

Verantwortung in smarten Ordnungen

Klaus Günther

I. Wie ist rechtliche Begrenzung instrumentärer Macht möglich?

Die Konzeption eines Daten(wirtschafts)völkerstrafrechts macht es sich zur Aufgabe, der „Überwältigung der Freiheit“ durch „unkontrollierbare Macht“ – sei es wirtschaftliche oder staatliche, sei es staatlich geförderte oder wohlwollend geduldete wirtschaftliche Macht – zu begegnen, soweit sie sich „aus der Datenerhebung, bzw. -verwendung“ ergibt.¹ Sie reagiert damit auf eine sich beschleunigende Entwicklung der automatisierten Datenverarbeitung, die vor allem dadurch gekennzeichnet ist, dass sich „die Daten zunehmend von ihrem Erhebungszweck lösen und in ein selbständiges Informationskapital verwandeln.“² Mit diesem Informationskapital lässt sich sowohl wirtschaftliche als auch staatliche Macht generieren und steigern.

Im Zentrum steht ein von *Shoshana Zuboff* als „instrumentäre Macht“ charakterisiertes Phänomen.³ Es setzt sich aus zwei Komponenten zusammen, die jene der klassischen Weberschen Macht-Definition entsprechende Chance konstituieren, den eigenen Willen gegenüber Dritten auch gegen deren Widerstreben durchzusetzen.⁴ Diese Chance geht mit der zunehmenden Fähigkeit einher, auf der Grundlage präziser Beobachtungen künftiges Verhalten vorauszusagen und dieses Vorhersagewissen für die modifizierende Beeinflussung künftigen Verhaltens Dritter für die Verfolgung eigener Interessen und Absichten zu verwenden. Dies wird dadurch möglich, dass Nutzer durch entsprechende Anreize dazu gebracht werden, möglichst viele Daten zu produzieren und zu verwenden, die von den Anbietern gesammelt und nach von ihnen bestimmten Gesichtspunkten in wachsen-

1 Werkmeister, Erste Überlegungen zum Begriff der „politischen Datenwirtschaftsstrafstat“, GA 2021, S. 570 ff., 570.

2 Simitis, in Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz Kommentar (BDSG), Einleitung: Geschichte – Ziele – Prinzipien, 14. Aufl. 2014, Rn. III.

3 Zum Begriff der instrumentären Macht s. ausführlich Zuboff, Das Zeitalter des Überwachungskapitalismus, 2018, Kap. III, S. 411 ff., 412.

4 Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl. 1921/1976, S. 29.

der Entfernung vom ursprünglichen Erhebungszweck analysiert werden. Je häufiger und umfassender dies geschieht und je präziser und intensiver die technischen Möglichkeiten der Datenanalyse werden, desto effektiver (und effizienter) werden die Möglichkeiten, das künftige Denken, Fühlen, Wollen und Tun der Nutzer auf der Grundlage sog. Profile zu prognostizieren. Je präziser das prognostische Wissen wird, desto größer die Möglichkeiten, künftiges Verhalten zu beeinflussen oder zu modifizieren. Instrumentäre Macht setzt sich also aus den mit der Nutzung digitaler Medien gegebenen Potentialen der Verhaltensprognose und Verhaltensmodifikation zusammen.⁵ Anders als die für die Menschheitskatastrophen des 20. Jahrhunderts verantwortliche totalitäre Macht zielt sie nicht darauf, Körper und Seele ideologisch zu durchdringen, um sie gleichsam von innen zum gewünschten Verhalten zu motivieren, sondern auf eine äußere Verhaltensmodifikation durch datengestütztes Beobachtungs- und Vorhersagewissen. Je passgenauer das daraus destillierte Persönlichkeitsprofil gerät, desto detaillierter lassen sich die externen Anreize spezifizieren, auf welche die Nutzer in der prognostizierten Weise reagieren werden (sog. *micro-targeting*).

Angetrieben wird die instrumentäre Macht von einer „Utopie der Gewissheit“⁶ menschlichen Verhaltens, das so berechen- und steuerbar wie die Funktionsabläufe einer Maschine werden soll. Dabei kommt es vor allem darauf an, mögliche Abweichungen oder Fehler, die das reibungslose Funktionieren der Maschine gemäß dem vorgegebenen Programm beinträchtigen können, vorherzusehen, um ihr Auftreten zu verhindern. Überträgt man diese Utopie auf menschliches Verhalten, namentlich soziale Interaktionen und Kommunikationen, so lässt sie sich vor allem auf die Praxis des Befolgens von Normen und Regeln durch ihre Adressat:innen beziehen. Wenn Normen und Regeln dazu da sind, ihre Adressat:innen in ihrem Verhalten so anzuleiten, dass sie tun, was die Norm gebietet, oder unterlassen, was sie verbietet, dann gehört die Vermeidung von Abweichungen zu ihrem Sinn. Da die Erfahrung jedoch lehrt, dass es faktisch immer wieder zu Abweichungen kommt und dadurch die wechselseitige Erwartung des Regelbefolgens immer wieder enttäuscht wird, könnte mithilfe instrumentärer Macht das Regelbefolgen so perfektioniert werden, dass die wechselseitige Erwartung zumindest annäherungsweise den Grad der Gewissheit erreichte. Die Utopie der Gewissheit würde sich mit dem Befolgsanspruch

