
Kapitel 3

Grenzen der Optimierung: Kontingenz im Recht als Ziel und Mittel der Steuerung?

Zunächst sei zum Beginn dieses abschließenden Kapitels 3 noch einmal daran erin- 1
nert, wo wir stehen: In Kapitel 1 habe ich versucht, die aktuell oder absehbar verfügbaren Rechtserkenntnis-, Rechtsdurchsetzungs- und Rechtsbefolgungsassistententechnologien auf einer mittleren Abstraktionsebene zu strukturieren und habe anschließend – auf Basis der Überwachungs-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – analysiert, welche Grenzen dem Einsatz verfassungsrechtlich entgegenstehen; diese Grenzen helfen dabei, Verhaltenskontingenz im Recht zu bewahren.¹ Abschließend habe ich erläutert, warum ich denke, dass dieses begrenzende, hier sogenannte ‚Überwachungsnarrativ‘ mit der zunehmenden Infrastrukturalisierung von rechtserkenntnisfähigen Technologien durch ein ‚Hilfeleistungsnarrativ‘ überlagert und perspektivisch sogar ersetzt werden könnte, das die Grenzen schleifen bzw. immer weiter gen Vollrealisierung von Recht verschieben könnte.²

Kapitel 2 argumentierte – auf Basis einer Gegenüberstellung der aktuellen und 2
absehbaren Leistungspotentiale von menschlicher und maschineller Rechtserkenntnis und -realisierung³ – weniger konventionell: Die Realisierung von Recht wurde zuvorderst aus der Perspektive der nicht-professionellen Erstadressaten konzipiert.⁴ Ihnen ist eine hier sogenannte republikanische Verantwortung zugewiesen, das Recht *und seine Realisierung* als *eigene* Angelegenheit begreifen zu dürfen *und zu müssen* (das hier sogenannte Ertüchtigungsnarrativ).⁵ Mit dieser ‚Zuständigkeit‘ sind diese Adressaten – eben weil häufig und wohl sogar in der Regel juristische Laien – *eigentlich* überfordert; wäre da nicht die Verfügbarkeit bzw. Perspektive der Verfügbarkeit immer leistungsfähigerer Assistenztechnologien zur Realisierung von Recht. Und das wiederum kann, je weiter sie (= die Technologien) Einsatz finden, zu einer *nochmals verstärkten* Verdrängung von Verhaltenskontingenz führen (das ‚Abwägungsdreieck‘ der drei Narrative entsteht).⁶

Nachdem nun durch diese beiden Kapitel die rein *technisch-pragmatisch* von vorn- 3
herein ‚drohende‘ Perspektive eines Vollvollzugs von Recht auch *rechtsdogmatisch* plausibilisiert ist, sich also als *relevante* Frage stellt, die durch den Status quo der Rechtsdogmatik noch nicht beantwortet ist, erscheint es jetzt endlich sinnvoll und

1 s. oben, ab → S. 102, 165 und 217, sowie nochmals vertiefend ab → S. 422.

2 s. oben, ab → S. 237.

3 s. oben, ab → S. 278.

4 Seine Realisierung wurde damit als Verwirklichungszusammenhang gedacht, der in aller Regel weder bei Behörden noch bei Gerichten oder auch nur bei Rechtsanwältinnen, sondern bei Laien beginnt.

5 s. oben, ab → S. 327.

6 s. oben, ab → S. 391.

geboten, direkt auf die Ausgangsfrage zu sprechen zu kommen: Welche Legitimität hat das ‚Auch-anders-möglich‘ *für sich genommen* aus einer rechtsdogmatisch-verfassungsrechtlichen Perspektive in einer grundrechtsstaatlich verfassten Demokratie (sogleich, → § 5)? Und falls bzw. soweit das Auch-anders-möglich eine solche rechtliche Legitimität hat, lässt es sich eventuell – wie mancherorts bereits leise angedacht – durch die der Kontingenz nächsten *Mechanismen des Zufalls* sinnvoll realisieren (abschließend, → § 6)?

“So that while it is true that legal requirements are not, in law, absolute, the law itself claims to determine their proper import, to fix the conditions in which they are overridden.”

Joseph Raz¹

§ 5 Der rechtliche Wert des Auch-anders-möglich.

Oder: Beweist sich die freiheitliche Demokratie durch die Möglichkeit zum Rechtsbruch?

Der Ausgangspunkt der nachfolgenden Überlegungen ist zunächst ein wohl vertrauter: Vorrangig muss die Frage nach einem Recht zum Rechtsbruch – oder, realistischer: nach einem Recht *auf Möglichkeit* zum Rechtsbruch² – eine ‚Sonde‘³ oder ein Suchbegriff⁴ sein, der es erlaubt, solches Recht zu identifizieren, das für eine KI-optimierte, deshalb annähernd vollständige Realisierung nicht ‚gemacht‘ ist. Es gilt, mit seiner Hilfe das hier sogenannte normative *Overblocking* aufzuspüren. Speziell die Verfügbarkeit von *Impossibility Structures* zwingt dazu, nach solchem potentiell ‚überschießendem‘ Recht zu suchen und seine Verwirklichung nicht einfach ohne erneute Reflexion technologisch zu optimieren.⁵

Aber: die plakative Ausgangsfrage nach einem freiheitlichen oder demokratischen Wert von Rechtsbrüchen erscheint weit weniger provokativ, wenn man sich vor Augen führt, dass mittlerweile eine Reihe von Autorinnen und Autoren aus sehr unterschiedlichen Denk- und Fachrichtungen ernsthaft darauf hinweisen, dass rechtswidriges Verhalten auch jenseits der beschriebenen heuristischen Suchfunktion eigenständige, positive Funktionen haben kann. Eine neue Ernsthaftigkeit gründet diese Überlegungen, seitdem mit der Entwicklung rechtserkenntnis- und aktionsfähiger Technologien erstmals eine Gesellschaft denkbar erscheint, in der

1 Raz, in: ders. (Hg.), *The Authority of Law*, 2009, S. 233 (237).

2 s. zu den Begriffen nochmals unten, → S. 413 ff.

3 Begriff nach Hans Christian Röhl.

4 Rademacher, JZ 2019, 702 (709).

5 Dazu bereits oben, → § 2 Rn. 268 ff. s. ferner die vergleichbare Diskussion bei F. Hofmann, in: Fries/Paal (Hg.), *Smart Contracts*, 2019, S. 125 (132): „Die vermeintliche Diskrepanz des ‚auf dem Papier bestehenden Rechts‘ vom tatsächlich gewährten Recht entpuppt sich [...] als Faktor zur Bildung interessengerechten ‚Rechts‘.“

Rechtsbrüche nicht mehr ohnehin schlicht *unvermeidbare* Begleiterscheinungen jeder normativen Ordnung sind.

- 3 Anliegen dieses § 5 ist es, diese positiven Funktionsbeschreibungen, die zumeist aus der Rechtssoziologie, der Rechtstheorie und auch der Rechtsökonomik stammen, aufzugreifen und zu fragen, ob diese Funktionen *rein rechtlich* fundiert werden können, d. h. ins deutsche (Verfassungs-)Recht internalisiert und dogmatisiert werden können.⁶ Nur dann können sie in Zukunft dem Optimierungsversprechen neuer Technologien von einer immer ‚perfekteren‘ Verwirklichung des Rechts als eigenständiger Belang entgegengehalten werden und (mit) dabei helfen, Kontingenzen im Recht zu bewahren. Andernfalls, also wenn eine solche rechtsdogmatische Internalisierung nicht gelingt, dann bleibt zwar immerhin die Möglichkeit, auf die bisherigen Abwehrstrategien, die rund um das hier sogenannte Narrativ der Überwachung angesiedelt sind, zurückzugreifen. Dass diese Strategien und das gesamte Narrativ an Wirkkraft verlieren könn(t)en, wurde jeweils in den Zwischenfazit I und II zum Ende der beiden vorigen Kapitel ausgeführt und wird auch im Folgenden an den passenden Stellen nochmals aufgegriffen werden. Im Detail ist § 5 wie folgt aufgebaut:
- 4 In Abschnitt → I. soll als Ausgangs- und Anknüpfungspunkt der weiteren Überlegungen das *Luhmann*’sche Konzept der „brauchbaren Illegalität“ vorgestellt werden. Das ist schon deshalb wichtig, weil sich viele Autoren, die sich jüngst mit den Möglichkeiten der Verdrängung von Devianz aus dem Rechtssystem und mit einem eventuell gegenläufigen ‚Recht zum Rechtsbruch‘ befasst haben, auf *Luhmann* berufen. Das geschieht zumindest begrifflich oder als Inspirationsquelle, teils aber auch als Legitimationsquelle, in dem Sinn, dass die Frage nicht von vornherein als unsinnig abzutun ist.
- 5 In Abschnitt → II. gilt es dann, das Oxymoron eines Rechts auf Rechtsbruch in dogmatisch brauchbare(re) Fragen bzw. Strukturen zu zerlegen: Es kann realistisch betrachtet nur um ein Recht auf die *Möglichkeit* zum Rechtsbruch gehen. Allerdings kann hier noch etwas feiner differenziert werden: Neben der Möglichkeit des Rechtsbruchs könnte es auch um ein Recht auf Nicht-Kennen-Müssen des Rechts sowie auf ein Recht auf Unerkannt-Bleiben im Fall der Übung von Devianz gehen. Schließlich könnte auch auf eine subjektiv-rechtliche Aufladung verzichtet und stattdessen allein auf ein objektives Rechtsgebot gesetzt werden.
- 6 Abschnitt → III. enthält die eigentliche Diskussion möglicher normativer Gründe, mithilfe derer Verhaltenskontingenz nicht nur theoretisch positiv beschreibbar ist, sondern im geltenden (Verfassungs-)Recht verankert werden kann bzw. könnte.

6 Für eine Übersicht über klassische rechtsphilosophische Zugänge zu einer (fehlenden) Gehorsamspflicht dem Recht gegenüber s. die Nachw. in → Fn. 57 (Einleitung).

Dabei sollen möglichst viele der Beschreibungen, die gegenwärtig in der rechtstheoretischen Diskussion verhandelt werden, aufgegriffen und darauf untersucht werden, wo sie im geltenden Recht eine normative Fundierung erhalten können, welche sie dann wiederum in die ‚neue Zeit‘ einer vermehrt technologisch optimierten Rechtsverwirklichung ‚hinüberretten‘ kann. Ich werde mich dafür ausführlich mit drei Argumenten für den Erhalt der *Möglichkeit* zum Rechtsbruch beschäftigen sowie mit vier Ansätzen, mittels derer dem Rechtsverstoß *selbst* ein von Rechts wegen anerkennenswerter Eigenwert zugeschrieben werden kann. Einen Anspruch auf vollständige Aufzählung möglicher normativer Fundierungen, Verhaltenskontingenz im Recht zu erhalten, erhebe ich nicht. Dafür – also für eine abschließende Behandlung – ist die Frage angesichts ihrer dank der neuen Technologien *erstmalig* realistischerweise möglichen Verneinung zu neu. Der Raum für weitere Forschungen bleibt groß. Die Untersuchung in Abschnitt → III. ist dabei grob so strukturiert, dass zunächst alle m. E. nicht nachhaltigen (→ III.1.) und nicht überzeugenden Fundierungen bzw. Fundierungsversuche dargestellt werden (→ III.2. bis 5.). Sodann folgen die überzeugenden Gründe, warum Rechtsbrüche von Rechts wegen erhalten bleiben sollten (→ III.6. und 7.). Vorneweg: Letztlich *überzeugend* ist es m. E., Rechtsbrüche einen dezidiert *demokratischen* Eigenwert zuzuschreiben, und zwar als Instrumenten demokratischen Lernens und demokratischer Wissensgenerierung (hierzu → III.7.). Freilich muss dieser Prozess bzw. müssen diese Prozesse in strukturierter und gesteuerter Form erfolgen. Ein Vorschlag dazu, wie eine solche Strukturierung konzeptionell aussehen könnte, folgt in Abschnitt → III.8.

I. Rechtssoziologischer Ausgangs- und Anschlusspunkt: Luhmanns „brauchbare Illegalität“ und ihre Rezeption in der Rechtswissenschaft

Der Clou des rechtstheoretisch motivierten Denkens aus und in Kontingenz ist, dass es eine „Internalisierung“ von Abweichung in das Recht *selbst* ermöglicht, statt sie (die Abweichung) nur als externes Phänomen („Umwelt“) betrachten zu müssen, auf die das Recht mit einem Fehlerfolgenregime lediglich reagieren kann.⁷ Früher erschien diese Internalisierung sinnvoll, weil es schlicht alternativlos war, d. h. Recht nicht ohne Abweichung denkbar bzw. lebbar war.⁸ Heute fällt diese *pragmatische* Er-

7 Zentral Luhmann, Kontingenz und Recht, 2013, S. 91. Von der Internalisierung abzugrenzen ist der Umstand, dass der ‚Code‘ in dem im Recht kommuniziert wird, der also das System Recht in systemtheoretischer Lesart nach außen abgrenzt, seit jeher die binäre Unterscheidung von Recht/Unrecht bzw. legal/illegal ist. Dazu nur S. Baer, Rechtssoziologie, 2021, § 4 Rn. 94 ff. m. w. N.

8 Vgl. etwa Möllers, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 477: „Für eine instrumentalistische Normkonzeption wird Devianz dadurch attraktiv, dass eine vollständige Durchsetzung aller Normen zu kostspielig für die Gemeinschaft wäre.“ Zudem schon oben, → S. 243 ff.

klärung⁹ für eine auch rechtstheoretische Integration von Devianz über die Rekonstruktion des Rechts als – vielleicht eben bald nicht mehr – *notwendig* kontingentes System zunehmend weg. Das zumindest ist die hier vertretene Einschätzung, die ich in den → Kapiteln 1 und 2 begründet habe. Umso relevanter erscheint damit die Frage, ob in einem *normativen* Sinn „im Verstoß selbst positive Funktionen“¹⁰ angelegt sind, die es zu erhalten gilt, und ob das Recht diese Funktionen ohne systemischen „Kollaps“¹¹ erhalten *kann*. Luhmann hat die erste der beiden Fragen auf den ersten Blick¹² bejaht und gerade auch die rechtswissenschaftliche Diskussion darüber mit seinem Begriff der „brauchbaren Illegalität“¹³ geprägt. Er hat diesen Begriff, soweit ersichtlich, erstmals in der Monographie *Funktionen und Folgen formaler Organisation* aus dem Jahr 1964 gebraucht.¹⁴

1. Brauchbare Illegalität nach Luhmann

- 8 Was versteht *Luhmann* also unter brauchbarer Illegalität? Zunächst, unter Verweis auf *Emile Durkheim*¹⁵ und *George H. Mead*,¹⁶ fasst er hierunter ältere Funktionszuschreibungen an – um präzise zu sein – *entdeckte* Devianz. Das Entdecken und gegebenenfalls zusätzlich das „Zeremoniell des Bestrafens“ könnten bzw. sollen hier eine positiv zu wertende „Schärfung [des] Normbewußtsein[s]“ und damit der „Solidarität der Normanhänger“ bewirken. Zusätzlich und vor allem verweist *Luhmann* dann auf (damals) neuere Ansätze, wonach

9 Nicht zugleich schon: Begründung.

10 *Luhmann*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1999, S. 304 f.

11 Vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 2002, S. 13.

12 Zum nicht i. e. S. juristisch gemeinten Begriff der Illegalität sogleich, → § 5 Rn. 17.

13 *Luhmann*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1999, S. 304 und ff.

14 Auf *Luhmann* nehmen bspw. Bezug G. Wagner, AcP 222 (2022), 56 (90); *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 66; *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (34); *Rademacher*, JZ 2019, 702 (707 f.); *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 (42); *Hoffmann-Riem*, AöR 142 (2017), 1 (34). Bezugnahmen auf das Konzept brauchbarer Illegalität unabhängig von den Möglichkeiten neuer Technologien finden sich z. B. bei *Bunz*, CCZ 14 (2021), 81 (82); *Jüttner/Barnutz*, CCZ 2020, 250 (256), dort Fn. 75; *Rixen/Panani*, NJW 2005, 2177 (2181); *Schwarze*, EuZW 2003, 261 (266 f.). Eine eher schlagwortartige Referenz findet sich mehrfach bei *Frenzel*, in: Paal/Pauly (Hg.), DS-GVO, 32021, Art. 6 Rn. 13, 56; *ders.*, a. a. O., § 4 BDSG Rn. 29; *ders.*, a. a. O., § 51 BDSG Rn. 2; *ders.*, in: Gersdorf/Paal (Hg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 47. Ed. 1.2.2021, § 1 LPresseG Rn. 28; außerdem bei *Schnapp*, NZS 2014, 41 (45); *Jachmann*, DStR-Beiheft 2011, 77 (83); *Teubner*, ZaöRV 2003, 1 (25); *Kersten*, RdA 2001, 23 (26). Die gelieferte Auswertung, die insb. mithilfe der Datenbank beck-online erstellt wurde, erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Gleichwohl lässt sich erkennen, dass die Zahl der Referenzen insgesamt eher gering ist; eine tiefergehende Rezeption des Konzepts für rechtliche/rechtswissenschaftliche Zwecke findet sich selten. Ältere, i. d. Regel abl. Auseinandersetzungen finden sich in Abgrenzung zur Frage, ob/wo informales Verwaltungshandeln legitim sein kann, vgl. *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 2022, S. 71 f. m. w. N. Interessant ist umgekehrt auch, wer nicht auf *Luhmann* rekurriert, wie z. B. *Marxsen*, Völkerrechtsordnung und Völkerrechtsbruch, 2021, obwohl sich dieser ausf. mit den Funktionen von Illegalität im Völkerrecht befasst, s. passim und bes. S. 198 ff.

15 *Durkheim*, Les règles de la méthode sociologique, 1927, S. 80 ff.

16 *Mead*, American Journal of Sociology 23 (1918), 577 (591): „On the other side of the ledger stands the fact that the attitude of hostility toward the lawbreaker has the unique advantage of uniting all members of the community in the emotional solidarity of aggression.“

„Abweichungen [erstens] den Aufbau einer von der formalen Ordnung relativ unabhängigen informalen Ordnung in Gang bringen [können], die ihrerseits günstige Auswirkungen auf den Zweck der formalen Organisation hat; und [wonach] Abweichungen [zweitens] Raum geben für neues, schöpferisches Verhalten und für laufende Anpassung an eine sich ändernde Umwelt.“¹⁷

Abweichung könne damit in diesem Sinn *durchaus auch für das System Recht*, d. h. 9
über den eng verstandenen Organisationsbegriff der 1964er Monographie hinaus,¹⁸
als „Reservat [oder Reservoir?] neuartiger Verhaltensmöglichkeiten“ und d. h. eben:
zumindest *auch* positiv konzeptionalisiert werden.¹⁹

Interessant ist, dass *Luhmann* in einem im Jahr 1969, also fünf Jahre später, im 10
Archiv des öffentlichen Rechts erschienen Beitrag nochmals eine andere Akzentset-
zung für die Funktionalität von Illegalität nennt:²⁰ schlicht diejenige „von rationaler
Vereinfachung“.²¹ Beispielhaft führt er hier aus:

„Nicht alles Einkommen wird versteuert, und nicht alle Steuervergünstigungen werden in
Anspruch genommen. Das System ist für eine genaue Durchführung zu komplex, es bietet
aber dem, der Zeit und Kraft dafür erübrigen kann, in einzelnen Situationen die Chance, die
faktische Situation mit dem Recht in Übereinstimmung zu bringen. Funktionieren kann das
System aber nur, wenn nicht alle zugleich diesen Versuch unternehmen.“²²

Diese Einschätzung, die – bewusste oder unbewusste – Devianz aus Gründen 11
der Ressourcenschonung bzw. andernfalls drohender Ressourcenüberlastung ‚legiti-
miert‘, findet sich auch in aktuellen Stellungnahmen zum Einsatz moderner Über-
wachungs- und Rechtsdurchsetzungstechnologien wieder.²³ Wir können sie ange-

17 *Luhmann*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1999, S. 304.

18 Zur etwas verschlungenen Definition des Begriffs der Organisation *ibid.*, S. 29 ff. *Stefan Kühl*, der stark auf *Luhmann* rekurriert, schließt das Rechtssystem in die Analysen zu brauchbarer Illegalität zumindest am Rande mit ein, s. bspw. *Kühl*, Brauchbare Illegalität, 2020, S. 87: „Die interessante Frage ist, wie in Organisationen – oder weitergehend im Rechtssystems [sic] des Staates – beim Bekanntwerden der Regelverstöße reagiert wird.“

19 Vgl. hinsichtlich der Rolle von Devianz spezifisch für das Rechtssystem bes. *Luhmann*, Kontingenz und Recht, 2013, S. 92; anders als im Buch *Funktionen und Folgen formaler Organisation* (dazu nochmals sogleich, → § 5 Rn. 17) sind diese Überlegungen bewusst auf rechtliche Anschlussfähigkeit bezogen.

20 Er nimmt dabei allerdings auf seine Thesen im fünf Jahre zuvor erschienenen Buch *Funktionen und Folgen formaler Organisation* ausdr. Bezug, s. *Luhmann*, in: ders. (Hg.), Ausdifferenzierung des Rechts, 1999, S. 273 (290), dort Fn. 31.

21 *Luhmann*, in: ders. (Hg.), Ausdifferenzierung des Rechts, 1999, S. 273 (290).

22 *Ibid.*

23 Bspw. ausf. *Wischmeyer*, in: Baumgärtel/Hoppen (Hg.), Informationstechnik und Recht, 2021, S. 9 (21 f.), aufbauend auf die Arbeiten des Soziologen *Heinrich Popitz*: „Wäre bekannt, dass die Verhaltensabweichung die Regel und nicht die Ausnahme ist, verlöre die Norm – gerade in einem demokratischen Gemeinwesen – ihre gesellschaftliche Grundlage und die Sanktion büßte ihr Stigma ein. Gerade bei traditionell überwiegend nicht vollzogenen Normen wäre die Sanktionsbereitschaft der Bürgerinnen und Bürger zudem rasch überreizt, was zur Erosion des allgemeinen Normbefolgungswillens beitragen würde.“ Praktische Sanktionsfähigkeit des Staates und Sanktionsbereitschaft der Rechtsunterworfenen werden hier verzahnt. Bedacht werden muss insoweit, dass der Einsatz von Rechtsdurchsetzungstechnologien jedenfalls in Idealform *erstens* auf einer anderen Ebene als die Sanktion angesiedelt ist (*Justification Structures* stellen natürlich eine Zwischenebene dar, weil sie zu einer Sanktion führen können), und dass *zweitens* –

sichts der (hoffentlich) rationalisierenden Möglichkeiten (künftiger) rechtserkenn-
nisfähiger Technologien²⁴ im Weiteren außer Betracht lassen.

- 12 Weil nun, so die generelle These *Luhmanns*, „soziale Systeme eine widersprüchliche Normorientierung erfordern“ würden, um zu funktionieren, sei brauchbare Illegalität immer dann schlechterdings „unvermeidbar“, wenn versucht wird, eine „widerspruchsfreie formale Normordnung“ zu schaffen.²⁵
- 13 Einerseits ist *Luhmann* damit für uns besonders relevant bzw. anschlussfähig, und zwar aufgrund von zwei Ergänzungen, die er im weiteren Verlauf seiner Argumentation macht: Erstens stellt *Luhmann* mehrfach (wenn auch etwas verschlungen) klar, worauf weiter oben²⁶ auch schon hingewiesen wurde: „daß [auch brauchbare] Illegalität latent bleiben muß.“²⁷ Andernfalls wäre die in jedem Akt der Abweichung liegende „radikale in[-]Frage[-]Stellung“ der „Systemtreue“²⁸ für das Funktionieren des Gesamtsystems eben nicht mehr funktional, sondern dysfunktional, zerstörerisch. *Luhmann* geht freilich noch einen Schritt weiter, indem er argumentiert, „daß nicht nur das [deviante] Handeln, sondern auch seine Funktion für das soziale System verborgen bleiben“ müsse.²⁹ Wie dargestellt, nagt der Einsatz von *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. durchweg, wenn auch mit unterschiedlicher Intensität, an eben dieser Latenz.³⁰ Und sie (die Technologien) fordern gerade die Frage nach der Funktion devianten Handelns heraus; das belegt dieses Buch, das belegen die anderen zu dieser Frage verfassten, jüngeren Beiträge aus spezifisch rechtswissenschaftlicher Perspektive. Den Blick „hinter die Kulissen“ des formalen Systems, den *Luhmann* selbst an einer Stelle als „[d]em Juristen [...] verboten“³¹ beschrieben hat, wird man in Zukunft also wagen müssen.

wie oben, → § 2 Rn. 359 ausgeführt – auf die notwendige Wechselbeziehung zwischen insb. *Impossibility Structures* (je mehr...) und Sanktionenrecht (...umso weniger!) geachtet werden muss.

24 Zum insoweit zumindest theoretisch vorhandenen Potential oben, → § 3 Rn. 60.

25 Alle Zitate in diesem Absatz bei *Luhmann*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1999, S. 305. Hervorhebungen hier.

26 s. → § 4 Rn. 192 ff.

