
„Menschenrechte‘ als Idee sind wichtig,
aber Menschenrechte als durchgesetzte Praxis retten Leben.“

Susanne Baer¹

Einleitung. Oder: Was wäre, wenn ...

Recht ist ein Instrument realer Gestaltung. Es existiert, um realisiert zu werden.² 1
Zugleich ist unsere Gesellschaft darauf aus, die Instrumente immer weiter zu optimieren, derer sie sich zu ihrer Gestaltung bedient. Nimmt man beides zusammen, dann ist es naheliegend, dass die Gesellschaft, die im Ganzen an der Schwelle dazu steht, KI-Gesellschaft zu werden, danach streben wird, auch die Realisierung von Recht eben durch die Nutzung dieser sogenannten künstlichen Intelligenz immer weiter zu optimieren.

KI kann dabei in allen Stadien der Rechtsverwirklichung – verstanden als Prozess, 2
der beim originären Normadressanten beginnt, dort aber nicht notwendigerweise endet – optimierend eingesetzt werden: Sie kann den Normadressaten überwachen (im Folgenden sogenannte *Intelligent Surveillance*), vereinzelt kann sie ihn mittlerweile sogar dazu zwingen, sich rechtskonform zu verhalten (durch sogenannte *Impossibility Structures*). Es geht aber nicht nur um Überwachung und Zwang: KI kann den Normadressaten nämlich auch ‚nur‘, aber immerhin als hier sogenannte *Compli-*

1 S. Baer, Rechtssoziologie, 2021, § 2 Rn. 2.

2 Dazu bspw. Raz, in: ders. (Hg.), *The Authority of Law*, 2009, S. 163 (169 ff.), bes. S. 176: “Duty-imposing laws [...] are the ultimate basis of the law.” Günther, in: Forst/Günther (Hg.), *Normative Ordnungen*, 2021, S. 523 (536): „Schon begrifflich gehört es zum deontischen Sinn einer Norm[,] dass aus dem Gesollten ein Sein wird [...]“. Möllers, *Die Möglichkeit der Normen*, 2018, S. 156, dort Fn. 68: „Verwirklichungsanspruch“ als allgemeines Element von Normen; zur Def. von Möllers a. a. O., S. 239: „Eine Norm ist die Affirmation der Verwirklichung einer Möglichkeit.“ Spezifisch zu Rechtsrealisierung im Kontext der neuen Technologien Hildebrandt, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, 2016, S. 160: “A law that does not aim at being effective does not qualify as law.” Nur scheinbar krit. zum Bewirkungsauftrag des Rechts sind Äußerungen wie die von Volkmann, NVwZ 2009, 216 ff., bes. S. 222 zu verstehen: „Am Ende ist jede Aufwertung des Bewirkungsauftrags des Rechts nur um den Preis einer Schwächung seines Begrenzungs- und Kontrollauftrags zu haben.“ Genau besehen werden hier nur gegenläufige Bewirkungsaufträge gegenübergestellt. Anders, für das Recht der frühneuzeitlichen Staaten, aber die Erkenntnisse von Schlumbohm, *Geschichte und Gesellschaft* 23 (1997), 647 (660): „[D]aß es von jeher im Lande Sitte war, die Hochfürstlichen Verordnungen vor den Gemeinden herabzulesen und sodann nicht zu halten; ist wohl erst seit dem späten 18. Jahrhundert unerträglich geworden. Zuvor war beim Erlassen von Gesetzen der symbolische Aspekt [...] manchmal wichtiger, als die Absicht, tatsächliches Verhalten zu ändern.“

ance Assistance Technology bei der eigenverantwortlichen Befolgung des modernen, immer komplizierter werdenden Rechts unterstützen. Oder, als wichtige, bislang vernachlässigte Zwischenstufe: Die Technologie kann dem Normadressaten assistieren, ihn dabei aber zugleich in formalisierte Kommunikationskanäle mit anderen Teilnehmern des Realisierungsprozesses hineinziehen, zum Beispiel mit Inhabern von Gegenrechten oder auch mit Aufsichtsbehörden. Für solche anspruchsvollen Systeme gibt es erste Beispiele. Ich bezeichne sie im Folgenden als *Justification Structures*.

- 3 Mit dieser kurzen Übersicht wird deutlich, dass die Wendung ‚algorithmische Rechtsverwirklichung‘ einen ganzen Instrumentenkoffer öffnet, der abgestufte und fein differenzierte Arrangements bereithält und zulässt. Der Mensch als originärer Normadressat bleibt dabei nicht notwendig außen vor. Er kann und muss in mehr oder weniger hybriden Konstellationen einbezogen bleiben; und zwar schon rein praktisch, um die jedenfalls *noch* fehlenden Fähigkeiten von KI bei der Rechts- und der Kontexterkenntnis zu kompensieren.
- 4 Der *Fluchtpunkt* der Optimierung durch und mit KI ist dabei allerdings auch sehr deutlich: Die Verwirklichung von Recht kann und soll immer besser und immer flächendeckender erfolgen. Zwar ist KI gegenwärtig eben noch nicht ‚intelligent‘ genug, um ihr die Rechtsassistenz oder gar die Durchsetzung von Recht in großem Umfang anvertrauen zu können. An der Verbesserung der Systeme wird aber fortlaufend gearbeitet. Zumindest für bestimmte Bereiche ist damit zu rechnen, dass die Technologien so gut werden, dass bislang nie zu vermeidende Realisierungsdefizite massiv minimiert werden, Recht also nahezu vollständig verwirklicht (i. S. von: befolgt oder durchgesetzt) werden kann.
- 5 Ich will daher fragen, *was wäre, wenn* die technischen Probleme, welche die aktuelle Generation künstlicher Intelligenz noch als allzu ‚unklug‘ für Rechtsanwendungsoperationen im großen Umfang erscheinen lassen, hinreichend gut gelöst werden könnten. *Dürfte dann* die Verwirklichung von Recht immer und flächendeckend mithilfe von künstlich-intelligenten Systemen – in ihren diversen Abstufungen – optimiert werden? Eine gleichmäßige Rechtsverwirklichung, gar ein ganzes Rechtssystem ohne Zufälligkeiten wird – scheinbar verheißungsvoll – am Horizont sichtbar. Die so zugespitzte Frage bzw. Perspektive verweist auf den Existenzgrund von Recht zurück: Soll wirklich *alles* Recht *vollständig* realisiert werden? Oder gibt es von Rechts wegen gute Gründe, Illegalität unter bestimmten Umständen zu erhalten? Wenn ja, wann und wie? Darum soll es in diesem Buch gehen.

I. Recht und Realisierung

Im Ausgangspunkt der Untersuchung steht ein instrumentelles Normverständnis:³ 6 Demokratisches Recht hat bzw. genauer gesagt: diejenigen, die es erlassen, haben einen auf die Zukunft bezogenen Realisierungs-⁴ und damit Steuerungsanspruch.⁵ Optimierungserfolge⁶ bei der Verwirklichung von Recht kommt daher auch und sogar gerade⁷ in Demokratien eine erhebliche legitimierende Kraft zu (sogenannte *Out-Put*-⁸ oder Performanzlegitimation); und ihnen kommt zudem erhebliche Legitimität zu, weil hinter dem Recht idealtypisch der Volkswille steht.⁹ Das gilt für Erfolge bei der Durchsetzung von Ge- und Verboten als den immer noch zentralen Steuerungsmechanismen;¹⁰ das gilt gleichermaßen für die Realisierung normativer Vorstellungen von Verteilungs- und Chancengerechtigkeit;¹¹ und es gilt in gewisser Weise sogar für das in westlichen Gesellschaften dominante Ideal möglichst freier

3 Zum feinen Unterschied zwischen einem instrumentellen und einem instrumentalistischen Verständnis von Recht *Hildebrandt*, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, 2016, S. 160 ff., 172 m. w. N.

4 s. hierfür bereits die Nachw. soeben in → Fn. 2 (Einleitung).

5 Hierzu bes. *Rehbinder*, *Rechtssoziologie*, 2014, S. 99, demzufolge bei aller rechtssoziologisch motivierten Ausdifferenzierbarkeit der Funktionen des Rechts (ausf. Nachw. a. a. O., S. 98 ff.) diese sich letztlich „logisch“ auf die Funktion der Verhaltenssteuerung herunterbrechen lassen. Aus der politisch-ökonomischen Theorie prononciert *Lepenies*, *Verbot und Verzicht*, 2022, S. 263: „Aufgabe von Regierungshandeln ist es, die Bevölkerung zu lenken.“ Zur Maßgeblichkeit des „realen Steuerungserfolgs“ „für die Beurteilung der Steuerungsleistungen“ von Recht *Franzius*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), *GVwR I*, 2012, § 4 Rn. 41; s. auch *Voßkuhle*, a. a. O., § 1 Rn. 16 ff. Skeptisch zur verhaltenssteuernden Leistung von Recht, *Luhmann*, in: ders. (Hg.), *Ausdifferenzierung des Rechts*, 1999, S. 73 (88).

6 Der im Folgenden verwendete Begriff von Optimierung bezieht sich nicht auf einen (wie auch immer zu bestimmenden) objektiven Maßstab mit ethischem oder naturrechtlichem Gerechtigkeitsanspruch, sondern baut allein auf die gesellschaftlich/politisch nach dem geltenden Verfassungsrecht rechtmäßig gesetzten Zwecke auf. Zum Begriff und auch zu den Grenzen der Optimierung im Zusammenhang mit KI nun auch *Carissimo/Korecki*, *Minds & Machines* 34 (2024), 117 (119 ff.), die aber einen anderen Zugang zur Fragestellung wählen.

