi di Milano*, et sous le Haut Patronage du Président du Parlement européen *Antonio Tajani*, le douzième congrès de la *Societas Iuris Publici Europaei (SIPE)* s’est déroulé du 25 au 27 juillet à Milan. Après la Crète (congrès fondateur en juillet 2004), Rome, Vienne, Göttingen, Séville, Budapest, Strasbourg, Lisbonne, Cracovie, Athènes et Bucarest, la SIPE est donc retournée en Italie, dans la capitale économique du pays.

Comme d’habitude, la SIPE a choisi un sujet d’actualité, susceptible d’intéresser des juristes provenant des pays européens les plus variés et de cultures juri-

diques différentes, et qui puisse être considéré comme un thème pionnier. *Le droit public au défi des technologies de l'information et de la communication, au-delà de la protection des données* répond à ces critères. Ce volume d'actes contient le texte révisé sur la base des discussions du congrès de la plupart des communications, y compris celles de l'Atelier des jeunes chercheurs, qui permet à de jeunes scientifiques de présenter et faire discuter leurs travaux. Le programme intégral du colloque est publié en annexe.

Face aux nouveaux développements de la société comme de la technique il est semble-t-il de bon ton, aussi bien chez les juristes eux-mêmes, que chez ceux qui n'ont aucune formation juridique, de critiquer « le droit » pour être à la traîne face à ces nouveautés. Ces critiques reposent sur une confusion entre d'une part la réglementation en droit positif qui, dans une société démocratique et libérale se doit en règle générale de suivre ces développements plutôt que de les précéder, sous peine d'être une réglementation inutile, inadaptée, voire contraire aux nécessités de ces développements, et d'autre part la science juridique (ou les juristes dans leur activité scientifique), qui doit en effet s'intéresser aux nouveautés sous peine de se limiter à la reconstruction théorique de systèmes dépassés par la réalité. En Europe, l'évolution du droit positif essaie depuis une trentaine d'années d'encadrer et de soutenir le développement des nouveaux outils dérivant de l'informatisation et de la mise en réseau, qu'il est convenu de dénommer les « technologies de l'information et de la communication » ou TIC – avec plus ou moins de pertinence, de rapidité et de succès selon les pays. Pendant longtemps l'essentiel des réglementations comme de la réflexion juridique a accompagné ou suivi le développement de bases de données susceptible d'un traitement automatisé, entraînant des changements considérables dans la manière de travailler, susceptibles de promouvoir le développement économique et social, mais engendrant également de nouveaux risques pour la sécurité, voire la vie des personnes. Le droit de la protection des données informatiques a depuis plus de trois décennies acquis ses lettres de noblesse aussi bien en droit interne qu'en droit européen, en particulier en droit de l'Union européenne, où la réglementation est apparue pour permettre la libre circulation des données nécessaire au développement du marché intérieur comme à la coopération en matière de justice et de police.

L'accélération exponentielle de la miniaturisation et des capacités de traitement des ordinateurs, en même temps que l'extension toujours plus large du réseau reliant ces ordinateurs à travers le monde, a généré de nouvelles problématiques dont les législateurs et la science juridique se sont saisis, en particulier celles de l'accès égal à l'Internet (neutralité du réseau), de la protection contre une cybercriminalité de plus en plus étendue et envahissante et, dans le cadre de ce qu'il est convenu de nommer la « quatrième révolution industrielle », avec les

développement toujours plus rapides de l'intelligence artificielle – notamment l'apprentissage profond/*deep learning* –, alors même que la problématique de la protection des données fait face au développement des outils de surveillance de masse. L'idée du Congrès dont les actes sont ici publiés était d'étudier et de discuter entre juristes, et autant que faire se peut, ces nouveaux développements sans négliger les nouveautés du droit de la protection des données, mais en allant au-delà. Le rapport introductif de *Mario G. Losano*, à la fois le père de l'informatique juridique en Italie et l'un des principaux théoriciens du droit contemporains, va plus loin que la problématique de la transparence et du droit public évoquée dans le titre; il se base sur trois cas concrets susceptibles de nous pousser à une réflexion plus approfondie sur les phénomènes auxquels nous sommes confrontés. Les chapitres qui suivent sont regroupés selon une logique scientifique – sans interférence des contraintes organisationnelles, comme c'est souvent le cas dans les colloques – selon trois thématiques : renouveau des questions juridiques fondamentales concernant les TIC; le droit administratif des nouvelles TIC; la gouvernance par algorithmes. Les conclusions de l'Avocat général *Michal Bobek*, lui-même un jeune universitaire de renom, permettront au lecteur de voir les liens entre théorie et pratique de l'ensemble de ces thèmes, et d'en mesurer l'impact, qu'il convient de relativiser face aux enthousiasmes et aux angoisses que génère l'innovation permanente.