5 Werkmeister (Fn. 1), S. 574 f.

6 Zuboff (Fn. 3), S. 461-480. S. auch Günther, Die Zukunft der Freiheit in smarten Ordnungen, WestEnd – Neue Zeitschrift für Sozialforschung 2020, S. 165 ff.

normativer Ordnungen derart verschwistern, dass sie zur Utopie der Normbefolgungsgewissheit würde. Ansetzen müsste die instrumentäre Macht an der Quelle abweichenden Verhaltens im Normadressaten – an ihrer/seiner Subjektivität im Verhältnis zum Anspruch der Norm, befolgt zu werden. Normen sind an Personen adressiert, die sich zur Normbefolgung erst entschließen oder zumindest einmal entschlossen haben müssen, auch wenn sie es aktuell in vielen Fällen aus Gewohnheit oder quasi-automatisch tun mögen.

Wenn instrumentäre Macht darauf gerichtet ist, diese Quelle beständiger Unsicherheit beim Regelbefolgen zum Versiegen zu bringen, könnte das Projekt eines Datenwirtschaftsvölkerstrafrechts allerdings fragwürdig werden. Soweit dieses Projekt ein rechtliches Regelkonzept zur Zähmung instrumentärer Macht anvisiert, würde die Utopie der Normbefolgungsgewissheit in ein Dilemma führen: In dem Maße, wie Rechtsordnungen dazu übergehen, instrumentäre Macht für die Gewährleistung allgemeinen Regelbefolgens zu nutzen, wäre eine rechtliche Regulierung zur Begrenzung instrumentärer Macht ihrerseits auf diese Art von Macht angewiesen oder sie hätte mit der Stilllegung der Unsicherheitsquelle normbefolgenden Verhaltens ihren spezifischen Adressaten, die Rechtsperson mit ihrer Subjektivität, verloren. Wie ich im Folgenden zeigen möchte, ist der Grund dafür die Freiheit zu abweichendem Verhalten, die eine notwendige Voraussetzung für normative Ordnungen überhaupt und insbesondere für Rechtsordnungen ist.

II. Der interne Zusammenhang zwischen Norm, Verantwortung und abweichendem Verhalten

In *Lon Fullers* Monographie über „Morality of Law“ aus dem Jahre 1964 findet sich folgende Bemerkung:

„To embark on the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules involves of necessity a commitment to the view that man is, or can become, a responsible agent, capable of understanding and following rules, and answerable for his defaults. Every departure from the principles of law's inner morality is an affront to man's dignity as a responsible agent.“⁷

⁷ Fuller, The Morality of Law, 1964/1969, S. 162.

Für *Fuller* gibt es einen internen, notwendigen Zusammenhang („involves of necessity the commitment“) zwischen Regeln und der Konzeption („view“) von Adressaten dieser Regeln als verantwortlicher Personen. Keine Regel ohne verantwortliche Adressaten. Was genauer darunter zu verstehen sei, sagt *Fuller* nur in einem Nebensatz: „capable of understanding and following rules, and answerable for his defaults.“ Während mit dem ersten Teil die erforderlichen kognitiven und motivationalen Fähigkeiten für die Regelbefolgung (Einsichts- und Steuerungsfähigkeit) gemeint sind, bezeichnet der zweite Teil eine spezifische *Position* oder einen *Status*, die mit der Konzeption einer verantwortlichen Person einhergehen: Im Falle einer Nichtbefolgung oder Verletzung der Regel eine Antwort geben zu können und zu sollen. *Fuller* nimmt hier auf den Wortsinn des Terminus Ver-Antwortung Bezug (lat. *respondeo*). Wer eine Regel nicht befolgt, ist fähig und verpflichtet, zu antworten. Es ist also die spezifische Situation der Regelverletzung, welche den notwendigen Zusammenhang zwischen Regel und Verantwortung evident werden lässt. Diese Beschreibung enthält allerdings noch zwei weitere Aspekte:

(1) Wenn es um ein Antworten geht, ist ein *kommunikatives Verhältnis* vorausgesetzt, d.h. neben dem antwortenden Sprecher ein anderer Sprecher/Hörer, an den die Antwort gerichtet ist. Es handelt sich dabei um eine Antwort auf die kritische Frage des Anderen, warum der Handelnde die Regel nicht befolgt habe, obwohl er dies hätte tun sollen. Das Befolgen einer Regel ist also nicht nur deshalb eine intersubjektive Praxis, weil niemand, wie *Wittgenstein* gezeigt hat, nur einmal und für sich alleine einer Regel folgen kann, also weil Intersubjektivität zum Sinn von „Regel“ gehört.⁸ Darüber hinaus auch deshalb, weil es eine Praxis der Reaktion auf das Nicht-Befolgen einer Regel gibt, in der kritisch gefragt und geantwortet wird. *Fullers* Gegner, *H.L.A. Hart*, hat diese Praxis übrigens ähnlich beschrieben: Ob jemand einer Regel folgt, lässt sich nur von einem *internen Standpunkt* aus erschließen, der in einer *critical reflective attitude* besteht, die sich in einer intersubjektiven Praxis der Kritik von Regelverletzungen zeigt.

„What is necessary is that there should be a *critical reflective attitude* to certain patterns of behaviour as a common standard, and that this should display itself in criticism (including self-criticism), demands for conformity, and in acknowledgements that such criticism and demands

8 *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, 1975, S. 127 ff. (Nr. 199 ff.)

are justified, all of which find their characteristic expression in the normative terminology of ‘ought’, ‘must’, and ‘should’, ‘right’ and ‘wrong’”⁹

(2) Das zweite Element, das in *Fullers* „Answerability“ enthalten ist, erschließt sich nur indirekt. Wenn Verantwortung sich auf den Fall einer Nicht-Befolgung der Regel bezieht, so setzt das voraus, dass man eine Regel auch tatsächlich *nicht* befolgen kann. Das klingt *prima facie* trivial – ist es aber nicht. Dass eine Regel befolgt werden soll, gehört zu ihrem Sinn. Es wäre unsinnig, eine Regel aufzustellen ohne den Anspruch, dass sie befolgt werde. Aber Regeln und Normen sind nicht von der Art, dass sie ihre eigene Befolgung garantieren und sicherstellen würden. Eine Regel schließt immer die Möglichkeit ihrer Verletzung ein. Eine Regel will befolgt werden (das macht sie empfänglich für die Utopie der Normbefolgungsgewissheit), aber nur auf eine Weise, welche die Möglichkeit der Nicht-Befolgung einschließt. Um es zu einer Paradoxie zuzuspitzen: Die Befolgung einer Regel setzt die Möglichkeit ihrer Nicht-Befolgung voraus. Dabei handelt sich vermutlich um eine unvermeidliche Präsupposition der Praxis des Regelbefolgens.

Freilich muss man hinsichtlich der möglichen Gründe für das Nicht-Befolgen unterscheiden. Ein Grund kann die fehlerhafte Anwendung der Regel sein. Hier will der Adressat die Regel befolgen, macht dabei aber Fehler, weil er ihre Bedeutung entweder nicht richtig versteht (kognitiver Fehler) oder weil es ihm trotz richtigen Verständnisses nicht gelingt, sein Verhalten so zu steuern, dass er die Regel befolgt (Motivationsfehler). Wenn er jedoch kognitiv und motivational fähig ist, der Regel zu folgen, sie aber tatsächlich nicht befolgt, dann gerät er in jene Position, in der er sich Dritten gegenüber verantworten muss. Nur deshalb, weil es diese Möglichkeit – oder Freiheit – gibt, können wir für die Regelbefolgung auch verantwortlich sein. Würden wir einer Regel *automatisch* folgen, wäre die Konzeption einer verantwortlichen Person überflüssig – so wenig, wie eine Maschine dafür verantwortlich ist, dass sie so funktioniert, wie es den technischen Regeln ihrer mechanischen Konstruktion entspricht. Die Utopie der Normbefolgungsgewissheit würde daher im Falle ihrer Realisierung normbefolgende Subjekte in Maschinen transformieren.

9 H.L.A. Hart, The Concept of Law, 1961, S. 55 f.

III. Die Freiheit zu abweichendem Verhalten

Es erscheint daher sinnvoll, statt allgemein von Regeln von *Normen* zu sprechen – was vermutlich auch die Bedeutung ist, die dem Gebrauch des Wortes durch *Lon Fuller* (und ebenso *H.L.A. Hart*) entspricht. Dann würde für jede soziale Praxis, die durch Normen konstituiert und reguliert wird, gelten, dass sie das Konzept einer verantwortlichen Person voraussetzt und damit die Möglichkeit einschließt, dass die Adressaten ihre Normen befolgen oder nicht befolgen können. Dies trifft auf jede Art von Norm zu, auch für die elementarste aller Normen, die einem Versprechen innewohnt. Wer einem Anderen etwas verspricht, erzeugt eine Norm (oder aktualisiert die geltende Norm, dass man Versprechen halten soll, in einem konkreten Fall), für deren Befolgung er verantwortlich ist. Er legt sich damit gegenüber einem Anderen in seinem künftigen Verhalten fest. Verantwortlich für die Einhaltung des Versprechens ist er aber nur deshalb, weil er die Möglichkeit hat, das Versprechen *nicht* einzuhalten. Es liegt daher einzig und allein an ihm, ob er das Versprochene tun wird oder nicht (abgesehen von extremen Veränderungen der Umstände, die das Einhalten des Versprechens unmöglich machen – *clausula rebus sic stantibus*). Die Fähigkeit, sich in seinem eigenen Verhalten gegenüber Anderen für die Zukunft festzulegen, ist alles andere als natürlich gegeben, und sie schließt die Freiheit ein, sich auch anders zu verhalten. Nach *Nietzsche* lautet die größte und zugleich paradoxe Aufgabe für den Menschen daher:

„Ein Tier heranzüchten, das *versprechen darf*.¹⁰

Menschen, die sich, in Anlehnung an das Zitat von *Lon Fuller*, auf das Projekt einlassen, ihr Zusammenleben durch Normen zu regeln, gehen daher ein gewisses *Risiko* ein, wenn das Befolgen einer Norm auch bedeutet, die Norm nicht befolgen zu können. Das Risiko liegt im Normadressaten als einer verantwortlichen Person. Statt Mechanismen zu kreieren, die eine automatische und perfekte Normbefolgung sicherstellen (wie bei einer Maschine), wird eine Praxis etabliert, wie *H.L.A. Hart* sie als *critical reflective attitude* gegenüber Normen beschrieben hat. Es ist die *Praxis der Kritik* abweichenden Verhaltens, möglicherweise sogar die Praxis von Kritik überhaupt.

¹⁰ Nietzsche, Zur Genealogie der Moral, Dritte Abhandlung, Werke, hrsg. v. Schlechta, Band 2, 1994, S. 239 (Herv. F.N.)

IV. Techniken der Risikominimierung

Allerdings verzichten Gemeinschaften mit einer normengeleiteten sozialen Praxis nicht vollständig darauf, das Risiko abweichenden Verhaltens auch noch auf eine andere Weise zu minimieren. Welche Maßnahmen zusätzlich ergriffen werden, hängt unter anderem von der Art der Norm ab, um die es geht. Wesentlich sind Prozesse der Sozialisation, der Bildung und der Kultivierung – was Michel Foucault als „Subjektivierung“ bezeichnet hat – die nicht nur dazu beitragen, dass jene kognitiven und motivationalen Fähigkeiten sowie Dispositionen für die Befolgung elementarer sozialer Normen ausgebildet werden, sondern auch dazu, dass eine Person lernt, was es heißt, eine verantwortliche Person zu sein. Das beginnt damit, dass Kinder lernen, zu versprechen und auf ein ihnen gegenüber gegebenes Versprechen zu vertrauen – dann allerdings auch die Erfahrung machen, dass nicht jedes ihnen gegenüber gegebene Versprechen gehalten wird. Sie lernen dabei freilich auch, dass es eine soziale Praxis der Kritik am Bruch eines Versprechens gibt und wie man sich an dieser Praxis zu beteiligen pflegt. Möglicherweise gehört die Erfahrung, Normen verletzen zu können und dafür von Anderen kritisiert zu werden, überhaupt zum Prozess des Lernens, was es heißt, als verantwortliche Person Normen zu befolgen, hinzu – wie sich u.a. bei Jugendlichen in der Adoleszenzphase zeigt.¹¹ Darüber hinaus gibt es vielfältige gesellschaftliche Bedingungen, die zumindest bis zu einem gewissen Grade erfüllt sein müssen, um zu einer verantwortlichen Person werden und als eine solche für das eigene Handeln kritisiert werden zu können. In dem Maße, wie die Befolgung von Normen unzumutbar wird, weil die Adressaten angesichts der gesellschaftlichen Verhältnisse kaum dazu in der Lage sind, wird die Kritik eines Adressaten für die Verletzung dieser Normen unfair, die Praxis der *critical reflective attitude* unter verantwortlichen Personen sinnlos.¹²

Ich konzentriere mich hier nur auf eine besondere Art, auf die Rechtsnorm. Nicht die einzige, aber eine zentrale Möglichkeit, Normbefolgung wahrscheinlicher zu machen, ist die Koppelung der Rechtsnorm mit der

11 S. dazu die Studien von Gertrud Nunner-Winkler, vor allem: *Döbert/Nunner-Winkler*, Adoleszenzkrise und Identitätsbildung, 1975; *Nunner-Winkler*, Prozesse moralischen Lernens und Entlernens, Zeitschrift für Pädagogik 55 (2009), S. 528 ff., 534ff.

12 *Günther*, Zwischen Ermächtigung und Disziplinierung – Verantwortung im gegenwärtigen Kapitalismus, in Honneth (Hrsg.), Befreiung aus der Mündigkeit. Paradoxi en des gegenwärtigen Kapitalismus, 2002, S. 117 ff.