7 Vgl. jüngst *Kube*, *AöR* 146 (2021), 494, bes. S. 496 f., 503 und passim.

8 Prägend für den Begriff u. a. *Scharpf*, *Journal of European Public Policy* 4 (1997), 18 ff.

9 Vgl. auch *Möllers*, *Die Möglichkeit der Normen*, 2018, S. 334. Zum Auseinanderfallen von Legalität und Legitimität ggf. auch in Demokratien *Schieder*, *Ethisch motivierter Rechtsungehorsam*, 2018, S. 24, und → S. 481 ff.

10 Auch soweit Recht aus einer Ermöglichungsperspektive gedacht wird, ist das kein Gegensatz zur hier eingenommenen Perspektive. Denn Recht kommt auch in seiner „Ermöglichungsfunktion [...] natürlich ebenfalls nicht ohne Steuerung aus“; so *Lübbe-Wolff*, *Das Dilemma des Rechts*, 2017, S. 19. Dazu, dass sich letztlich jede (Rechts-)Norm als Verbot qualifizieren lässt, auch *Möllers*, *Die Möglichkeit der Normen*, 2018, S. 430 f.

11 Gleichheit, Gerechtigkeit und freie Selbstentfaltung stehen als Ideale daher keineswegs im Gegensatz „zum Ziel [algorithmisch] optimierter Problemlösung“ (so aber *Martini*, *Blackbox Algorithmus*, 2019, S. 9); alle drei sind selbst als rechtlich fassbare Werte der immer weiteren Optimierung auch und gerade durch Algorithmen zugänglich. Vgl. bspw. das auf Gerechtigkeit und Gleichheit zielende Plädoyer für eine verstärkt automatisierte – dadurch zumindest *idealerweise* von Vorurteilen freie(re) – Polizeiarbeit in den USA von *Capers*, *North Carolina Law Rev.* 95 (2017), 1241; *ders.*, *NYU Law Rev.* 94 (2019), 1 (43 ff.), bes. auch S. 47: “This is not to suggest that black and brown Americans will blindly assume the neutrality of surveillance technologies [...] However, [...] they will be vigilant in scrubbing technologies for bias and routinely subjecting them to [...] ‘race audits’ and [...] ‘citizen audits.’” Für den dt. Kontext auch *Hermstrüwer*, *AöR* 145 (2020), 479 (481); *Rademacher*, *AöR* 142 (2017), 366 (374 f.).

oder „authentischer“ Selbstentfaltung,¹² das die Rechtsordnung teilweise in den Dienst der Präferenzen des Einzelnen stellt. Es stimmt also durchaus, dass Demokratien nicht *nur* „Problemlösungsmaschinen“¹³ sind; aber sie sind und sollen *auch* Problemlösungsmaschinen sein.

- 7 Eine Optimierung der Realisierung des rechtlichen Programms setzt in erster Linie Wissen und im zweiten Schritt entsprechende Handlungswilligkeit und -fähigkeit voraus.¹⁴ In einer arbeitsteiligen Gesellschaft fordert das vor allem Wissenstransfer zwischen gegebenenfalls zahlreichen Akteuren.¹⁵ Zugleich steigt der Bedarf an einer raschen Verarbeitung bis hin zur – in der Regel – physischen Umsetzung des transferierten Wissens (*Realisierung*). Diese Bedarfe sind nicht nur einfachrechtlich und damit rechtspolitisch erzeugt. Durch immer stärker eingeforderte und auch ausgeübte staatliche Schutzpflichten sind sie auch verfassungsrechtlich begründet bzw. begründbar (Wissensoptimierung und Wissensnutzung als Rechtsgebot).¹⁶ Nicht zuletzt die – allerdings exzeptionelle, und daher kaum zur Maßstabbildung geeignete – Corona-Pandemie hat dafür gesorgt, dass ‚Wissen‘ sicherlich keine „unthematisierte Hintergrundvoraussetzung“¹⁷ staatlichen Handelns und damit rechtlicher Ordnung und Steuerung mehr ist.¹⁸

12 Krit. Einordnung dieses Ideals der Authentizität bei *Schilling*, Authentizität, 2020, passim; s. auch schon *Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten, 2018, S. 247: „Das Streben nach Authentizität [...] ist paradox, weil die Authentizität eines Subjekts dem Wortsinne nach allein sein Selbstverständnis betrifft. [...] Zugleich lebt dieses Subjekt in einer Kultur, in der diese Authentizität eine zentrale soziale Erwartung geworden ist: Das Subjekt *soll* authentisch sein.“ Hervorhebung im Original.

13 Treffend *Thomas Thiel*, F.A.Z. v. 25.5.2021 (Onlinequelle); s. auch *Pankow*, Tagesspiegel Background Digitalisierung & KI v. 11.7.2021: „Demokratische Staaten [...] legitimieren sich [anders als etwa China] nicht über ihre Wirksamkeit, allerdings können sie sich durch Unwirksamkeit delegitimieren.“

14 Vgl. für eine detaillierte Erfassung der Arten rechtserheblichen Wissens (= Wissen, das für die „Auslegung und Anwendung von Recht“ erforderlich ist), *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (7 ff.) m. w. N.

15 Zur Frage, ob man „Wissen“ transferieren kann, oder nur „Wissensgrundlagen“ (Daten und Informationen), *Trute*, in: Röhl (Hg.), Wissen, 2010, S. 11, bes. S. 26, m. w. N.

16 Krit. zur damit angesprochenen Konstitutionalisierungsdrift der Rechtsordnung statt vieler *Lepsius*, Der Staat 52 (2013), 157 (181 f.) m. w. N.

17 So noch *Trute*, in: Röhl (Hg.), Wissen, 2010, S. 11 (28). Vgl. auch ebd., S. 33: „Man wird davon ausgehen können, dass es immer einen Überschuss von Wissen in dem Sinne gibt, dass mehr Sinn zur Verfügung steht, als in den konkreten Operationen eines Beobachters realisiert werden kann.“ Zu *Predictive Policing* als Instrument der Wissensgenerierung *Trute/S. Kuhlmann*, GSZ 2021, 103 ff.

18 Zur Anwendung gelangt in diesem Buch ein weiter und pragmatischer Wissensbegriff, wie er auch den Arbeiten von *Wolfgang Hoffmann-Riem* zugrunde liegt: „Gegenstand von Wissen sind [...] Kenntnisse und Fertigkeiten, die individuell oder kollektiv zum Umgang mit [rechtlichen] Problemen eingesetzt werden können“, s. *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (6). Zur Systematisierung *Trute*, in: Röhl (Hg.), Wissen, 2010, S. 11 ff.; ferner *Hoffmann-Riem*, Die Verwaltung 49 (2016), 1 (6 f.): Wissen „umfasst zum einen bloße Informationen, die insbesondere für die Erfassung eines Sachverhalts wichtig sind. Informationen in diesem Sinne sind Mitteilungen von Kenntnissen über die Ausgangslage der Rechtsanwendung oder über Vorgänge und Erfahrungen aus früheren Entscheidungen. Zum anderen ist Wissen im engeren Sinne betroffen. Gemeint ist ein Bestand von Erkenntnissen, der in dem jeweiligen sozialen Kontext der Wissensgenerierung und Wissensverwendung aufgrund der jeweils angewandten Deutungsmuster und Verwendungserfahrungen als bekannt und anerkannt sowie hinreichend bewährt vorausgesetzt werden kann.“

II. Realisierung und Zufall

Nun setzen natürliche, d. h. vor allem *menschliche* kognitive Grenzen der Wissensgenerierung und -verarbeitung eine zwar schwer bestimmbare, aber doch solide Grenze der Realisierung.¹⁹ Das gilt für beide Formen der Realisierung von Recht: menschliche Befolgung wie auch menschliche Durchsetzung gegen Befolgungsunwillige.²⁰ Beiden ‚Gruppen‘ ist es letztlich nicht möglich, alles Recht zu kennen, es rasch genug ‚richtig‘²¹ auszulegen, und dann auch noch jederzeit und überall danach zu handeln; also entweder selbst das Recht von vornherein zu befolgen oder – soweit damit beauftragt oder dazu bereit – gegen nicht Befolungswillige durchzusetzen.

Am Beispiel illustriert: Ob A bei der Planung seiner Geburtstagfeier mit 20 Personen weiß bzw. wissen will, wie viele Personen nach der geltenden Corona-Schutzverordnung im geschlossenen Raum zusammenkommen dürfen, hängt aus Sicht des Normgebers (des ‚Steuernden‘) von genauso vielen Unwägbarkeiten ab wie die Frage, ob im Fall eines Regelverstöße durch A die Nachbarin B anwesend sein und rechtzeitig die Polizei informieren wird, um die Durchsetzung der Norm zumindest für die späteren Abendstunden zu ermöglichen; oder um wenigstens – etwa durch ein Bußgeld – von der für nächste Woche angesetzten Geburtstagsfeier von As Tochter T abzuschrecken. Steuerung durch Recht ist so verstanden eine vielschichtige Ressourcenfrage, die zu bewusster oder unbewusster *Ignoranz* sowie bewusster oder unbewusster *Devianz* des Adressaten der Steuerung Antworten herausfordert. Es ist intuitiv plausibel, aus diesem Befund prekärer Steuerung heraus dem Recht eine Form struktureller *Zufälligkeit seiner Realisierung* zu attestieren (liest A die Verordnung, versteht er sie, will er sie befolgen oder nicht, wird er dazu gezwungen usw.).²²

19 Diese Erkenntnis darf spätestens seit der Planungsdiskussion in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts als bewusst und gesichert gelten, vgl. nur Trute, in: Röhl (Hg.), Wissen, 2010, S. 11 (29 ff.). Natürlich bestehen seit der in den 1970ern aufkommenden Datenschutzdiskussion auch rechtliche Grenzen nicht nur der Rechtssetzung, sondern zunehmend auch der Rechtsrealisierung. Man könnte auch sagen: Zu dem ‚Man-kann-nicht-alles-wissen‘ sind ein sehr weitreichendes ‚Man-darf-nicht-alles-wissen‘ und ein ‚Man-darf-nicht-alles-Wissen-immer-verwenden‘ hinzutreten.