27 *Luhmann*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1999, S. 313; s. aber auch schon S. 311. Dass diese Latenz selbst wiederum „dysfunktionelle Konsequenzen“ haben kann, obschon sich die damit ermöglichte Devianz für das Gesamtsystem insgesamt als durchaus funktional erweisen kann, erkennt *Luhmann* ausdrücklich an, s. a. a. O., S. 313: „Die Verborgenheit des Illegalen bedeutet [...], daß besondere Hilfsaktionen des Schützens und Versteckens notwendig werden, die den normalen Betrieb stören.“

28 *Luhmann*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1999, S. 310.

29 Ibid., S. 313: „Es kann nicht mit Gründen erwartet und gerechtfertigt werden und wird deshalb stets als individuell, persönlich, freiwillig erscheinen. In Wahrheit ist natürlich abweichendes Handeln genauso sehr oder genauso wenig individuell wie konformes Handeln. Beide sind sozial mitmotiviert; nur können in einem Fall die sozialen Funktionen in Form zustimmungsfähiger Zwecke aufgedeckt werden und den Handelnden entlasten, im anderen Falle nicht. Das Schema legal/illegal verzerrt mithin die Zurechnung des Handelns und erschwert dadurch die Planung unter abstrakten Gesichtspunkten.“

30 s. oben, → S. 393.

31 *Luhmann*, in: ders. (Hg.), Ausdifferenzierung des Rechts, 1999, S. 273 (290).

Zweitens bereitet es *Luhmann* in seinem Konzept keinerlei Schwierigkeiten, *alle Mitglieder* eines Systems als potentielle „Benutzer“ des *formalen* Regelwerks zu identifizieren, was ihn zu der These führt, dass

„[d]en wirklichen Sinn von Regeln [...] der *Standpunkt des Benutzers* [erschließe], der Standpunkt dessen, der sich darauf beruft; [d]ie Aussicht auf die konkreten Situationen, in denen sie herangezogen bzw. übergangen werden, und auf die Möglichkeiten des eigenen Verhaltens in solchen Situationen geben den Regeln ihre Bedeutung als faktische Entscheidungsprämissen“.

Daher könne die „faktische Bedeutung von formalen Regeln“ sich auch nicht allein aus dem „Wunschdenken des Regelsetzers“ erschließen. Das sei freilich die „enge Perspektive“, unter der die „positivistischen Normwissenschaften leiden“ würden.³² Hierin lässt sich eine – freilich durchaus nochmals radikalisierte – organisationssoziologische Variante des oben sogenannten republikanischen Verständnisses von Recht und Rechtsanwendung³³ sehen.

Das waren die zwei Gründe, warum *Luhmann* für uns besonders anschlussfähig zu sein scheint. Der Schein trügt aber:

2. Eingeschränkte Rezeptionstauglichkeit: kein im engeren Sinn rechtlicher Beschreibungsanspruch

Denn *andererseits* ist bei der Rezeption der Überlegungen für genuin *rechtliche* Zwecke – und darum soll es im Folgenden ja gehen – zu beachten, dass *Luhmann* mit seiner „brauchbaren Illegalität“ explizit *keinen* juristischen Beschreibungsanspruch verfolgte, jedenfalls keinen scharfen. Denn die von ihm beispielhaft genannten Konstellationen –

„das korrekte aber peinliche Handeln, das Befolgen von Regeln aufgrund unerlaubter Motive oder zu unerlaubten Zwecken, das rechte Handeln zu unrechter Zeit, das ‚vertretbare‘ Handeln, das formal illegale Handeln, welches auf einer zweiten Linie zu verteidigen ist, die gewohnte Abweichung von obsoleten Normen, die Abweichung von problematisch formulierten Normen aus Billigkeitsgründen, die Bagatelabweichung, das illegale Handeln, dessen Ahndung wichtige Systeminteressen verletzen würde usw.“³⁴

– will *Luhmann* in seine „Rubrik der brauchbaren Illegalität [einordnen], ohne [sich] darum zu kümmern, ob einiges davon möglicherweise durch gute Juristen zu retten wäre.“³⁵ Außerdem ist zu bedenken, dass die formalen Regeln, auf die sich „Illegalität“ bezieht, bei *Luhmann* nicht zwangsläufig rechtliche sein müssen,

32 Alle Zitate in diesem Absatz bei *Luhmann*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1999, S. 308. Hervorhebung im Original.

33 s. oben, → § 4 Rn. 32 ff.

34 *Luhmann*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1999, S. 304.

35 Ibid.

sondern auch solche der Organisation sein können, denen aus rechtlicher Sicht keine entsprechende Qualifizierung zukommt.

- 18 *Luhmann* hatte mit *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, das in erster Auflage wie erwähnt 1964 erschien, also schon einmal ganz die Perspektive der Außenansicht des Soziologen („als Fremdbeobachter des Rechts“³⁶) eingenommen, die für seine späteren, gerade auch dem Rechtssystem gewidmeten Arbeiten typisch wurde. Seine zwischenzeitlich durchaus häufigen Versuche, Rechtstheorie und Rechtssoziologie unter anderem eben über den Begriff der Kontingenz zu verbinden,³⁷ indem die Innensicht des rechtlichen Systems stets mit einschlossen oder zumindest mit bedacht wurde, sind hier (noch) nicht sichtbar.³⁸ *Luhmann* musste sich im Zusammenhang mit seiner brauchbaren Illegalität deshalb nicht, jedenfalls nicht im Detail und insbesondere nicht in den Unschärfezonen jenseits der eindeutigen Fälle, mit dem Anspruch des Rechtssystems³⁹ befassen, die Fälle *legitimer* Illegalität selbst erkennen und dergestalt internalisieren zu können, dass es sie als Fälle von Illegalität *lediglich dem ersten Zugriff/dem ersten Anschein nach* kategorisiert werden und damit letztlich dann doch wieder in der Dichotomie von legal/illegal verarbeitbar bleiben.

- 19 *Joseph Raz* hat diesen Anspruch des Rechts wie folgt beschrieben:

“So that while it is true that legal requirements are not, in law, absolute^[40], the law itself claims to determine their proper import, to fix the conditions in which they are overridden. Therefore, an obligation to obey the law interpreted as a ‘strong’ obligation [...] entails a reason to obey in all circumstances defeated only by considerations which are legally recognized as excusing from prosecution or conviction.”⁴¹

36 *J. F. Schmidt*, in: *Luhmann, Kontingenz und Recht*, 2013, S. 330 (331). Vgl. zu dieser Perspektive v. a. *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 2002, passim, einordnend etwa S. 24, deutlich auch S. 31: „ist der Adressat der Rechtssoziologie die Wissenschaft selbst und nicht das Rechtssystem. [...] Das heißt vor allem, daß die Analysen der folgenden Kapitel normative Implikate strikt vermeiden.“

37 s. insbes. *Luhmann*, *Kontingenz und Recht*, 2013, dessen Manuskript bereits 1971/72 abgeschlossen war, dann aber nicht veröffentlicht wurde, s. *J. F. Schmidt*, in: *Luhmann, Kontingenz und Recht*, 2013, S. 330 (334). Stattdessen finden sich viele der in der Monographie vorgezeichneten Überlegungen in einzelnen Aufsätzen der späten 1960er und frühen 1970er Jahre, die in dem Band *Luhmann, Ausdifferenzierung des Rechts*, 1999 abgedruckt sind.

38 Vgl. zu den unterschiedlichen Ansprüchen/Erkenntnisinteressen *Luhmanns J. F. Schmidt*, in: *Luhmann, Kontingenz und Recht*, 2013, S. 330 (331).

39 Also, in der Terminologie von *Luhmann*, wohl eines „globalen Systems“.

40 Weil es eine Fülle von Ausnahmen und Rechtfertigungsgründen und – speziell im Strafrecht – von Entschuldigungsmöglichkeiten gibt, die *Raz* zuvor ausführt.

41 *Raz*, in: ders. (Hg.), *The Authority of Law*, 2009, S. 233 (236). Wohlgermerkt: Das ist nach *Raz* der Anspruch *des Rechts*. Ob es eine moralische Verpflichtung des Individuums zum Gehorsam gegenüber dem Recht gibt, ist damit noch nicht gesagt. Skeptisch *Raz* a. a. O., S. 237 ff.; dazu, warum daraus kein Paradoxon entstehen muss, S. 245 ff. Zur Einordnung der Stelle in das Gesamtwerk von *Raz* s. *Kuch*, JZ 2017, 719 (723).

3. Der grundsätzliche Anspruch des Systems Recht: Internalisierung der brauchbaren Fälle von Devianz in das Recht – und ‚Bekämpfung‘ aller übrigen (Devianz als Anlass zur Korrektur)

Man steht damit aus einer rechtlich-rechtswissenschaftlichen Perspektive also 20 scheinbar an einem toten Punkt: Man ist selbstverständlich gedrängt, zumindest zu *versuchen*, der „gute Jurist“ zu sein, den *Luhmann* an der Seitenlinie stehen lässt, d. h. ist gedrängt, diejenigen Fälle, in denen sich Illegalität aus der Perspektive des Systems Recht als brauchbar erweist, in eben dieses System zu internalisieren (z. B. das materielle Recht tatbestandlich auszudifferenzieren oder Rechtfertigungsgründe zu schaffen oder mit *Justification* statt mit *Impossibility Structures* zu arbeiten).⁴² Oder man ist gehalten, solche Fälle von Illegalität, die sich zwar für eine enger verstandene (Unter-)Organisation (ein Unternehmen, eine Behörde, Teigliederungen derselben etc.) als brauchbar, für die *Umwelt* aber als unbrauchbar erweisen, eben doch möglichst zu reduzieren. Mit der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG kombiniert mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sind diese Operationen auch nicht lediglich dem politischen Prozess überantwortet, sondern können (verfassungs-)gerichtlich eingefordert und in Grenzen sogar vorgezeichnet werden.

Gewonnen scheint damit nicht mehr als das, was weiter oben schon im Zusammen- 21 hang mit der Detailanalyse der *Impossibility Structures* festgestellt wurde: Recht, das unter der Gewissheit seiner imperfekten *und* gestuften, weil menschlichen Anwendung (= Befolgung und Vollzug) gesetzt wurde, *muss* zwingend darauf befragt werden, ob es nicht eingedenk dieser sozusagen ‚alten‘ Verhältnisse materiell überschießend formuliert wurde. Die sozusagen alten Rechtsbefehle müssen deshalb an die gegebenenfalls ‚neuen‘ Möglichkeiten *automatisierter* Rechtserkenntnis oder sogar -durchsetzung angepasst, d. h. zurückgenommen oder ausdifferenziert werden, möglichst *bevor* diese neuen Möglichkeiten genutzt werden.⁴³ Das ‚Recht zum Rechtsbruch‘ erweist sich hier eben, wie einleitend gesagt, letztlich nur als Suchbegriff zur Identifikation von normativem *Overblocking*.

42 Hierzu nochmals *Luhmann*, in: ders. (Hg.), *Ausdifferenzierung des Rechts*, 1999, S. 191 (227 f.): „Alle normativen Ordnungen entwickeln in dem Maße, als sie präzisiert und durchgearbeitet werden, einen Bereich von tolerierten und typisierten Mustern, mit den Normen ‚verständnisvoll‘ umzugehen, ihnen auszuweichen oder sie auf akzeptierbare, schonungsvolle Weise zu brechen. Auch in solchen | parajuristischen Praktiken (die von den durch die Norm nicht mitmotivierten Rechtsbrüchen, etwa kriminellen Verbrechen oder fahrlässig passierenden Abweichungen deutlich zu unterscheiden sind) findet man eine normbezogene Ordnung, die sich nur nicht legitim artikulieren kann. Gelingt es dagegen, die Wertbeziehungen der anerkannten Ordnung entsprechend zu erweitern, läßt sich die Abweichung als Ausnahme von der Regel in sie einbauen. Das Regel/Ausnahme-Schema dient gleichsam der Kodifikation parajuristischer Normbildungen, wobei diese entweder abschließend aufgezählt oder unbestimmt offen gelassen werden.“ Dagegen, dass das *abschließend* gelingen könnte, *Kühl*, *Brauchbare Illegalität*, 2020, S. 180: „naiv“; gegen *Kühl* wiederum scharf *Weller*, *Forschung & Lehre* 2020, 921.

43 Dazu ausf. oben, → § 2 Rn. 268 ff.

- 22 Das – also diese Notwendigkeit der Befragung und Reflexion – ist keineswegs wenig und ist in der *praktischen* Umsetzung sicherlich außerordentlich anspruchsvoll, wie das Beispiel des UrhDaG zeigt.⁴⁴ Es ist aber eben doch kein Ansatz, mithilfe dessen man (der Möglichkeit von) Illegalität und der damit verbundenen Chance für Verhaltenskontingenz einen Eigenwert zuschreiben könnte. Mit anderen Worten: Wenn ‚korrigierende‘ Illegalität vom Rechtssystem als legitim anerkannt werden *kann*, dann führt das zur Selbstauflösung unseres Problems, indem das Rechtssystem dann nämlich gezwungen und vor allem auch: *in der Lage* ist, sich selbst gegebenenfalls sogar mit Wirkung *ex tunc* zu korrigieren, die *prima-facie*-Illegalität final in Legalität zu übersetzen.
- 23 Wenn und weil das demokratisch-(grund)rechtsstaatliche Recht diesen Anspruch haben muss, kann es sich grundsätzlich auch nicht auf informale – und damit notwendig *ungleich* auszuübende – Arrangements der nur situativen Korrektur von Normen durch Devianz verlassen.⁴⁵ Es muss vielmehr Arrangements der formalen Korrektur anbieten – wie z. B. durch einen Vorzug von *Justification Structures* vor *Impossibility Structures*. Der in der sozialwissenschaftlichen Analyse befürchteten „unbrauchbaren Legalität“⁴⁶ muss das Recht also bereits formal wehren (wollen), statt sich auf informale Regelabweichung als Korrekturmechanismus verlassen zu dürfen. Was den dann verbleibenden Rest anbelangt, ‚landet‘ man dann eben bei der Annahme, dass Devianz ein ressourcen-rationaler Umgang mit einem eigentlich – für *menschliche* Anwendung – zu komplexen Recht ist, das nur im speziellen Einzelfall wirklich realisiert werden kann (Illegalität als Instrument der Komplexitätsreduktion).
- 24 Einen Ausweg aus dieser vielleicht enttäuschend schlichten Erkenntnis⁴⁷ kann es gleichwohl liefern, vergegenwärtigt man sich, dass es selbst dem besten Juristen

⁴⁴ Zu dessen komplexer Struktur oben, → § 2 Rn. 329 ff.

⁴⁵ Auf einen wichtigen Aspekt, der gegen eine Figur der korrigierenden Illegalität spricht, macht in diesem Zusammenhang G. Wagner, AcP 222 (2022), 56 (95 f.) aufmerksam: „[S]elbst wenn es sich so verhielte, dass das geltende Recht übermäßig strenge Anforderungen stellte, die nur deshalb hingenommen würden, weil die Normen relativ selten durchgesetzt werden, ist die Perpetuierung von Durchsetzungsdefiziten nicht die richtige Antwort. Die Größe der Durchsetzungslücke ist nämlich nicht auf das Maß der Überforderung abgestimmt. [...] Wer das geltende Recht nicht ernst nimmt und auf Durchsetzungsdefizite setzt, der muss damit rechnen, dass es im Einzelfall auch einmal anders läuft, beispielsweise, weil die Medien die Sache aufgreifen | und einen Skandal daraus machen. Das Ergebnis ist dann Rechtsdurchsetzung und Compliance nach dem Zufallsprinzip und ein Hin- und Herschwanken zwischen übermäßigen und unzureichenden Haftungslasten. [Stattdessen] und unabhängig davon ist eine Diskussion über die Strenge der Verhaltensnormen bzw. das Maß der Haftung zu führen. Sollte sich herausstellen, dass die Haftung über das Ziel hinausschießt, sind die Verhaltensnormen zu korrigieren und die Übermaßhaftung ist zurückzunehmen. [...] Das Problem ist dort zu lösen, wo es auftritt und nicht auf indirektem Wege, indem die an sich wünschenswerte Verbesserung der Rechtsdurchsetzung als overenforcement denunziert wird.“

⁴⁶ Sven Kette, zitiert nach Kühl, Brauchbare Illegalität, 2020, S. 136.

⁴⁷ Vgl. i. d. S. das Fazit von Wischmeyer, in: Baumgärtel/Hoppen (Hg.), Informationstechnik und Recht, 2021, S. 9 Rn. 37 und für die Analyse Rn. 35 f.

erstens intellektuell nicht gelingen wird, die brauchbaren (im Sinn von: rechtlich legitimen) Fälle von *prima-facie*-Illegalität zu *antizipieren*. Und *zweitens* können und dürfen sich die Anschauungen darüber, was im/für das System Recht ‚rechtlich legitim‘ ist, unter Geltung eines positiven, demokratisch gesetzten (Verfassungs-)Rechts ändern (= Normkontingenz). Freilich sind diese beiden Aspekte – der der besseren Erkenntnis und der der Innovation – schon bei *Luhmann* angedeutet, und mir scheint, dass das Rechtssystem, so reformuliert, keine Schwierigkeiten haben sollte, sie als zumindest auch legitime Faktoren in die Analyse eines rechtlichen Eigenwerts von Verhaltenskontingenz – und der damit zwingend einhergehenden Möglichkeit von Devianz – mit einzubeziehen.⁴⁸ Ich komme auf diese beiden Faktoren daher ausführlich zurück.⁴⁹ Zuvor noch, und damit soll der Exkurs zu *Luhmann* hier beendet werden, noch der Hinweis, dass bei ihm ein durchaus häufiges Argument für Kontingenz interessanterweise gar nicht auftaucht: Freiheit. Mit diesen beiden Denkanstößen im Hinterkopf lohnt es sich dann doch, mit der Analyse im Detail weiterzumachen, dafür allerdings *zunächst* die Begrifflichkeit noch ein wenig dogmatisch nachzuschärfen.

II. Übersetzung des ‚Auch-anders-möglich‘ in dogmatische Kategorien

An dieser Stelle gilt es zunächst, das Oxymoron eines Rechts auf Rechtsbruch in 25
dogmatisch brauchbare(re) Kategorien zu zerlegen: Es kann realistisch betrachtet nur um ein Recht auf die *Möglichkeit* gehen, Recht zu brechen. Allerdings kann hier noch auch etwas feiner differenziert werden: Neben der Möglichkeit des Rechtsbruchs sind theoretisch auch ein Recht auf *ignorantia legis* sowie ein Recht auf Möglichkeit zum *unerkannten* Rechtsbruch denkbar. Einige ergänzende Überlegungen zu Begrifflichkeiten schließen diesen Abschnitt II. ab.

1. (Kein) Recht zum Rechtsbruch

Wie schon gesagt soll der plakative Begriff des ‚Rechts zum Rechtsbruch‘ vorliegend 26
lediglich als Suchbegriff, nicht aber als eigentlich dogmatische Kategorie verstanden werden. Letzteres scheint mir schon begrifflich nicht möglich bzw. liefe auf ein Oxymoron hinaus:⁵⁰ Wenn ich ein Recht β habe, gegen das Recht α zu verstoßen, ist der Rechtsbefehl von α in der mich betreffenden, konkreten Situation t_β außer Kraft gesetzt. Es liegt eine Rechtfertigungssituation vor, die es begrifflich nur gestattet, von

48 A. A. insoweit evtl. *ibid.*, Rn. 34 und ff.

49 Ausf. dann unten, ab → S. 494.

50 So nun z. B. auch *Custers*, *Ethics and Information Technology* 25 (2023), S. 58 (9); in der Sache auch schon *Rademacher*, *JZ* 2019, 702 (707).

einem *prima-facie*-Rechtsverstoß zu sprechen, aber eben nicht von einem ‚echten‘ Rechtsverstoß.

- 27 Es geht also im Folgenden, um einen Obergriff bzw. -satz zu finden, der dogmatisch taugt, zunächst einmal ganz allgemein um *aktive* Recht(e) im Zusammenhang mit Rechtsverstößen. *Aktiv* soll dabei zu *reaktiv* abgrenzen: Die sozusagen klassischen Fehlerfolgenrechte, mit denen das Recht anerkennt/antizipiert, dass es gebrochen werden kann, interessieren uns hier folglich nicht. Für unsere Zwecke lassen sich mindestens drei Kategorien bzw. Dimensionen besagter aktiver Rechte im Zusammenhang mit Rechtsverstößen unterscheiden:

2. (Kein) Recht auf *ignorantia legis*

- 28 Erstens wäre ein *Recht auf Ignoranz* denkbar, d. h. ein Anspruch darauf, vor Belehrungen über die ‚richtige‘ Anwendung des die konkrete Situation regelnden Rechts verschont zu bleiben, *wenn* ich mich nicht aktiv um Rechtsinformation bemühe. Kontingenz wird damit über eine potentielle Ignoranz des rechtlich Gebotenen erzeugt. Ein solches Recht ließe sich dezidiert auch gegen die ertüchtigende Wirkung von reinen *Compliance Assistance Technologies* i. e. S. wenden. Die Existenz eines solchen Rechts soll hier von vornherein ausgeschlossen werden: Der Rechtsadressat *hat sich* um Kenntnis des Rechts zu bemühen, ein dagegen gerichtetes Abwehrrecht gibt es nicht. Auf Basis des hier sogenannten republikanischen Verständnisses ist das eine Selbstverständlichkeit.⁵¹ Aber auch nach der konventionellen, hier sogenannten professionalistischen Konzeption trifft den Rechtsadressaten eine originäre Holschuld hinsichtlich des ihm geltenden Rechts, die einen unselbstständigen Reflex der Rechtsbindung darstellt.⁵²
- 29 Interessant – und möglicherweise eine weitere Lücke in der professionalistischen Konzeption – ist, dass diese Holschuld soweit mir ersichtlich nie eigenständig rechtlich verarbeitet wird. Das grundrechtliche Bestimmtheitsgebot ist dafür nicht geeignet; das Gebot der Normenklarheit schon eher. Es ist in der Judikatur bislang aber zu blass geblieben.⁵³

3. Recht auf Möglichkeit zum Rechtsbruch

- 30 Zweitens könnte für ein Recht auf die *Möglichkeit* zum Rechtsbruch gestritten werden, wie es etwa *Maximilian Becker* mit seiner Überlegung formuliert hat, ob es einen verfassungsrechtlichen Grundsatz „erst Handlung, dann [rechtliche]

51 s. oben, → § 4 Rn. 32 ff.

52 Dazu oben, → § 4 Rn. 30, dort auch bes. in Fn. 41.

53 Dazu oben, → § 4 Rn. 19 ff.

Bewertung⁵⁴ gibt. Die Frage lässt sich dahingehend konkretisieren, ob bzw. inwieweit es ein Gebot gibt, demokratisch-rechtsstaatliche Zweckverfolgung – oder eben Steuerung – grundsätzlich nur durch Recht, d. h. durch eine besondere Art der nicht-physischen *Kommunikation* zu betreiben; und erst bei Fehlschlägen der Kommunikation *ex post* zu sanktionieren oder *pro futuro* Vollstreckungsmaßnahmen zu ergreifen. Grundsätzlich unzulässig *spezifisch* wegen der faktischen Verunmöglichung devianten Verhaltens wären unter Geltung eines solchen Rechts *Impossibility Structures*. Für *Justification Structures* gilt das freilich nicht: Diese hindern den Rechtsbruch nur solange, bis sich der Normadressat eine möglichst assistierte Meinung dahingehend gebildet hat, ob der Normbefehl in seiner konkreten Situation greift oder greifen soll.⁵⁵ Die Möglichkeit zum Rechtsbruch belassen sie also. Nur wird man dabei schneller erkannt:

4. Recht auf Möglichkeit zum unerkannten Rechtsbruch

Folglich – d. h. mit Blick auf die *Justification Structures* – muss noch eine weitere Differenzierung eingeführt werden. So wäre zuletzt nämlich ein Recht denkbar, das darauf hinzielt, dass – ausgeübte oder versuchte – Devianz *unerkannt* bleibt. Hier soll im Folgenden vom Recht auf Möglichkeit zum *unerkannten* Rechtsbruch gesprochen werden. Dieser Aspekt des Unerkannt-Bleibens *in formalen Strukturen* spielt eine wichtige Rolle dort, wo es darum geht, den Rechtsbruch als Mittel demokratischen Lernens zu begreifen (→ III.7.).

Der analytischen Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass das Unerkannt-Bleiben mit einem Recht auf Möglichkeit zum Rechtsbruch verknüpft werden kann (dann wie im Folgenden: Recht auf Möglichkeit zum unerkannten Rechtsbruch), aber nicht verknüpft werden muss. Am Beispiel: Ich *kann* (nicht darf!) A also mit meinem intelligenten Kfz überfahren (keine *Impossibility Structure*), und das Kfz darf das auch nicht in formalisierten Strukturen ‚verraten‘ (keine *Intelligent Surveillance*, keine *Justification Structure*). Zwingend ist das aber nicht: Denkbar wäre auch, dass die Hersteller von Kfz durchaus darauf verpflichtet werden könnten, die Fahrzeuge mit Gefahrenerkennungstechnologien auszustatten, die Gefahren durch Rechtsbrüche auch gegen den Willen des menschlichen Fahrzeuglenkers vermeiden sollen; die aber im Realisierungsfall der Gefahr – also bei Versagen der Technik – keine Meldung absenden oder protokollieren dürften, also keine *Intelligent Surveillance* eingesetzt werden dürfte.