Androhung von Zwang oder überhaupt von Sanktionen für den Fall der Normverletzung. Manche Autoren halten diese Koppelung sogar für eine notwendige, die zum Begriff des Rechts gehöre, wie die Proponenten der *Coercion Thesis*.¹³ Unabhängig davon lässt sich aber schnell erkennen, dass auch das Hinzufügen einer Androhung (und im Falle faktischer Abweichung auch die Exekution) von Zwang nichts daran ändert, dass für den Adressaten einer Rechtsnorm die Präsposition gilt, dass er die Möglichkeit hat, die Norm nicht zu befolgen. Wenn Rechtsnormen mit einer Zwangsandrohung gekoppelt sind, so bedeutet das nur (vorausgesetzt, sie ist glaubwürdig und der Adressat kennt die Drohung), dass die Normverletzung für den Adressaten aufgrund seiner individuellen Präferenzen weniger vorzugswürdig erscheint als die Befolgung. Sie liefert nach *Robert Nozicks* Analyse lediglich einen *zusätzlichen* Grund, sich für die Befolgung und gegen die Nicht-Befolgung zu entscheiden, nach *Joseph Raz* sogar nur einen subsidiären und *partiellen Hilfsgrund*.¹⁴ Damit ist aber weder die Möglichkeit noch die Freiheit des Adressaten beseitigt, sich gegen die Befolgung der Norm zu entscheiden und die Sanktion mit ihren Nachteilen in Kauf zu nehmen. Die Androhung von Zwang beseitigt die Verantwortung des Normadressaten nicht, im Gegenteil, diese ist sogar der rechtfertigende Grund dafür, im Falle einer Normverletzung die Sanktion gegen ihn zu verhängen. Die Alternativen wären ein System brutalen Terrors oder ein bis in die kleinsten Kapillaren der Psyche eindringendes System der Manipulation und Kontrolle, der vollständigen Konditionierung.¹⁵ Hier läge Verantwortung, wenn überhaupt, bei einer Zentrale, die das Leben und die Psyche der Normadressaten verwaltet, um Normbefolgung sicherzustellen. Dagegen gehört zur Befolgung von Rechtsnormen durch verantwortliche Akteure eine Art dezentraler Ontologie einzelner Subjekte, die je für sich Normen befolgen – oder auch nicht.¹⁶ Mit Blick auf die Alternative zwischen einem herkömmlichen Strafrecht mit einer Strafsanktion für abweichendes Verhalten und einer Prävention, die durch technische Vorkehrungen dieses

13 S. zuletzt *Himma*, Coercion and the Nature of Law, 2020.

14 *Nozick*, Coercion, in Morgenbesser/Suppes/White (Hrsg.), Philosophy, Science, and Method: Essays in Honor of Ernest Nagel, 1969, S. 440 ff.; *Raz*, Praktische Gründe und Normen, 2006, S. 219 f. (engl. Practical Reason and Norms, 1975, S. 162 f.).

15 Wie z.B. die *ludovico technique* in Antony Burgess (1962) bzw. Stanley Kubricks (1971) dystopischem Roman bzw. Film „A Clockwork Orange“, mit der Warnung eines Priesters (*sic!*) an den Protagonisten, bevor dieser sich auf das Konditionierungsperiment einlässt: „If a man cannot choose he ceases to be man.“

16 S. dazu *Jakobs*, Das Schuldprinzip, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 319, 1993, S. 34, sowie die Parabel dort, S. 34 f.

von vornherein unmöglich macht, hat *Bernhard Haffke* deutlich markiert, welche freiheitsgefährdenden Folgen sie heraufbeschwört – zugleich als Warnung vor einem oberflächlichen Verständnis des ultima ratio-Prinzips im Strafrecht, das jede alternative Regelung gutheißt, die ohne Strafsanktion auskommt.

„Während die psychologische Prävention, wenn auch mittels Lohn und Strafe, den Weg – den steinigen, aber anständigen Weg – noch über das Subjekt wählt, kommt dieses bei der technischen Prävention von vornherein gar nicht mehr in den Blick: Abweichendes Verhalten ist unmöglich geworden.“¹⁷

Mit dem verantwortlichen Subjekt verschwindet nämlich auch dessen Grundlage, die Freiheit, sich für oder gegen die Normbefolgung zu entscheiden:

„Das klassische liberale Strafrecht wählt bewusst den Weg über den Täter als moralische Persönlichkeit, als verantwortliches Subjekt und respektiert, indem es so verfährt, seine Freiheit zum abweichenden Verhalten.“¹⁸

V. Normbefolgung – Gewissheit oder Vertrauen?

Jede normengeleitete soziale Praxis und insbesondere jedes Rechtssystem ist daher darauf angewiesen, dass es neben den Institutionen, Verfahren und Praktiken der Kritik abweichenden Verhaltens, des Zwangs und anderer Sanktionen auch ein gegenseitiges *Vertrauen* gibt, sich als verantwortliche Person normgemäß zu verhalten. Jedes Rechtssystem stützt sich nicht nur auf dieses wechselseitige Vertrauen, sondern auch darauf, dass im Fall abweichenden Verhaltens die institutionalisierten Verfahren der Kritik abweichenden Verhalten (z.B. Gerichtsverfahren) aktiviert und die zuvor angedrohten Sanktionen auch verhängt werden (Rechtsvertrauen).