20 Hoffmann-Riem, Innovation und Recht, 2016, S. 142 ff.

21 Wie auch immer ‚richtig‘ bestimmt wird. Zur anhaltenden Diskussion um die ‚richtige‘ Auslegung von Recht Hoffmann-Riem, Innovation und Recht, 2016, S. 82 ff.; Beck, in: Schuhr (Hg.), Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft, 2014, S. 11 ff., jeweils m. w. N.

22 So Lübke-Wolff, Das Dilemma des Rechts, 2017, S. 42: „In einem gewissen Grad arbeitet jede Rechtsordnung [...] zwangsläufig mit Randomisierungen insofern, als Rechtsdurchsetzung und korrigierende Reaktion im Fall vorgekommener Rechtsverstöße nie vollständig *entrandomisierbar* sind. So sehr man sich um Verbesserungen der Überwachung und der Effizienz beim Einsatz der stets knappen Vollzugsressourcen bemühen mag – ob ein Verkehrsverstoß, ein Umweltrechtsverstoß, eine Steuerhinterziehung, ein Schwarzbau, eine erschlächene Sozialleistung, eine regelwidrige Fixierung im Pflegeheim, eine Fehlleitung von EU-Fördermitteln, usw. entdeckt und in den vorgesehenen Verfahren zugerechnet und rektifiziert wird oder nicht, bleibt stets ein Stück weit vom Zufall regiert.“

- 10 Der Begriff Zufall passt freilich nur dann, wenn man darunter – in naturphilosophisch-deterministischer und seit der Spätscholastik wohl auch herrschender Lesart – ganz schlicht ein *subjektives* Erkenntnis- und Wissensdefizit über beobachtete Handlungs- und Kausalverläufe versteht,²³ die *deshalb* – also allein wegen dieses Wissensdefizits – als unvorhersehbar oder unvorhergesehen *wahrgenommen* werden.²⁴ Rechtsbefolgung und Rechtsdurchsetzung *sind* in diesem subjektiven Sinn aus Sicht des Normgebers zufällig, weil bis ins Letzte nie absehbar und damit auch nicht perfekt steuerbar.
- 11 Die Bedeutungen von Zufall sind allerdings schillernd.²⁵ Will man ihn wegen seiner begrifflichen Instabilität oder seiner in der Philosophie sogar attestierten mangelnden Seriosität²⁶ lieber nicht zur wissenschaftlichen Beschreibung der überkommenen Realisierungsarchitektur von Recht heranziehen, so erweist sich als brauchbar und begrifflich vergleichsweise stabil²⁷ der Begriff der Kontingenz: Kontingenz verstanden als dasjenige, was so *möglich* ist, allerdings zugleich *nicht notwendig* so werden, so sein oder so bleiben muss. Kontingenz ist das nicht-notwendige Nicht-Unmögliche (*nec impossibile nec necessarium*).²⁸
- 12 Die Realisierung von Recht *ist* kontingent: möglich, aber nicht notwendig, deshalb stets „auch anders möglich.“²⁹ Denn da nie in einem umfassenden Sinn rechtlich

23 Zum subjektiven Zufallsverständnis, allerdings krit., Vogt, Kontingenz und Zufall, 2011, S. 68 und ff., m. w. N.

24 Für Nachw. auch Wetz, in: Graevenitz/Marquard (Hg.), Kontingenz, 1998, S. 27 (32 ff.).

25 Ibid., S. 27 ff. Zur schon begriffsgeschichtlich unmöglichen Eingrenzung auf *eine* Herkunft, geschweige denn Bedeutung, Vogt, Kontingenz und Zufall, 2011, S. 71 ff., der selbst den Begriff *tyche* als Ausgangspunkt der Rekonstruktion des Zufallsbegriffs wählt.

26 Vgl. *ibid.*, S. 67 f. mit Hinweisen auf die Zufall-kritischen Stellungnahmen von Fritz Mauthner, G. W. F. Hegel, Arthur Schopenhauer, Wilhelm Windelband und Moritz Cantor. Zudem *ibid.*, S. 86, Verweise auf eine „zufallsfeindliche philosophische Atmosphäre“ in der griech. Philosophie.

27 Vgl. Vogt, Kontingenz und Zufall, 2011, S. 43, bes. S. 64 f., für die Synthese der Begriffsgeschichte. Zum rechtswissenschaftlichen Gebrauch Hoffmann-Riem, Innovation und Recht, 2016, S. 82 m. w. N., sowie Luhmann, Kontingenz und Recht, 2013, S. 32 ff. Krit. zu beiden Begriffen Wetz, in: Graevenitz/Marquard (Hg.), Kontingenz, 1998, S. 27 ff., bes. S. 32: „In der Gegenwart ruft gerade die häufige Verwendung der Ausdrücke Zufall und Kontingenz Zweifel daran hervor, ob es Zufälliges und Kontingentes überhaupt gibt.“

28 Vogt, Kontingenz und Zufall, 2011, S. 65 m. ausf. Nachw. zur Begriffsgeschichte, auch zur Abgrenzung von den weniger gut brauchbaren, weil mit dem Zufall gleichsetzenden Kontingenz-Begriffen von Leibniz und Kant. Heute Prägend Luhmann, Kontingenz und Recht, 2013, S. 32: „In dieser Hinsicht bezeichnet Kontingenz die Möglichkeit eines Gegenstandes, anders zu sein oder nicht zu sein – also ein Urteil über Seiendes, das dessen Möglichkeit bejaht, also Unmöglichkeit ausschließt, aber seine Notwendigkeit verneint.“ Ob es sinnvoll ist, mit Luhmann, *ibid.*, Verhalten, das schon realisiert wurde, auch noch als „ist kontingent“ zu bezeichnen, oder, mit Vogt, Kontingenz und Zufall, 2011, S. 65, den Begriff für *noch nicht* Wirkliches zu reservieren, scheint mir vorliegend keinen relevanten Unterschied zu machen und kann daher offenbleiben. Zur Relevanz des Zeitlichen des Kontingenzbegriffs auch Wetz, in: Graevenitz/Marquard (Hg.), Kontingenz, 1998, S. 27 (28 f.); Luhmann, in: ders. (Hg.), Ausdifferenzierung des Rechts, 1999, S. 191 (205 f., 208 f.).

29 Luhmann, Kontingenz und Recht, 2013, S. 46. Normen „formulieren [also] zwar | eine bestimmte Erwartung – aber unter Einschluss der Miterwartung der Möglichkeit des Gegenteils“, so Luhmann, in: ders. (Hg.), Ausdifferenzierung des Rechts, 1999, S. 191 (210).

relevant gewusst wird, kann auch nicht umfassend normgerecht agiert (befolgt) bzw. reagiert (durchgesetzt) werden. Die Realisierung des normativen Programms, die ‚Passung‘ von Sein und Sollen ist folglich zwar theoretisch stets möglich, aber eben doch nicht notwendig der Fall, also kontingent. Deshalb hat die Rechtsordnung zahlreiche Methoden entwickelt zum Umgang mit temporärem oder finalem Nicht-Wissen, Nicht-Wissen-Können, oder Nicht-Wissen-Wollen.³⁰ Das Recht rechnet mit seiner Nicht-Befolgung ebenso wie mit seiner Nicht-Durchsetzung.

Allerdings sind diese Methoden in der Regel darauf gerichtet, auf dem Kontinuum von vollständiger Normrealisierung auf der einen und von steuerungsfreier Kontingenz auf der anderen Seite die gesellschaftliche Realität – unter dem Vorbehalt des tatsächlich Möglichen und rechtlich Zumutbaren – möglichst weit gen Normrealisierung zu verschieben. Aus der bloßen Existenz eines differenzierten Fehlerfolgenrechts kann daher mitnichten auf die Legitimität der ‚Fehler‘ (i. S. von: Abweichungen vom Gesollten) geschlossen werden.³¹ 13

Die Aufmerksamkeit galt und gilt deshalb stets mehr der Beseitigung des Kontingenten³² als seiner Konturierung oder gar seiner Legitimierung.³³ Final gelungen ist diese Beseitigung bekanntlich nie, eben weil Menschen kognitiv nicht zur vollständigen Realisierung in der Lage und voluntativ auch nicht bereit dazu sind. Zufall bzw. in den begrifflichen Konturen klarer: Kontingenz lässt sich damit als zentrales Element der *Realisierung* von Recht und folglich als prägendes Attribut des Steuerungsinstru- 14

30 Ausf. *Spiecker gen. Döhmman*, Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit, 2025, i. E.; s. übersichtlich und für weitere Nachw. auch *J.-P. Schneider*, in: Schoch/Schneider (Hg.), VwVfG, Stand Grundwerk Juli 2020, § 24 Rn. 25 ff., bes. Rn. 28; zu allem und v. a. zum Umgang mit der Einsicht, dass auch Wissen kontingent ist, *Hoffmann-Riem*, Die Verwaltung 49 (2016), 1 (11) m. v. N. Zu beachten ist allerdings, dass die rechtswissenschaftliche Diskussion den Kontingenzbefund häufig auf das juristische *Urteilen* und damit auf die Einsicht fokussiert, dass auch eine andere Entscheidung „vertretbar“ ist, vgl. *ders.*, Innovation und Recht, 2016, S. 82; *Beck*, in: Schuhr (Hg.), Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft, 2014, S. 11 ff.