54 Becker, ZUM 2019, 636 (638); bejahend Möllers, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, 32022, § 2 Rn. 16b.

55 s. oben, → S. 204 ff. und → § 4 Rn. 97 ff.

- 33 Zu den drei genannten Rechten querliegend kann noch gefragt werden, ob Verhaltenskontingenz eventuell als objektives Rechtsprinzip oder Rechtsziel zu werten sein könnte, also auf subjektiv-rechtliche Einkleidungen verzichtet werden kann/soll. Freilich macht das angesichts der *Elfes*-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die auch objektive Rechtsgrundsätze in großem Umfang versubjektiviert, prozessual kaum einen Unterschied.⁵⁶ Bevor wir uns in Abschnitt → III. der Frage zuwenden, ob es solche Rechte gibt, sind vor der Klammer noch zwei – wenn man so will – negative Abgrenzungen angezeigt:

5. Ergänzung I: Macht es einen Unterschied, nach einem Recht auf Möglichkeit zu fragen, sich *für* das Recht zu entscheiden?

- 34 Erstens muss gefragt werden, ob in der Aufzählung nicht ein Recht fehlt: nämlich das Recht auf die Möglichkeit, sich *für* das Recht (bzw. seine Befolgung) entscheiden zu können. *Frauke Rostalski* hat diesen Punkt in Auseinandersetzung mit einer älteren Stellungnahme von mir selbst zur Frage der Devianz⁵⁷ besonders deutlich formuliert:

„Als unzulässig erweist sich [eine totale Straftatenverhinderung] nicht, weil der Einzelne die Freiheit haben müsse, sich *gegen* das Recht zu entscheiden. Vielmehr muss ihm – ganz im Gegenteil – die Freiheit belassen werden, sich *für* das Recht zu entscheiden, indem er seiner vernunftgemäßen Einsicht in die Richtigkeit der rechtlichen Ge- und Verbote folgt.“⁵⁸

- 35 Lässt man einmal die in hegelianischer Tradition stehende, im Lichte grundgesetzlicher Freiheit aber problematische Betonung der Vernunft beiseite,⁵⁹ ist die Frage durchaus berechtigt, ob sich aus der Akzentverschiebung von der Freiheit ‚gegen‘ zur Freiheit ‚für‘ für unsere Zwecke, d. h. *rechtlicher*, Gewinn ziehen lässt. Immerhin ließe sich die Freiheit zur Devianz dann als unschöne, aber notwendige bloße

56 Vgl. beispielhaft zur Versubjektivierung der Staatszielbestimmung in Art. 20a GG *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hg.), GG Bd. II, 32015, Art. 20a Rn. 85 m. w. N.

57 s. *Rostalski*, GA 166 (2019), 481 (483 f.), bezugnehmend auf *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (398), wo es heißt: „Außerdem muss ein stark reglementiertes Gemeinwesen den Rechtsunterworfenen ab einem gewissen Punkt erlauben, Regeln auch einmal ohne unmittelbare Sanktion übertreten oder mindestens austesten zu können: Weil ‚wir‘ das als Ausdruck der Autonomie brauchen, uns für oder gegen die Geltung des Rechts [sic: besser wäre gewesen, von ‚Befolgung‘ zu sprechen, denn natürlich *gilt* Recht kontrafaktisch] entscheiden zu können; und weil das Rechtssystem diesen Spielraum umgekehrt als Loyalitätsanker braucht, damit Regeleinhaltung aus Einsicht in die Legitimität des Rechts und nicht (nur) aus Sorge vor Sanktionen erfolgt.“

58 *Rostalski*, GA 166 (2019), 481 (485). Ähnl. *Paschke*, MMR 2019, 563 (567): „Der tiefere Sinn einer solchen Freiheit zum Rechtsbruch ist nicht, dass die Menschen demokratisch legitimierte Gesetze verletzen (dürfen), sondern damit sie sich für ihre Befolgung (überhaupt) entscheiden können.“ Früh und ausf. auch *Brownsword*, Rights, regulation, and the technological revolution, 2008, S. 258 ff.

59 Krit. auch *Fateh-Moghadam*, ZStW 131 (2019), 863 (871), dort Fn. 49: „Die mit dem Deutschen Idealismus nicht vereinbare ‚Freiheit zur Unvernunft‘ und damit auch zum Rechtsverstoß ist eine Errungenschaft | eines modernen, grundrechtlichen Verständnisses der Selbstbestimmung des Menschen, die es zu verteidigen gilt.“

Nebenfolge einer – *prima facie* deutlich weniger problematischen – Freiheit zur individuellen und *freien* Einsicht in die Legitimität des Rechts und seine Geltung und Anwendung im konkreten Fall wenden. Diese kann, wie *Rostalski* gezeigt hat, jedenfalls *freiheitsphilosophisch* ohne Aufwand positiv konnotiert werden.⁶⁰ Das Eine (Freiheit *gegen*) wäre nur noch der gleichsam missbilligend in Kauf genommene Preis für das gewollte Andere (Freiheit *für*), sodass wir es, dogmatisch gewendet, mit einer vergleichsweise einfach zu bewältigenden Abwägungssituation zu tun hätten.

So liegen die Dinge hier aber nicht: Die Möglichkeit zum Rechtsverstoß ist nicht nur eine eventuelle, hin und wieder eintretende Neben- oder Begleitfolge der Freiheit des Sich-für-das-Recht-Entscheiden-Könnens, sondern ist dessen konstitutive, ja mehr noch: wesensidentische (wenn auch ‚dunklere‘) andere Seite. Weniger blumig ausgedrückt: Die beiden Freiheiten sind ihrem Gegenstand nach identisch. Das gesuchte Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Rechtsgehorsam besteht, wenn es denn anerkannt werden sollte, unteilbar aus der Freiheit *für* und der Freiheit *dagegen*. Auch funktional betrachtet kann erst aus der Freiheit, sich *gegen* das Recht entscheiden *zu können*, der positive Wert, die Bestätigungsleistung⁶¹ des Sich-für-das-Recht-Entscheidens gefolgert werden. Erst aus dem Umstand, dass es die Möglichkeit gab, sich gegen das Recht zu entscheiden, wird die Entscheidung *für* das Recht bedeutungsvoll.⁶²

Deshalb erweist sich das Bestehen auf der positiven Formulierung als eine Form des *Framing*, man könnte auch zugespitzt sagen: des dogmatisch-philosophischen *White-washing*. Demgegenüber erscheint es mir argumentativ transparenter und auch intellektuell reizvoller, die Aufmerksamkeit dem problematischen Namen unseres Gegenstandes zuzuwenden, der eben seine dunkle Seite offen benennt. Dieser Name – *Recht auf die Möglichkeit zum Rechtsverstoß* – macht von vornherein deutlich, dass das, was es hier zu rechtfertigen gilt, konventionell-rechtsdogmatisch gedacht eigentlich nicht zu rechtfertigen ist.

Zusammengefasst: Wer nach dem rechtlichen Gehalt einer Freiheit zur Entscheidung *für* das Recht fragt, fragt damit, *ob er will oder nicht*, stets zugleich nach der rechtlichen Anerkennungsfähigkeit eines Rechts auf die Möglichkeit, sich *gegen* die Befolgung des Rechtsbefehls stellen zu können. Das wollen wir im Folgenden gezielt tun. Nicht verschwiegen sei natürlich, dass es einen – möglicherweise befriedenden – Kompromiss gibt: nämlich sozusagen dual danach zu fragen, ob es „ein Recht [gibt],

⁶⁰ *Rostalski*, GA 166 (2019), 481 (483, 485).

⁶¹ Vgl. dazu oben, → § 3 Rn. 9 f.

⁶² So überzeugend auch *Rostalski*, GA 166 (2019), 481 (488 f.). A. A. *Rauber*, JZ 79 (2024), 174 (180); er weist darauf hin, dass dem Normadressaten durch eine *Impossibility Structure* genau genommen ja nicht die Möglichkeit genommen wird, sich *für* das Recht zu entscheiden. Er kann sich ja – so das Bsp. von *Rauber* – weiterhin an die Geschwindigkeitsbeschränkung halten; er kann sie eben nur nicht übertreten. Das ist formal richtig, umschiffet das Argument von *Rostalski* u.a. aber ein wenig.

weiterhin die faktische Möglichkeit zu haben, Rechtsnormen zu befolgen oder zu übertreten“.⁶³

6. Ergänzung II: die völkerrechtliche Diskussion um Funktionen von Illegalität

39 Zweitens erscheint an dieser Stelle noch der Hinweis darauf wichtig, um welchen Aspekt von Illegalität es im Folgenden *nicht* gehen soll, der im Schrifttum zumindest vereinzelt auch diskutiert wird: die Funktion der *Konkretisierung* von Recht durch konfliktreiche Rechtsanwendung.

40 Diese Kategorie findet sich etwa in der Arbeit von *Christian Marxsen* zur Typologie von Illegalität bzw. zu ihren Funktionen. *Marxsen* fasst unter der Rubrik „Konflikt und Illegalität in der Rechtsanwendung“ als einen „Typ“ (oder doch eher als Funktion?) von Illegalität die Konstellation, dass in einem Streit um die richtige Anwendung von Recht *zunächst* beide Positionen der Streitenden *lege artis* zulässige Interpretationen der beiderseits in Bezug genommenen und dadurch akzeptierten (*Marxsen*: „bestätigten“) Norm sein können; dass eine Position aber *anschließend*, nämlich nachdem sie von der dazu berufenen Stelle – in rechtsstaatlichen Systemen in aller Regel: ein Gericht – autoritativ als ‚falsch‘ markiert wurde, dass also diese *zunächst* rechtlich mögliche Interpretation *später* illegal wird.⁶⁴ Gebraucht man (II-)Legalität in dem Sinn, dann wandelt sie sich also auf der Zeitachse. Nun

63 So *Fateh-Moghadam*, ZStW 131 (2019), 863 (871); ähnl. schon *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (398), vgl. Zitat in → § 5 Fn. 57.

64 *Marxsen*, Völkerrechtsordnung und Völkerrechtsbruch, 2021, S. 198 ff., S. 217 f. Nochmals davon zu unterscheiden ist die defizit legislative Funktion von Rechtsbrüchen im Völkerrecht, die *Marxsen* a. a. O., S. 264 und ff. beschreibt: „Nicht selten ist ein rechtsbrüchiges Verhalten der Weg, [...] eine Änderung der [Völker-]Rechtslage in Gang zu setzen. Rechtsbrüche verfolgen also in der völkerrechtlichen Ordnung mitunter auch eine legislative Intention.“ Als Bsp. werden ebd., S. 266 f., genannt: „dekolonialisierende Gewaltanwendung“, das „Recht auf präventive Selbstverteidigung“ und der „unwilling-or-unable-Standard“ für humanitäre Interventionen ohne Sicherheitsratsmandat (NATO im Kosovo). Demnach sei „[i]nsbesondere im Hinblick auf die Genese völkergewohnheitsrechtlicher Normen [...] die Möglichkeit einer Rechtsgenerierung qua Rechtsbruch weithin anerkannt. [...] Illegalität zur Rechtsfortbildung | wird zwar auch für das Gewohnheitsrecht teils als eine kritikwürdige Strategie angesehen, die mit der Grundidee einer *rule of law* unvereinbar sei. Im Allgemeinen dominiert aber die Auffassung, dass eine allein legale Fortentwicklung gewohnheitsrechtlicher Normen nur schwerlich möglich sei“ (S. 271 f.). Für uns ist diese von *Marxsen* sog. „legislative Illegalität“ nur bedingt anschlussfähig, denn: „Der Umstand, dass Staaten sich illegaler Handlungen zur Rechtsfortentwicklung bedienen können, spiegelt das Paradox wider, dass Staaten sowohl die Adressaten der Völkerrechtsordnung sind und damit rechtsverpflichtet. Zugleich aber sind sie auch die Rechtserzeuger, die in einem sehr konkreten Sinne den Inhalt völkerrechtlicher Normen durch ihre Handlungen konstituieren und gelegentlich auch in die Hand nehmen und eigenmächtig gestalten“ (S. 273). Ergo dürfte *Marxsen* der Idee von „legislativer Illegalität“ im Staat abl. gegenüberstehen: „In einem stärker konstitutionalisierten Völkerrecht, in dem hinreichende Möglichkeiten bestünden, rechtliche Entwicklung anzustoßen, wären Akte legislativer Illegalität klar unvereinbar mit der Idee rechtsförmiger Organisation“ (S. 280). Andere Begriffe im Völkerrechtsdiskurs, die das Phänomen zumindest auch (wenn auch nicht konturenscharf) erfassen, sind nach den Recherchen von *Marxsen*, a. a. O., S. 274 f.: *Operational Non-compliance* (*Cogan*, The Yale Journal of International Law 31 [2006], 189 [195]), *unfriendly Unilateralism* (*Hakimi*, Harvard International Law Journal 55 [2014], 105 ff.), *Efficient Breach of International Law* (*Posner/Sykes*, Michigan Law Rev. 110 [2011], 243 ff.), *A-legality* (*Lindahl*, Fault lines

untersucht *Marxsens* Typen und Nutzen von Illegalität spezifisch im bzw. für das Völkerrecht, worum es hier nicht geht. Doch beruft sich der Autor insoweit, also für diese theoretische Rekonstruktion von (Il-)Legalität, unter anderem auf *Hans Kelsen*,⁶⁵ sodass dieser Aspekt auch für uns nicht irrelevant sein soll.

Allerdings: Ob es sich hier um eine rechtstheoretisch überzeugende Rekonstruktion (bzw. auch nur Inbezugnahme der *Kelsen'schen* Theorie) spezifisch von und für Illegalität handelt, kann hier letztlich offenbleiben. Denn *funktional* betrachtet beschreibt das mögliche Illegal-Werden einer Rechtsauffassung im Prozess der Rechtsanwendung lediglich die Einsicht, dass das, was Recht ist, in einem zeitlich gestreckten Prozess ermittelt wird und auch ermittelt werden *können* muss. Es beschreibt also den *dialogisch-arbeitsteiligen Charakter von Rechtsverwirklichung als Prozess*, der von der Einbindung künstlich-intelligenter Systeme ganz sicher verändert, aber eben nicht als solcher negiert wird.⁶⁶ Es gilt, KI insoweit als weiteren ‚Aktanten‘ in den Verwirklichungsprozess einzubinden. Genau darum ging es zentral in den vorangegangenen → § 3 und § 4. Mit anderen Worten: Wir können die *Rechtskonkretisierungsfunktion* von (*ex post* als solchem markierten) illegalem Handeln als bereits abgehandelt behandeln.

III. Sieben Gründe (und ein Vorschlag), Verhaltenskontingenz von Rechts wegen zu bewahren

Im Schrifttum finden sich mittlerweile diverse, meist noch knappe Überlegungen dazu, wie und warum der Möglichkeit zum Rechtsbruch ein rechtlich relevanter Eigenwert zugeschrieben werden kann. Sie sind in der Regel eng mit den unterschiedlichen rechtstheoretischen Ausgangspunkten und Vorannahmen der jeweiligen Autorinnen und Autoren verflochten. Das macht es auch für die nachfolgende Untersuchung nicht ganz leicht, *einerseits* möglichst viele dieser Diskussionsangebote aufzugreifen und ihren rechtsdogmatischen Kern – soweit vorhanden – sauber herauszuarbeiten, und dabei *andererseits* noch eine stringente eigene Argumentation zu entwickeln, die diese theoretischen Grundannahmen gerade nicht stets teilt. Deshalb sind an dieser Stelle einige ausführlichere Einordnungen zum weiteren Vorgehen angezeigt.

Wichtig ist es zunächst, eine *Prämisse* der nachfolgenden Überlegungen nochmals nachdrücklich zu formulieren: Die Untersuchung wird – wie oben schon angekün-

of globalization, 2014, S. 30 f.), und *Constructive Non-compliance* (Hurd, Chinese Journal of Int. Politics 7 [2014], 361 [371]).

65 s. *ibid.*, S. 201 f., unter Bezugnahme auf *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2008, S. 105 [95].

66 s. dazu oben, → S. 351 ff.

dig⁶⁷ – dezidiert *nicht defizitorientiert* sein, was die Leitungsfähigkeit künstlich-intelligenter Rechtserkenntnis anbelangt. Soll heißen: Es wird durchweg angenommen, dass die eingeführten Technologien und Technologiekategorien (→ Kapitel 1) derart leistungsfähig arbeiten, dass sie gegebenenfalls im arbeitsteiligen Zusammenspiel mit Menschen (→ Kapitel 2) tatsächlich hinreichend verlässlich und gut bestreitbar in der Lage sind, rechtmäßig von unrechtmäßig scharf zu trennen.⁶⁸ Erst wenn das gut genug gelingt, wird die Frage nach einem *Eigenwert* des Rechtsbruchs bzw. der Möglichkeit dazu, wirklich rechtspraktisch relevant werden. Davor wird sich nämlich jede Argumentation, die *Impossibility* oder *Justification Structures* oder auch nur den Einsatz von *Compliance Assistance Technologies* i. e. S. abwehren will, leicht damit begnügen können, auf die Gefahren von *Overblocking* oder von kontextuell unpassenden Rechtsinformationen usw., also auf die technischen Defizite zu verweisen. An passenden Stellen, d. h. immer dort, wo sich der ‚Wunsch‘ nach einer Möglichkeit zum Rechtsbruch *eigentlich* als eine Rücksichtnahme auf diese aktuell noch unzureichenden Fähigkeiten der Technik erweist, wird deshalb *einerseits* an diese Prämisse erinnert werden. Es wird aber *andererseits* auch immer darauf verwiesen werden können, dass bzw. wenn den technischen Bedenken in geeigneten Sach- und Rechtsbereichen *auch* durch einen rechtlich verhältnismäßigen und technisch geschickten Einsatz von *Impossibility* und *Justification Structures* Rechnung getragen werden kann, schon bevor die Technik ‚perfekt‘ funktioniert.

- 44 Nach dieser Prämisse nun zum Ablauf der Untersuchung im Einzelnen:
- 45 *Begonnen* wird die Suche nach rechtlichen Fundierungen für den Erhalt von Verhaltenskontingenz im Recht zunächst mit einer Vergewisserung und weiteren Durchdringung des verfassungsrechtlichen Status quo: Die Möglichkeit zum unerkannten Rechtsbruch *wird* in der deutschen und – mit Abstrichen – in der europäischen Rechtsordnung aktuell vor allem dadurch gewahrt, dass durch weitreichende Überwachungsverbote *zugleich* die Schaffung einer allgemeinen staatlichen Infrastruktur der präventiven Rechtsdurchsetzung verhindert wird (→ 1.). Der damit *reflexhaft* bewirkte Schutz von Verhaltenskontingenz ist aber aus den diversen Gründen instabil, die im Verlauf dieser Untersuchung herausgearbeitet wurden und die nun noch einmal konsolidiert und vertieft dargestellt werden sollen. Der tiefere Grund für die Instabilität ist, dass es mit dem überwachungsakzessorischen Ansatz nicht gelingt, einen *Eigenwert* des Rechtsbruchs bzw. der Möglichkeit dazu zu begründen.
- 46 Auf dieser Vergewisserung aufbauend können sodann die beiden naheliegenden Versuche behandelt werden, wie die Leistungen der Normtheorie mit ihrer sozusagen

67 s. ausf. zu den Gefahren der üblichen defizitorientierten Behandlung von rechtserkenntnis- und -durchsetzungsfähigen Technologien oben, → S. 317 ff.

68 *Bäcker*, Vereitelungssysteme, Antrittsvorlesung in Mainz am 14.7.2022, spricht anschaulich von der notwendig „trennscharfe[n] Intervention“ der von ihm sog. Vereitelungsstrukturen.

„eingebauten“ Freiheit zum Normverstoß verfassungsrechtlich fundiert werden könnten: Das ist zum einen der Versuch, die Verhaltenssteuerung durch Normen (statt durch normum- und -durchsetzende Technologien) direkt als Verfassungsgebot zu begründen. Das allerdings ist ein Versuch, der schnell misslingen muss (→ 2.).

Prima facie vielversprechender ist es zu fragen, ob nicht der Rechtsbruch *an sich* letztlich auch nur eine Form des grundrechtlich geschützten individuellen Freiheitsgebrauchs ist. Art. 2 Abs. 1 GG mit seiner Funktion als allgemeine Handlungsfreiheit legt es nahe, hier einen besonders starken Anker für den Erhalt von Verhaltenskontingenz zu suchen. Auch dieser Versuch misslingt aber: Zwar besitzen die Grundrechte eine starke Funktion dabei, *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. als Form des Vollstreckungsrechts zu erfassen. Auf diese Weise kann deren verhältnismäßiger Einsatz hinsichtlich *anderer, nicht dem Rechtsbefehl unterliegender* Rechtsgüter der deviant handelnden Personen gut gesteuert werden (plakativ: kein letaler Gewalteinsetz gegen den Apfeldieb). Dem Rechtsbruch *an und für sich* oder der Möglichkeit dazu kann auf diesem Weg jedoch immer noch kein eigener Wert beigemessen werden (→ 3.).

Ebenfalls noch eine Ableitung aus der Freiheitsidee stellt es – zumindest nach Auffassung mancher Autorinnen und Autoren – dar, die Möglichkeit zum Rechtsbruch *deziert um den Preis der Inkaufnahme der Sanktion* zu fordern. Eingenommen ist damit im Grunde allerdings eine rechtsökonomische Perspektive, deren vor allem US-amerikanische Vertreter offen fragen, ob und unter welchen Umständen *Law as Price* zu konzipieren sei (→ 4.). Der Rechtsverstoß hätte demnach quasi einen *negativen*, aber gleichwohl rechtlich zu schützenden Eigenwert als Tauschgegenstand (im Sinne von: Rechtstreue gegen Verzicht auf Sanktion). Schon in ihren rechtstheoretischen Prämissen überzeugt diese Perspektive nicht. Vor allem ist sie aus demokratischen Gründen unter dem Grundgesetz nicht rezeptionsfähig.