Trotz aller genannten Maßnahmen zur Gewährleistung durchschnittlicher Normbefolgung bleibt das Risiko abweichenden Verhaltens, wenn auch sicherlich in geringerem Maße als ohne sie, bestehen. Auch das Ver-

17 *Haffke*, Die Legitimation des staatlichen Strafrechts zwischen Effizienz, Freiheitsverbürgung und Prävention, in Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 967.

18 *Haffke* (Fn. 17).

trauen ist ja nur deshalb notwendig, weil wir zwar Gründe haben, uns auf den Anderen zu verlassen, aber gerade keine Gewissheit. Vertrauen ist, nach der bekannten Formulierung Georg Simmels, „eine Hypothese künftigen Verhaltens, die sicher genug ist, um praktisches Handeln darauf zu gründen, [...] als Hypothese ein mittlerer Zustand zwischen Wissen und Nichtwissen um den Menschen.“¹⁹ Mit Hilfe neuer digitaler Technologien, insbesondere AI, scheint sich nun eine Möglichkeit aufzutun, jenes Risiko zu beseitigen oder zumindest so weit zu minimieren, dass die Wahrscheinlichkeit für die Wahl dieser Verhaltensalternative erheblich abgesenkt wird. Das ist das Versprechen oder die Vision *smarter Ordnungen*. Sie sind darauf ausgerichtet, durch intelligentes Design und mit Hilfe algorithmischer Operationen Abweichungen von ihren Normen zu minimieren oder ganz unmöglich zu machen.²⁰ Das wegen der stets vorhandenen Möglichkeit zur Abweichung riskante Vertrauen in die Normbefolgungsfähigkeit und -bereitschaft der Normadressaten ließe sich damit in eine Normbefolgungsgewissheit transformieren.

Das Risiko, dass ein Versprechen nicht eingehalten wird, lässt sich z.B. in einem *smart contract* dadurch beseitigen, dass der Vollzug von Leistung und Gegenleistung in einer *blockchain* automatisiert wird. Das Risiko von Straftaten lässt sich durch situations- und personenbezogenes *predictive policing* und eine algorithmisierte Prävention künftiger Straftäter minimieren. Projekte wie *Anticipatory Governance* und *Smart Cities* sind motiviert von der Aussicht, gesellschaftliche Konflikte präventiv zu entschärfen („*prevention rather than cure*“) und die „Konfluenz“ städtischer Interaktionen konfliktfrei zu organisieren. Der Extremfall ist das in einigen Regionen Chinas praktizierte *social credit*-Modell. Mit Hilfe solcher Technologien, deren Effektivität durch AI extrem gesteigert werden kann, vermag eine Gesellschaft sich dem vermeintlichen Ideal der perfekten Normbefolgung noch mehr anzunähern, ohne dass es dabei überhaupt nochankäme auf

„the view that man is, or can become, a responsible agent, capable of understanding and following rules, and answerable for his defaults.“

Freilich wurde schon immer versucht, Technologien zu entwickeln, welche eine Normbefolgung wahrscheinlicher machen – der Zwang und seine Androhung sind vielleicht die primitivste Form. Dazu gehören auch die

19 Simmel, Soziologie, 1908/1983, S. 263.

20 Günther, Von normativen zu smarten Ordnungen?, in Forst/Günther (Hrsg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 523 ff.; ders. (Fn. 6).

Technologien des Selbst-Zwangs (bzw. der Selbstdisziplinierung), wie sie paradigmatisch von *Jon Elster* (und kritisch von *Horkheimer/Adorno*) am Beispiel des sich von seinen Gefährten an den Schiffsmast binden lassen- den Odysseus untersucht worden sind.²¹ Aber man wollte bisher immer beides haben: Möglichst perfekte Normbefolgung, aber durch verantwortliche Personen, beides eingebettet in eine intersubjektive Praxis der Kritik von normabweichendem Verhalten. Auch gab und gibt es gesellschaftliche Bereiche, in denen die gesamtgesellschaftlichen Vorteile einer Normbefolgung überwiegen, die durch technische Steuerung und durch technische Innovationen sichergestellt werden kann. Dies gilt z.B. überall dort, wo es um die Anwendung von Technologien mit größerem Risikopotential geht. Warum Kraftfahrzeuge nicht mit einem Chip ausstatten, der selbsttätig und ohne Zutun des Fahrers die Geschwindigkeit des Fahrzeugs reduziert, wenn eine Verkehrsregel dies gebietet (und vielleicht sogar in Notstandssituationen sich selbst abschalten kann)?