31 Vgl. etwa *Bernzen/Kehrberger*, RW 10 (2019), 374 (404).

32 s. insb. die Beiträge in *Münkler*, Dimensionen des Wissens im Recht, 2019. Prägend zudem die Arbeiten von *Renate Mayntz*, u. a. *Mayntz*, in: Matthes (Hg.), Sozialer Wandel in Westeuropa, 1979, S. 55 ff.; s. auch *Blankenburg*, ARSP 63 (1977), 31 ff., mit einer Analyse, warum manche Gesetze mehr und manche weniger (un)wirksam sind.

33 Differenzierter verläuft die Diskussion über die Kontingenz speziell des jur. Urteilens. Hier ist mittlerweile weitgehend anerkannt, dass es die „einzig richtige“ Entscheidung nicht bzw. nur als Ideal gibt (Nachw. bei *Poscher*, JZ 2013, 1 [3], dort, S. 1 f., auch zu den Gegenauffassungen namentlich von *Ronald Dworkin* und *Michael Moore*). Gleichwohl kann deren „Suggestion“ (Fiktion) nach außen im Interesse der Stabilität des Sozialgefüges notwendig sein; vgl. dafür *Beck*, in: Schuhr (Hg.), Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft, 2014, S. 11 ff. In diese Richtung auch *Habermas*, Wahrheit und Rechtfertigung, 2004, S. 341: „Die skeptische Option [...] besteht nur in der philosophischen Reflexion, aber nicht in der Praxis: sie würde das Selbstverständnis kommunikativer handelnder Subjekte zerstören.“ Die Suggestion wäre demnach aber auch und gerade *nach innen* wichtig. Für rechtsstaatlich bedenklich hält das *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht, 2016, S. 82. s. für eine stimmige agonale (wettbewerbliche) Begründung des jur. Meinungsstreits *Poscher*, JZ 2013, 1 (7 ff.): Es gehe weniger um die richtige als vielmehr um die möglichst viele, insb. die entscheidende Person (z. B. die RichterIn) und manchmal auch nur den Argumentierenden selbst *überzeugende* Lösung.

ments ‚Recht‘ insgesamt beschreiben. *Niklas Luhmann* wollte letztlich seine gesamte, freilich unvollendet gebliebene Rechtstheorie auf diesem Begriff aufbauen.³⁴

III. Künstliche Intelligenz und Optimierung der Realisierung des Rechts

- 15 Mit den Technologien, die heute unter dem Schlagwort der künstlichen Intelligenz verhandelt werden, könnte sich das ändern. Der Kontingenzbegriff könnte unpassend(er) werden. Mit KI-Technologien entstehen neue Mechanismen für die Ermittlung rechtserheblichen Wissens, für seinen Transfer und zunehmend auch für den unmittelbar-physischen Vollzug des Rechts. Diese Feststellung mag im Jahr 2025 nicht mehr innovativ erscheinen. Sie geht in den üblicherweise auf die Pathologien der Technologie fokussierenden rechtswissenschaftlichen Stellungnahmen und gesetzgeberischen Initiativen unserer Zeit aber meist unter und verdient daher Erwähnung. Diese Mechanismen, also künstliche Intelligenz bzw. künstlich-intelligente Systeme bis hin zu autonomen Aktanten, versprechen eine mindestens bessere, nach vor allem anfänglich sehr euphorischen Einschätzungen gar eine vollständige Erfassung und dadurch mögliche Steuerung der Realität.³⁵ Es entsteht, so eine verbreitete Vorstellung, sukzessive eine aus KI- und sonstigen digitalen Systemen untereinander und mit Menschen vernetzte Welt, in der *auch* die Realisierung normativer Programme in bislang nicht gekanntem Umfang möglich zu werden scheint.³⁶
- 16 Knapp auf den Punkt gebracht: Wenn KI Recht anwenden und durchsetzen kann, und KI zunehmend allgegenwärtig ist, dann könnten Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung künftig ebenfalls allgegenwärtig werden.
- 17 Im Beispiel und ins Extreme projiziert: Die ‚smarte‘, mit Internet-Zugang und allerlei Sensorik ausgestattete Haustür von A könnte ‚wissen‘, wie viele und welche Gäste aktuell erlaubt sind, könnte die ankommenden Gäste zählen und gegebenenfalls

34 *Luhmann*, in: ders. (Hg.), *Ausdifferenzierung des Rechts*, 1999, S. 191 (200 ff.); *ders.*, a. a. O., S. 241 (270 ff.); *ders.*, *Kontingenz und Recht*, 2013, passim, bes. S. 32 ff. *Luhmann* ging es freilich vorrangig darum, eine interdisziplinär, insb. soziologisch anschlussfähige Rechtstheorie zu entwerfen. Nebenbei bemerkt: Folgt man *Luhmann*, dann läuft die häufige, gerade im Zusammenhang mit neuen Überwachungstechnologien wieder häufige Rede vom „Generalverdacht“, wonach ein „jeder [...] sich möglicherweise deviant verhalten“ könne (z. B. *Burchard*, in: *Forst/Günther* [Hg.], *Normative Ordnungen*, 2021, S. 553 [571]), leer bzw. verliert ihren Vorwurfscharakter. Denn *selbstverständlich* kann sich jeder fast jederzeit deviant verhalten; aus *Luhmanns* Sicht ist das ja gerade das konstitutive Element einer Steuerung durch Normen. Zutreffend auch *Möllers*, *Die Möglichkeit der Normen*, 2018, S. 448 f., wonach „Normen [...] zwar zur Zweckerreichung genutzt werden, aber das ist nicht ihr Clou. Denn Normen eröffnen | mit der *Möglichkeit* der Zweckerreichung auch die der Zweckverfehlung.“ Hervorhebung im Original.

35 s. prägend für den Optimismus hinsichtlich des ‚Wissbaren‘ v. a. zu Beginn der 2010er Jahre *Mayer-Schönberger/Cukier*, *Big Data*, 2013.

36 Vgl. auch – beinahe poetisch – *Martini*, *Blackbox Algorithmus*, 2019, S. V: „Als Optimierungsmaschine fräst die algorithmische Automatisierung ihre Muster [...] in die Funktionsbedingungen ganzer Lebens-, Arbeits- und Gesellschaftsbereiche.“

kategorisieren, und könnte sich dann, nach Erreichen der zulässigen Höchstzahl, verschlossen halten – oder die Polizei informieren. Das Beispiel ist für uns nahe an der Dystopie. Die chinesische Regierung dürfte das aber anders werten. § 2 dieses Buches liefert Beispiele für heute schon eingesetzte oder doch zumindest ernsthaft erwogene derartige Anwendungen *im westlichen Kulturkreis*.

KI bzw. noch etwas weiter gefasst: digitale Technologien erscheinen damit als *die* 18
passgenaue Lösung für das Problem der rechtlichen Steuerung der immer komplexeren arbeitsteiligen Gesellschaft³⁷ und ihrer überkommenen Wissensgenerierungs- und -verarbeitungsprobleme. Das ist das juristisch bislang noch zu wenig³⁸ reflektierte Proprium einer *gut funktionierenden* KI: die optimierte Realisierung normativ verfolgter Zwecke durch ein immer besseres Wissen über Gegenwart und Zukunft, was zumindest theoretisch dazu führen kann, dass die Lücke zwischen Norm und Normrealisierung immer kleiner wird. Denn bislang musste diese durchweg durch *menschliche* und damit kontingente Normbefolgung bzw. -durchsetzung geschlossen werden und wurde daher mehr oder weniger häufig eben gerade *nicht* geschlossen.³⁹ Heute nun steht das alte Ziel der Kybernetiker, die „Diskrepanz zwischen Entscheidung und Ausführung“, den sogenannten „raumzeitlichen ‚lag‘“⁴⁰ schließen zu können, als erreichbare Perspektive im Raum. Und das wiederum kann – zumindest theoretisch – zu einer immer nachhaltigeren Verdrängung subjektiver Zufälligkeit bzw. objektiver Kontingenz aus der Rechts- und damit letztlich aus unserer Gesellschaftsordnung führen.

Ergänzt sei an dieser Stelle noch, dass meine Perspektive eine durchweg pragmatisch-funktionale ist; ob dieses *Wissen*, von dem soeben die Rede war, ein Wissen *der* KI ist/sein wird, oder ob nur Menschen im eigentlichen Sinn ‚wissen‘ können, ist eine – neben den technischen Aspekten⁴¹ – vor allem philosophische Frage, auf deren Beantwortung es für hiesige Zwecke m. E. nicht ankommen muss.⁴² Es geht um etwas anderes:

37 So auch als Grundlage seiner Theorie der digitalen Gesellschaft *Nassehi*, *Muster*, 2019, S. 36.

38 s. aber auch schon strafrechtstheoretisch fokussiert *Burchard*, JRE 27 (2019), 527 (547): „Die eigentliche Herausforderung für die Strafrechtstheorie liegt darin, dass sich KI *prima facie* die zentralen Versprechungen des Strafrechts zu eigen macht – und sie optimiert.“ Ähnl. *Günther*, in: Forst/Günther (Hg.), *Normative Ordnungen*, 2021, S. 523 ff. Auch *Sommerer*, *Personenbezogenes Predictive Policing*, 2020, S. 5, erkennt in ihrem Untersuchungsgegenstand einen Versuch der „Zähmung des Zufalls“.