Zunächst für sich steht sodann unter → 5. eine Argumentation von *Christoph Möllers*. Er hat sich als einer der ersten ausdrücklich mit der Frage beschäftigt, welchen Anknüpfungspunkt es geben könnte, die Leistungen normativer Ordnungen *deziert* grundgesetzlich zu fundieren. *Möllers* will diese Funktion dem Rechtsstaatsprinzip zuweisen. Ich teile den formalen Anknüpfungspunkt im Rechtsstaatsprinzip nicht. *In der Sache* leitet seine Argumentation aber zu der auch m. E. tragfähigen Begründung über, wie und warum Rechtsbrüchen ein von Rechts wegen erhaltenswerter Eigenwert zugeschrieben werden kann:

Überzeugender und potentiell nachhaltiger als die bislang genannten rechtlichen Fundierungen für den Erhalt bzw. die Ermöglichung von Devianz auch im technologisch optimierten Recht ist es, hierfür auf das Demokratieprinzip abzustellen. Dabei können zwei verschiedene Dimensionen unterschieden werden, wie und warum ein Rechtsbruch *an sich* demokratisch erhaltenswert ist:

- einmal als Mittel zur demokratischen Kommunikation (Stichwort ziviler Ungehorsam, → 6.);
 - sowie als Mittel demokratischen Lernens (Devianz als Instrument der Wissensgenerierung, → 7.).
- 51 Es ist insbesondere der letzte Ansatz, der m. E. tragfähig begründen kann, dass und warum Rechtsbrüche nicht nur einen rechtstheoretisch beschreibbaren, sondern auch einen *rechtlich* validen Eigenwert im Recht haben.
- 52 Gibt es damit einen guten, rechtlich fassbaren Grund, Verhaltenskontingenz im Recht in einem bestimmten Umfang zu ermöglichen, ist damit freilich erst das *Ob* geklärt. Das leitet weiter zur Frage des *Wie*. Deshalb geht es schließlich – in Abschnitt → 8. – um Maßstäbe und Konturen denkbarer Arrangements zum Erhalt von Verhaltenskontingenz auch in Zukunft.
1. Rechtsdogmatischer Ausgangspunkt: die Möglichkeit zum Rechtsbruch als instabiler Reflex der Freiheitlichkeit des Gemeinwesens
- 53 Hier soll zunächst danach gefragt werden, ob sich eine rechtlich relevante Möglichkeit zum Rechtsbruch als Element der *Freiheitlichkeit* des Gemeinwesens konzipieren lässt. Zu beachten ist der strukturelle Unterschied zu der später, unter → 3., eingenommenen Perspektive: Vorliegend wird nicht versucht werden, den Rechtsbruch *selbst* als individuellen Freiheitsgebrauch zu werten. Sondern es geht darum, im Sinne der Grundrechte als objektive Werteordnung zu hinterfragen, ob die *Freiheitlichkeit des Gemeinwesens* es nicht erfordert, den Bürgern in nennenswertem Umfang Möglichkeiten zum Rechtsbruch zu belassen. Die Betonung liegt hier also auf der *Möglichkeit*, dort (also unter → 3.) wird sie auf dem *Rechtsbruch* liegen.
- 54 Aus dieser Fragerichtung kommend existiert ein erster Anknüpfungspunkt im geschriebenen Recht, nämlich in Form des allgemeinen Zensurverbots in Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG (→ a.). Einen zweiten Anhalt für den gesuchten Möglichkeits-Erhalt aus Gründen der Freiheitlichkeit bietet die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, und zwar in Form der hier sogenannten Rechtschaffenheitsvermutung, die das Gericht in seiner *Kennzeichenkontrollen-II*-Entscheidung aufgestellt hat (→ b.).
- 55 a. *Vorab: Das grundgesetzliche Zensurverbot als allgemeiner Rechtsgrundsatz?* Einen geschriebenen Anhaltspunkt dafür, dass die Möglichkeit zu Rechtsbrüchen in erheblichem Umfang erhalten bleiben *muss*, liefert auf den ersten Blick Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG. Mit dem Zensurverbot gibt es eine grundgesetzliche Regelung, die den *anlasslosen* Einsatz von kommunikativen *Impossibility* und *Justification Structures* im Interesse der Freiheit und Funktionsfähigkeit der dort aufgezählten, auch sogenannten dienenden Kommunikationsgrundrechte verbieten würde. Verallgemeinern

lassen sich die Vorgaben dieser Norm allerdings nicht (mehr). Dabei muss zunächst zwischen der grundgesetzlichen und der unionalen Ebene unterschieden werden.

aa. *Von vornherein nicht im Anwendungsbereich des Unionsrechts.* Im Anwendungsbereich des Unionsrechts besteht kein mit Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG vergleichbares Zensurverbot. Das wurde im Rahmen des obigen Berichts über die Rechtsprechung des EuGH zu urheberrechtlichen Upload-Filtern gem. Art. 17 DSM-RL deutlich. Dabei ist allein der Generalanwalt ausdrücklich auf den – in der medialen Berichterstattung häufig vorgebrachten – Zensurvorfurw eingegangen. Er umschiffte ihn aber letztlich dann doch, indem er den Begriff für zu aufgeladen erklärte, um die gebotene nüchterne Abwägung vornehmen zu können; *Saugmandsgaard Øe* hat sich damit der Narrativ-Wirkung⁶⁹ des Wortes Zensur offensiv und klugerweise verweigert.⁷⁰ 56

In der Sache gilt im Unionsrecht nun – kurz zur Erinnerung – das Folgende: Aus Sicht der einschlägigen Unionsgrundrechte (vor allem Art. 11 GRC) und nach dem aktuellen Stand der Rechtsprechung ist nicht *per se* die Frage des anlasslos-vorbeugenden Charakters einer Filter-Maßnahme entscheidend. Entscheidend ist vielmehr, ob diese sich als *allgemeine* (unzulässige) oder *spezifische* (eventuell zulässige) Überwachung darstellt. Hierbei kommt es dann auf die sehr besondere unionsrechtliche Bedeutung von Spezifität an: Wie beschrieben⁷¹ soll diese im Beispielsfall des Urheberrechts schon dadurch hergestellt sein, dass der Rechteinhaber sein *Recht* (und nicht etwa eine initiale *Rechtsverletzung*) präzise benennt bzw. zu benennen hat.⁷² Die Allgemeinheit der Überwachung bemisst sich damit nicht – wie noch in der älteren Rechtsprechung – an der „Menge der zu überprüfenden Informationen“. Sie bemisst sich daran, wie präzise die Nachforschungen sind, die dem Plattform-Diensteanbieter auferlegt werden. Gewahrt werden damit zum einen die grundrechtlich geschützten *wirtschaftlichen* Interessen der Anbieter (besonders Art. 16 GRC). Aber auch die Rechte der Kommunikationsteilnehmer behalten EuGH und vor allem der Generalanwalt im Blick. Freilich ging es dabei an keiner Stelle um die Ermöglichung devianten Verhaltens. Es ging sowohl dem EuGH wie auch dem Generalanwalt allein um Gefahr des *Overblocking* (sei es aus technischen Gründen, sei es, weil die Nutzer der Plattformen das geltende Urheberrecht mit seinen Ausnahmen nicht kennen könnten/würden),⁷³ also um die – möglichst zu vermeidende – Verunmöglichung *rechtmäßigen* Verhaltens. Der Schutz *rechtswidrigen* Verhaltens vor Verun-

69 Zur mehr als nur heuristischen Wirkung von Narrativen s. oben, ab → S. 238.

70 GA *Saugmandsgaard* hat sich in den Schlussanträgen zu EuGH, Urt. v. 26.4.2022, Rs. C-401/19 (Polen/Parlament und Rat) kurz mit dem Zensur-Vorwurf befasst, die Begrifflichkeit dann aber bewusst vermieden; s. hierzu oben, → § 2 Rn. 338.

71 s. oben, → § 2 Rn. 339 f.

72 GA *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge v. 15.7.2021, Rs. C-401/19 (Polen/Parlament und Rat), Rn. 114.

73 Für Nachw. s. oben, → § 2 Rn. 341, 343. Zum Fehlerkalkül des EuGH zudem J.-P. Schneider, in: Ruffert (Hg.), *Die Regulierung digitaler Plattformen*, 2023, S. 105 (129 ff.).

möglichung wird nicht angestrebt, oder wenn doch, dann wurde es jedenfalls nie explizit als Ziel der Argumentation benannt.

- 58 *bb. Fehlende Übertragbarkeit auf Konstellationen jenseits der Kommunikationsgrundrechte.* Für den kleiner werdenden Anwendungsbereich des Zensurverbots im Grundgesetz gelten diese eher eigenwilligen unionalen Maßstäbe nicht. Indem Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG als absolute Schranken-Schranke für Eingriffe in die Kommunikationsgrundrechte die sogenannte staatliche Vorzensur verbietet, wären staatlich angeordnete Kommunikationsfilter, die private Diensteanbieter *anlasslos* einzusetzen hätten, um Rechtsbrüche ihrer Nutzer zu verhindern, unter Geltung deutschen Rechts vorbehaltlos unzulässig.⁷⁴ Hier findet sich für einen speziellen Bereich ein grundgesetzliches Gebot im Sinne des von *Maximilian Becker* sogenannten „Erst-Handeln-dann-(staatlich-)Bewerten“.⁷⁵ Die Norm hält damit als Reflex tatsächlich die Möglichkeit zum Rechtsbruch offen. Aber selbst wenn man davon absieht, dass der wachsende Anwendungsbereich des Unionsrechts die Reichweite von Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG immer weiter reduzieren wird, sind für uns drei weitere, schon rein national-rechtlich bedingte Relativierungen der Aussagekraft des Zensurverbots zu beachten:
- 59 *Erstens* ist Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG historisch hochgradig dependent. Mit *Wolfgang Hoffmann-Riem* gesprochen: Die Norm „reagiert auf die in vergangenen Jahrhunderten praktizierten Formen planmäßiger Überwachung und Beengung der Kommunikationsinhalte und -prozesse.“⁷⁶ Nun wird man sicherlich nicht argumentieren können, dass die Norm dadurch ihre Bedeutung verliert, dass wir mittlerweile in einem gefestigten demokratischen Rechtsstaat leben. Die Norm will sicherlich gerade *Vorsorge* betreiben in dem Sinn, dass sie durch ihre Geltung und Wirkung dazu beiträgt, dass das *so bleibt*. Aber eine andere Relativierung wegen eines grundlegend veränderten Realbereichs der Norm ist angezeigt: Der Grundgesetzgeber von 1949 hatte sicherlich nicht die digitale Massenkommunikation im Web 2.0 vor Augen. Hier ist die freie Kommunikation gerade nicht mehr nur für ‚die Mächtigen‘ (den

74 s. auch schon *Rademacher*, JZ 2019, 702 (707 f.). Zum Schutzgedanken außerdem ausf. *Hoffmann-Riem*, in: Denninger et al. (Hg.), AK GG, 73. 2001, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 92: „Soll das Zensurverbot nicht die Gewähr konkreten Rechtsschutzes [...] ausschließen, können Überwachungsmaßnahmen aufgrund eines hinreichenden Verdachts einer Rechtsgüterverletzung nicht im Widerspruch zu ihm stehen. Anders liegt es bei der anlaßunabhängig, insb. planmäßig und systematisch, durchgeführten Kommunikationskontrolle. Eine solche von konkreten Rechtsgütergefährdungen unabhängige Überwachung [...] kann [...] das Geistesleben lähmen und zu anpaßerischer Vorsicht veranlassen und damit Grundbedingungen freier Kommunikation beseitigen, die das Zensurverbot wahren will. Verbotene Zensur ist daher (nur) eine von hinreichenden Anzeichen konkreter Rechtsgütergefährdungen unabhängige staatliche Inhaltsprüfung von Kommunikation. [...]“ Dazu, dass auch mittelbare Eingriffe über Private unzulässig sind, s. a. a. O., Rn. 94. Sogar entsprechende Haftungsanreize sollen unzulässig sein, was mit der geltenden EuGH-Rspr. freilich nicht mehr vereinbar wäre (s. ausf. oben, → § 2 Rn. 153 ff.).

75 *Becker*, ZUM 2019, 636 (638).

76 *Hoffmann-Riem*, in: Denninger et al. (Hg.), AK GG, 73. 2001, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 89.

Staat) unliebsam und gefährlich, sondern vor allem für einfache Bürger, die an diesen Kommunikationsmöglichkeiten teilhaben wollen. *Hate Speech* und weitere, nicht immer, aber unter Umständen auch rechtswidrige Massenkommunikation mit erheblicher Reichweite ist ein neues Phänomen der Gegenwart. Wie oben bereits ausgeführt, kann nicht nur staatliche Überwachung *Chilling Effects* auf rechtmäßiges Verhalten haben, sondern auch fehlende Überwachung kann die Entfaltung freien (rechtmäßigen!) Verhaltens schwer beeinträchtigen.⁷⁷ Es erscheint daher historisch und kontextuell durchaus angemessen, dass die Unionsgerichtsbarkeit – exemplarisch gezeigt in ihrer Rechtsprechung zu Art. 17 DSM-RL – nicht mit einer pauschalen Fortschreibung oder gar Extension der nationalen Zensurverbote à la Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG reagiert, sondern offensichtlich an die digitale Realität angepasste Maßstäbe entwickeln will. Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG kann und sollte schon deshalb nicht als generalisierungsfähiger Rechtsgedanke herangezogen werden.

Dass dem so ist, belegt zudem ein *zweiter* Gedanke: Der Grundgesetzgeber selbst hat das Verbot, Infrastrukturen für eine vorbeugende staatliche Verhaltenskontrolle der Bürger zu schaffen, gerade *nicht generell* vorgesehen, sondern nur für den spezifischen, historisch mit Missbrauchserfahrungen staatlicher Hoheitsgewalt verbundenen Bereich der Kommunikationsgrundrechte. Viele andere Verbote mit Erlaubnisvorbehalt – z. B. in Teilen des Gewerberechts oder des Baurechts – standen den Autoren und Autorinnen des Grundgesetzes sicherlich (mindestens mitbewusst) vor Augen. Gegen sie wollten sie offensichtlich keine *allgemeine* Vorsorge in der scharfen Form einer Schranken-Schranke treffen.⁷⁸

Schließlich, *drittens*, ist auch hier nochmals an die Relativierungen zu erinnern, die in dieser Untersuchung gegen die These von den Einschüchterungseffekten vorgebracht wurden, deren Bekämpfung Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG gerade dient: Sowohl *Impossibility* wie auch *Justification Structures* und natürlich erst recht *Compliance Assistance Technologies* i. e. S. können nicht ohne weiteres qualitativ vergleichbare Effekte zugeschrieben werden, wie sie eine *menschliche* Überwachung eventuell hat.⁷⁹ Nur letztere kann den Autoren von Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG im Sinn gestanden haben. Zur – freilich nicht allein bestimmenden – historischen Auslegung tritt hinzu, dass das Zensurverbot nie dafür gedacht war, *konkreten* Rechtsgüterschutz zu versagen; also behördliche oder auch privat-initiative gerichtliche Interventionen mit dem Ziel, kommunikative Rechtsverstöße durchaus auch zu verhindern, für die es konkrete Anhaltspunkte gibt.⁸⁰ So war und ist auch unter Art. 5 Abs. 1 S. 3

⁷⁷ s. oben, → § 2 Rn. 99 ff.

⁷⁸ Dem ließe sich natürlich entgegenstellen, dass wir in einer Informations- und Kommunikationsgesellschaft leben, in der diese Aktivitäten immense gesellschaftliche Bedeutung haben. M. E. würde es aber zu weit gehen, unser Zusammenleben hierauf zu reduzieren.

⁷⁹ s. oben, → § 2 Rn. 254 ff, 365 ff.

⁸⁰ Statt aller Hoffmann-Riem, in: Denninger et al. (Hg.), AK GG, ³2001, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 92.

beispielsweise einstweiliger Rechtsschutz gegen konkrete Meinungsäußerungen oder Presseerzeugnisse genauso zulässig wie die vom BGH entwickelte Störerhaftung, die Plattform-Anbieter *de facto* zu präventiven *Stay-down*-Filtermaßnahmen zwingt, sofern es *eine* konkrete rechtswidrige Anlasstat gibt.⁸¹ Und das wiederum leitet zu dem Bündel an Überlegungen über, die hier unter dem Begriff des ‚Hilfeleistungsnarrativs‘ zusammengefasst wurden: Wenn Technologien *ohnehin* vorhanden sind bzw. sein müssen, die qua eigener Funktionalität Kommunikation auf ihre Rechtmäßigkeit hin prüfen können, müssen diese wirklich abgeschaltet werden, falls bzw. weil ein Nutzer in ihrem sensorischen Erfassungsbereich rechtswidrig handeln will?⁸² Oben wurde ausführlich erläutert, warum die Frage m. E. grundsätzlich zu verneinen ist; auf diese Argumente wird sogleich auch nochmals ausführlicher einzugehen sein.

- 62 Es lässt sich also festhalten: In bestimmten Bereichen hat das Grundgesetz mit Art. 5 Abs. 1 S. 3 also tatsächlich eine historisch motivierte Vorkehrung gegen Strukturen geschaffen, die anlasslos-systematisch Rechtsbrüche verhindern (können) sollen. Aus den genannten Gründen lässt sich aus dieser Vorschrift aber kein allgemeiner Rechtsgrundsatz herleiten, der die Wahrung der Möglichkeit zum Rechtsbruch in *anderen* Grundrechtskonflikten gebieten würde.
- 63 *b. Das Verbot anlasslos-flächendeckender Überwachung als Garant weitreichenden Möglichkeits-Erhalts? Vertrauen in die Rechtschaffenheit der Bürger als zutreffender Ausgangspunkt staatlicher Rechtsdurchsetzung – aber nachhaltig ist das nicht.* Auf einer allgemeinen Ebene vielversprechender ist es, sich noch einmal die zwar versteckte, aber gleichwohl zentrale Aussage des Bundesverfassungsgerichts in seiner *Kennzeichenkontrollen-II*-Entscheidung in Erinnerung zu rufen: Wie schon ausgeführt, hat das Gericht das mangels entsprechender Empirie immer wieder kritisierte Argument der *Chilling Effects* ergänzt um ein normatives, letztlich rechtsphilosophisches Argument, wonach der Bürger ein Recht darauf habe, von ständigen Abfragen seiner Rechtschaffenheit verschont zu bleiben (oben sogenannte Rechtschaffenheitsvermutung).⁸³ Im gleichen Atemzug hat das Gericht dieses Recht auf grundsätzliche Freiheit vor staatlicher Überwachung ausdrücklich als eines bezeichnet, das „[z]ur Freiheitlichkeit des Gemeinwesens“ gehöre.⁸⁴ Es soll unabhängig davon greifen, ob die Rechtschaffenheitsabfrage dem Bürger irgendeine eigenständig greifbare Mühe

81 s. oben, → § 2 Rn. 148, dort bes. in Fn. 317, für knappe Hinweise zu dieser Rspr.

82 s. oben, → § 2 Rn. 428 ff.

83 Dazu oben, → § 2 Rn. 97.

84 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 51. Hier sei am Rande erwähnt, wie nah die Ausführungen des BVerfG naturrechtlichen Auffassungen von Freiheit und Würde von u. a. *Pufendorf*, *Thomasius*, *Achenwall* und *Kant* sind; zur Rekonstruktion *Hruschka*, ZStW 112 (2000), 285 (293 ff.), bes. S. 295: „[D]aß der Betroffene ein Recht auf Anerkennung seiner Rechtschaffenheit hat, werden wir auf den *vir iustus* übertragen [d. h., den äußerlich und rechtlich, nicht ethisch gerechten Mann]. [Er hat] einen Anspruch darauf, daß die Gesetzeskonformität [seiner] ‚äußeren‘

bereitet (wie z. B. im Fall einer polizeilichen Ausweiskontrolle), oder ob sie ohne Zeitverluste für den Bürger und vielleicht sogar von ihm unbemerkt mittels einer Videokamera zur Kennzeichenerfassung erfolgt.⁸⁵

aa. Der Schutz vor Überwachung schützt als Reflex die Möglichkeit zum Rechtsbruch mit. Deshalb – so lässt sich argumentieren – *hat* die Möglichkeit zum Rechtsverstoß in der Tat *hier* ihren gegenwärtigen Sitz im Recht, nämlich *als Reflex* des verfassungs- und auch unionsgerichtlich anerkannten Rechts, grundsätzlich „frei von staatlicher [oder staatlich mandatierter] Aufsicht und Kontrolle“⁸⁶ seines Weges gehen zu können. 64

Grundrechtstheoretisch bleibt aber der Unterschied zu betonen: Das ist kein Schutz der Freiheit, anders handeln zu können, *um ihrer selbst willen*, sondern eine *Nebenwirkung* des – wie oben gezeigt: mehr oder weniger gut passenden⁸⁷ – Schutzes insbesondere der informationellen Selbstbestimmung und vergleichbarer informationsrechtlicher Grundrechte (oben⁸⁸ sogenannte Überwachungsakzessorietät der Bewältigung von *Impossibility* und *Justification Structures*). Das Anliegen ist der Schutz *vor Rechtfertigungsabfragen* = *Überwachung*, und ist eben nicht die *Ermöglichung von Illegalität*. Das eine geht auch nicht zwingend im anderen auf. Das wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass es – sehr effektive – Maßnahmen der Abwehr von Illegalität gibt, die nicht *aktive* Überwachung, sondern schlicht *passive* Abwehr von Illegalität sind: das Abschießen der Haustür oder die besondere technische Sicherung staatlicher Datenbanken gegen unbefugte Zugriffe. Bislang hat noch niemand gefordert, *insoweit* auch eine Rechtschaffenheitsvermutung zu gewähren. 65

Dass der genannte Reflexschutz den Eigenarten von *Impossibility* und *Justification Structures* nur bedingt gerecht wird, habe ich schon ausführlich dargestellt.⁸⁹ Vor allem aber, und das war dann letztlich die zentrale These des → Kapitels 1, „überlebt“ die grundsätzliche Freiheit vor Überwachung es nicht, wenn eine rechtserkenntnis- und entsprechend zur Hilfe fähige Technologie *aus anderem Grund*, sozusagen einfach so, anwesend ist (also z. B. die aus Sicht des Rechts *zufällige* Anwesenheit unseres schon mehrfach erwähnten Haushaltsroboters iC zum Ableisten von Butler-Diensten). In dem Fall wechselt, wie geschildert, das ‚Narrativ‘ von Überwachung hin zu Hilfeleistung, mit den oben beschriebenen Wirkungen: Der Reflexschutz für 66

Handlungen anerkannt wird.“ Freilich dürfte das Gericht eine kollektive, verfasste Freiheitlichkeit des Gemeinwesens gemeint haben, wie sie auch in dieser Untersuchung angenommen wird.

85 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 51.

86 Burchard, JRE 27 (2019), 527 (549), am Bsp. des Alkoholkonsums.

87 s. oben, → § 2 Rn. 127 ff.

88 s. oben, → § 2 Rn. 239 ff.

89 s. oben, → § 2 Rn. 254 ff.

illegales Handeln geht verloren oder wird zumindest deutlich schwächer,⁹⁰ denn er ist ja kein eigenständiger Schutz, hat also in der *konkreten* Situation, in der die Rechtsverletzung *akut* wird, keinen Bestand.

- 67 *bb. Vertrauen in die Rechtschaffenheit der Bürger als Kern des Schutzes vor Überwachung.* Trotzdem lohnt es sich, an dieser Stelle noch ein wenig tiefer zu bohren. Möglich wird das, wenn man hinterfragt und erkennt, ob bzw. dass im *Kern* des *normativen* Arguments der Rechtschaffenheitsvermutung nicht eine nur vorrechtlich greifbare, *individuelle Freiheit* steht, sondern wenn man als deren Kern ein rechtlich gewendetes *gesellschaftspolitisches* Postulat *zwischenmenschlichen Vertrauens* einsetzt. Man macht dann in diesem speziellen Sinn also weniger ein individuelles Freiheits-, sondern ein objektives, kollektives Argument auf. Zu dieser Perspektive passt stimmig, dass das Bundesverfassungsgericht die Rechtschaffenheitsvermutung selbst eben nicht allein auf individualistische Interessen stützt,⁹¹ sondern ausdrücklich die *Freiheitlichkeit* des *Gemeinwesens* zur Begründung heranzieht.⁹² Wir sind – im *Kanʼschen* Bild – kein „Volk von Teufeln“, demgegenüber ständiges Nicht-Vertrauen oder gar Misstrauen hinsichtlich der Regelbefolgung erforderlich wäre.⁹³
- 68 Den Vorschlag, vor diesem Hintergrund dezidiert *Vertrauen* in das Zentrum der Diskussion um die Bewältigung von rechtsdurchsetzungsfähigen Technologien zu stellen, hat *Christoph Burchard* schon 2019 unterbreitet:

„Um den Verheißungen von KI [= perfekter/voller Vollzug rechtlicher Verhaltensgebote] prinzipiell entgegenzutreten, müsste die Unschuldsvermutung gesellschaftsstraftheoretisch höher aufgehängt werden, nämlich umfassender als kontrafaktische zwischenmenschliche Vertrauensvermutung und damit z. B. ganz aufklärerisch [...] als ‚Jedermanns Würde‘ rekonstruiert werden.^[94] Dies setzte den Schulterchluss mit einer Sozialphilosophie voraus, die Vertrauen nicht als bloßen Mechanismus zur Reduktion sozialer Komplexität (*Luhmann*^[95]), sondern als funktional wertvoll führt, um ein Abgleiten in eine vertrauenslose Überwachungsgesellschaft mit allemal potentiell autoritärem und oppressiven Charakter zu verhindern.“⁹⁶

90 Zum Ganzen → § 2 Rn. 428 ff.

91 Das überkommene Argument der *Chilling Effects* lässt sich unproblematisch freiheitsrechtlich fassen: Wenn es durch Beobachtung zu Fehlsteuerungen kommt, die dazu führen, dass auch rechtlich zulässiges Verhalten inhibiert wird, liegt darin eben ein Fall von *Overblocking* von rechtmäßigem Verhalten, was rechtlich natürlich – natürlich stets vorbehaltlich einer Abwägung mit Gegengründen – nicht geschehen soll.

92 Nachw. oben, → § 2 Rn. 96.

93 Vgl. hierzu schon oben, → § 2 Rn. 97, 425 f.

94 Unter Verweis auf *Hruschka*, ZStW 112 (2000), 285, der naturrechtsphilosophisch argumentiert (s. bes. S. 287 a. a. O.).