Nous sommes particulièrement reconnaissants à Mag. *Marina Kaspar*, *Marie-Lou Deron* et *Sebastian Graf*, de l'Université de Vienne, pour leur aide aussi efficace qu'engagée lors de la préparation de l'impression de ce volume

Milano, Februar-*February*-Février 2018
Diana-Urania Galetta & Jacques Ziller

Inhaltsverzeichnis - Table of Content - Table des Matières

Die Transparenz im öffentlichen Recht – Drei Beispiele eines schwer erreichbaren Ziels	15
Erneuerung der Rechtsgrundsatzfragen zu Informations- und Kommunikations- Technologien	
Renewal of Fundamental Legal Issues around Information and Communication Technologies	
Renouveau des questions juridiques fondamentales concernant les Technologies de l'Information et des Communications	35
Does the GDPR Change the World or is the World Changing Beyond the Regulation? <i>Deirdre Curtin</i>	37
Netzneutralität und Verfassungsrecht <i>Mercedes Fuertes</i>	49
Access to Public Information in the 21st Century <i>Ian Harden</i>	73
Zur Medienfreiheit im digitalen Zeitalter <i>Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis</i>	83
Verwaltungsrecht der Neuen Informations- und Kommunikations- Technologien	
Administrative Law of Information and Communication Technologies	
Droit administratif des Nouvelles Technologies de l'Information et des Communications	117
Information and Communication Technology and Public Administration: through the Looking Glass <i>Diana-Urania Galetta</i>	119

Bausteine eines Datenverkehrsrechts für die europäische Verwaltung <i>Jens-Peter Schneider</i>	131
Government in the digital era: can we do more with less? <i>Gherardo Carullo</i>	143
Steuerung durch Algorithmen	
Governance by Algorithms	
Gouvernance par algorithmes	153
Contrôle de la puissance publique et gouvernance par algorithme <i>Jean-Bernard Auby</i>	155
Die Gefährdung der individuellen Selbstentfaltung durch den privaten Einsatz von Algorithmen <i>Christian Ernst</i>	167
Predictive Policing als Herausforderung für das öffentliche Recht <i>Timo Rademacher</i>	179
Conclusion: New ICT Wine into Old Legal Wineskins? <i>Michal Bobek</i>	191
SOCIETAS IURIS PUBLICI EUROPAEI (SIPE)	211

Autorenverzeichnis – *Index of Authors* – Index des auteurs

Jean-Bernard **Auby**, Professeur de droit public émérite de Sciences Po Paris .

Michal **Bobek**, Advocate General at the Court of Justice since 7 October 2015. Lecturer and Fellow at the University of Oxford; Professor at the College of Europe in Bruges.

Gherardo **Carullo**, Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Milano, Dottore di ricerca in Diritto amministrativo; LL.M, King's College London.

Deirdre **Curtin**, Professor of European Law, European University Institute, Director of the Centre of Judicial Cooperation at the Robert Schuman Centre Robert Schuman Centre, Florence.

Christian **Ernst**, Wissenschaftlicher Assistent, Bucerius Law School, Hamburg.

Mercedes **Fuertes López**, Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de León. Ständiges Mitglied der Kodifizierungskommission des spanischen Justizministeriums.

Diana-Urania **Galetta**, Professore ordinario di diritto amministrativo, Coordinatore del dottorato di ricerca in Diritto Pubblico, internazionale ed europeo, Università degli Studi di Milano.

Ian **Harden**, Honorary professor, University of Sheffield. Professor of Law since 1995. Former Secretary General of the European Ombudsman.

Stylianos-Ioannis G. **Koutnatzis**, Dr. iur. (FU Berlin); LL.M. (Harvard); Demokritos Universität Thrazien.

Mario G. **Losano**, Professore emerito di teoria del diritto e di informatica giuridica, Università del Piemonte orientale. Professore all'Università degli Studi di Milano e all'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

Timo **Rademacher**, Wissenschaftlicher Assistent, Universität Freiburg.