39 Vgl. *Möllers*, *Die Möglichkeit der Normen*, 2018, S. 471: „Die Feststellung, dass eine Regel ihre eigene Anwendung nicht bestimmen kann, trifft auf Algorithmen nicht zu.“

40 Hierzu *Schaupp*, in: Comtesse et al. (Hg.), *Radikale Demokratietheorie*, 2019, S. 764 (767) m. w. N., auch zur Historie der Kybernetik.

41 Hierzu unten, bei/ab → § 1 Rn. 8 und → S. 298 ff.

42 Ich danke *Ralf Poscher* für den Hinweis, dass diese Klarstellung ursprünglich fehlte.

IV. Grenzen der Optimierung? Zugleich: Gang der Untersuchung

- 20 Die zentrale Frage dieses Buches ist, ob oder wo das *prima facie* positive Optimierungsversprechen künstlicher Intelligenz durch ein Immer-Mehr an operationalisierbarem Rechts(realisierungs)wissen an rechtliche Grenzen stößt. Anders gewendet: Dürfen oder müssen wir als demokratisches Gemeinwesen in Zukunft die Realisierungsmechanismen des Rechts bewusst (auch) auf Kontingenz hin ausrichten? Ich will mich der Antwort auf diese Frage in drei großen Schritten nähern:
- 21 *Kapitel 1* beginnt deskriptiv mit den technischen Grundlagen des Optimierungsversprechens. Zunächst werden die *Begriffe und Eigenschaften* künstlicher Intelligenz und ihre grundlegenden Funktionsbedingungen dargelegt (→ § 1). Die Arbeit an diesem Kapitel begann bereits 2018, aber ich denke dennoch, dass dieser Abschnitt auch angesichts der jüngst rasanten Entwicklung der Technologien noch relevant ist: Die – wie man so schön sagt – ‚Basics‘ sind stabil geblieben. Es folgen sodann – als erster Hauptabschnitt des Buches – strukturierte *Anwendungsbeispiele* dafür, wo und wie staatliches Recht durch den Einsatz KI-basierter Verfahren besser realisiert wird oder werden soll bzw. wo das in absehbarer Zeit realistisch erscheint (→ § 2). *Technisch* geht es dabei wie gesagt nicht allein um automatisierte Überwachung (*Intelligent Surveillance*) oder die Verunmöglichung von Rechtsbrüchen (*Impossibility Structures*). Die Optionen für die Optimierung der Rechtsverwirklichung sind vielfältiger und ermöglichen auch dezidiert kommunikative Strukturen (insbesondere durch die hier sogenannten *Justification Structures*). Auch die Wirkungen von ‚bloßer‘ Assistenz bei der Rechtsbefolgung (hier sogenannte *Compliance Assistance Technologies* i. e. S.) dürfen nicht unterschätzt werden.
- 22 *Inhaltlich* wird der Fokus auf der Verwirklichung öffentlich-rechtlicher Verhaltenspflichten liegen. Ausführlich behandelt werden daher Anwendungsbeispiele aus dem Sicherheitsrecht, in einem weit verstandenen Sinn, d. h. einschließlich strafrechtlich begründeter Verhaltenspflichten. Instrumentell zwar naheliegende, aber materiell im Kern privatrechtliche Anwendungen (insbesondere *Smart Contracts*⁴³) bleiben hingegen weitgehend außen vor: Das staatliche Steuerungsproblem stellt sich hier nicht vergleichbar, weil es dem Privatrecht und vor allem der Privatrechtsdurchsetzung zuallererst um die private Interessenbefriedung und -befriedigung geht, die nicht zwangsläufig durch staatliches oder supranationales Recht geleitet ist und auch nicht geleitet sein muss (vgl. nur beispielhaft die bedeutsame Rolle des Prozessvergleichs im Privatrecht).⁴⁴ Freilich sind die Grenzen hier fließend, nämlich immer dann, wenn private Rechtspositionen im Einzelfall nicht dispositiv sind oder mit ihnen

43 Dazu m. w. N. Fries/Paal, *Smart Contracts*, 2019.

44 Zum ‚Recht auf Rechtsverstoß‘ gegen *privatrechtliche* Pflichten → § 5 Rn. 162 f.

auch öffentliche Interessen verfolgt werden (beispielsweise mit dem zumindest auch demokratiefunktional begründbaren grundrechtlichen Schutz der freien Rede und der Presse im Urheberrecht⁴⁵ oder im Recht der sozialen Medien⁴⁶).

Über die Deskription hinaus werden die beschriebenen Anwendungen bereits in Kapitel 1 daraufhin untersucht und wird kritisch hinterfragt werden, wie sie (die Anwendungen) aktuell rechtsdogmatisch bewältigt und vor allem begrenzt werden. Dabei wird es schwerpunktmäßig um die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verhinderung anlasslos-flächendeckender automatisierter Überwachungsmethoden gehen (die hier sogenannte ‚Anlassdogmatik‘). Diese Rechtsprechung wird von vielen auch auf die neueren Formen von Rechtsdurchsetzungstechnologien übertragen (das ist die hier sogenannte ‚überwachungsakzessorische‘ Bewältigungsstrategie). Kapitel 1 schließt dann mit einem ersten ausführlichen Zwischenfazit: M. E. ist die überwachungsakzessorische Bewältigungsstrategie *gegenwärtig* durchaus dazu in der Lage, den Einsatz rechtsrealisierender Technologien zu begrenzen. In einer *Zukunft*, in der rechtserkenntnis- und rechtsdurchsetzungsfähige Technologien zur uns quasi umgebenden und damit allgegenwärtigen Infrastruktur werden, wird das aus verschiedenen, auch normativen Gründen aber immer weniger der Fall sein.

Kapitel 2 gilt dann den *Bedingungen und Maßstäben der Optimierung*. Diese sehe ich darin, dass diejenigen Leistungen, die bei der Realisierung normativer Programme bislang allein von Menschen erbracht wurden, durch den Einsatz von KI *per saldo* besser erbracht werden können müssen. Es geht daher zunächst um die (häufiger gestellte, aber oft direkt mit ‚nein‘ oder zumindest skeptisch beantwortete) Frage, *ob* überhaupt und wenn ja, *wie* eine kontextadäquate Konkretisierung, Realisierung und gegebenenfalls Korrektur von Recht von künstlich-intelligenten Maschinen vorgenommen werden kann (→ § 3).⁴⁷ Auf diesen Analysen aufbauend werde ich zu dem Ergebnis gelangen, dass *per saldo* bessere Leistungen durchaus möglich sind: zwar absehbar nicht in Form eines vollständigen Ersatzes von Menschen durch Maschinen (das ist in einer anthropozentrischen Welt ohnehin eine merkwürdige, trotzdem häufig anzutreffende Fragerichtung); aber immerhin mittels einer neuen, hybriden Arbeitsteilung zwischen Mensch und Maschine bei der Realisierung des Rechts (→ § 4). Auch Kapitel 2 schließt mit einem Zwischenfazit, in dem die These entwickelt und begründet werden soll, dass bzw. warum eine derartige Arbeitsteilung immer üblicher werden und damit aus normsoziologischen Gründen zu einer weiteren, nachhaltigen Optimierung der Realisierung von Recht beitragen wird

45 Dazu → S. 99 ff., 129 ff. und 205 ff.

46 Dazu → S. 224 ff.

47 Vgl. Hoffmann-Riem, AöR 145 (2020), 1 (38): „Allgemeiner: Können die Kontingenz von Recht und die Notwendigkeit der kontextbezogenen Konkretisierung von Recht im Zuge der digitalen Programmierung und Anwendung angemessen berücksichtigt werden?“

(i. S. von: immer vollständiger, flächendeckender). Das wiederum wird zu einer *weiteren* Verdrängung der bislang wesensprägenden Kontingenz der Realisierung von Recht führen.