95 Vgl. *Luhmann*, Vertrauen, 1968, S. 46 ff.

96 *Burchard*, JRE 27 (2019), 527 (551); nochmals aktualisiert von *ders.*, in: Forst/Günther (Hg.), *Normative Ordnungen*, 2021, S. 553 (567 f.). A. A. *Kube*, AöR 146 (2021), 494 (506): „[A]uch die Rechtsbefolgung durch die Bürger ist zwar staatlich erwünscht und erwartet, aber nicht Gegenstand staatlichen Vertrauens. Denn es bleibt – im Rahmen der zur Verfügung stehenden Ressourcen – stets die Option der zwangsweisen Rechtsdurchsetzung.“ Nach der hier sog. Anlass-Rspr. des BVerfG darf flächendeckende staatliche

So gewendet, bereitet es dann wenig(er) Schwierigkeiten, die reflexhaft-faktische Freiheit zum Rechtsbruch als einen „Loyalitätsanker“⁹⁷ zwischen Gesellschaft und Rechtssystem einerseits und rechtsunterworfenem Individuum andererseits zu sehen, der „Identität mit der Rechtsordnung [stiftet] und [...] die Menschen mit dem, was den Staat im Innersten zusammenhält[, verknüpft].“⁹⁸

Aus der Perspektive des hier vorgeschlagenen republikanischen Verständnisses von Recht und Rechtsanwendung⁹⁹ ist diese normative Aufladung einerseits besonders stimmig, eben weil dadurch die Rolle des Einzelnen als für die Rechtsanwendung *mitzuständige* Instanz hervorgehoben wird. Der Vorzug dieser Neukonzeption¹⁰⁰ scheint mir allerdings vor allem zu sein, dass damit die überkommene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,¹⁰¹ die derzeit als ein Instrument der Einhegung staatlicher Überwachung „irgendwie“¹⁰² erscheint, eine stringente logische Basis erhält: Vertrauen ist der Ausgangspunkt (= keine Überwachung/Abfrage von Rechtschaffenheit), dessen Verlassen (= Überwachung) zulässig ist, wenn es *gute Gründe* gibt, *nicht* zu vertrauen oder gar konkret zu *misstrauen*.¹⁰³

Die in → § 2 genannten Fälle, in denen das Bundesverfassungsgericht die dem Bürger grundsätzlich geschuldete Rechtschaffenheitsvermutung durchbricht, ließen sich damit durchaus kohärent erfassen:¹⁰⁴ klassisch-anlassgebunden die schon erkannte Gefahr, die sich, wenn sich die Überwachungsmaßnahme gegen den Störer richtet, sogar auf konkretisiertes *Misstrauen* berufen kann; ebenso die Überwachung gefährgeneigter Räume, oder auch von Tätigkeiten, bei denen in *generalisierter* Weise ein gesellschaftliches *Nicht-Vertrauen* (offenbar) angezeigt erscheint – beispielsweise beim Überschreiten von EU-Außengrenzen, bei der Anfertigung der Steuererklärung oder im Bereich der Geldwäsche-Kontrolle. Die drei zuletzt genannten Beispiele illustrieren, dass die *Gründe* für das ausnahmsweise Nicht-Vertrauen ihrerseits wie-

Überwachung, die Voraussetzung einer „steten“ Option zwangsweiser Durchsetzung wäre, aber gerade *nicht* als reines Ressourcenproblem begriffen werden.

97 Rademacher, AöR 142 (2017), 366 (398).

98 Paschke, MMR 2019, 563 (567).

99 Dazu oben, → § 4 Rn. 32 ff.

100 Dabei sei nicht verschwiegen, dass namentlich Kant die Unschuldsvormutung i. S. einer grds. Anerkennung des anderen als rechtstreu auf Freiheit gründen wollte, vgl. dazu Hruschka, ZStW 112 (2000), 285 (295 f.) m. w. N. Mir scheint allerdings die Abgrenzung von beidem geboten, eben weil Freiheit im heutigen Sprachgebrauch – vielleicht verkürzt – stark *individuell* als Abwesenheit von äußerem Zwang verstanden wird (vgl. schon oben, → § 4 Rn. 40), wohingegen hier mit der von Burchard sog. Vertrauensvermutung eine spezifisch zwischenmenschliche, d. h. soziale Dimension von rechtlicher Gemeinschaft aufgerufen ist, die im allzu leicht vorrechtlich misszuverstehenden Begriff der Freiheit nicht (mehr) zum Ausdruck kommt.

101 Zur Darstellung der Rspr. oben, → § 2 Rn. 82 ff.

102 Rademacher, AöR 142 (2017), 366 (402).

103 Zum Vorschlag, nach Gründen statt nach Anlässen für Überwachung zu fragen, um die aktuellen, inneren Unstimmigkeiten in der Rspr. zu beseitigen, schon oben, → § 2 Rn. 120 ff.; zur unionalen Rspr. bes. → § 2 Rn. 112 ff.

104 s. oben, → § 2 Rn. 105 ff., 121.

derum ganz unterschiedliche sein und sachbereichsspezifisch differenziert ausfallen können.

- 72 Aber das ist für uns an dieser Stelle gar nicht der relevante Teil von *Burchards* Forderung. Denn die Vertrauensvermutung an sich hilft – so stimmig sie konzeptionell auch sein mag (ich meine, logisch noch etwas stimmiger wäre: *Rechtschaffenheitsvermutung, die auf grundsätzlichem Vertrauen basiert*) – sie hilft bei der Suche nach einem *Eigenwert* von Illegalität bzw. der Möglichkeit, rechtswidrig zu handeln, nicht wirklich weiter. Weiterführend an der Forderung ist für uns aber der Umstand, dass die Vertrauensvermutung „kontrafaktisch“ ausgestaltet werden soll. Dann würde sie tatsächlich auch die Möglichkeit zur Illegalität schützen/bewahren können. Das aber ist – vorsichtig ausgedrückt – kaum denkbar. Die Vertrauensvermutung darf nämlich die Vielzahl guter Gründe für Nicht-Vertrauen oder Misstrauen – wovon der stärkste eben die Anwesenheit eines interventionsfähigen Akteurs/Aktanten bei einer Rechtsverletzung wäre – nicht einfach ausschließen. Vertrauen trotz klarer Indikation für Misstrauen zu verlangen – es also gleich einer rechtlichen Norm eben kontra- oder afaktisch auszugestalten – wäre schlicht zynisch. Es hieße im Extremfall, das Opfer in die Arme des ‚Mörders‘ zu senden *unter rechtlicher Aufrechterhaltung der faktisch widerlegten Fiktion seiner Redlichkeit*. Das wäre absurd. Um ein weniger dramatisches Beispiel zu bilden: Auch der StVG-Gesetzgeber folgt dem Gedankengang im Grundsatz, indem er dem Menschen mit § 1d Abs. 3 StVG zwar das ‚Privileg‘ einräumt, rechtswidrige Fahrmanöver anzuordnen, aber nur solange, wie diese nicht Personen gefährden.¹⁰⁵ Dann bzw. hierfür muss das autonome Kfz ‚wachsam‘ bleiben und eingreifen können (§ 1e Abs. 2 Nr. 5 StVG).¹⁰⁶ Ich glaube deshalb auch nicht, dass *Burchard* Kontrafaktizität im eigentlichen Sinn meinte. Was er meinte bzw. wollte, ist wohl ein auf Vermutungsbasis zu gewährender, normativ begründeter Vertrauensvorschuss, der aber selbstverständlich *grundsätzlich* aufgebraucht oder *konkret* widerlegt sein kann.¹⁰⁷

- 73 cc. ... aber: Vertrauen kann akut, kann aber v. a. auch systemisch enttäuscht werden (*Perspektive der Critical Race Studies*). Damit wird klar, wie voraussetzungsvoll die sozialphilosophisch positiv zu wertende Vertrauens-/Rechtschaffenheits-Dogmatik des Bundesverfassungsgericht *in tatsächlicher und systemischer Hinsicht* ist: Die von Rechtsnormen gebildete soziale Ordnung muss, damit die Rechtschaffenheitsvermutung *keine* kontrafaktische Fiktion ist, *zunächst* einmal hinreichend gut funk-

105 Zu den StVG-Normen ausf. oben, → S. 146 ff.

106 Der Gesetzgeber anerkennt damit, dass das Straßenverkehrsrecht in vielen Fällen das hier sog. normative *Overblocking* betreibt, d. h. die Regeln für eine perfekt automatisierte Durchsetzung oftmals zu weit im Vorfeld echter Gefahren etc. ansetzen (Standardbeispiel: rote Fußgängerampel bei ruhigem Verkehr). Hierzu schon oben, → § 2 Rn. 268 f.

107 s. auch *Burchard*, JRE 27 (2019), 527 (550): „Die notwendig werdenden Abwägungen und Freiheitsbilanzierungen werden auch in Zukunft bereichsspezifisch ausfallen müssen.“

tionieren, in dem Sinn, dass enttäuschte Norm-Erwartungen (in alltäglichen, aber durchaus auch in krassen Fällen) nicht zu einem Vertrauensverlust in die Leistungsfähigkeit eben dieser Ordnung *insgesamt* führen. Denn das hätte die Konsequenz, dass der durch das Postulat grundsätzlichen Vertrauens gewährte Schutz vor Überwachung verloren gehen *müsste*.¹⁰⁸

Illustrieren kann das Gesagte ein Blick in die US-amerikanische Diskussion. *I. Ben-net Capers* beschreibt aus einer afroamerikanischen Perspektive nicht nur den systematischen Vertrauensverlust in die Redlichkeit menschlicher Polizisten. Er beschreibt zugleich einen erheblichen Vertrauensverlust in die Funktionalität der *menschlichen* normativen Ordnung insgesamt, indem er das Versagen der Polizei in Form eines dezidierten, vor allem nicht-weiße Bürger betreffenden *Underenforcement* (!)¹⁰⁹ des Rechts beklagt. Daraus – und das ist der für uns zentrale Aspekt – *rechtfertigt* er die Forderung nach einem Maß an technologischer Massenüberwachung und möglichst flächendeckender präventiver Rechtsdurchsetzung,¹¹⁰ das für europäische (weiße) Ohren tatsächlich “dystopian” und wie “George | Orwell’s ‘big brother’ run amok” klingt.¹¹¹

Das erkennt und schreibt der Autor selbst. Aber *Capers*, der sich den *Critical Race Studies* zuordnet, wertet Privatheit (im weiten Sinn von Datenschutz) als etwas, das man sich in faktischer Hinsicht erst einmal leisten können muss – und als etwas, was sich bislang vor allem Weiße leisten konnten.¹¹² Privatheit (und – für unsere Zwecke gewendet – das Vertrauen in die grundsätzliche Rechtschaffenheit der Bürger auch ohne ständige Abfragen ihrer Rechtschaffenheit) beschreibt der Autor also als individuell wie auch sozial voraussetzungsvolles Konzept. Und er verneint für die US-amerikanische Gesellschaft, dass diese Voraussetzungen vorliegen. Wohlgermerkt: Auch dadurch entsteht bzw. entstünde keine „Zero-Trust-Gesellschaft“.¹¹³ Denn statt des zwischenmenschlichen Vertrauens in die grundsätzliche Rechtstreue des Gegen-

108 Vgl. *ibid.*

109 Die für den US-amerikanischen Diskurs wohl durchaus kontroverse These wurde – soweit ersichtlich – erstmals oder zumindest bes. deutlich von *Kennedy*, *Race, Crime, and the Law*, 1997, S. 19, eingeführt: “[T]he principal injury suffered by African Americans in relation to criminal matters is not overenforcement but underenforcement of the laws. [B]ehind high rates of blacks perpetrating violent crimes are high rates of black victimization.”

110 *Capers*, *NYU Law Rev.* 94 (2019), 1 (40 ff.).

111 *So ibid.*, S. 43 f.

112 Vgl. *ibid.*, S. 45 ff.

113 Dazu schon *Burchard*, in: *Forst/Günther* (Hg.), *Normative Ordnungen*, 2021, S. 553 (567): „Die versprochene Negation sozialer Komplexität durch ihre Reduktion in algorithmisch beherrschbare Kompliziertheit ist ihrerseits ein Medium zur Reduktion sozialer Komplexität, das nicht ohne Vertrauen auskommen kann. Nämlich nicht ohne das Vertrauen, dass durch Big Data befeuerte Prädiktionen soziale Komplexität tatsächlich zu negieren imstande sind. Die Prädiktions- ist daher keine *Zero-Trust-Gesellschaft*.“

übers ist ein erhebliches Vertrauen in Technik und Techniker erforderlich.¹¹⁴ Der Bezugspunkt von Vertrauen ist damit massiv verschoben.

- 76 Wir haben zwar in Deutschland und in den meisten Teilen Europas keine Verhältnisse, die mit denen in den USA vergleichbar wären. Aber auch die europäischen Gesellschaften sind modern und hochverdichtet. Sie müssen mit nur noch wenigen konkreten, z. B. durch „Familien, Clans oder Stämme“¹¹⁵ gefestigten personalen (oder religiös fundierten¹¹⁶) Vertrauensbeziehungen auskommen. Vor diesem Hintergrund ist aus einer rechtlich-normativen Perspektive vielleicht kein *vollständiger* Übergang von „Personenvertrauen [...] auf [reines] Systemvertrauen“¹¹⁷ notwendig. Aber die normativ als „Schulterschluss mit der Sozialphilosophie“¹¹⁸ gewollte Fiktion von Personenvertrauen kann in modernen, nicht mehr im engen Rahmen konkreter, personal gefestigter Vertrauensbeziehungen organisierter Gesellschaft nur dann und deshalb aufrechterhalten bleiben, wenn sie durch eine hinreichend stabile soziale Struktur ergänzt wird, die im Hintergrund Systemvertrauen schafft und erhält.¹¹⁹ Dazu gehört es, die Haustüre abschließen zu können und abschließen zu dürfen (und eben nicht *kontrafaktisch* auf die Redlichkeit der Nachbarn/von Passanten vertrauen zu müssen). Dazu gehört auch das Einsetzen von Überwachungsstrukturen in den Bereichen, in denen *gute Gründe* bestehen, anstelle von Vertrauen dosiert Nicht-Vertrauen oder Misstrauen umsetzen zu wollen. Richtigerweise geht es also am Ende wohl weniger um eine individuell geschuldete, personale Vertrauensvermutung als vielmehr um die auf die jeweilige Gesellschaft *angepasste* Strukturierung von Bereichen des Vertrauens, des Nicht-Vertrauens und des Misstrauens, die *individuelle* Freiheit in Gesellschaft ermöglichen kann.

114 Capers, NYU Law Rev. 94 (2019), 1 (47 f.), erkennt dieses Problem durchaus, zeigt aber größere Bereitschaft, in die Technik/die Techniker zu vertrauen, als in (andere) Menschen: "Experience [...] shows that technologies can reflect and replicate preexisting biases. However, precisely because black and brown people have experienced these biases, they will be vigilant in scrubbing technologies for bias and routinely subjecting them to audits [...]"

115 Kühl, Brauchbare Illegalität, 2020, S. 96: „Die konkreten Kenntnisse anderer Personen und die Bereitschaft, sich auf sie zu verlassen, ermöglicht die Ausbildung von Vertrauensbeziehungen. Die Zugehörigkeit zu Unternehmen, Verwaltungen oder Vereinen reduziert die Beziehungen erst einmal auf den Austausch zwischen Rollenträgern. Nicht mehr persönliches Vertrauen steht im Vordergrund, sondern angemessenes Verhalten in einer vorgegebenen Rolle.“ Es ist kein Grund ersichtlich, warum das im noch offeneren Verhältnis *beliebiger* Rechtsunterworfener zueinander (also wenn man die gesamte Rechtsgemeinschaft als Organisation verstehen wollte) anders sein sollte. Vertrauen an und für sich, ohne effektive Regeldurchsetzung, taugt daher nicht als Strukturierungsoption für moderne Gesellschaften.

116 Vgl. hierzu Luhmann, Vertrauen, 2014, S. 60.

117 Kühl, Brauchbare Illegalität, 2020, S. 98. Zum Begriff des Systemvertrauens grundl. Luhmann, Vertrauen, 2014, S. 60 ff., bes. S. 64 (zur Definition) und S. 69 ff. (zur Frage des Vertrauens in politische Macht/das politische System).

118 Burchard, JRE 27 (2019), 527 (551).

119 Vgl. nochmals Kühl, Brauchbare Illegalität, 2020, S. 119: „Bei der Verklärung von Vertrauen [in der sog. Managementliteratur] wird jedoch übersehen, um welche Errungenschaft es sich handelt, wenn man in der modernen Gesellschaft nicht mehr vorrangig auf Personenvertrauen angewiesen ist.“

Wir können festhalten: Selbst wenn man mit der vorgeschlagenen Fundierung des Schutzes gegen Überwachung mitgeht, d. h. ihn mit der Rechtschaffenheits-/Vertrauensvermutung grundrechtstheoretisch stimmig(er) fundiert als mit dem problematischen empirischen Gedanken der *Chilling Effects*, oder auch, wenn man stattdessen mehr auf Strukturen zur Schaffung von Systemvertrauen als *Voraussetzung* personalen Vertrauens baut – so oder so ist damit der Devianz *an sich* bzw. der Möglichkeit dazu weiterhin kein Eigenwert zugewiesen. Auch das vorgeschossene personale Vertrauen geht bzw. ginge nämlich *erstens* dahin, dass die faktische (= vorrechtliche) Freiheit zum Rechtsbruch für eben diesen *nicht* genutzt werden wird; und insbesondere in der beschriebenen Hilfeleistungs-Konstellation¹²⁰ bleibt es *zweitens* dabei, dass interveniert werden kann und muss, weil eben das Vertrauen enttäuscht/die Rechtschaffenheitsvermutung widerlegt ist und nicht kontrafaktisch weiter existiert bzw. weiterexistieren darf, ohne die Rechtsordnung in Zynismus und Selbstwidersprüchlichkeit zu führen. Dafür, in einer solchen Konstellation den rechtlich gewollten Rechtsgüterschutz hinter dem Rechts*nicht*befolgungswillen des Rechtsadressaten zurückstehen zu lassen, haben wir damit also noch keinen guten Grund gefunden.

Im Gegenteil: Es *drängt* die Vertrauensvermutung, eben weil wir sie nicht kontrafaktisch verstehen dürfen, sondern als sozial voraussetzungsvolle, wenigstens *auch* tatsächlich zu fundierende Konstruktion verstehen müssen, sogar auf den Einsatz von *Compliance Assistance Technologies* i. e. S.; nämlich überall dort, wo die Anwendung des Rechts für dessen Erstadressaten so schwierig ist, dass ihre Befähigung zur Befolgung gegenwärtig bloße Fiktion und ein grundsätzliches *Nicht*-Vertrauen in die Regelbefolgung daher angezeigt ist.¹²¹ Die Alternative wäre, wie schon mehrfach ausgeführt, zu hinterfragen, ob das Recht selbst zu komplex geworden ist oder den falschen – weil nicht professionellen – Adressaten hat.

c. Die Möglichkeit zum Rechtsbruch als Ausdruck des Misstrauens in den Staat und seine Repräsentanten (Missbrauchsvorsorge)? Bevor wir uns Argumenten für den Erhalt der Möglichkeit zum Rechtsbruch zuwenden können, die sich vom Überwachungsnarrativ lösen, muss zuvor noch einmal – letztmalig und knapp – auf die Kehrseite des soeben entfalteten Gebots des Vertrauens in die Rechtschaffenheit der Bürger eingegangen werden. Gemeint ist das *Misstrauen in die Stabilität des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaats* bzw. in seine Repräsentanten, das sich – mit dem Bundesverfassungsgericht – in der Figur der Einschüchterungseffekte oder *Chilling Effects* auf den (wenn auch schwammigen) Begriff bringen lässt.¹²²

120 s. oben, → S. 247 ff.

121 Dazu ausf. oben, ab → S. 328. D. h. auch, dass sich ein Recht auf Nicht-Kennen-Müssen des Rechts hieraus natürlich keinesfalls ableiten lässt.

122 Dazu schon oben, → § 2 Rn. 95, 120.

80 Hierzu habe ich das meiste schon gesagt, aber angesichts der Stärke und Häufigkeit des Arguments – in ganz verschiedenen Spielarten und aus ganz verschiedenen rechtspolitischen Perspektiven¹²³ – soll es auch an dieser Stelle erwähnt werden. Deshalb dazu nochmals Folgendes:

- Wie ausgeführt schwindet die Überzeugungskraft der Argumentation mit Einschüchterungseffekten im hier sogenannten Hilfeleistungsnarrativ erheblich, *wenn* und weil sich dann – also wenn zur Hilfeleistung technisch fähige ‚smarte‘ Technologien *anwesend* sind – nicht mehr die Grundfrage der *Chilling-Effects*-Argumentation stellt (= darf/soll *überwacht* werden?), sondern die Frage gestellt ist: Darf/muss *geholfen* werden? Die Antworten fallen unter den damit gewandelten Maßstäben notwendig anders aus.¹²⁴
- Außerhalb des Hilfeleistungs-, d. h. im klassischen Überwachungsnarrativ ist das *Chilling-Effects*-Argument hingegen *entweder* schlicht die negative Seite des Vertrauens-Arguments von soeben. So – also materiell austauschbar und als zwei Seiten derselben Medaille – will namentlich *Martin Eifert* die *Chilling-Effects*-Argumentation verstanden wissen: als von vornherein „*normativen* Bezugspunkt einer mit dem grundgesetzlichen Freiheitsverständnis unvereinbaren anlasslosen oder vollständigen Überwachung“.¹²⁵
- Oder man verleiht dem Argument empirisch-soziologischen Selbststand und versteht es als Gefahr einer echten Fehlsteuerung der Bürger, d. h. dahingehend, dass neben rechtswidrigem auch rechtmäßiges Verhalten unterdrückt wird. Dann aber begibt man sich eben in die Untiefen empirischer Beweisfragen: Gibt es diese *Chilling Effects* tatsächlich?¹²⁶ Ist ihre Berücksichtigung durch das Verfassungsgericht in der oben beschriebenen Form überhaupt geeignet, den *gewünschten* Effekt (Beruhigung der Bevölkerung?) zu erreichen? Oder bewirkt das Gericht damit nicht sogar, wie *Hans Peter Bull* zu bedenken gibt, das Gegenteil des Gewollten, weil die *Notwendigkeit* von Misstrauen in den Staat immer wieder höchstgerichtlich betont und damit in den Augen der Bevölkerung (gegebenen-

123 Vgl. bspw. Gärditz, Staat und Strafrechtspflege, 2015, S. 35: „Und Misstrauen ist die Mutter sowohl des Rechtsstaats als auch der Demokratie.“ Allerdings geht es Gärditz sodann um eine verfahrensmäßige Auflösung in den „Formen institutionalisierter Strafrechtspflege“, s. a. a. O.; s. außerdem *Habermas*, in: Glotz (Hg.), Zivilver Ungehorsam im Rechtsstaat, 2015, S. 29 (38 f.), dazu ausf. unten, → Fn. § 5 Rn. 216.

124 Dazu ausf. oben, → S. 247 ff.; s. außerdem zu Zweifeln an der Übertragbarkeit der Konzeption auf *Impossibility* und *Justification Structures* schon → § 2 Rn. 254 ff., 365 ff. Notabene: Natürlich kann man argumentieren, dass angesichts des immer noch fehlenden Kontextverständnisses von KI (vgl. hierzu ausf. oben, → S. 278 ff.) eine *neue* Art von *Chilling Effect* auf den Plan tritt. Aber damit begibt man sich auf den Pfad der defizitfokussierten Argumentationen, der hier bewusst nicht beschrritten werden soll (s. hierzu die methodische Einordnung ab → S. 317).

125 *Eifert*, in: Herdegen et al. (Hg.), VerfassungsR-HdB, 2021, § 18 Rn. 119. Hervorhebung hier.

126 s. für aktuelle Forschung hierzu die Nachw. bei Moll/F. Schneider, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 104 (2021), 92 ff.; zur Kritik und Gegenkritik außerdem → § 2 Rn. 96.

falls kontrafaktisch) bestätigt wird?¹²⁷ Die empirischen Fragen aufzuwerfen erscheint freilich wenig sinnvoll. Das Bundesverfassungsgericht beharrt auf seiner Argumentation im *Grundsatz*. Was seine rechtlichen *Konsequenzen* anbelangt, hat es seinen Standpunkt sehr deutlich festgelegt, dass es eine rein prozedurale Auflösung des im *Chilling-Effects*-Argument gebündelten Misstrauens in den Staat und seine Repräsentanten nicht für ausreichend hält.¹²⁸ Vorschläge in diese Richtung sind zwar m. E. theoretisch überzeugend, hätten aber wenig Aussicht auf Erfolg, in Karlsruhe.¹²⁹

Das soll für den Moment reichen. Auf eine *bestimmte* Form von Misstrauen 81 in die *Leistungsfähigkeit* der *verfassten* Demokratie und der Institutionen des (Grund-)Rechtsstaats wird unten unter dem Aspekt der *demokratischen Kommunikation* und des *demokratischen Lernens* allerdings noch einmal zurückzukommen sein.¹³⁰

2. Der Erhalt der Möglichkeit zum Rechtsbruch durch Konstitutionalisierung der Normtheorie?

Am umstandslosesten gelingt der Erhalt einer Möglichkeit, sich rechtswidrig ver- 82 halten zu können, denjenigen, die der Theorie normativer Ordnungen eine „rekonstruktive Kraft“ verleihen wollen:¹³¹

127 s. *Bull.*, AöR 145 (2020), 291 (311); die lesenswerte Passage ist in → Fn. 75 (Einleitung) im Wortlaut abgedruckt.

128 Sondern grds. eben Eingriffsschwellen in Form von Anlässen fordert, dazu oben, → § 2 Rn. 94 ff., 239 ff. Zu ‚Misstrauen als Argument‘ außerdem schon *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (400 f.) m. w. N.

129 Bedenkenswert dazu, dass der Konflikt um die Figur der *Chilling Effects* letztlich nicht rechtsdogmatisch auflösbar, sondern Politik ist, *Waechter*, Sicherheit und Freiheit in der Rechtsphilosophie, 2016, S. 66: „Hier wird das Grundproblem der Debatte über den Datenschutz deutlich. Welche Risiken verursacht eine umfangreiche Gefahrenabwehr. Angesichts der Unsicherheit in dieser Prognose kann zwangsläufig keine Einigkeit erzielt werden. Diese Unsicherheit basiert auf der Entfertheit des Risikos eines Umschlagens von Sicherheit in hierarchisch verursachte Unsicherheit; für entfernte Risiken fehlt ein natürliches präformiertes Gefühl und empirische Prüfbarkeit. Wo das der Fall ist, spielt Ideologie eine besondere Rolle. Daher stehen sich staatsfreundliche und -kritische Grundhaltungen unentscheidbar gegenüber.“

130 s. hierzu → S. 481 ff. bzw. → S. 494 ff.