Jens-Peter **Schneider**, Professor für Öffentliches Recht mit Europäischem Verwaltungs-, Informations- und Umweltrecht sowie Direktor der Abteilung II – Öffentliches Recht, Europäisches Informations- und Infrastrukturrecht am Institut für Medien- und Informationsrecht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg.

Jacques **Ziller**, Président de la SIPE, Professore ordinario di diritto dell'Unione europea, Università di Pavia, ancien professeur de droit public à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne et à l'Institut Universitaire européen de Florence.

Die Transparenz im öffentlichen Recht – Drei Beispiele eines schwer erreichbaren Ziels

Mario G. Losano*

Weil Etwas für uns durchsichtig geworden ist, meinen wir, es könne uns nunmehr keinen Widerstand leisten – und sind dann erstaunt, dass wir hindurchsehen und doch nicht hindurch können! Es ist diess die selbe Thorheit und das selbe Erstaunen, in welches die Fliege vor jedem Glasfenster geräth.

Friedrich Nietzsche¹

I. Transparenz, ein lobenswerter, aber mehrdeutiger Begriff

Die Transparenz ist ein Traum, den die Menschheit in allen Bereichen schon vom Altertum an bis heute verfolgt hat². Dank der Dematerialisierung eines immer größeren Teils der menschlichen Tätigkeiten und des globalen Netzes, das das weltweite Zirkulieren der dematerialisierten Güter ermöglicht, scheint die Erfüllung dieses Traumes infolge der Informationsrevolution in Reichweite gerückt zu sein. Um die zweite Jahrtausendwende begannen die Philosophen von einer „transparenten Gesellschaft“³ zu sprechen und die „Transparenz“ ist in allen Bereichen, besonders in Politik, Recht und Verwaltung, ein immer dringenderes Bedürfnis geworden.

Die repräsentativen Demokratien der Nachkriegszeit basieren auf der Einbeziehung der Bürger, da die frei gewählten Parlamente und die gegenüber diesen Parlamenten verantwortlichen Regierungen auf ihren Stimmen beruhen. Die Probleme treten mit der Machtübertragung auf und sofort stellt sich die Frage, die Bertold Brecht folgendermaßen formuliert hat: „Die Volksgewalt geht vom Volke

* *Professore emerito di teoria del diritto e di informatica giuridica, Università del Piemonte orientale. Professore all'Università degli Studi di Milano e all'Università degli Studi di Milano-Bicocca.*

1 Friedrich Nietzsche, *Sämtliche Werke. Kritische Studienausgabe*, München, 1980, Bd. 3, S. 270 (*Morgenröthe. Gedanken über die moralische Vorurtheile*, § 444).

2 Manfred Schneider, *Transparenztraum. Literatur, Politik, Medien und das Unmögliche*, Berlin, 2013, S. 342.

3 Gianni Vattimo, *La società trasparente*, Milano, 1989, 99 S.; David Brin, *The Transparent Society. Will Technology Force us to Choose Between Privacy and Freedom?*, Reading (Mass.) 1998, VI-378 S.; Thierry Libaert, *La transparence en trompe-l'œil*, Paris 2003, 166 S.

aus; aber wo geht sie hin?⁴. Daraus resultiert das Bedürfnis der Bürger, die Aktivitäten der vom Volk Gewählten und der öffentlichen Instanzen, welche die demokratisch beschlossenen Politiken umsetzen, zu kontrollieren. Die im Netz verbreiteten Informationen sind das ideale Mittel zur Umsetzung der Transparenz bei den verschiedenen Staatsgewalten.

Die Informationstechnologie ist ein Mittel und als solches ist es nicht neutral: die Funktionsweise hängt davon ab, wer ihre Verwendung regelt. Ein Beispiel: die Informationstechnologie im Netz und die sozialen Netzwerke waren das Werkzeug sowohl für den „Arabischen Frühling“, der für die westlichen Werte offen war, als auch für den Islamischen Staat, der sich diesen Werten mit Gewalt entgegensetzt. Gleichermaßen kann eine Regierungsdatenbank sowohl das Teilnahme- und Kontrollwerkzeug der Bürger, d.h. die Transparenz, darstellen, als auch die *arcana imperii* vor jeder Einnischung abschirmen: es hängt allein davon ab, was die Entscheidungsträger zum Thema Zugangsregelung zur Datenbank beschließen.