- 25 Kapitel 1 und Kapitel 2 legen folglich den Grund dafür, in Kapitel 3 nach der Legitimität und sogar der verfassungsrechtlichen Notwendigkeit der Erhaltung dieser Kontingenz zu fragen; und zwar nicht nur als theoretisches Gedankenspiel, sondern vor dem Hintergrund von technologisch-faktischen, rechtlichen und rechtssoziologischen Ausgangsbedingungen, welche die vollständige oder doch zumindest sehr weitgehende Verdrängung von Kontingenz überhaupt erstmals als eben technisch, rechtlich und sozial *realistische* Option erscheinen lassen.
- 26 Kapitel 3 geht dann also diesen Schritt weiter zur Was-wäre-wenn-Frage: Was gilt, wenn KI so gut funktioniert, dass die in den Kapiteln 1 und 2 beschriebenen kontingenzverdrängenden Voraussetzungen vorliegen, und die Gesellschaft damit in die Lage versetzt ist, Recht flächendeckend einer vollständigen Realisierung zuzuführen oder zumindest nahe zu bringen? Es ist die Ausgangsthese oder vielleicht bescheidener: die anfängliche Intuition dieses Buches gewesen, dass es auf dem Weg der Optimierung Punkte gibt, an denen das ‚gut genug‘ in ein ‚zu gut‘ umschlagen kann.⁴⁸ Rechtssoziologisch sowie normentheoretisch lässt sich ein Verlustbefund im Fall vollständig realisierten Rechts wie gesagt leicht erstellen: Je weiter die Realisierung normativer Programme durch Wissensgenerierungs- und Wissensumsetzungsstrukturen optimiert wird, umso mehr verliert die Rechtsordnung ihre bislang prägende Kontingenz: Nichts, was normativ gesollt ist, kann mehr anders oder kann mehr nicht sein.⁴⁹ Ignoranz und Devianz gäbe es nicht.⁵⁰ Die (Erfahrung von) Kontingenz würde sich dann zunehmend bzw. im ‚optimalen‘ Fall sogar ganz auf die – jedenfalls

48 Vgl. i. d. S. jetzt auch die knappe, aber hier sehr anschlussfähige Andeutung bei *Gabriel*, KIR 2025, 45 (47): „Die KI-Revolution erzeugt auf diese Weise ein bisher nicht bekanntes Optimierungsparadox, das darin besteht, dass einige Optimierungen nicht wünschenswert zu sein scheinen.“ Der dortige Verweis auf *Kahnemann/Sibony/Sunstein*, Noise, 2021, S. 328 erscheint mir allerdings missverständlich, da diese Autoren gerade *für* eine ganz weitgehende Verdrängung von Noise = Optimierung streiten.

49 Zum Kontingenzbegriff → Rn. II f. (Einleitung).

50 Aus normtheoretischer Perspektive ebenso *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 456: „Paradoerweise wird sich ein angemessener Umgang mit der Praxis des Normativen in Zukunft nicht nur um die Verhinderung, sondern auch um die Ermöglichung – nicht Begünstigung – von Devianz kümmern müssen. Denn nur da, wo Normen gebrochen werden können, bewahren sie ihre Normativität. Und nur da, wo Normen operieren, können wir über das hinauskommen, was wir ohnehin sind.“

für eine Demokratie konstitutive⁵¹ – Kontingenz *des Rechts* verlagern,⁵² also in den Kurationsprozess von Recht.⁵³ Das, was als „Binnenkontingenz“ im Recht⁵⁴ oder als „Verhaltenskontingenz“⁵⁵ der Rechtsunterworfenen bei der Realisierung von Recht bezeichnet werden kann, droht hingegen verloren zu gehen. Freilich ist dieser Befund zunächst nur ein deskriptiver, entsprechend dem Erkenntnisinteresse der beiden genannten Wissenschaften. Verfassungsrechtlich, demokratietheoretisch, und rechtsdogmatisch hinterfragt klingt der Befund hingegen *prima facie* positiv; er scheint jedenfalls nicht undemokratisch, eher im Gegenteil, weil ja dem demokratisch gesetzten und auf Verwirklichung angelegten Recht eben zur Verwirklichung verholfen wird.⁵⁶

Um dem rechtlich⁵⁷ etwas entgegensetzen zu können, muss nach einem *rechtlichen* 27 Eigenwert von Rechtsbrüchen gesucht werden (→ § 5). Grob lassen sich dabei individuelle und überindividuelle Zugriffe unterscheiden. So könnte zunächst *individuell* der Wille eines Rechtsunterworfenen, eine Norm *nicht* zu befolgen, oder, etwas milder ausgedrückt, könnte der Wunsch nach einem Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Rechtsgehorsam verfassungsrechtlich geschützt werden. Ein solch individueller Zugriff muss in einer grundrechtsstaatlich umfangreich abgedeckten Demokratie (d. h. jenseits des *Radbruch'schen* Ausnahmefalls) aber von vornherein

51 Vgl. nur H. Dreier, RW 1 (2010), 11 (35); rechtstheoretisch Burchard, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 553; s. aber auch Gärditz, Staat und Strafrechtspflege, 2015, S. 40 ff., mit dem Hinweis dazu, dass sich gerade die Strafrechtswissenschaft diesem Kontingenzanspruch „als Normalfall“ (a. a. O., S. 43) z. T. noch versperre, soweit sie nämlich im Rahmen der sog. Rechtsgutslehren nach vorpositiver Richtigkeit von Recht frage (vgl. a. a. O., S. 43 f.). Zur Rechtsgutslehre klar abl. BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008, Az. 2 BvR 392/07 = BVerfGE 120, 224 (241 ff.) – Geschwisterbeischlaf = NJW 2008, 1137 Rn. 39 m. w. N.

52 Ich unterstelle für diese Untersuchung, dass *dieser* Prozess nicht auch automatisiert wird; freilich wird es hier in absehbarer Zeit auch zum Einsatz von KI kommen (können), z. B. im Rahmen der Gesetzesfolgenabschätzung.

53 Nach Luhmann, Kontingenz und Recht, 2013, S. 119: „Normkontingenz“. Dazu, dass fehlende Verhaltenskontingenz Normkontingenz nur scheinbar unberührt lässt, ab → S. 481.

54 Begriff nach Möllers, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 154, ausdr. auf geschichtsphilosophisch-deterministische Entwürfe gemünzt.

55 Luhmann, Kontingenz und Recht, 2013, S. 119.

56 Die Annahme, „Rechtsbrüche werden nicht wegen der Tatsache des Rechtsbruchs selbst zum Problem, sondern wegen bestimmter, damit verbundener Verletzungen rechtlich geschützter Interessen“ (Sieder, Ethisch motivierter Rechtsungehorsam, 2018, S. 271; ähnl. Bernzen/Kehrberger, RW 10 [2019], 374 [405]; auch F. Hofmann, in: Fries/Paal [Hg.], Smart Contracts, 2019, S. 125 [140]), führt aus einer demokratischen Herrschaftsperspektive nicht weiter. Denn es ist der demokratische (Grund-)Gesetzgeber, der durch seine Normen erst bestimmt, was *rechtlich geschützte* Interessen sind und auch mitbestimmt, wie sie geschützt sein sollen. Vgl. i. d. S. auch die Diagnose von Pawlik, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 42 f., einer „nachgerade verstörende[n] Demokratieferne“ der herkömmlich[en] Rechtsgutslehre, die, in „eine[r] Art normative[r] Parallelwelt“ befangen, den Stand der verfassungsrechtlichen Diskussion häufig aus einem Gefühl falsch verstandener Überlegenheit heraus ignoriert [...]. Der verfassungsrechtlich vorgegebene Gestaltungsspielraum des Strafgesetzgebers ist [...] Ausdruck bürgerlicher Freiheit.“

57 Für eine moralphilosophisch (!) begründete Gegenposition s. Raz, in: ders. (Hg.), The Authority of Law, 2009, S. 233 (237 ff., 242): „no general [moral] obligation to obey [the law].“ Vgl. aktuell auch Akbarian, Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation, 2023, S. 16 ff., auch S. 262 ff.; interdisziplinär angelegt zudem die Beiträge in Hilbert/Rauber, Warum befolgen wir Recht? 2019.

zweifelhaft erscheinen. Nach der hier vertretenen und in § 5 näher begründeten Auffassung negiert der Einsatz von rechtsverwirklichender Technologie die Freiheit (oder Autonomie) von Individuen – anders als vielfach angenommen⁵⁸ – nämlich nicht, sondern macht sie (die Freiheit) im Falle guten Funktionierens (!) lediglich als einen jetzt schon vielfach rechtlich *begrenzten* Zustand besonders sichtbar. Denn das Grundgesetz „entspricht [...] eher einem Verständnis ‚verfasster Freiheit‘ denn einem Schutz ‚vorrechtlicher Freiheit‘.“⁵⁹

- 28 Hilfreicher, so wird zu zeigen sein, sind *überindividuelle Zugriffe*: In Ansätzen beweist sich die – gesellschaftliche, eben überindividuelle – *Freiheitlichkeit* unseres Gemeinwesens zwar nicht *direkt* in der Möglichkeit zum Rechtsbruch, gar zum Mord.⁶⁰ Der weitreichende, „freiheitlich“ begründete Verzicht auf präventive Überwachungsarrangements schafft aber doch faktisch-mittelbar durchaus umfangreiche Möglichkeitsräume für Rechtsbrüche. Freilich gelingt es auf diesem Weg gerade nicht, Rechtsbrüchen *als solchen* einen Eigenwert zuzuweisen; und da – wie schon angedeutet und wie in der Untersuchung ausführlich dargelegt werden wird – der überwachungsakzessorische Schutz normativ und faktisch unter Druck geraten wird, *muss* es darum gehen, nach einem solchen Eigenwert zu forschen. Wir werden ihn – soviel sei hier auch noch vorweggenommen – in den spezifisch *demokratischen* Funktionen von Rechtsbrüchen finden (Devianz als Mittel demokratischer Kommunikation und vor allem zur Wissensgenerierung und potentieller Innovation).
- 29 Stellt sich damit also tatsächlich heraus, dass auch die Kontingenz der Normrealisierung (Verhaltenskontingenz) nicht nur ein zwangsläufiges und lediglich zu tolerie-

58 So beispielhaft Burchard, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 553, (564 f.), der freilich unter Autonomie von vornherein die „Möglichkeit von unregelmäßigem oder abweichendem Verhalten“ versteht (a. a. O., S. 565), was deskriptiv (bislang) sicherlich zutrifft, aber als (verfassungs)rechtliches Argument eben erst zu beweisen wäre.