131 Möllers, Die Freiheit zum Normverstoß, Vortrag v. 12.7.2022. Grundlage dafür, dass Recht nicht allein zweckrational konzipiert werden dürfe, sondern *Zweckverteilung* u. U. erlaube und wolle, sind für Möllers: die Existenz von nicht zur Selbstbefassung befugten Gerichten (die es für ein rein zweckrationales Recht nicht bräuchte); die Existenz ‚nur‘ subjektiver Rechte; das Schuldprinzip der Kriminalstrafe. Ähnl. verstehe ich *Burchard*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 553 (576): „Die Theorie normativer Ordnungen hält für all das [z. B. ob wir ein Recht zum Rechtsbruch brauchen] Antworten parat.“ Folglich: „Die Strafrechtsordnung‘ des liberalen Rechtsstaats darf im Lichte der Theorie normativer Ordnungen weder als Natur noch als abschließend geordnet verstanden werden“ (a. a. O., S. 579). Lesenswert auch Sow, *German Law Journal* 23 (2022), 597, passim, bes. S. 621 ff.: „Consequently, merely referring to constitutional guards against the delimitation of data-based policing will not be sufficient. Rather, a more fundamental perspective of legal theory might be needed to supplement the constitutional point of view.“ Vgl. demgegenüber aber noch Möllers, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 448 f. „Normen eröffnen | mit der Möglichkeit der Zweckbewirkung auch die der Zweckverfehlung, die ihre Normativität unberührt lässt. Die Unterscheidung zwischen Zwecken und Wirkungen ist jedoch

„Normative Ordnungen erwarten also Normbefolgung von Personen unter der Voraussetzung der Möglichkeit ihrer Nichtbefolgung, oder noch radikaler: keine normative Ordnung ohne faktische Freiheit von Personen zur Nichtbefolgung.“¹³²

- 83 Niemand wird abstreiten wollen, dass die Ordnung des Grundgesetzes eine normative Ordnung *ist*. Verleiht man dieser im ersten Moment deskriptiven – eben theoretischen – Beschreibung selbst einen normativen Charakter, dann hieße das, dass sich all die *positiven* Leistungen, die mit der Notwendigkeit der Realisierung von Recht durch Menschen verbunden sind,¹³³ erhalten lassen könnten. Freilich wäre es für eine solche normative Wendung der Theorie normativer Ordnungen notwendig, jenseits ihrer überkommenen machtsociologischen Basis¹³⁴ *in der Verfassung* oder gegebenenfalls in den Europäischen Verträgen ein Gebot oder zumindest ein Primat der Verhaltenssteuerung durch Rechtsnormen zu lokalisieren¹³⁵ – statt durch all die anderen denkbaren Mittel, zu denen neben den hier betrachteten *Compliance Assistance Structures* z. B. auch das berühmte *Nudging* zählt.¹³⁶
- 84 *a. Normative Steuerung als zuerst kommunikativer Vorgang?* Eine Mischung aus konstitutionalisierter Normtheorie und materieller Begründung für die Konstitutionalisierung findet sich früh bei *Mireille Hildebrandt*:

nicht als pauschales Plädoyer für Normen als freiheitssichernde Form gegenüber dem Automatismus des Kausalen zu verstehen.“ Hervorhebung hier.

- 132 *Günther*, in: *Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen*, 2021, S. 523 (541). Oder, mit *Luhmann*, *Kontingenz und Recht*, 2013, S. 72: „Normen formulieren zwar eine mehr oder weniger bestimmte Erwartung – aber unter Einschluss der Miterwartung der Möglichkeit des Gegenteils.“ Davon zu unterscheiden ist die Frage der Normentstehung/-bildung: „Normen entstehen nur, wenn man die Möglichkeit ins Auge fassen muß, daß konform oder abweichend gehandelt werden wird“, s. *Luhmann*, in: *ders. (Hg.), Ausdifferenzierung des Rechts*, 1999, S. 191 (210). Gleichsinnig *Möllers*, *Die Möglichkeit der Normen*, 2018, S. 207 f.
- 133 s. oben, ab → S. 271.
- 134 Dazu oben ausf., ab → S. 243. Damit kann auch auf *Möllers*, *Die Möglichkeit der Normen*, 2018, S. 395 geantwortet werden, wo es heißt: „Wenn Normen nur Mittel zum Zweck sind, bleibt ungeklärt, warum nicht Ursachen anstelle von Normen verwendet werden. Normen enthalten die Möglichkeit ihres eigenen Bruchs. Diese Eigenschaft macht sie als Mittel reiner Zweckerreichung ungeeignet.“ Antwort bzw. Klärung: Die Möglichkeit, mit „Ursachen“ anstelle von Recht (i. S. von Kommunikation) zu steuern, gab es bislang rein faktisch nicht bzw. zumindest nicht in der Breite.
- 135 Vgl. i. d. S. etwa *Becker*, *ZUM* 2019, 636 (643 f.): „Recht wird nicht nur von Menschen für Menschen gesetzt und ist entsprechend flexibel, es wird seiner Idee (!) nach auch von Menschen angewendet.“ Deshalb: „Die Freiheit, vom Plan abweichen zu können, liegt unserer Rechtsidee zugrunde“ (ebd., S. 647).
- 136 Denn, mit *Möllers*, *Die Möglichkeit der Normen*, 2018, S. 183, gesprochen: „Keinen normativen Anspruch erhebt dagegen die Durchsetzung einer Norm. [...] Denn die Durchsetzung kennt keine Möglichkeit der Abweichung mehr, sie ist, wie auch immer sie betrieben wird, letztlich eine Verursachung, die nur eine einzige Wirkung zulässt.“ „Zwar ist ein bestimmtes Verhalten erwünscht [was nach *Möllers* ein zentrales Kriterium für das Vorliegen einer Norm ist], aber diese Präferenz soll durch den Ausschluss alternativer Möglichkeiten verwirklicht werden. [...] Unserem Verständnis nach handelt es sich dann aber nicht mehr um eine normative Praxis, sondern um einen kausalistisch ansetzenden Versuch der Gesellschaftsgestaltung“ (a. a. O., S. 347).

“Legal norms in a constitutional democracy thus exhibit three aspects that are pertinent: first, legal rules are established by a democratic legislator; second, they can be violated; and third the violation and its legal consequences can be contested in a court of law.”¹³⁷

Die von Hildebrandt dem gegenübergestellte private *Technological Regulation* (= infrastrukturalisierte technologische Steuerung) weiche von diesen demokratisches Recht konstituierenden Eigenschaften in jeder Dimension ab: *erstens* nicht kontrolliert vom demokratischen Gesetzgeber (“we never got to vote on this”); *zweitens* nicht verletzbar/brechbar; *drittens* nicht gerichtlich angreifbar.

Hildebrandts Argumentation von 2016 (!) enthält viel Zukunftsweisendes, vor allem eine Beschreibung des (damals noch weitgehend) *unregulierten* Status quo privatwirtschaftlichen Technikeinsatzes. Sie lässt sich aber genau vor diesem Hintergrund angreifen. Es ist beispielsweise schlicht nicht richtig, dass wir kein “vote” über den Einsatz von Technologien durch private Akteure haben. Denn selbstverständlich kann Technologie ihrerseits Gegenstand (demokratischer) Regulierung sein und ist es schon vielfach. Dafür steht exemplarisch die Datenschutzgrundverordnung, die mit ihrem Art. 6 Abs. 1 Hs. 1 – grundsätzliches Verbot der Verarbeitung personenbezogener Daten vorbehaltlich einer Erlaubnis¹³⁸ – quasi einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt für den Einsatz fast aller neuen Technologien geschaffen hat. Zentral für uns ist aber Hildebrandts Einschätzung, dass es für *demokratisches* Recht charakteristisch sei, dass es grundsätzlich brechbar sei und (erst) dann vor Gericht über diesen Bruch gestritten werde. Damit ist unmittelbar unser Untersuchungsgegenstand angesprochen – die Frage ist eben, ob und warum das von Rechts wegen so sein sollte.

Will man im Grundgesetz Ansatzpunkte für eine solche Argumentation finden, kann man sie mit Mühe finden: Beispielsweise spricht Art. 5 Abs. 2 GG davon, dass die in Absatz 1 der Norm enthaltenen Grundrechte „ihre Schranken in den *Vorschriften* der allgemeinen Gesetze“ finden. Also scheint hier eine Steuerung *durch* Recht im Sinn von *Kommunikation*¹³⁹ vorgesehen. Man könnte auch überlegen, ob nicht aus den in einigen Landesverfassungen enthaltenen *Rechtsbefolgungspflichten*¹⁴⁰ ein Primat der Steuerung durch Recht = Kommunikation = ‘eingebaute’ Möglichkeit der Devianz abzuleiten ist.

¹³⁷ Hildebrandt, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 10.

¹³⁸ Zu der etwas verworrenen Diskussion, ob es sich dabei um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt handelt oder nicht, exemplarisch *Rofnagel*, NJW 2019, 1 ff.

¹³⁹ Vgl. Möllers, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 125: Normen als affirmative Markierungen einer Möglichkeit; Günther, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 523 (538): „Der Grund für diese faktische Freiheit [zum rechtswidrigen Handeln] liegt darin, dass Normen an Personen adressiert sind und die Pflicht zur Normbefolgung sich daher an sie richtet. Sie fungieren als ‚Gründe für eine Person, unter bestimmten Bedingungen eine bestimmte Handlung auszuführen.‘“

¹⁴⁰ Bspw. Art. 20 Verf. Rheinland-Pfalz: „Jeder Staatsbürger hat seine Treuepflicht gegenüber Staat und Verfassung zu erfüllen, die Gesetze zu befolgen und seine körperlichen und geistigen Kräfte so zu betätigen, wie es dem Gemeinwohl entspricht.“ Hervorhebung hier.

- 88 Sehr vorsichtig formuliert *Christoph Möllers* die These, dass bzw. ob nicht die allgemeine Handlungsfreiheit *Maximilian Beckers* Erst-Handeln-dann-rechtlich-Bewerten¹⁴¹ als Rechtsgrundsatz schon enthielte:

„Der Schutz der Handlungsfreiheit dürfte es schließlich im Grundsatz erforderlich machen, Handlungen erst einmal entäußern zu können, bevor sich der Staat ihrer annimmt. [Aber:] Von dieser Regel gibt es Ausnahmen, im deutschen Verwaltungsrecht wäre das Polizeirecht das klassische, das Umweltrecht das moderne Beispiel dafür [...].“¹⁴²

- 89 Die Ausnahmen erscheinen damit freilich so weit (das Polizeirecht schützt bekanntlich die Gesamtheit der Rechtsordnung, und zwar präventiv), dass hier das Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht mehr stimmt.
- 90 *Becker* selbst wählt einen etwas anderen, aber immer noch den allgemeinen Grundrechtslehren zuzuordnenden Ansatzpunkt für seine These. Demnach gebe es einen „grundrechtlich bedeutsamen Vorrang freien Verhaltens“ vor staatlichen Interventionen. Das leitet *Becker* daraus ab, dass der Staat die „Begründungslast“ für Eingriffe trage und bei manchen (oder allen?) Grundrechten der Grundsatz *in dubio pro libertate*¹⁴³ gelte. Das spreche „prima facie für einen Schutz gewisser Freiräume“ der Bürger. *Becker* argumentiert ebenfalls vorsichtig. Ganz überzeugend ist diese Herleitung für ein echtes Recht auf Möglichkeit zum Rechtsbruch am Ende aber auch nicht. Denn aus der staatlichen „Begründungslast“ (= Rechtfertigungslast) für Grundrechtseingriffe folgt nicht zwangsläufig eine „Pflicht zum Geschehenlassen vor aktiver Begründung im Einzelfall“. Die Begründung kann auch nachgeholt werden, was in Eilfällen der Regelfall sein wird.
- 91 *b. Normative Steuerung als Realisierungsarrangement.* Letztlich führen die Versuche, ein Primat der Steuerung durch Kommunikation zu begründen, nicht besonders weit und jedenfalls nicht zu einer *allgemeinen*, grundrechtsübergreifenden Regel. Denn schon Art. 2 Abs. 2 S. 3 erlaubt Eingriffe „auf Grund eines Gesetzes“ und ist damit handlungsformenneutral formuliert. Auch die Existenz des Vollstreckungsrechts (einschließlich der diversen Möglichkeiten zu sofortigem Vollzug¹⁴⁴ und un-

141 Hierzu schon oben, → § 5 Rn. 30, sowie sogleich.

142 *Möllers*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, ³2022, § 2 Rn. 16b.

143 Hierzu zutreffend krit. *Stuckenberg*, GA 158 (2011), 653 (661): „Wenn zwei oder mehr Freiheitssphären betroffen sind, versagt eine schlichte Beweis- oder Argumentationslastregel [wie *in dubio pro libertate*], die schon deshalb für die Verfassungsinterpretation ungeeignet ist. [...] Doch selbst im isolierten Verhältnis zwischen Bürger und Staat ist diese sog. ‚Ausgangsvermutung für den Menschen‘ oder allgemeine Freiheitsvermutung [...] nicht mehr als eine andere Formulierung des Erfordernisses des Gesetzesvorbehalts für einen staatlichen Grundrechtseingriff oder, allgemeiner gesagt, der Begründungslast des Staates für eine Freiheitsbeschränkung.“

144 s. bspw. § 6 Abs. 2 VwVG Bund, demzufolge bereits eine drohende Gefahr für ein polizeiliches Schutzzutg ausreicht, um Ersatzvornahme und Zwangsmittel zu rechtfertigen. Vgl. auch allg. *Waldhoff*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR II, ³2022, § 44 Rn. 87 ff., zu den einzelnen Zwangsmitteln und den Vss. des sofortigen Vollzuges.

mittelbarer Ausführung¹⁴⁵) und von § 323c StGB zeigen, dass es auch dem alten Recht unter den alten Realisierungsbedingungen eben auf eine *Realisierung* ankam – nicht zuletzt übrigens auch den Grundrechten selbst (Recht als Bewirkungsarrangement).¹⁴⁶

Dabei ist das Ziel, möglichst *so gleich* realen statt *zunächst* nur kommunikativen 92 Rechts(güter)schutz zu bieten, auch nicht nur ein punktuelles Anliegen der Rechtsordnung. Das könnte man den Verweisen auf die – tatsächlich allenfalls punktuell wirksamen – Instrumente des Vollstreckungsrechts und von § 323c StGB freilich entgegenhalten. Jedenfalls aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts kommt die Funktion realen Schutzes allerdings *gerade* auch dem Strafrecht zu und soll damit möglichst *breit* und vor allem ohne vorangehende staatliche (polizeiliche oder gerichtliche) Konkretisierung *wirken*. Mit der zweiten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch hat das Gericht dem Gesetzgeber einen Bereich markiert, in dem sogar *von Verfassungen wegen* auf dieses aus Sicht des Gerichts (damals) wirksamste Instrument einer physisch-realen Steuerung qua Abschreckung nicht verzichtet werden dürfe.¹⁴⁷ Diese Abschreckungswirkung und damit die Steuerungsfunktion des Strafrechts ist kriminologisch bekanntlich genauso heftig umstritten wie die Entscheidung selbst.¹⁴⁸ Aber um die Empirie geht es hier nicht, sondern normativ darum, dass „[d]as Schutzpflichtkonzept des BVerfG [...] explizit *realen* Rechtsgüterschutz vermitteln“ will.¹⁴⁹

145 Geregelt z. B. in § 8 PolG BaWü.

146 Vgl. S. Baer, Rechtssoziologie, 2021, § 2 Rn. 2: „Menschenrechte‘ als Idee sind wichtig, aber Menschenrechte als durchgesetzte Praxis retten Leben.“

147 Vgl. BVerfG, Urt. v. 28.5.1993, Az. 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92 = BVerfGE 88, 203 = NJW 1993, 1751 (1754) – Schwangerschaftsabbruch II: „Handelt es sich bei der Aufgabe, das menschliche Leben vor seiner Tötung zu schützen, um eine elementare staatliche Schutzaufgabe, so läßt es das Untermaßverbot nicht zu, auf den Einsatz auch des Strafrechts und die davon ausgehende Schutzwirkung frei zu verzichten. [...] Notwendig ist ein – unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter – angemessener Schutz; entscheidend ist, daß er als solcher *wirksam* ist.“ Hervorhebung hier. In eine ähnl. Richtung bspw. auch BVerfG, Urt. v. 16.1.2003, Az. 2 BvR 716/01 = BVerfGE 107, 104 = NJW 2003, 2004 (2005) – Eltern im Jugendstrafverfahren: „Die Sicherung des Rechtsfriedens durch Strafrecht ist seit jeher eine wichtige Aufgabe staatlicher Gewalt. [...] Strafnormen und deren Anwendung in einem rechtsstaatlichen Verfahren sind Verfassungsaufgaben.“ Zurückhaltender BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008, Az. 2 BvR 392/07 = BVerfGE 120, 224 = NJW 2008, 1137 Rn. 35 – Geschwisterbeischlaf: „Es ist aber grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns verbindlich festzulegen. Er ist bei der Entscheidung, ob er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen und wie er dies gegebenenfalls tun will, grundsätzlich frei ([Nachweise]).“

148 s. nur Gärditz, Staat und Strafrechtspflege, 2015, S. 58 ff., bes. S. 60: „naive Strafrechtsgläubigkeit“ des BVerfG.

149 Ibid., S. 60. Hervorhebungen im Original. Vor diesem Hintergrund scheint es mir auch ein Missverständnis zu sein, wenn Haffke, in: Schünemann (Hg.), FS Roxin, 2001, S. 955 (972) argumentiert, das BVerfG habe sich in der ersten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch zu einem Vorrang des Erst-Handelns-dann-Bewertens bekannt. Aus dem Zusammenhang gerissen heißt es dort zwar: „Das Gesetz ist nicht nur Instrument zur Steuerung gesellschaftlicher Prozesse nach soziologischen Erkenntnissen und Prognosen, es ist auch bleibender Ausdruck sozialetischer und – ihr folgend – rechtlicher Bewertung menschlicher Handlung; es soll sagen, was für den einzelnen Recht und Unrecht ist“ (BVerfG, Urt. v. 25.2.1975 = BVerfGE 39, 1 (59) = NJW 1975, 573 [576] – Schwangerschaftsabbruch I). Haffke liest

- 93 Das zugegeben harte Beispiel des Abtreibungsrechts zeigt auch, dass eine Konzeption, der zufolge „[e]in freiheitlicher Rechtsstaat [...] bloße Rechtsfolgen [setzt], [...] diese im Rahmen seiner Prozessordnung [vollstreckt] und [damit] die Anwendung solchen Rechts unter den Augen der Öffentlichkeit verhandelt“,¹⁵⁰ nicht richtig sein kann. Sie überbetont den *kommunikativen* Steuerungs-Aspekt von Recht, um das „nurmehr“ Normative und Kontrafaktische der Strafrechtspflege [z]u [v]erteidigen und [zu r]echt fertigen.“¹⁵¹ Sie gewichtet damit aber nicht nur die Rolle der Adressaten als Erstanwender des Rechts bereits außerhalb des gerichtlichen Prozesses zu gering,¹⁵² sondern widerspricht auch der auf reale Wirksamkeit gerichteten Rechtsordnung des Grundgesetzes. Denn, um im harten Beispiel zu bleiben: Das Kind ist tot.¹⁵³
- 94 Schließlich führt ohnehin nichts an der Einsicht vorbei, dass das Grundgesetz wie auch die Grundrechtecharta der EU aus einer Zeit stammen, in der die Option der Optimierung der Rechtsdurchsetzung durch *Compliance Assistance Technologies*

daraus ein Bekenntnis zu „symbolischem“ Recht, das „wertrational“ statt „zweckrational“ argumentiere. M. E. wird diese Lesart dem Urteil nicht gerecht. Unmittelbar vor der zitierten Stelle heißt es: „Der von der Verfassung geforderte Rechtsschutz für das konkrete einzelne Menschenleben wird zurückgestellt zugunsten einer mehr ‚sozialtechnischen‘ Verwendung des Gesetzes als einer gezielten Aktion des Gesetzgebers zur Erreichung eines bestimmten gesellschaftspolitisch erwünschten Ziels, der ‚Eindämmung der Abtreibungsseuche‘. Der Gesetzgeber darf aber nicht nur das Ziel im Auge haben, sei es auch noch so erstrebenswert: er muß beachten, daß auch jeder Schritt auf dem Weg dahin sich vor der Verfassung und ihren unverzichtbaren Postulaten zu rechtfertigen hat. Der Effizienz der Regelung im ganzen darf der Grundrechtsschutz im einzelnen nicht geopfert werden. Das Gesetz ist nicht Instrument [...]“ Hervorhebung hier. Es geht dem Verfassungsgericht also sehr wohl um mehr als Symbolik und Bewertung, es geht ihm ganz konkret um den Schutz des *einzelnen* Lebens. Das Gesetz bleibt damit einem konkreten Zweck verpflichtet, nur eben nicht dem der Gesamtwohlfahrt allein, sondern zumindest auch der Wohlfahrt des Einzelnen (vgl. dazu schon oben, → § 2 Rn. 4, dort bei/in Fn. 8).

- 150 So die weitgehende Stellungnahme von Paschke, MMR 2019, 563 (567), wobei die Autorin hier eventuell etwas überschießend formuliert hat: Aus dem Gesamtkontext, in dem sie für eine Determinierungsgesamtrechnung plädiert, lässt sich herauslesen, dass es ihr wohl um Fragen *des Umfangs* realer Bewirkung geht (den sie klein halten will), nicht um das Ob.
- 151 So dezidiert Burchard, JRE 27 (2019), 527 (548 f.), mit der Betonung auf dem „nurmehr“: „An dieser Stelle begegnet uns die Differenz zwischen einer liberalen Fundierung des Strafrechts, die letzteres dem Freiheitsschutz verschreibt, und wohlfahrtsstaatlichen Konzeptionen, die das Strafrecht zum Sicherheitsschutz einsetzen (können).“ Nach diesem Verständnis erweist sich das Strafrechtskonzept des BVerfG als ein wohlfahrtsstaatliches, indem es auf Steuerung des Adressaten durch die Strafnorm abstellt. Versuche, das Strafrecht anders als als Steuerung zu rekonstruieren, sind bislang, soweit ersichtlich, wenig erfolgreich gewesen. Vgl. für eine gründliche Studie Haffke, in: Schünemann (Hg.), FS Roxin, 2001, S. 955 ff., der an die Stelle der „Effizienz“ als Grund des Strafrechts (= Steuerung) die „Erwartungsstabilisierung“ setzen will; am Ende aber einräumen muss: „Die Wahrnehmung fehlender Verhaltenssteuerung durch die Norm erodiert die Erwartungssicherheit“ (ebd., S. 974, dort Fn. 76, unter Verweis auf Luhmann und v. a. Popitz). Deshalb: „Das Effizienzprinzip [= Steuerung] bleibt zum Schluß der Sieger.“ (ebd., S. 974).
- 152 s. dazu schon oben, → § 4 Rn. 18 ff., 32 ff.: Es ist ihre ‚Zuständigkeit‘, Recht im ersten Zugriff anzuwenden und damit zur Realisierung des Gesollten beizutragen; es ist hingegen nicht ihre Zuständigkeit, dagegen zu verstoßen, um (vielleicht) die Konsequenzen zu tragen.
- 153 Notabene: Damit ist nicht gesagt, dass die von einer Norm *bezweckte* Bewirkung zwangsläufig immer durch einen technisch vermittelten, *sofortigen* physischen Vollzug umgesetzt werden muss. Wie oben bereits ausgeführt, bietet es sich an, normenscharf den besten Zeitpunkt einer Intervention anhand der Stellschrauben Rechtzeitigkeit/Reversibilität und Kompensierbarkeit zu bemessen, dazu → § 2 Rn. 275.

i. w. S. schlicht nicht zur Verfügung stand. Deshalb: Eine *direkte* Aussage, dass Steuerung im demokratischen Grundrechtsstaat entsprechend der „Theorie normativer Ordnungen“¹⁵⁴ im ersten Schritt nur durch Kommunikation stattfinden darf, und zwar auch dann, wenn die Kommunikation versagt hat (der Adressat also zum devianten Verhalten im Sinn der Definition der *Impossibility Structure*¹⁵⁵ hinreichend unmittelbar ansetzt), lässt sich unseren Verfassungstexten nicht entnehmen. Es ließe sich ihnen nur dann entnehmen, wenn man die Theorie als *Tradition* zum Argument zu machen bereit wäre – und damit bereit wäre, sich, zugespitzt formuliert, in die Nähe eines Sein-Sollen-Schlusses zu begeben. Man wird stattdessen nach *materiellen* Gründen für die Ermöglichung von Devianz jenseits der Theorie des vor-digitalen Status quo suchen müssen. Man wird hier auch durchaus fündig, wenn auch in einem weniger pauschalen Umfang als es die bisherige Theorie erlaubt bzw. richtigerweise: beschrieben hat.