VI. Das Datenwirtschaftsvölkerstrafrecht als Element einer normativen Konstitutionalisierung smarter Ordnungen

Die Frage, wie angesichts der ambivalenten Folgen smarter Ordnungen ein demokratischer Rechtsstaat auf Bestrebungen zu ihrer Realisierung reagieren sollte, dürfte daher nicht im Sinne eines Entweder-Oder zu beantworten sein. Vielmehr geht es darum, den Grad oder Umfang zu bestimmen, in dem smarte mit normativen Ordnungen koexistieren sollten. Erst wenn smarte Ordnungen anfangen, das Konzept einer verantwortlichen Person überhaupt in Frage zu stellen, wäre zu überlegen, ob sich unsere Lebenswelt der Normativität nicht grundlegend ändert, und ob das Ideal der perfekten Normbefolgung nicht ein falsches Ideal ist.

Um dies zu verhindern, wäre festzulegen, dass normative Ordnungen mit verantwortlichen Personen, die an einer Praxis intersubjektiver Kritik teilnehmen, das Medium bleiben, in dem die Substitution normativer Teilbereichs-Ordnungen durch smarte Ordnungen (z.B. im motorisierten Straßenverkehr) sowie diese selbst gerechtfertigt werden müssen. Die Aufgabe bestünde also in einer *Konstitutionalisierung* smarter Teilbereichsordnungen der Gesellschaft durch eine normative Ordnung mit rechtlich institu-

²¹ *Elster, Ulysses and the Sirens*, 1979/2013, S. 36 f.; *Horkheimer/Adorno*, Dialektik der Aufklärung (1944), 1971, S. 55 f.

tionalisierten Foren und Verfahren der öffentlichen Kritik und Rechtfertigung. Diese *Verfassung smarter Ordnungen* dürfte also nicht wiederum als smarte, sondern nur als eine normative Ordnung zu gestalten und zu institutionalisieren sein. Damit wäre dann auch ein Datenwirtschafts-Völkerstrafrecht als *normative Ordnung* möglich und geboten.

Ob eine Konstitutionalisierung smarter Ordnungen ausreicht, um diese an einer sukzessiven und umfassenden Kolonialisierung normativer Ordnungen zu hindern, ist allerdings fraglich. Letztlich dürfte es davon abhängen, ob und inwieweit Staatsbürger:innen sich als verantwortliche Personen verstehen und verstehen wollen, die fähig und willens sind, im wechselseitigen Vertrauen auf eine generelle Normbefolgungsbereitschaft das Risiko individuellen abweichenden Verhaltens zu tragen. Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil dieses Selbstverständnis ein konstitutives Moment ihrer Rolle als Mitgesetzgeber in einem öffentlichen Prozess demokratischer Legitimation ist. Bereits das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts hatte darauf insistiert, dass durch eine unbeschränkte Sammlung und Verarbeitung personenbezogener Daten nicht nur „die individuelle Entfaltungschancen des Einzelnen“ gefährdet würden, sondern auch die Funktionsfähigkeit „eines auf die Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens.“²² Smarte Ordnungen lassen sich dagegen gerade damit rechtfertigen, dass sie jenes Risiko zu minimieren und mit einer annähernden Normbefolgungsgewissheit mehr Sicherheit vor abweichendem Verhalten zu bieten vermögen. Die Chance, mit einer smarten Straßenverkehrsordnung den Straßenverkehr sicherer zu machen, erscheint dann als Paradigma für eine Ordnung der Gesellschaft, welche das Zusammenleben insgesamt sicherer machen könnte.

VII. Totale smarte Ordnungen oder: Das Caput mortuum der Verzweiflung

Der dystopische Endzustand einer solchen Entwicklung wäre eine Ordnung, deren Administratoren mit Hilfe einer Kombination von Hirnscans und KI in der Lage wären, ins Gehirn der Bürger:innen zu schauen und ihre Gedanken zu lesen (sog. *brain-reading-Verfahren*), um gegebenenfalls schon bei der Bildung einer Absicht zu abweichendem Verhalten präventiv

22 BVerfGE 65, 1, 43; Simitis (Fn. 2), Rn. 30.

zu intervenieren und deren Realisierung zu verhindern.²³ Unabhängig davon, ob solche Visionen nur, je nach Präferenz, utopisch oder dystopisch bleiben, lässt sich vielleicht schon jetzt zumindest eine gravierende Konsequenz für die Menschheit antizipieren, vor der möglicherweise auch diejenigen zurückschrecken würden, die ansonsten bereit wären, Freiheitsrechte für mehr Sicherheit preiszugeben.