59 So Eifert, in: Herdegen et al. (Hg.), VerfassungsR-HdB, 2021, § 18 Rn.10, zur allg. Handlungsfreiheit, mit Verweis auf Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1999, Rn. 425: „Die Garantie [des Art. 2 Abs.1 GG] zeigt, daß verfassungsrechtlich gewährleistete Freiheit rechtliche, d. h. begrenzte, aber in ihren Grenzen geschützte, nicht abstrakte und unbegrenzte ‚natürliche‘ Freiheit ist.“ Nicht zu verwechseln damit ist die Frage, ob es Verhaltensweisen gibt, die wegen ihrer inhärenten Sozialschädlichkeit von vornherein keinen rechtlichen Schutz genießen sollen; dazu abl. Eifert, a. a. O., Rn. 41 ff. Dass das Verständnis der grundgesetzlich geschützten Freiheit als *rechtlich verfasster, und damit begrenzter* Freiheit nicht selbstverständlich ist, zeigt Ha. Hofmann, VVDStRL 41 (1983), 42 (49 f.): „In historisch einmaliger | Weise schlägt das Grundgesetz [durch seinen weitgehenden Verzicht auf soziale Rechte und auf bürgerliche Grundpflichten] die Brücke zurück zum naturrechtlichen Ausgangspunkt der Menschen- und Bürgerrechtserklärungen, welche [...] von einem vorgesellschaftlich aufgefaßten und mit naturwüchsigen Rechten begabtem Individuum her dachten, ‚das von Aufgaben und Pflichten völlig freigesetzt ist und dem Staat in reiner Anspruchshaltung gegenübertritt“ (Binnenzitat von Maier, Die Grundrechte des Menschen im modernen Staat, 1974, S. 23); s. aber auch Ha. Hofmann, in: Brandt (Hg.), Rechtsphilosophie der Aufklärung, 1982, S. 12 (69).

60 Für diese prägnante Zuspitzung der Forschungsfrage danke ich Nikolaus Marsch.

rendes Nebenprodukt bisheriger menschlicher normativer Ordnung ist,⁶¹ sondern eine auch (verfassungs)rechtlich erhaltenswerte Leistung überkommener normativer Ordnungen darstellt, braucht es neuer und bewusster Realisierungsgrenzen. Die Frage, die hier schließlich interessiert, ist, ob bzw. wann und wie *der Zufall als Steuerungsmittel* eine instrumentelle und damit positive Rolle bei der Erhaltung von Kontingenz spielen kann (→ § 6).⁶²

V. Oder doch: alles bloße Fiktion?

Nun gehört die Frage, ob, durch wen und wofür KI rechtskonform eingesetzt werden darf, zu den meistdiskutierten Gegenwartsfragen. So ist seit Entstehen des entsprechenden Rechtsgebiets bzw. – je nach Betrachtung – seit seiner Wiederbelebung⁶³ vor nicht mehr als sieben oder acht Jahren⁶⁴ schon eine stattliche Zahl von juristischen Abhandlungen erschienen, die sich zuvorderst kritisch mit den möglichen Defiziten KI-gesteuerter Wissensgenerierung und KI-gesteuerten Entscheidens befassen.⁶⁵ Darunter sind auch Beiträge von mir selbst.⁶⁶ Zwischenzeitlich hat nun auch die Europäische Union mit dem *Artificial Intelligence Act* (Verordnung 2024/1689, im Folgenden AI Act) eine weit ausgreifende Horizontalregulierung von und für KI verabschiedet (wohingegen das – freilich schon im Ausgangspunkt deutlich zurückhaltende – US-amerikanische Pendant von der Trump-Regierung

61 Vgl. Luhmann, Kontingenz und Recht, 2013, S. 76: „Normativität ist durchaus nicht auf Ausmerzen aller anderen Möglichkeiten, auf Beseitigung jeder entgegenstehenden Realität angewiesen [...]“

62 I. d. S. auch schon Möllers, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 455, demzufolge „der Einbau von Zufallsmechanismen [in Algorithmen der Normdurchsetzung] ein wichtiges Instrument bieten [dürfte], um Kontingenz und mit dieser die Voraussetzungen von normativen Praktiken zu sichern.“ Die aus hiesiger Sicht entscheidende Frage ist, ob die „Voraussetzungen normativer Praktiken“, nach Möllers definiert durch eine *Möglichkeit*smarkierung, die also die Möglichkeit zur Devianz belässt, verfassungsrechtlich erhaltenswert sind.

63 s. für die frühe Kybernetik-Diskussion (mit den Beiträgen u. a. von Zeidler, Über die Technisierung der Verwaltung, 1959, und Bull, Verwaltung durch Maschinen, 1964), den Bericht von Wischmeyer, in: Ebers et al. (Hg.), RechtsHdb. KI und Robotik, 2020, § 20 Rn. 8 ff. m. w. N. Zu den Beiträgen zur sog. Rechtsinformatik-Debatte der 1960er und 1970er-Jahre s. Kilian, in: Pohle/Lenk (Hg.), Der Weg in die „Digitalisierung“ der Gesellschaft, 2021, S. 303 (304 f.).

64 Diskursprägend in Deutschland bes. Hoffmann-Riem, AöR 142 (2017), 1 ff.

65 Mit übergreifendem Anspruch Wischmeyer, AöR 143 (2018), 1 ff.; Scherer, Harvard Journal of Law & Public Policy 29 (2016), 353 ff.; bereichsspezifische Beiträge, die insb. auch die Automatisierung von Verwaltungsverfahren betreffen, liefern Eichenhofer, DÖV 2023, 93 ff.; Englisch/Schuh, Die Verwaltung 55 (2022), 155 ff.; monograph. z. B. Mund, Das Recht auf menschliche Entscheidung, 2022; Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, passim.

66 Rademacher, RdJB 69 (2021), 254 ff.; ders., in: Wischmeyer/Rademacher (Hg.), Regulating Artificial Intelligence, 2020, S. 225 ff.; ders., in: Eifert (Hg.), Digitale Disruption und Recht, 2020, S. 45 ff.; ders., in: Zimmer (Hg.), Regulierung für Algorithmen und KI, 2021, S. 229 ff.; ders., JZ 2019, 702 ff.; ders., AöR 142 (2017), 366 ff.

schon wieder zurückgenommen wurde⁶⁷). Fast allen⁶⁸ diesen Interventionen ist gemein, dass sie auf den möglichen *Pathologien* aktueller KI aufbauen: Sei es die Intransparenz moderner maschineller Lernverfahren (sogenanntes *Black-Box*-Phänomen),⁶⁹ sei es die Gefahr der Verfestigung menschlicher Vorurteile in algorithmischer, folglich nur vermeintlich objektiver Form (sogenannte *Algorithmic Biases*).⁷⁰ Die Leitfrage dieses Buches, ob es ein Zuviel an rechtlicher Optimierung durch KI geben könnte, erscheint vor diesem Hintergrund vordergründig allzu mutig.

- 31 Aber: Der Einwand des ‚Es-funktioniert-(noch-)nicht‘ betrifft letztlich die „empirische Oberfläche“⁷¹ des Problems – und diese wird dünner. Denn es wird intensiv daran geforscht, die genannten und weitere technische Defizite zu überwinden. Es sei einmal unterstellt, dass das gelingt (eine Unterstellung, die im Jahr 2025 übrigens weit weniger mutig klingt als zu Beginn dieses Buchprojekts im Jahr 2018). Was dann? Was wird gelten, wenn KI-Systeme transparente, menschlich beherrsch- und verantwortbare, zugleich datensichere⁷² und hinreichend ressourceneffiziente,⁷³ und vor allem anderen: gut brauchbare rechtliche Beobachtungen, Schlussfolgerungen und vielleicht sogar Vorhersagen mit geringen Fehlerraten liefern und diese dann auch unmittelbar physisch umsetzen können? Diese Frage stellen sich bislang immer noch wenige.⁷⁴ Viele werden denken, dass sie verfrüht gestellt und vielleicht sogar naiv ist. Ich denke das nicht:
- 32 *Erstens* wird die Antwort Wichtiges über Sinn und Zweck normativer Ordnungen aussagen. *Zweitens* gibt die Rasananz, mit welcher sich in den vergangenen zehn Jahren die technologischen Möglichkeiten verbessert haben, Anlass, vorbereitet zu sein,

67 Zur von Präsident Joe Biden erlassenen Executive Order 14110 on Safe, Secure, and Trustworthy Artificial Intelligence v. 30.10.2023 s. www.federalregister.gov/documents/2023/11/01/2023-24283/safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence; aufgehoben durch Executive Order 14148 v. 20.1.2025, www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/initial-rescissions-of-harmful-executive-orders-and-actions/, beide Websites besucht am 24.4.2025.

68 Eine Ausnahme bildet hier die an Fahrt aufnehmende Diskussion um den Umgang mit sog. *Deepfakes*, d. h. durch KI erstellte Bilder oder auch Tonaufnahmen, bei denen ganz intuitiv klar ist, dass es gerade deren zunehmende Perfektion ist, die erhebliche Herausforderungen mit sich bringen wird. Ausf. zum Thema Kumkar/Griesel, KIR 2024, 117 ff.; Kumkar/Rapp, ZfDR 2022, 199 ff.