3. Der Rechtsbruch selbst als grundrechtlicher Freiheitsgebrauch?

Ebenfalls noch vergleichsweise einfach ließe sich ein Recht auf Möglichkeit zum Rechtsbruch bejahen, wenn *der Rechtsbruch selbst* als grundrechtlicher Freiheitsgebrauch zu qualifizieren wäre. Er bzw. die den Rechtsbruch ausmachende Handlung könnte dann mit einem eigenen, positiven Gewicht in die Grundrechtsabwägung eingehen und würde – bei hinreichend *niedrigem* Gewicht der auf Verwirklichung der Rechtspflicht drängenden Gründe – eben diese Abwägung auch ‚gewinnen‘ können.

Mit der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 scheint sich unter Geltung des Grundgesetzes¹⁵⁶ eine recht einfache Option aufzutun, ein Recht auf Möglichkeit zum Rechtsverstoß verfassungsrechtlich zu verankern. Immerhin, so liest man etwa stellvertretend für viele bei *Horst Dreier*, fällt auch strafbares und damit in der denkbar schärfsten Form verbotenes Verhalten in den Schutzbereich der Norm.¹⁵⁷ Von dieser niedrigen Schwelle aus ist dann zumindest jede Verunmöglichung selbstverständlich ein Grundrechtseingriff. Er bedarf einer gesetzlichen Grundlage und muss sich insbesondere am Maßstab der Verhältnismäßigkeit messen lassen. So gesehen *existiert* ein Recht auf Möglichkeit zum Rechtsverstoß also schon, erscheint sogar als grundrechtsdogmatische Selbstverständlichkeit. Gekoppelt mit dem scharf

154 Vgl. Burchard, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 553 (576) und die Nachw. in → § 5 Fn. 131.

155 Vgl. oben, → § 2 Rn. 139.

156 Zur Frage, ob das EU-Recht eine allg. Handlungsfreiheit kennt, vorsichtig bejahend Wolff, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hg.), Frankfurter Kommentar Bd. I, 2017, Art. 6 GRC Rn. 16 m. w. N.

157 Dreier, in: ders. (Hg.), GG Bd. I, ³2013, Art. 2 I Rn. 30; dort aber auch die Klarstellung: Aus der reinen Erfassung durch den Schutzbereich folgt eben mitnichten *im Ergebnis* ein „Recht auf Rausch“, „auf Umweltverschmutzung“ etc.

gestellten Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das Überwachung – wie wir gesehen haben¹⁵⁸ – nur unter engen Voraussetzungen zulässt, hätten wir dann sogar zusätzlich das Recht auf Möglichkeit zum *unerkannten* Rechtsverstoß schon *de constitutione lata* begründet. Dass *Luhmann* individuelle Freiheit nicht als Grund seiner brauchbaren Illegalität nennt, müsste uns angesichts der skizzierten verfassungsrechtlichen Argumentation dann auch nicht weiter irritieren, wenn sie (die Argumentation) rechtlich überzeugend ist. Das ist sie aber nicht. Sie *umschifft* den Kern des Problems:

97 a. *Das Abwägungsgewicht ver- und gebotswidrigen Verhaltens: null.* Die vorstehende Argumentation wird der originären Funktion von sozusagen *fertigm* Recht nicht gerecht. Dessen spezifische Funktion ist es, im wesensprägenden Unterschied zu der Fülle anderer sozialer Normen, die uns auch umgeben, wechselseitige Freiheitssphären *durchsetzbar* abzustecken (sicherlich nicht ‚um jeden Preis‘, aber dazu nochmals gesondert, sogleich). Vor diesem Hintergrund *erfasst* Art. 2 Abs. 1 *Halbsatz 1 GG* zwar tatsächlich auch strafbares oder sonstiges verbotenes Verhalten (etwa Verhalten, das der Gesetzgeber in § 211 StGB als Mord definiert und verboten hat) mit seinem Schutzbereich. Aber Art. 2 Abs. 1 GG darf nicht ohne *Halbsatz 2* gelesen werden, der es zulässt, dass dem ‚Mörder‘ ein rechtlicher *Schutz* seines Verhaltens von Seiten der Gesellschaft *im Ergebnis* eben doch entzogen wird. Würde man versuchen, Grundrechtsabwägungen in Gleichungen darzustellen,¹⁵⁹ dann wäre das Gewicht der allgemeinen Handlungsfreiheit innerhalb des von § 211 StGB ausgesprochenen und *bereits selbstständig auf seine Grundrechtskonformität zu prüfenden* (!) Verbots also = null.

98 Das verbotene Verhalten bleibt dann zwar von Art. 2 Abs. 1 GG *zunächst* erfasst. Man mag auch weiterhin, etwa mit *Robert Alexy*, davon sprechen, dass es sich begrifflich um eine *Freiheit zu handeln* (also bspw. *zu töten*).¹⁶⁰ *Im Ergebnis* ist dieses Verhalten bzw. ist diese Freiheit jedoch *nicht mehr* rechtlich geschützt.¹⁶¹ Grundrechtstheoretisch ergibt es daher vielleicht doch guten Sinn, den Schutzbereich eines Grundrechts aussagekräftiger als „Kontrollbereich“¹⁶² zu bezeichnen. Hier zeigt sich letztlich auch der Unterschied zwischen einem vorrechtlichen Freiheitsbegriff

158 s. oben, → § 2 Rn. 82 ff.

159 Durchaus anschaulich *Alexy*, AöR 140 (2015), 497 (502 f.).

160 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 2006, S. 344 ff., dort am Bsp. der (Freiheit zur) Nötigung.

161 *Ibid.*, S. 343. So nun auch zutreffend und speziell mit Blick auf *Impossibility Structures* *Rauber*, JZ 79 (2024), 174 (179).

162 *R. Dreier*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ³2015, S. 54 (64): „Eine Handlung, die [dem Kontrollbereich] unterfällt, ist im Ergebnis nur dann grundrechtlich geschützt, d. h. eine berechtigte Grundrechtsausübung, wenn sie sich innerhalb der Schrankenregelung des Grundrechts bewegt.“ Auf die Diskussion um die richtige Begrifflichkeit für die Bezeichnung des Tatbestands einer Grundrechtsnorm ohne Berücksichtigung von deren Schrankenregelung („Schutzbereich“, Regelungsbereich“, „Kontrollbereich“, „Gewährleistungsbereich“ etc.) soll hier nur hingewiesen werden.

und dem rechtlich-sozial gebundenen Freiheitsbegriff des Grundgesetzes¹⁶³ – an Art. 2 Abs. 1 GG illustriert: Eine vorrechtlich-ungebundene Freiheit ‚geht‘ in das Grundrecht über dessen Halbsatz 1 hinein, kommt aber, nachdem sie Halbsatz 2 in Verbindung mit einem rechtlichen Verbot oder Gebot durchlaufen hat, als *geltende* Freiheit rechtlich strukturiert und sozial (ein)gebunden und das heißt in unseren Fall: auf null gesetzt wieder heraus. Ein Recht auf Möglichkeit zum Rechtsbruch lässt sich auf diesem *allgemeinen* grundrechtlichen Weg daher nicht begründen.

b. Einwand I: individuell-konkret. Widerspricht dem soeben Gesagten nicht die Einsicht, dass sich Vollstreckungsrecht bzw., ins Reale gewendet, um das es uns ja gehen soll: widerspricht dem nicht, dass sich Vollstreckungshandlungen immer *eigenständig* als Grundrechtseingriff erweisen (der Polizist, der den verbotswidrig abgestellten Pkw abschleppen lässt, oder der nach § 323c StGB Verpflichtete, der dem ‚Mörder‘ in den Arm fällt)? 99

aa. Die notwendige Eigenständigkeit des Vollstreckungseingriffs ... Vollstreckung sieht sich damit eben doch stets einer *eigenständigen* Rechtfertigungshürde ausgesetzt, wie gerade das ausdifferenzierte Verwaltungsvollstreckungsrecht zeigt. Der Widerspruch lässt sich gleichwohl auflösen. Denn *diese* Hürden, d. h. die Gegengewichte, die in der vollstreckungsrechtlichen Abwägung *gegen* die Durchsetzung des Rechts streiten können, haben mit der Illegalität des verbotenen Verhaltens bzw. genauer: mit *dessen* Schutz nichts zu tun: 100

Zunächst – *erstens* – haben Vollstreckungsverfahren jene oben dargestellte, machtsociologisch hoch relevante Funktion der Ressourcenschonung.¹⁶⁴ Das gefahrenabwehrrechtliche Opportunitätsprinzip, das gestreckte Vollstreckungsverfahren als Regelverfahren¹⁶⁵ und auch das Vollstreckungsermessen setzen die Einsicht in die (bislang) begrenzten realen Machtoptionen des Staates wirksam in geltendes Recht um.¹⁶⁶ Um *diesen* spezifischen Aspekt wollen wir uns angesichts der (unterstellten) Infrastrukturalisierung¹⁶⁷ künstlich-intelligenter Aktanten hier nicht mehr kümmern. 101

Zweitens und vor allem hat das Vollstreckungsrecht die schon mehrfach erwähnte Funktion, die Auswahl des *konkreten Mittels*, durch das die Rechtsdurchsetzung bewirkt werden soll, zu steuern. Hierdurch kann und soll dessen *Verhältnismäßigkeit* mit Blick auf *andere*, legale, d. h. vom Verbotssatz nicht umfasste Rechtsgüter 102

163 Vgl. Eifert, in: Herdegen et al. (Hg.), VerfassungsR-HdB, 2021, § 18 Rn. 10 m. w. N., und schon bei/in → Fn. 59 (Einleitung).

164 s. dazu ausf. oben, → S. 243 ff.

165 Dazu ausf. Waldhoff, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR II, 32022, § 44 Rn. 72 ff.

166 Vgl. nur Graulich, in: Bäcker/Denninger/Graulich (Hg.), PolR-HdB, 72021, Abschnitt E Rn. 118 m. w. N. zur Rspr.

167 Dazu oben, ab → S. 240.

einer sich rechtswidrig verhaltenden Person gewährleistet werden (grundrechtliches Übermaßverbot).¹⁶⁸ Daran müssen sich auch rechtsdurchsetzungsfähige Technologien umfassend messen lassen. Das gilt jedenfalls dann, wenn sie – mehr oder weniger intensiv – staatlich mandatiert sind. Das gilt aber in mittelbarer Drittwirkung der Grundrechte richtigerweise auch für solche Technologien, die zwecks Rechtsgüterschutzes privatinitiativ eingesetzt werden.

- 103 Nochmals sei hier das bereits¹⁶⁹ geschilderte Beispiel aus dem Bereich der robotischen Haushalts- und Servicehilfen herangezogen: Erkennt der Haushaltsroboter iC, dass der Besucher B aus dem Haushalt der A einen Apfel stehlen möchte, darf die erforderliche und angemessene Verunmöglichungshandlung nicht in einer tödlichen Abwehrhandlung bestehen. Doch ist Gegenstand des rechtlichen Schutzes hier nicht der Besitz des Diebes am Apfel, ist also nicht das rechtswidrige Handeln, dessen Erfolg oder auch nur der Versuch. Geschützt wird ein anderes Rechtsgut, dessen ‚Existenz‘ *rechtmäßig* und daher *nicht* auf null gesetzt ist (konkret: Leib und Leben des Diebes. Beides hat er durch den Diebstahl rechtlich nicht verwirkt). *Würden* sich diese ungewollten, *in concreto* überwiegenden Nebenfolgen der Rechtsdurchsetzung ganz vermeiden und sich der Zugriff trennscharf auf das angegriffene Rechtsgut/die Verhinderung des Rechtsbruchs beschränken lassen, dann bliebe am Ende nur noch der Dieb mit seiner Beute und dem Abwägungsgewicht null übrig.
- 104 Schließlich – *drittens* – haben Vollstreckungsverfahren eine Funktion der Wissensgenerierung im anspruchsvollen Sinn. Sie erlauben als Vermittlungsscharnier zwischen der Allgemeinheit der Norm und dem konkreten Fall, eben diesem Fall gerecht zu werden. Die Phase der menschlichen Vollstreckung dient damit wie gesagt¹⁷⁰ auch dem nachgeholten Interessenausgleich, indem sie Zeit und Raum bietet, Konkretisierungs- und gegebenenfalls sogar Reflexionsleistungen über die Norm zu erbringen, die zu Differenzierungen führen können, die im Normtext noch nicht angelegt sind (Prüfung des Normbefehls auf seine Zweck-Legitimität auch im konkreten Fall). *Hierin* liegt dann in der Tat eine zentrale, gerade auch freiheits-sichernde Funktion, weil hier der konkrete Normbefehl konkretisiert und dabei nochmals hinterfragt werden kann. Auch hierfür lässt sich ein digitales Beispiel aus → Kapitel 1 aufgreifen: Wenn es der Technischen Aufsicht eines autonomen Kfz (d. h. einem Menschen) möglich sein muss, die Weiterfahrt freizugeben, obwohl das Fahrzeug diese wegen drohenden Verstoßes gegen Straßenverkehrsrecht eingestellt hat (vgl. § 1e Abs. 2 Nr. 3 StVG), dann wird hier – jedenfalls klassischerweise – nicht die Freiheit zum Rechtsbruch geschützt, sondern es werden *ratione legis* die technischen Unzulänglichkeiten des Systems antizipiert. Das zeigt sich, wenn man

168 Vgl. statt vieler nur Graulich, in: Bäcker/Denninger/Graulich (Hg.), PolR-HdB, 72021, Abschnitt E Rn. 957 ff. zur Verhältnismäßigkeit des Einsatzes unmittelbaren Zwangs durch Polizeibeamte.

169 s. schon oben, → § 2 Rn. 246.

170 s. hierzu → § 2 Rn. 268 ff. und → § 3 Rn. 69 ff.

die diskutierten Fallgestaltungen näher ansieht, für die diese Übersteuerungsmöglichkeit des Menschen geschaffen ist:

„Eine für das Fahrzeug grundsätzlich unzulässige Verletzung des Straßenverkehrsrechts würde etwa vorliegen, wenn sich ein autonomer Wagen über ein infolge eines technischen Defekts [!] dauerhaft auf ‚rot‘ gestelltes Ampelsignal hinwegsetzt und weiterfährt.“¹⁷¹

Alternativ wäre an das häufig notwendige Überfahren der durchgezogenen Linie zu denken, z. B. bei einem Hindernis auf der Straße.

Im regulären Verfahren der Realisierung von öffentlichen Rechtspflichten durch Verwaltungsvollstreckung ist die Funktion der Wissensgenerierung zwecks Normkonkretisierung/-reflexion grundsätzlich¹⁷² dem Verwaltungungsverfahren und dem daraus resultierenden Verwaltungsakt zugewiesen (§§ 9 ff. VwVfG), der dem Vollstreckungsverfahren im eigentlichen Sinn vorgelagert ist. Als bloßer Rechtsakt bewirkt der Verwaltungsakt selbst noch nichts Reales und greift damit *ganz streng* aus der *Verwirklichungsperspektive* auf das Recht geblickt noch nicht einmal wirklich (!) in ein Recht ein.¹⁷³ Er ist letztlich bloße Kommunikation, der Rechtsbefehl als solcher ist anfechtbar und diskutabel, d. h. weiter oder anders konkretisierbar, das alles gegebenenfalls auch vor Gericht. Im anschließenden Verwaltungsvollstreckungsverfahren im *eigentlichen* Sinn (z. B. §§ 6 ff. VwVG), d. h. ab Bestandskraft des Verwaltungsakts, ist der reale Vollzug sodann möglich, ohne dass die materielle Rechtslage noch zu prüfen wäre (Ablehnung des sogenannten Rechtswidrigkeitszusammenhangs).¹⁷⁴ Hier stehen folglich staatliche Ressourcenschonung (soeben, → Rn. 101) und Güterschutz des eigentlich Verpflichteten (soeben, → Rn. 102 f.) im Vordergrund. Rechtsverwirklichung als Prozess¹⁷⁵ zeigt sich hier in besonders klarer Form.

Das ist freilich auch nach dem gegenwärtigen allgemeinen Vollstreckungsrecht nur *eine* Variante der Verwirklichung (gegen/ohne den Willen des originären Rechtsadressaten): Beim sofortigen Vollzug „werden materielles Recht und Rechtsdurchsetzung unmittelbar miteinander verknüpft.“¹⁷⁶ Hier übernimmt also das Vollstreckungsverfahren *allein* die Aufgabe der Sach- und Rechtserkenntnis. Voraussetzung ist hier, dass – am Beispiel von § 6 Abs. 2 VwVG – eine Sachlage gegeben ist, in der „der sofortige Vollzug zur Verhinderung einer rechtswidrigen Tat, die einen

171 Hilgendorf, JZ 2021, 444 (448); zum Ganzen auch oben, → S. 146 ff.

172 Die nicht wenigen Durchbrechungen des Grundsatzes, in denen also auch das Verwaltungsvollstreckungsverfahren (i. e. S.) Sach- und Rechtserkenntnisfunktionen erlangt, beschreibt Poscher, VerwArch 89 (1998), 111 ff.

173 Vgl. hierzu Rademacher, Realakte im Rechtsschutzsystem der Europäischen Union, 2014, S. 135 ff., 185 ff.

174 Dazu Waldhoff, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR II, 32022, § 44 Rn. 77 ff. m. w. N., bes. Rn. 78 f.

175 Vgl. schon → S. 351 ff.

176 Vgl. Poscher, VerwArch 89 (1998), 111 (130): „Die für den Regelfall der Vollstreckung durch den Titel gewährleistete Entkopplung der Vollstreckung von der materiellen Rechtslage ist aufgehoben.“ Für weitere Arrangements, in denen das Recht seine eigene Verletzung verunmöglicht (Sicherungsverwahrung und Formnichtigkeit letztwilliger Verfügungen), s. Rauber, JZ 79 (2024), 174 (177 f.).

Straf- oder Bußgeldtatbestand verwirklicht, oder zur Abwendung einer drohenden Gefahr notwendig ist und die Behörde hierbei innerhalb ihrer gesetzlichen Befugnisse handelt“.¹⁷⁷ Die Intervention in möglichst enger zeitlich-räumlicher Nähe des Geschehens zur rechtswidrigen Tat bzw. zur polizeirechtlichen Störung ist letztlich das, was eine gute *Impossibility* oder *Justification Structure* auszeichnet bzw. auszeichnen muss.¹⁷⁸

- 107 Diese soeben grob skizzierte dritte Funktionsebene im regulären Vollstreckungsarrangement des VwVG (Wissensgenerierung) ist gerade dann sehr ernst zu nehmen, wenn sie in KI-optimierte Rechtsverwirklichungsprozesse überführt werden soll. Das muss entweder dadurch erfolgen, dass der Gesetzgeber notwendige Differenzierungen schon im – dann maschinell unter Umständen *noch* schwieriger abzubildenden – Normtext selbst nachholt;¹⁷⁹ oder – und wohl vor allem – indem dort, wo die Technologie (noch) nicht leistungsfähig genug ist (siehe → § 3), Differenzierungsleistungen vom Rechtsadressaten selbst akut (= *Justification Structures*)¹⁸⁰ oder *ex post* (= *Impossibility Structures*)¹⁸¹ nachgeholt bzw. ihm abverlangt werden. Dabei ist es die Stärke des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, dass dieser mehrdimensionale Abwägungsprozess mit seiner Hilfe auf die konkret in Rede stehenden (konfligierenden) Rechtsgüter und die konkret (umzusetzenden) Normen angepasst erfolgen kann.¹⁸² Nochmals sei daran erinnert, dass bei dieser Abwägung der Frage der Reversibilität einer sich *ex post*, also insbesondere nach gerichtlicher Kontrolle herausstellenden Rechtswidrigkeit der Rechtsdurchsetzung besondere Relevanz zukommen muss.¹⁸³
- 108 Und noch eine weitere Erinnerung scheint mir hier wichtig: daran, dass der ‚Instrumentenkoffer‘ algorithmischer Rechtsverwirklichung nicht so optionenarm bestückt ist, wie es einige rechtstheoretische Kommentierungen befürchten lassen. Vor allem die in ihren Real- und Rechtsfolgen differenziert ausgestaltungsfähige Kategorie der *Justification Structures* steht dafür, dass Flexibilität und Dialog bei der Rechtsverwirklichung durchaus auch *technisch* weiter ermöglicht bzw. sogar forciert und strukturiert werden können.¹⁸⁴ Sicherlich: Die dafür erforderlichen hybriden Arrangements zu schaffen ist anspruchsvoll und stellt rein umsetzungstechnisch wohl eine der effektivsten Hürden gegen den breitflächigen Einsatz von physisch wirksamen *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. dar. Es verlangt insbesondere als eine

177 s. hierzu auch schon bei/in → § 5 Fn. 144.

178 s. schon oben, → § 2 Rn. 139.

179 s. oben, → § 2 Rn. 268 ff.

180 s. oben, → S. 217 ff.

181 s. oben, → § 2 Rn. 273 ff.

182 Differenzierungskriterien für diese Abwägung müssen an anderer Stelle in Ansehung konkreter Einsatzfelder und Fähigkeiten von *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. entwickelt werden.

183 s. oben, → § 2 Rn. 275.

184 Dazu ausf. oben, → S. 223 ff., 265 ff.

rechtsdogmatisch leicht greifbare Konsequenz, auf die generalklauselhafte Einführung solcher Technologien zu verzichten;¹⁸⁵ dafür sind ihre Differenzierungen und die je nach Sach- und Rechtsbereich absehbar zu sehr divergierenden Fähigkeiten der Technik zu groß.

bb. ... begründet keinen notwendigen Eigenwert des Rechtsbruchs. So anspruchsvoll diese Operationen aber auch sein mögen, es folgt hieraus doch kein Schutz von Illegalität – also von dem *ernst gemeinten* Kern jener möglicherweise gegenwärtig *noch* überschießend formulierten, weil für eine Welt imperfekt-menschlicher Befolgung bzw. imperfekt-menschlichen Vollzugs geschaffenen Verbotsnorm.¹⁸⁶ Um diese ‚Imperfektionen‘ ebenso wie die geschilderten überschießenden Wirkungen von Vollstreckung auf andere Rechtsgüter der rechtsbrüchigen Person freiheitsrechtlich-grundrechtsdogmatisch – vor allem mithilfe des bewährten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – verarbeiten zu können, ist es *schlicht nicht notwendig*, Rechtsbrüchen einen Eigenwert zuzumessen. Auf diese Weise lässt sich der Eigenwert daher auch nicht überzeugend begründen. 109

Das Gesagte gilt auch und sogar *erst recht* für den Bereich der besonders sensiblen Grundrechte wie der „Religions-, Gewissens- oder Bekenntnisfreiheit, de[n] Schutz von Ehe oder Familie oder persönlichkeitsnahe Ausprägungen der Allgemeinen Handlungsfreiheit.“¹⁸⁷ Hier *überhaupt* rechtliche Verhaltenspflichten zu etablieren, steht unter *verstärktem* Vorbehalt grundrechtlicher Prüfung, insbesondere hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs. Oder anders ausgedrückt: Hier *überhaupt* durch Recht mit der Intention der primären Verhaltenssteuerung – und nicht etwa ‚nur‘ durch Verfahrens-, Ausgleichs- oder Kompensationsregeln z. B. für den Tierschutz (mit dem Beispiel des Schächtens im Kopf) – einzugreifen, *muss* seitens des Gesetzgebers *besonders ernst* gemeint und gerechtfertigt sein oder es darf eben – und zwar schon auf *materiell-rechtlicher* Ebene – *nicht* sein. Eine freiheitsrechtlich begründete Möglichkeit zum Rechtsbruch hat genau besehen deshalb *gerade* hier keinen Raum, d. h. hat kein für die Abwägung relevantes eigenständiges Gewicht 110

185 s. oben, → § 2 Rn. 275. Wohlgermerkt: *Dieses* Bestimmtheitsgebot *hier* ist nicht freiheitsrechtlich motiviert, sondern funktional, da wegen der Eigenheiten automatisierter Rechtsdurchsetzung vor deren Einsatz stets noch einmal gut überlegt sein will, ob bzw. in welchen konkreten Arrangements der Hybridisierung (s. oben, ab → S. 351) sich ein für menschliche Befolgung und Durchsetzung gemachter Rechtssatz (i. d. S. „altes Recht“, s. Rademacher, JZ 2019, 702) überhaupt für eine automatisierte Durchsetzung/Assistenz eignet.

186 Vgl. nochmals Burchard, JRE 27 (2019), 527 (550): „Strafverfassungsrechtlich gedeutet: Strafrechtliche Ge- und Verbotsnormen müssen als *prima ratio* des Freiheitsschutzes theoretisiert werden, weil und wenn ein rigiderer (z. B. administrativ supervisiver, regulativer oder technisch intervenierender) Rechtsgüterschutz *per saldo* nicht erforderlich oder nicht angemessen wäre, da er Einzelne oder die Allgemeinheit belasten würde.“ Genau hinter dieser „Belastung“ bzw. hinter deren Unterstellung verbirgt sich aber doch die eigentliche Gretchenfrage: Ist es/kann es eine *rechtlich* relevante Belastung sein, nicht gegen Recht verstoßen zu können? Oder muss das Recht diese Abwägung als zirkulär zurückweisen? Genau darum geht es.