Transparenz ist ein politischer Begriff, der nahezu von Fall zu Fall einer Festlegung bedarf. Grundsätzlich sind wir uns alle oder fast alle einig, dass die Transparenz in den repräsentativen Demokratien ein positives Merkmal darstellt. Zu Auseinandersetzungen kommt es jedoch bei der Transparenz der öffentlichen Hand, die von den Bürgern gefordert wird, und der Transparenz der Bürger, die von der öffentlichen Hand gefordert wird. Aus Gründen interner oder externer Sicherheit, aus Gründen der finanziellen Stabilität der Märkte oder aus Gründen der politischen Zweckmäßigkeit (und hier beginnen die Kontroversen) kann nicht jede Aktion der öffentlichen Hand veröffentlicht, d.h. transparent, werden. Andererseits verlangt die öffentliche Hand von den Bürgern immer mehr Daten: mehr individuelle Details ermöglichen eine bessere Zuteilung der Sozialausgaben, gestatten aber gleichzeitig auch unerwünschte Kontrollen oder Eingriffe (z. B. durch den Fiskus) oder antiliberalen Kontrollen oder Eingriffe (im Falle eines radikalen Regimewechsels). Der Datenschutz, oder Privacy, verhindert ungegerechtfertigte Eingriffe in die Privatsphäre, kann aber auch herangezogen werden, um die Zahlung von sozialen (oder gerichtlichen) Kosten zu vermeiden: so wurde beispielsweise – im Namen der Privacy – der Zugang zu den Namen der Unternehmer gesperrt, die den Banken in der Region Veneto ihre Darlehen nicht zurückgezahlt hatten⁴ – auch wenn die Schulden mit öffentlichen Geldern beglichen wurden –, was einen Zusammenbruch auf nationaler Ebene zur Folge hatte.

4 Selbst der Verein der italienischen Banken (Associazione Bancaria Italiana) „hatte eine Einschränkung des Datenschutzgesetzes beantragt, um die Namen der ersten 100 zahlungsunfähigen Schuldner der geretteten Banken öffentlich bekannt zu machen“, <http://www.wallstreetitalia.com/banche-senato-nessun-nome-in-black-list-grandi-debitori-insolventi/>.

Kurzum: die Transparenz hat jedoch einen positiven Wert, ihrer schwierigen Handhabung zum Trotz.

Aus Zeitgründen will ich hier kurz schildern, welche Transparenz für eine verantwortungsvolle Staatsführung notwendig ist, und anschließend werde ich drei konkrete Fälle vor Augen führen. Die OECD hat in mehreren internationalen Treffen zum Thema ‚Transparenz‘ drei Grundsätze aufgezeichnet, die eine „Good Governance“ kennzeichnen: „*accountability*, meaning that it is possible to identify and hold public officials to account for their actions; *transparency*, meaning that reliable, relevant and timely information about the activities of government is available to the public; *openness*, meaning governments that listen to citizens and businesses, and take their suggestions into account when designing and implementing public policies“⁵.

Auf diesen Seiten behandle ich die Transparenz als Oberbegriff der drei Begriffe *transparency*, *accountability* und *openness*, denn die Transparenz dient auch dazu, Fehler festzustellen. In diesem Fall aber muss der Verantwortliche ausfindig gemacht und mit einer Sanktion belegt werden. Wenn jedoch kein Fehler vorliegt und es sich um eine politische Entscheidung handelt, soll der Bürger wissen, wem er diese Entscheidung zuzuschreiben hat. Dementsprechend wird er seine Schlüsse ziehen und entscheiden, für wen er in Zukunft seine Stimme abgeben wird. Schließlich muss zwischen politischen Entscheidungen und Bedürfnissen des Bürgers eine konstante Wechselwirkung stattfinden. Der Bürger muss wissen, an wen er seine Anträge stellen muss und der politische Entscheidungsträger muss wissen, welche Auswirkungen seine Entscheidung hat. Dazu zählen auch Auswirkungen, die vom Entscheidungsträger vielleicht so gar nicht vorhergesehen oder nicht erwünscht sind⁶.

Ich will nachfolgend an drei Beispielen politischer Entscheidungen näher aufzeigen, was konkret Transparenz oder Mangel an Transparenz heißt. Das erste Beispiel betrifft die jüngste Festlegung der Seegrenzen zwischen Italien und Frankreich im Gebiet zwischen Korsika und Ligurien. Hier handelt es sich um ein herausragendes Beispiel für den absoluten Mangel an *transparency*, an *accountability* und an *openness*. Das zweite Beispiel bezieht sich auf den deutschen Gesetzesentwurf bezüglich des *selbstfahrenden Autos*: ein positives Beispiel von *transparency*, *accountability* und vor allen von *openness*, d.h. der Wechselwir-

5 Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), *Public Sector Transparency and Accountability. Making it Happen*, Paris, 2002, S. 7.