Wie so oft ist es die Kunst, die über jene Mischung aus Einbildungskraft und Rationalität verfügt, um eine Welt darzustellen, in der man Gedanken lesen kann – und mögliche Konsequenzen aufzuzeigen. *E.T.A. Hoffmann* ist dies in seiner letzten, kurz vor seinem Tod fertiggestellten und 1822 nach Eingriffen der preußischen Zensur erschienenen Erzählung „Meister Floh“ gelungen. Der Protagonist, ein überaus gelehrter, sogar akademisch graduierter Floh, besitzt ein mikroskopisches Glas, das man sich vor das Auge setzen kann, um Gedanken und Gefühle des jeweiligen Gegenübers zu lesen. Seinen zeitweiligen Beschützer und indirekt auch sich selbst bewahrt er damit vor Ranken und Täuschungen der Gegenspieler. Am Ende jedoch verliebt sich der Mann, an den sich der Floh geheftet hat, in eine junge Frau, die seine Liebe erwidert. Angesichts seiner früheren Enttäuschungen mit vermeintlichen Freunden und einer anderen Frau, deren Unaufrichtigkeit er mithilfe des Glases zu entlarven vermochte, berührt ihn diese neue Erfahrung unbedingten Vertrauens so tief, dass er innehält und davor zurückschreckt, weiterhin von dem Gedankenlesegerät Gebrauch zu machen. Ihm wird plötzlich klar, dass jenes Glas eigentlich „ein Geschenk sei, das der Hölle angehöre.“²⁴ Seine Nutzung würde ihn und alle anderen Menschen langfristig unglücklich werden lassen, weil ihre soziale Praxis des wechselseitigen Vertrauens zum Erliegen käme. Indem ihnen auch schon die kleinste Unwahrhaftigkeit beim Anderen unverborgen bliebe, jede minimale Regung und auch der leiseste Impuls zu abweichendem Verhalten, jeder latente Widerspruch zwischen dem Gesagten und Versprochenen und einer davon abweichenden Handlungsabsicht entdeckt würde, wüssten sie zwar mit Gewissheit, was die Anderen denken, fühlen und beabsichtigen. Doch über die bisher bekannte, gelegentliche, sich mal mehr, mal weniger häufig wiederholende Erfahrung enttäuschten Vertrauens hinaus würden sie in einen ewigen Strudel von Enttäuschungen geraten.

23 Haynes/Eckoldt, Fenster ins Gehirn – Wie unsere Gedanken entstehen und wie man sie lesen kann, 2021, S. 87 ff., zu „Gedankenverbrechen“ s. S. 257-265.

24 *E.T.A. Hoffmann*, Meister Floh (1822), 2022, S. 216.

Dem spontanen Impuls, dem Anderen zu vertrauen, geben wir in unserer sozialen, kommunikativen Praxis immer wieder aufs Neue nach. Ohne ihn würden wir in beständigem Misstrauen leben, dass Unwahrheiten behauptet, Versprechen nicht gehalten, basale Normen des Zusammenlebens verletzt, Gefühle und Einstellungen unwahrhaftig geäußert werden. Dieser Impuls, den die Menschen in ihren Interaktionen und Kommunikationen trotz aller Enttäuschungen immer wieder verspüren, würde erodieren, und übrig blieben nur Misstrauen und Enttäuschung:

„Immer aufs Neue hoffend, immer aufs Neue vertrauend und immer wieder bitter getäuscht, wie kann es anders möglich sein, als dass Misstrauen, böser Argwohn, Hass, Rachsucht der Seele sich festnisten und jede Spur des wahrhaft menschlichen Prinzips, das sich ausspricht in mildem Vertrauen, in frommer Gutmütigkeit, wegzehren muss?“²⁵

Das Verhältnis der Menschen zueinander würde sich transformieren in eine soziale Welt, in der die Menschen „ohne Freude, ohne Hoffnung, ohne Schmerz, in dumpfer Gleichgültigkeit, die das Caput mortuum der Verzweiflung ist, wie durch eine unwirtbare trostlose Einöde“ wandelten.²⁶ Der für die Sicherheit durch smarte Ordnungen zu zahlende Preis enthielt also nicht nur erhebliche Freiheitsverluste, sondern auch das Schicksal, zu einem Leben in Einsamkeit und Misstrauen verdammt zu sein.²⁷

25 E.T.A. Hoffmann (Fn. 24), S. 217.

26 E.T.A. Hoffmann (Fn. 24), S. 216 f.

27 Gesprächen mit Gerhard Gamm verdanke ich die Überlegung, dass mit der Substitution normativer durch smarte Ordnungen auch die Möglichkeit verschwinden könnte, nach dem Bruch eines Versprechens und dem damit einhergehenden Vertrauensverlust zu verzeihen und sich zu versöhnen – nach Hegel ist die Versöhnung immerhin „der erscheinende Gott mitten unter“ den sich entzwegenden und wieder versöhnenden Menschen (*Hegel*, Phänomenologie des Geistes, stw-Ausg., S. 494).