69 Prägend Pasquale, The Black Box Society, 2015. Für den dt. und europ. Rechtskreis bes. Wischmeyer, AöR 143 (2018), 1 (42 ff.). Vgl. auch Bengio et al., Pause Giant AI Experiments: An Open Letter v. 22.3.2023 (Onlinequelle), mit der Forderung dezidiert *nicht* nach "a pause on AI development in general", sondern nach einer Pause, um "today's powerful, state-of-the-art systems more accurate, safe, interpretable, transparent, robust, aligned, trustworthy, and loyal" ausgestalten zu können.

70 Dazu insb. Hacker, CMLR 55 (2018), S. 1143 ff.

71 Formuliert nach Willaschek, in: Gerhardt (Hg.), Kant im Streit der Fakultäten, 2008, S. 188 (195).

72 Hierzu Dullien, DuD 2018, 618; zum größeren Zusammenhang Wischmeyer, Informationssicherheit, 2023; s. auch schon ders., Die Verwaltung 50 (2017), 155.

73 Der massive Energieverbrauch aktueller KI ist bekannt; zusätzlich zu beachten sind schwerer mess- und steuerbare "rebound effects" energieeffizienterer Technologien (= je weniger Verbrauch, desto mehr Nutzung = Einsparung null); hierzu Luccioni/Strubell/Crawford, arXiv:2501.16548 (27.1.2025).

74 M. E. bes. gelungene Ausnahmen finden sich bei Burchard, JRE 27 (2019), 527 ff., und Capers, NYU Law Rev. 94 (2019), 1 (3 f.), der bis ins Jahr 2044 blickt.

sollte es in vergleichbarem Tempo weitergehen. So wie es von vielen – einschließlich des Bundesverfassungsgerichts – als legitim empfunden wird, literarisch inspirierte Projektionen in eine *dystopische* Zukunft zur Basis gegenwärtiger rechtlicher Argumentation zu machen,⁷⁵ so wichtig erscheint es mir, von der Verwirklichung der *prima facie* positiven futuristischen Szenarien nicht überrascht zu werden. Andernfalls könnte es – *drittens* – passieren, dass die Fokussierung des Diskurses auf die Pathologien der Technik den von vielen sicherlich ungewollten Reflex produziert, dass ihr Einsatz *deshalb* gerechtfertigt erscheint, *weil* und *sobald* die Defizite behoben sind.⁷⁶

VI. Methodische Einordnungen

Methodisch lässt sich diese Untersuchung insoweit – also soweit sie Projektionen 33 zum Gegenstand rechtstheoretischer und -dogmatischer Analysen macht, siehe soeben – der *Futurist Legal Scholarship* zurechnen. I. Bennett Capers, der vor einiger Zeit den Versuch unternahm, diese Methodik wiederzubeleben, hat *Futurist Legal Scholarship* definiert als Bemühen, “to engage seriously with nascent and yet-to-be technologies with the goal of imagining the distant future, and the law’s role in that future”.⁷⁷ Wichtig ist dabei die Unterscheidung von *Projektionen* einerseits, die auf bestehenden Technologien und möglichst auch Regelungen aufbauen können, und reiner (utopischer oder dystopischer) *Spekulation* andererseits.⁷⁸ Letztere gilt

75 Aus der Lit. bspw. Rostalski, GA 166 (2019), 481. Prägend aber sicherlich BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, Az. 1 BvR 209/83 u. a. = BVerfGE 65, 1 (42) – Volkszählungsurteil, mit dem mehrfachen Hinweis auf die Gefahr „unbegrenzter“ Datenverarbeitung oder der Erstellung von „Persönlichkeitsbildern“, die es in der Bundesrepublik weder *de iure* noch *de facto* gab oder geben sollte. Zutreffend krit. gegen diese st. Rspr. schon Trute, Die Verwaltung 42 (2009), 85. Bes. krit. jüngst Bull, AöR 145 (2020), 291 (311): „Es ist auch nicht sicher, dass auf dem eingeschlagenen Weg die verfassungsgerichtliche Sorge um die emotionale Befindlichkeit der Menschen ausgeräumt werden kann, die von Überwachung betroffen sein könnten. Nimmt man die in den Medien ausgedrückte öffentliche Meinung zum Maßstab, so haben die Karlsruher Entscheidungen es bisher nicht vermocht, die ‚diffusen‘ Gefühle des (grundlosen) Überwachtwerdens auszuräumen. Vielmehr führt jede dieser Entscheidungen zu Kommentaren, die das Misstrauen gegen Sicherheitsbehörden bestärken und vor künftigen Entwicklungen warnen, die als verfassungswidrig beurteilt werden könnten. Dazu dürfte beitragen, dass das Gericht immer wieder Formulierungen benutzt, aus denen man auf eine kritikwürdige Praxis schließen kann, ohne dass Belege dazu genannt würden. So wird der Anschein erweckt, dass Bürgerinnen und Bürger ‚beliebig staatlich registriert‘ werden und dass Behörden ‚ins Blaue hinein‘ ermitteln. Viele Leser solcher Passagen könnten meinen, das Gericht habe Grund zu solchen theoretischen Annahmen.“ Zur Bedeutung dystopischer Literatur für die Rspr. nochmals ausf. → S. 238 f.

76 s. nochmals ausf. → S. 317 ff.

77 Capers, NYU Law Rev. 94 (2019), 1 (3); dort auch Nachw. zu entsprechenden Studien in der US-Rechtswissenschaft, die aber v. a. aus den 1970er Jahren stammen.

78 Vgl. hierzu auch schon Luhmann, Social Research 43 (1976), S. 130 ff., der dazu rät, sich regulatorisch auf das „Hier und Jetzt“ und wissenschaftlich auf die „Dekonstruktion von Zukunftsszenarien“ zu konzentrieren (die Zitate stammen von Dickel, in: Bora/Henkel/Reinhardt [Hg.], Wissensregulierung und Regulierungswissen, 2014, S. 201 [202]; Ziel Luhmanns sei eine „Defuturisierung“). Demgegenüber weist Dickel a. a. O., S. 201, S. 201 ff., in seinem lesenswerten Aufsatz nach, dass eine Defuturisierung i. S. eines

es zu vermeiden. Erstere wird es in dieser Untersuchung geben, entsprechend dem beschriebenen Erkenntnisinteresse an dem *Was wäre, wenn...*

- 34 Während sich die futuristische Methode dabei durch die gesamte Untersuchung ziehen wird, haben die drei Kapitel im Übrigen jeweils eigene methodische Zugriffe. *Kapitel 1* folgt klassisch-rechtsdogmatischen Erkenntnisinteressen: Rechtserkenntnis- und entsprechend aktionsfähige Technologien sollen zunächst grundlegend kategorisiert und es sollen dabei auf mittlerer Abstraktionsebene Determinanten ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit herausgearbeitet werden. Normtheoretische (meist: Verlust-)Befunde, die mit den einzelnen Technologie-Kategorien verbunden sind, sollen an passenden, jeweils eigens gekennzeichneten Stellen schon hier aufgegriffen werden. Teils können sie auch gleich widerlegt oder zumindest relativiert werden.
- 35 Die Zugriffe in *Kapitel 2* sind demgegenüber theoretischer Natur. Sie sind als Beiträge zu den sogenannten materialen Rechtstheorien zu qualifizieren,⁷⁹ weil nachbarwissenschaftliche Erkenntnisse einbezogen werden sollen. Zunächst, d. h. in → § 3, werden Normtheorie und Technikwissenschaften miteinander verknüpft, indem die Leistungen von Menschen in normativen Ordnungen mit den korrespondierenden Fähigkeiten bzw. Defiziten von Maschinen abgeglichen und kontrastiert werden. Anschließend, in → § 4, wird gefragt, wie darauf aufbauend eine neue Arbeitsteilung von Mensch und Maschine bei der Realisierung von Recht aussehen könnte, die dezidiert demokratischen Ansprüchen genügt. Genutzt und zugleich ausgebaut werden dafür demokratietheoretische Vorarbeiten von *Andreas Funke*, die den *Bürger* als regelmäßigen Erstanwender von Recht – und damit originärem ‚Verwirklicher‘ von Recht – in den Mittelpunkt stellen.
- 36 *Kapitel 3* schließlich startet rechtssoziologisch: Näher untersucht werden – anknüpfend an *Luhmann* – die positiven Funktionen von Devianz im Recht. Dabei wird zugleich die *prima facie* fehlende Rezeptionsoffenheit des Rechts und der Rechtsdogmatik für diese Funktionen dargestellt. Das ist aber nur der erste Eindruck: Den Hauptteil des dritten Kapitels bilden die eingangs bereits inhaltlich skizzierten Überlegungen, wie die rechtssoziologisch (und auch normtheoretisch sowie rechtsökonomisch) relativ leicht begründbaren positiven Leistungen von Rechtsbrüchen eben doch im geltenden Verfassungsrecht verortet werden können. Geleistet werden soll damit auch ein Beitrag dazu, Theorie(n) und Dogmatik an dieser künftig regulatorisch besonders wichtigen Stelle in einen fruchtbaren Austausch zu bringen.

vollständigen Verzichts auf Spekulationen im Bereich der Regulierung von Zukunftstechnologien wegen des Vorhandenseins von „known unknowns“ nicht möglich ist; verzichtet werden könne und solle nur auf „reine Spekulation“. Und selbst das sei im Diskurs schwierig (a. a. O., S. 212; Lösungsvorschläge S. 213 f., dort bes.: „Regulierung in Form von Methoden des Foresight und der Technikfolgenabschätzung“).

79 Begriff nach *Reimer*, Rechtstheorie, 2022, S. 23.