6 Eine Analyse dieser „unintended consequences“ ist in Tero Erkkilä, *Government Transparency. Impact and Unintended Consequences*, New York, 2012, XVI-279 S., mit einer umfangreichen Bibliographie, S. 243-271. Andere Formen von „unintended consequences“ können auch als *counter-finality*, *sub-optimality* oder *duality of structure* erscheinen: Patrick Baert, „Unintended Consequences: A Typology and Examples“, *International Sociology*, 1991, S. 207-209.

kung zwischen den Aktivitäten der Regierung, der öffentlichen Meinung und den Produzenten. Das dritte Beispiel bezieht sich auf den US-amerikanischen Freedom of Information Act, in seiner Anwendung an einem konkreten Fall von „targeted killing“ durch eine Drohne. Gerade an diesem Beispiel wird deutlich, wie groß die Schwierigkeiten – auch bei einem guten Transparenzgesetz – sind, Transparenz zu erreichen, und zwar gerade in den Fällen, in denen es am nötigsten wäre.

Diese drei Beispiele spiegeln drei Stereotypen wieder: die deutsche Kultur, Heimat des systematischen Denkens; die angelsächsische Kultur, Heimat der Tragödie; die italienische Kultur, Heimat der komischen Oper.

II. Die roten Garnelen und die internationale Transparenz

Die Riviera-Städte San Remo und Bordighera in Ligurien sind nicht nur als internationale Touristenziele bekannt, sondern auch wegen der dort seit jeher gefischten „roten Riesengarnele von San Remo“ (gambero rosso – *Aristaeomorpha foliacea*), einer nicht nur lokal geschätzten gastronomischen Spezialität. Nicht zufällig wird das italienische Pendant des Michelin-Restaurantführers „*Gambero Rosso*“ genannt⁷. „Der begehrten roten Riesengarnele von San Remo, – schreibt eine lokale Zeitung – wurde 2008 das Qualitätskriterium ‚geschützte geografische Bezeichnung‘ seitens der EU zuerkannt und sie wurde vor kurzem in den ‚Förderplan für lokale und traditionelle Agrar- und Lebensmittelprodukte‘ aufgenommen und erhielt infolgedessen eine kontrollierte Herkunftsbezeichnung (Denominazione Comunale di Origine, De.C.O.)“⁸.

Am 13. Januar 2016 jedoch wurde mit dem ehrenwerten Schalentier respektlos umgegangen und wenige Tage später wurde im italienischen Senat eine Anfrage mit nachfolgendem Wortlaut gestellt: „Am 13. Januar 2016 wird das italienische Fischerboot „*Mina*“ während des Fischens nach Garnelen von einem Patrouillenboot der *Gendarmerie maritime* im Hafen von Nizza in Gewahrsam genommen; die Sicherstellung wird mit einer Grenzüberschreitung des italieni-

7 „Der italienische Verlag *Gambero Rosso* (deutsch: Roter Krebs) ist ein Unternehmen, das hauptsächlich durch das Buch „*Vini d’Italia*“ bekannt ist. Dieses Werk, das erstmals 1988 erschien und seither jährlich, gilt als der bekannteste Weinführer für italienische Weine. In Medien wird allgemein nur kurz von der Bewertung im *Gambero Rosso* gesprochen und heute gilt er unangefochten als das Standardwerk für den italienischen Wein. Der Gourmetverlag legt auch einen wichtigen Restaurantführer, den „*Ristoranti d’Italia*“ auf (23. Auflage, Stand 2013)“, Wikipedia, Stichwort *Gambero Rosso*.

8 Confini marittimi e pesca del gamberone rosso a rischio. Fratelli d’Italia porta il problema in Consiglio Regionale, 17. Februar 2016 <https://www.riviera24.it/2016/02/216231-216231/>.

schen Bootes in französische Gewässer gerechtfertigt“⁹. Hier stellt sich die Frage, wie kann es passieren, dass diese Seeleute, Fischer seit Generationen, so unvorsichtig waren, außerhalb der italienischen Gewässer zu fischen? Insbesondere in einem Gebiet, das wegen der ständigen Grenzüberschreitungen von Hunderten von Flüchtlingen, die sowohl auf dem Seeweg als auch zu Lande von Italien nach Frankreich gelangen wollen, so streng überwacht wird?

In Wirklichkeit waren die fraglichen Meeresstreifen von Italien erst 2015 an Frankreich abgetreten worden, doch niemand wusste es oder besser gesagt, nur die Franzosen waren darüber informiert. In Italien war bis dahin darüber kein Wort verloren worden. Während die Besatzung des Fischerbootes *Mina* aus San Remo eine Woche lang im Hafen von Nizza festgehalten wurde, um dann gegen Bezahlung von 8000 Euro freigelassen zu werden, versuchten in Italien die lokalen und nationalen Politiker zu verstehen, was vorgefallen war. Gleichzeitig veröffentlichten die Medien besorgte Interviews der Fischer nicht nur aus Ligurien, sondern auch aus Sardinien, denn die französischen Hoheitsgewässer waren auch vor den Küsten von Korsika ausgedehnt worden, wodurch Sardinien eines seiner Seegebiete für den Schwertfischfang einbüßte. Wie es in strukturell fehlerhaften Situationen üblich ist, hatten hier alle zugleich Recht und Unrecht.

Tatsächlich war am 21. März 2015 eine Vereinbarung zwischen Italien und Frankreich unterzeichnet worden, mit der die Seegrenzen zwischen den beiden Ländern verschoben wurden. Frankreich wurde daher nicht nur das Fischereirecht, sondern auch die Nutzung „eventueller Vorkommen an natürlichen Ressourcen“ eingeräumt. Aufgrund dieser letzten Klausel darf Frankreich jetzt auch vor den nahegelegenen italienischen Badeorten Erdöl-Bohrungen vornehmen.

Um die Situation tatsächlich verstehen zu können, wäre es notwendig in dieses italienisch-französische Abkommen Einsicht zu nehmen. Die Medien bezeichneten letzteres mit unterschiedlichen Begriffen: Übereinkommen, Vereinbarung, Abkommen, Vertrag. Ich konnte jedoch nirgendwo den entsprechenden Text finden, wobei ich mich mit diesem Problem in bester Gesellschaft befand, denn anlässlich der oben erwähnten Anfrage behaupteten auch die Senatoren: „Die Fragesteller mussten feststellen, dass der Text des bilateralen Abkommens nicht einmal in den staatlichen Datenbanken einsehbar war, ebenso wie von der Regierung noch nicht der vorgesehene Gesetzesentwurf für seine Ratifizierung verfasst worden war. Dementsprechend ist das Gesetz zur Ratifizierung des Übereinkommens noch nicht vom italienischen Parlament verabschiedet worden“.

9 Senato della Repubblica, Legislatura 17, Atto di Sindacato Ispettivo n° 3-02526, Atto n. 3-02526 (*in Commissione*), 27. Januar 2016, Sitzung Nr. 566, abrufbar unter: <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Sindisp&leg=17&id=958327>.

Im Falle des Fischerbootes *Mina* waren somit sowohl die *Gendarmerie maritime* als auch die Fischer von San Remo im Recht: Die Vereinbarung war zwar von Frankreich ratifiziert worden, aber nicht von Italien. Deshalb wurde dasselbe Seegebiet von den Franzosen als französisches und von den Italienern als italienisches Hoheitsgebiet betrachtet. Es gab aber ein Dokument, das diese verwirrende Lage verursacht hatte: „Aus der Homepage des Verteidigungsministeriums – fährt die Parlamentsanfrage fort – geht hervor, dass am 21. März 2015 unter der Bezeichnung „Ministertreffen 2+2 für auswärtige Angelegenheiten, Sicherheit und Verteidigung, Italien-Frankreich“ in Caen (Frankreich) ein bilaterales Treffen stattgefunden hat. Am Gipfeltreffen nahmen die Verteidigungsministerin *Roberta Pinotti* mit ihrem Amtskollegen *Jean-Yves Le Drian* teil sowie die Minister für auswärtige Angelegenheiten von Frankreich und Italien, *Laurent Fabius* und *Paolo Gentiloni Silveri*“, der gegenwärtige Ministerpräsident.

Das Außenministerium informierte, dass das „Abkommen von Caen nach langen Verhandlungen von 2006 bis 2012 [...] am 21. März 2015 unterzeichnet wurde. Unter Berücksichtigung seiner Natur, wird das Abkommen von Caen dem Parlament zur Ratifizierung unterbreitet, und folglich *ist es noch nicht in Kraft getreten*“¹⁰.

Im Februar 2016 wurde zum gleichen Thema auch der Abgeordnetenkammer eine dringende Anfrage unterbreitet, auf die eine formelle Antwort des Staatssekretärs für auswärtige Angelegenheiten und internationale Kooperation, *Benedetto Della Vedova*, folgte. Frankreich habe sich mündlich für den „tadelnswerten Fehler“ entschuldigt, aber ein Zwischensatz ließ den wundesten Punkt weiterhin offen: „Das Abkommen von Caen regelt nicht nur die Meeresgrenzen zwischen unserem Land und Frankreich, sondern es ändert auch die Nutzungsbedingungen eventueller Rohstoffvorkommen auf dem Meeresgrund oder im Meeresuntergrund an der Grenzlinie“¹¹. Also „Fischerei als Gegenleistung für Erdöl“¹².

Jedoch gibt uns die Geschichte der roten Garnelen, *ex negativo*, zu verstehen, wie wichtig die Transparenz für eine verantwortungsvolle Staatsführung ist. In diesem Zusammenhang können die Fragen anlässlich der Anfrage im Senat als

10 *Nota della Farnesina sulla delimitazione dei confini marini tra Italia e Francia*, 18. Februar 2016, abrufbar unter: http://www.esteri.it/mae/it/sala_stampa/archivionotizie/comunicati/nota-della-farnesina-sulla-delimitazione.html (Hervorhebung durch den Autor).

11 *Benedetto Della Vedova alla interpellanza parlamentare n. 2-01268 del 12 febbraio [2016], Atti Parlamentari – I – Camera dei Deputati, XVII Legislatura – Discussioni – Seduta del 12 Febbraio 2016, Resoconto Stenografico 568. Seduta di Venerdì 12 Febbraio, Indice Resoconto Stenografico, S. 1-22*, abrufbar unter: <http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/assemblea/html/sed0568/stenografico.pdf>.

12 Dieser Titel stand in der Zeitung, die von Anfang an diese Ereignisse behandelt hatte: *Il patto svantaggioso Italia-Francia: "Pesca in cambio di petrolio"*, <http://www.ilfattoquotidiano.it/premium/articoli/il-patto-svantaggioso-italia-francia-pesca-in-cambio-di-petrolio/>.

eine *Checkliste* dessen angesehen werden, was eine verantwortungsvolle Staatsführung in einem ähnlichen Fall tun müsste.

Vorausgesetzt, dass „nach Auffassung der Fragesteller die strittigen Gewässer in jeder Hinsicht als italienische Gewässer anzusehen sind, da das bilaterale Abkommen vom 21. März 2015 noch nicht in Kraft getreten ist“ – hier jedoch ist der Begriff ‚Abkommen‘ nicht in einem technischen Sinn zu verstehen –

„sollen folgende Fragen beantwortet werden:

- wer hat die Kautions für die Freilassung des italienischen Fischerbootes „Mina“ bezahlt; wie hoch war der bezahlte Betrag und aufgrund welcher geltenden Norm ist die Strafe erhoben worden;
- aus welchem Grund ist nach dem Abkommen keine der betroffenen lokalen, nationalen und sogar europäischen Institutionen über das Abkommen informiert worden;
- wer hat das bilaterale Abkommen zwischen Italien und Frankreich unterzeichnet und sind die genannten Minister darüber informiert worden;
- welches Verfahren wurde für die Unterzeichnung des Abkommens angewendet und sah dieses Verfahren die Weiterleitung der Informationen an die betroffenen Subjekte vor;
- wird im Rahmen der jeweiligen Zuständigkeiten eine Anhörung der Interessenträger veranlasst, um eine korrekte Politik zum Schutz von Örtlichkeit und Bürger umzusetzen;
- wird aufgrund der jeweiligen Zuständigkeit eine Überprüfung der Unterzeichnungs- und Ratifizierungsverfahren der internationalen Abkommen sowie der Informationsmodalitäten gegenüber den betroffenen Subjekten eingeleitet werden“.

Diesen Stellungnahmen im Jahr 2016 folgte eine längere Periode des Schweigens, bis dann im März 2018 klar wurde, dass die in Frage kommende Gebietsabtretung am 25. März 2018 tatsächlich stattfinden konnte. Das französische Meeresministerium hatte am 25. Januar 2018 die Karten seiner zukünftigen „Ausschließlichen Wirtschaftszone“ (Exclusive Economic Zone, EEZ) veröffentlicht, worunter auch eine Karte enthalten war, die derjenigen des Caen-Abkommens entsprach. Nach dem 25. März 2018 soll ein europäisches Verfahren diese neuen Grenzen anerkennen. Anscheinend hoffte Frankreich, mit dieser Prozedur die noch fehlende Ratifizierung des Caen-Abkommens seitens Italiens umgehen zu können. Nach den politischen Wahlen am 4. März 2018 war in Italien jedoch noch keine Regierung gebildet; sogar das Parlament war noch nicht einberufen, weil fünfzehn Tage nach den Wahlen keine vollständige Liste der Gewählten vorlag. Da erhob sich die Stimme *Giorgia Melonis*, Vorsitzende der rechtsgerichteten Partei „*Fratelli d’Italia*“: eine Partei, die gerade für die Unversehrtheit des vaterländischen Bodens besonders empfindlich ist. Ohne Regierung und ohne Parlament war die Presse für sie das einzige Sprachrohr: „Die Regierung soll die

Ratifizierung des Caen-Vertrages seitens Brüssels auf der Stelle unterbrechen¹³. Zugleich reichte sie bei der römischen Staatsanwaltschaft eine Beschwerde gegen den scheidenden Regierungspremier *Paolo Gentiloni* ein, der als Außenminister den Caen-Vertrag unterschrieben hatte.

Diese Nachrichten haben eine breite Diskussion entfacht, die in der Presse und im Internet ausgiebig dokumentiert wird: einerseits werden die Befürchtungen einer Gebietsabtretung als angebliche *fake new* entkräftet, andererseits meldet man, Frankreich hätte anerkannt, dass die veröffentlichte Karte Fehler enthält. Um es kurz zu machen: diese „Fisch-und-Boden“-Fehde bleibt nach wie vor undurchsichtig. An dieser Stelle unterbrechen wir die fragwürdige Geschichte von roten Garnelen, Senatoren, Erdöl, Schwertfisch und Ministern und analysieren sie kurz aus Sicht des von der OECD ausgearbeiteten Transparenzbegriffs. *Null transparency*, denn zum Zeitpunkt der Diskussion war der Text des italienisch-französischen Abkommens nicht verfügbar; *Null accountability*, denn nur wenige Medien und die parlamentarische Opposition haben den Menschen der betroffenen Gebiete eine Stimme verliehen, während aus den Antworten der parlamentarischen Anfragen nicht hervorgeht, wer aufgerufen werden könnte, um über die Verhandlungen und die Zurückhaltung bei ihrer Bekanntmachung zu berichten; schließlich, noch weniger *openness*, weil die davon betroffenen weder vor der Unterzeichnung des Abkommens angehört worden waren, noch nach dessen Unterzeichnung informiert worden sind.

Am Ende bleibt eine einzige Transparenz übrig: das kristallklare Wasser der ligurischen See und des Tyrrhenischen Meeres. Zumindest vorläufig, angesichts der bevorstehenden Ölbohrungen.

III. Das selbstfahrende Auto und der durchsichtige Fahrer

„Nach der Erfindung des Automobils ist das automatisierte Fahren die größte Revolution in der Mobilität“¹⁴: mit diesen Worten begleitete der derzeitige deutsche Transportminister *Alexander Dobrindt* den am 27. Januar 2017 im Bundesrat und am 20. Februar im Bundestag als besonders dringend präsentierten Gesetzesentwurf über das automatisierte Fahren von Fahrzeugen. Der Bundestag hat ihn am 10. März 2017 an die entsprechende Verkehrskommission weiterge-

13 *Denuncio Gentiloni, svende il mare ai francesi*, „Libero“, 19. März 2018, abrufbar unter: (<https://www.pressreader.com/italy/libero/20180319/textview>). Für eine ausführliche Darstellung der Lage (mit der umstrittenen Karte) siehe V. Della Sala / C. Di Foggia, „La Francia si prende il mare grazie al trattato fantasma“, *Il Fatto Quotidiano*, 20. März 2018, S. 12. Eine noch detailliertere Karte ist abrufbar unter: <http://www.ilgiornale.it/news/cronache/mare-ceduto-francia-si-fa-dietrofront-non-modifichiamo-1507763.html>.

14 Süddeutsche Zeitung, 26. Januar 2017, S. 5.