187 A. A. Bäcker, Vereitelungssysteme, Antrittsvorlesung in Mainz am 14.7.2022.

> 0. Wer hingegen aus der Perspektive der gesteigerten grundrechtlichen *prima-facie*-Bedeutsamkeit des untersagten Verhaltens (obwohl dieses Verhalten *als Ergebnis* der materiellen Grundrechtsprüfung für ‚weg-‘wägbare erklärt und dem Gewicht nach auf null gesetzt wurde) für die Möglichkeit zum Rechtsbruch plädiert,¹⁸⁸ muss daher nochmals genauer hinterfragen, ob er nicht *eigentlich* auf materieller Ebene für ein Absehen von einer *Verhaltenspflicht* argumentiert.¹⁸⁹

- 111 c. *Einwand II: individuell-systemisch*. Weiterführend im Sinn eines freiheitsrechtlich begründeten Rechts auf Möglichkeit zum Rechtsbruch könnte es allerdings sein, die Perspektive vom *einzelnen* Recht und seinem konkreten Verwirklichungsanspruch auf die Gesamtheit der ein Individuum treffenden Rechtspflichten zu lenken. Wie schon in der Einleitung gesagt, ist die Perspektive einer KI-basiert optimierten Rechtsverwirklichung ja ebenfalls holistisch angelegt, d. h. betrifft eben nicht nur einzelne, besonders hochrangige Rechtsnormen/-güter, sondern auch Handlungen, die als Bagatellen abzutun leichtfällt.
- 112 aa. *Brauchen wir eine Determinierungsgesamtrechnung?* Anne Paschke hat den Begriff der „Determinierungsgesamtrechnung“ in die Diskussion eingeführt, um dieser systemischen Dimension gerecht zu werden.¹⁹⁰ Einer solchen bedürfe es „ähnlich der Überwachungsgesamtrechnung“,¹⁹¹ die das Bundesverfassungsgericht für staatliche Überwachungstechnologien vor längerer Zeit schon gefordert hat und für deren Operationalisierung nun erste Vorschläge vorliegen.¹⁹²
- 113 Scheinbar führt der systemische Zugriff in der Tat weiter als der konkrete: Denn mit dem Bundesverfassungsgericht lässt sich die Forderung, „dass [...] durch alle [staatlichen] Überwachungsmaßnahmen *zusammen* nicht praktisch alle Aktivitäten der Bürger erfasst und rekonstruiert werden können“¹⁹³ dürfen, tatsächlich im Ident-

188 Ibid.

189 Vgl. insofern auch moralphilosophisch Raz, in: ders. (Hg.), *The Authority of Law*, 2009, S. 279 (287): „What legal form should the recognition of a right not to act against one’s conscience take? One simple and radical solution is to introduce a special and unified legal doctrine granting a right of conscientious objection which can be invoked to obtain exemption from liability for breach of any of a number of laws.“ Genau das lehnt Raz aber im Erg. ab, einmal wegen der Gefahr des Missbrauchs – was recht offensichtlich ist –, aber auch wegen der Incentivierung von „undesirable forms of introspection“ (a. a. O.). Deshalb: „A right to conscientious objection should be introduced only very sparingly and only in the absence of better ways of protecting freedom of conscience. The main device for protecting freedom of conscience is and *must in any case be the avoidance of laws to which people are likely to have conscientious objections*“ (a. a. O., S. 288, Hervorhebung hier).

190 Paschke, MMR 2019, 563.

191 Ibid., S. 567.

192 s. Nachw. oben, in → § 2 Fn. 227.

193 Roßnagel, NJW 2010, 1238 (1240), Hervorhebung hier, unter Verweis auf BVerfG, Urt. v. 2.3.2010, Az. 1 BvR 256/08 = BVerfGE 125, 260 = NJW 2010, 833 Rn. 218 – Vorratsdatenspeicherung: Es dürfe „die Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten nicht als Schritt hin zu einer Gesetzgebung verstanden werden, die auf eine möglichst flächendeckende vorsorgliche Speicherung aller für die Strafverfolgung oder Gefahrenprävention nützlichen Daten zielt. Eine solche Gesetzgebung wäre, unabhängig von der Gestaltung der Verwendungsregelungen, von vornherein mit der Verfassung unvereinbar.“

titätskern des Grundgesetzes und damit in der Menschenwürde in Anwendung der Objektformel verankern. Auf den ersten Blick scheint das nun auch für *physisch* wirksame *Rechtsdurchsetzung* ein gangbarer Weg der Einhegung zu sein. Es ginge dann nicht mehr so sehr um ein Recht auf Möglichkeit zum konkreten Rechtsverstoß, sondern um ein Recht darauf, vor physischen Interventionen verschont zu bleiben, die in ihrer Summation das fatalistische Gefühl¹⁹⁴ einer *umfassenden* Lenkung = Verobjektivierung des Einzelnen erzeugen (könnten).¹⁹⁵ Außer in der sehr hoch hängenden Würde ließe sich diese Argumentation auch im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht verankern. Über den Schutz bestimmter, besonders intimer und deshalb persönlichkeitsrelevanter Handlungen (und – zusammen mit Artt. 10, 13 GG und dem Computergrundrecht – besonderer Räume) hinaus kann es auch die Möglichkeit einer freien Persönlichkeitsentwicklung insgesamt bewahren helfen, d. h. den individuellen Sozialisationsprozess durch Begehen neuer und nicht gesellschaftlich vorgegebener Pfade von staatlichen Zugriffen abschirmen.

bb. Der entscheidende Unterschied: Die Überwachungsgesamtrechnung schützt v. a. rechtmäßiges Verhalten, die Determinierungsgesamtrechnung soll rechtswidriges schützen. Das Gegenargument gegen die Argumentation scheint mir nicht so sehr darin zu liegen, dass mit Blick auf die lange Geschichte der *Überwachungsgesamtrechnung* zweifelhaft erscheinen muss, ob sich handhabbare Kriterien für eine *Determinierungsgesamtrechnung* wirklich finden lassen.¹⁹⁶ Schwerer wiegt, dass Überwachung und Determinierung unterschiedliche Bezugspunkte haben:

- Überwachung ist deshalb problematisch, wenn und weil sie, wie das Bundesverfassungsgericht in der Rasterfahndungsentscheidung formuliert hat, „in der ganz überwiegenden Mehrzahl [der Fälle] selbst aus der ex post-Sicht [...] Nichtstörer[]“¹⁹⁷ betreffen wird. Betroffen wird also *rechtmäßiges* Verhalten, hinsichtlich dessen der berühmte *Chilling Effect* gleichwohl (angeblich) greift.¹⁹⁸ Wir haben es dann und deshalb mit einer – aus rechtlicher Sicht – *fehlgehenden* Verhaltenssteuerung zu tun.
- Die Determinierung hingegen betrifft, *wenn sie gut funktioniert* (und das ist die Prämisse dieses § 5), Verhalten, das rechtswidrig ist, d. h. die Steuerung (be)trifft den *richtigen* Gegenstand.¹⁹⁹

194 Vgl. in diesem Sinn Paschke, MMR 2019, 563 (567).

195 Ibid., S. 567.

196 Zu den Problemen auch *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 46.

197 BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006, Az. 1 BvR 518/02 = BVerfGE 115, 320 = NJW 2006, 1939 (1945) – Rasterfahndung.

198 Zur empirisch unsicheren Basis des Phänomens oben, bei/in → § 2 Fn. 213.

199 Diese Differenz übergeht auch *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 45 f. bei ihrer (im Erg. befürwortenden) Analyse des Potentials der Determinierungsgesamtrechnung.

- 115 Im einen wie im anderen Fall die Objektformel oder auch nur die Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung zu bemühen, übergeht diesen zentralen Unterschied.
- 116 *cc. Freiheitsschutz als zentrale Aufgabe des materiellen Rechts* („Recht auf Nicht-Recht“). Der hinter der bekanntlich schwer handhabbaren Objektformel stehende Würdeschutz könnte freilich *dann auch* für rechtswidriges Verhalten passen (also dessen Verunmöglichung hindern), wenn das durchzusetzende Recht dergestalt ‚dicht‘ wäre, dass das rechtmäßige Verhalten des Einzelnen so geradlinig bestimmt wäre, dass das Bild eines Bürgers, der ‚aufs Gleis gesetzt‘ ist (oder ‚an Marionettenfäden‘ hängt), passte – dann könnte wirklich von einer *Lenkung* von Verhalten *insgesamt* gesprochen werden.
- 117 Das freilich würde voraussetzen, dass in einer Situation A von den rein physisch denkbaren Verhaltensvarianten a, b, c ... n ausschließlich die Variante a eine rechtmäßige wäre. „Rechtmäßig verhalten müssen“ schließt aber in aller Regel nur bestimmte Verhaltensalternativen *aus* (z. B. das Verhalten b = der Schuss auf die Passantin X), aber macht eben nicht ein ganz bestimmtes Verhalten a alternativlos (von der Steuererklärung, datenschutzrechtlichen Auskunftspflichten und privatrechtlich begründeten Verhältnissen einmal abgesehen). Schon vor Erreichen dieser Schwelle die „Subjektivität des Individuums“ an seiner „Fähigkeit zur tatsächlichen [...] Entscheidung über Optionen auch in Bezug auf die [einzelne] Rechtsbefolgung“²⁰⁰ festmachen zu wollen, führt wieder an den toten Punkt der individuell-konkreten Analyse, nämlich den, dass *Verhaltenspflichten* eben *Verhaltenspflichten* sind, und zwar qua Wahl der Handlungsform Recht auf *reale Durchsetzung* angelegte, und eben keine Tauschgeschäfte „rechtmäßiges Verhalten gegen (Risiko einer) Sanktion“ sind. Denn jedenfalls nach überkommenem Verständnis ist das Recht keine ‚Gebühr‘ für die Nichtbeachtung der rechtlichen Vorgabe, sondern demokratisches Steuerungsinstrument, das auf reale (Be-)Wirkung angelegt ist.²⁰¹ Dass sich aus der Durchsetzung *einzelner*, wenn auch vielleicht vieler Verhaltenspflichten eine (unzulässige) Entsubjektivierung/Verobjektivierung ergeben können soll, bleibt vor diesem Hintergrund lediglich Behauptung.
- 118 Demgegenüber wäre die Idee einer würderechtlich tatsächlich problematischen, also *holistisch* gesteuerten, an den Fäden des demokratischen Rechtssetzers geführten Marionette nur *realistisch*, wenn dieser (der Gesetzgeber) ein Bild guten und richtigen Lebens mit einem mehr oder weniger holistischen Anspruch vorgäbe. Für Gemeinwesen wie das chinesische mag das durchaus eine realistische Perspektive sein. Unter dem Begriff der „Juridifizierung“ werden auch für das deutsche und

200 Vgl., zustimmend, *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 46 f.

201 Zu der Idee von ‚Recht als Gebühr‘ aus einer *Law-and-Econ*-Perspektive nochmals ausf. sogleich, ab → S. 455.

europäische Recht Tendenzen ausgemacht, wonach Gesellschaft und Individuen „immer stärker in juristischen Kategorien rekonstruiert“ seien,²⁰² sodass „sogar das Individuum [...] im Fluchtpunkt dieser Entwicklung kaum noch anders denn als Rechtssubjekt in den Blick“ komme.²⁰³

Diese Entwicklungen für Deutschland und Europa zu verhindern ist nun aber 119 eine Aufgabe schon des *materiellen* Rechts (und eben nicht erst des Vollstreckungsrechts):

„Aufgabe von Regierungshandeln ist es, die Bevölkerung zu lenken. [...] Dass in Demokratien auch dabei gilt, so wenig wie möglich lenken zu müssen und dem Bürger ein Höchstmaß an Freiheit und Eigentumsentscheidungen zuzugestehen, ist kein Widerspruch. [...] Nicht die komplette Verhaltensänderung gemäß einer bestimmten Ideologie ist das Ziel [sic: darf auch nicht das Ziel sein]; nicht die Gleichmachung und Unterdrückung anderer Lebensverläufe.“²⁰⁴

Angesprochen ist damit nicht ein Recht auf (auf Möglichkeit zum) Rechtsbruch, sondern das von manchen etwas plakativ sogenannte „Recht auf Nicht-Recht“.²⁰⁵

Jedenfalls aber ist die Diskussion wieder ganz ins materielle Recht und seinen 120 spezifischen, unter den Bedingungen digitaler Rechtsdurchsetzung wie schon gesagt ja *in der Tat* noch einmal neu zu hinterfragenden Realisierungsanspruch zurückverwiesen. Hier allerdings – und das ist sicherlich eine besondere Herausforderung – unter Anstellung einer Determinierungsgesamtrechnung, die schon auf die Dichte der rechtlich geregelten *materiellen* Verhaltenspflichten gerichtet sein muss: Gibt es zu viele oder überschießende Verbotsnormen, deren *kommunikatives* Diktat demokratisch nicht (hinreichend) ernst gemeint ist bzw. von Verfassungen wegen – freiheitsrechtlich – nicht ernst gemeint sein darf?²⁰⁶ Matthias Bäcker hat diese Dimension der Fragestellung auf den Punkt gebracht: „Für ein Zeitalter flächendeckender Rechtsdurchsetzung ist bei uns vielleicht einfach zu viel verboten.“²⁰⁷

202 Bis hin zur „Selbstbeschreibung“ von Gesellschaft und sogar Individuen in zunehmend rechtlichen Kategorien, s. dazu I. Augsburg/S. Augsburg/Heidbrink, in: Augsburg/Augsburg/Heidbrink (Hg.), Recht auf Nicht-Recht, 2020, S. 7 (10), dort auch das Zitat.

203 Ibid., S. 11.

204 Lepenies, Verbot und Verzicht, 2022, S. 263 f. Vgl. auch I. Augsburg/S. Augsburg/Heidbrink, in: Augsburg/Augsburg/Heidbrink (Hg.), Recht auf Nicht-Recht, 2020, S. 7 (13): Es wäre „zu überlegen, in welchem Maße grundrechtliche Mechanismen nicht nur eine totalisierende Ökonomisierung, Politisierung oder Theologisierung der Gesellschaft abwehren sollen, sondern auch einer entsprechenden Tendenz des Rechts selbst einen Riegel vorschieben könnten. Grundrechte würden in dieser Perspektive als Remedium gegen die vielfach beschriebene und kritisierte Juridifizierung der Gesellschaft fungieren.“

205 Hierzu die Beiträge in I. Augsburg/S. Augsburg/Heidbrink, Recht auf Nicht-Recht, 2020.

206 s. zu dieser notwendigen Prüfung schon → § 2 Rn. 268 ff.

207 Bäcker, Vereitelungssysteme, Antrittsvorlesung in Mainz am 14.7.2022. Ausf. zur beobachteten „Juridifizierung“ – verstanden als Umstellung „sozialer Konfliktlösungsmechanismen [...] auf ausdrücklich juristische Strategien der Problemwahrnehmung und -lösung“ – die Beiträge in I. Augsburg/S. Augsburg/Heidbrink, Recht auf Nicht-Recht, 2020; Definition und Zitat ebd., S. 7.

- 121 *Damit* ist der Kern des freiheitsrechtlichen Problems auf den Punkt gebracht. Der Fluchtpunkt unserer Überlegungen zu rechtsdurchsetzungsfähigen Technologien muss es *vor diesem Hintergrund* sein, das Recht auf das wirklich Ernstgemeinte zurückzuführen. Er darf es stattdessen nicht sein, das den alten Umständen nicht-automatisierbarer Rechtserkenntnis und -durchsetzung geschuldete schamvolle Eingeständnis der mangelnden Ernsthaftigkeit einiger (!) Rechtsnormen dadurch weiter hinauszögern zu wollen, dass man ihre Durchsetzung auf dem Niveau der alten Umstände einfriert. *Frei sein* heißt daher nicht, nach eigenem Belieben gegen Recht verstoßen zu können; *frei sein* heißt, nicht mit einem Verbot konfrontiert zu werden, das nicht ernst gemeint ist.
- 122 *dd. Zwischenstufen: vom Verbot zur Haftung, vom Sofortvollzug zur Befolungsfrist.* Zu bedenken ist schließlich, dass es Zwischenstufen gibt: Nichts – jedenfalls nichts jenseits des sehr weiten Rahmens des Untermaßverbots grundrechtlicher Schutzpflichten²⁰⁸ – hindert den demokratischen Gesetzgeber daran, hinsichtlich vieler Normen zu bestimmen, dass ihr Gegenstand eben nicht eine präventiv durchsetzbare *Verhaltenspflicht*, sondern doch eine Art Tauschgeschäft sein *soll*, demnach *unerwünschtes*, aber doch noch nicht im Sinn einer Verhaltenspflicht *untersagtes* Verhalten „unter Inkaufnahme der hierfür vorgesehenen, angemessenen Sanktionen“²⁰⁹ oder der Leistung von Kompensationen ausgeübt werden kann. Auch kann er sogenanntes nur symbolisches Recht schaffen.²¹⁰ Und wenig – nämlich nur die elastischen Grenzen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – hindern die Verfassungsgerichte daran, den Gesetzgeber in Richtung einer solchen Rejustierung des *materiellen* Rechts zu drängen.
- 123 Ein praktisch sehr relevantes Beispiel liefern – *erstens* – die differenzierten Regeln über die „Unerlaubte Benutzung einer Straße“ in Form des verbreiteten Falschparkens.²¹¹ An § 22 StrWG NRW lässt sich dabei illustrieren, wie der Landesgesetzgeber tatsächlich ein grundsätzliches Primat rechtlich-kommunikativer Steuerung vorgesehen hat (Absatz 1: „kann die [...] zuständige Behörde die erforderlichen Maßnahmen zur Beendigung der Benutzung oder zur Erfüllung der Auflagen *anordnen*“). Nur ausnahmsweise lässt das Gesetz hingegen eine behördliche Ersatzvornahme

208 Vgl. hierzu aber auch → § 5 Rn. 92. Einschränkung auch aus zivilrechtlicher Perspektive Bruns, Umsetzung der EU-Verbandsklagerichtlinie in deutsches Recht, 2022, S. 2 f.: „Das bedeutet nicht, dass ein ausgleichender Ersatzanspruch nicht notwendig oder gerechtfertigt wäre, wenn die Prävention unmöglich ist oder tatsächlich nicht realisiert wird. Aber eine Ausgestaltung der Rechtsordnung, die Rechtsgüterschutz aus[schließlich oder primär über kompensatorischen Ausgleich verwirklicht, wäre nicht nur wenig befriedigend, sondern in letzter Konsequenz auch verfassungsrechtlich fragwürdig.“

209 Als allgemeinen Grundsatz sieht das freilich Paschke, MMR 2019, 563 (567) an.

210 Zu diesem Sonderfall, der in der Diskussion vergleichsweise häufig auftaucht, schon → § 2 Rn. 270.

211 Die vielfältigen Fragen zur Angemessenheit unterschiedlicher Vollstreckungsmaßnahmen und ihrer jeweiligen Voraussetzungen in diesem praktisch häufigen Fall beschreibt ausf. Waldhoff, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR II, 32022, § 44 Rn. 144 ff.

zu, wenn nämlich „solche Anordnungen nicht oder nur unter unverhältnismäßigem Aufwand möglich oder nicht erfolgversprechend“ sind (Absatz 2 der Norm). Der Gesetzgeber schont damit letztlich das Vermögen des Halters des Kfz (also nicht seinen Willen zum Rechtsbruch, sondern ein anderes, legales Gut), indem diesem eine Reaktion ermöglicht wird, bevor das kostspielige Abschleppen und Verwahren in Gang gesetzt wird. Die „negative Vorbildwirkung“ des damit möglicherweise über längere Zeit rechtswidrig abgestellten Kfz nimmt der Gesetzgeber bewusst – m. E. leider – in Kauf.²¹² Falls das Fahrzeug nicht verkehrsbehindernd abgestellt ist, ist auch der Rückgriff auf den allgemeinen Sofortvollzug nach § 55 Abs. 2 VwVG NRW gesperrt.²¹³

Ein zweites Beispiel lässt sich den schon mehrfach erwähnten, avancierten Regelungen zum autonomen Fahren in § 1e StVG entnehmen.²¹⁴ Wie beschrieben, darf ein autonomes Kfz demnach nicht selbst gegen Straßenverkehrsrecht verstoßen. Und zwar auch dann nicht, wenn die Weiterfahrt nur unter Regelbruch möglich ist (§ 1e Abs. 2 Nr. 3 StVG). Es muss im hier genannten Sinn vollständig *law abiding* sein und bleiben.²¹⁵ Die technische Aufsicht hingegen (nach der Konzeption des Gesetzes also ein Mensch) darf Fahrmanöver freigeben, die einen solchen Regelbruch darstellen (§ 1d Abs. 3, § 1e Abs. 2 Nr. 4 StVG). Das aber wiederum nur unter dem durch ‚die KI‘ zu prüfenden Vorbehalt, dass hierdurch keine Menschen gefährdet werden. Der Gesetzgeber hat hierdurch anerkannt, dass gerade das Straßenverkehrsrecht vielerlei Vorschriften enthält, die *grundsätzlich* einer möglichst reibungslosen Koordination des Verkehrs dienen, ohne dass ihre Einhaltung im *konkreten* Einzelfall immer im strengen Sinn erforderlich wäre, um sicher zu fahren (= Straßenverkehrsrecht als in weiten Teilen hier sogenanntes normatives *Overblocking*²¹⁶). Zu beachten ist allerdings, dass durch die umfassenden Protokollierungspflichten, die im Fall des autonomen Fahrens gelten, auch Vorsorge für die *nachträgliche* Geltendmachung etwaiger durch das verkehrswidrige Fahrmanöver verursachter *Sachschäden* getroffen ist.²¹⁷ Das StVG zeigt hier also eine ganze Fülle möglicher vollstreckungsrechtlicher Differenzierungen zwischen *Compliance Assistance* i. e. S., *Impossibility Structure* und *Intelligent Surveillance*. 124

Ein drittes Beispiel für eine gezielte gesetzgeberische Modifikation des materiellen Rechts liefert *Gerhard Wagner*, auch ausdrücklich im Kontext der durch neue Technologien absehbar verbesserten Realisierungschancen von Recht. Es geht um die 125

212 OVG Münster, Beschl. v. 24.11.2017, Az. 5 A 1467/16 = BeckRS 2017, 133831, Rn. 9.

213 Ibid., Rn. 12 ff.

214 s. oben, → § 2 Rn. 191 ff., ausf. zu dieser Norm und möglichen Verallgemeinerungen daraus.

215 Zum Begriff oben, → § 1 Rn. 59.

216 Zur grds. Notwendigkeit, dieses vor Einsatz von *Impossibility Structures* möglichst zu reduzieren, schon oben → § 2 Rn. 268 ff. und nochmals → § 5 Rn. 21.

217 s. oben, → § 2 Rn. 194 f.

Reform von § 139 Abs. 1 S. 3 Patentgesetz [PatG] n. F.²¹⁸ Der Gesetzgeber hat hier den negatorischen Anspruch auf Unterlassung ausgeschlossen, wenn dieser „für den Verletzer oder Dritte zu einer unverhältnismäßigen, durch das Ausschließlichkeitsrecht nicht gerechtfertigten Härte führen würde.“ Der Schadensersatzanspruch aus § 139 Abs. 2 PatG bleibt hingegen bestehen. Zugegeben, das Beispiel stammt aus dem Zivilrecht. Zudem ist § 139 Abs. 1 S. 3 PatG für eine algorithmische Umsetzung zumindest durch *Impossibility Structures* sehr anspruchsvoll formuliert; wie überhaupt fraglich erscheint, ob und wie Patentrecht sich für den Einsatz solcher Technologien eignen wird. Aber darum geht es nicht. *Wagner* hat recht, dass sich an dieser Norm ablesen lässt, dass es nichts Ungewöhnliches ist, dass der Gesetzgeber materielle Ansprüche vom Realen ins Kompensatorische umwandelt (*Wagner*: das „Menü der Rechtsbehelfe“²¹⁹ anpasst), weil er das „Ausbeutungspotential von Unterlassungsansprüchen“²²⁰ für zu hoch hält. Er stellt damit in gewisser Weise bewusst einen Tauschcharakter von Recht her.²²¹

- 126 Wie gesagt: Solche Modifikationen der materiellen Ge- und Verbote sowie der daran anknüpfenden Vollstreckungsbefugnisse bzw. individuellen Rechtsansprüche stehen dem Gesetzgeber frei. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung haben zudem auch die (Verfassungs-)Gerichte Zugriff auf diese Ausgestaltungsentscheidungen. Wenn es beispielsweise stimmt, dass die staatliche Zuweisung von Ausschließlichkeitsrechten in Form von Patenten „unverhältnismäßige Härten“ für andere Wettbewerbsteilnehmer mit sich bringt bzw. bringen kann, dann ist das im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte (hier besonders Art. 12 Abs. 1 GG der Wettbewerbsteilnehmer) sicherlich eine problematische gesetzgeberische Gestaltung, die zu Recht überdacht wurde. Aber es wäre verfehlt und nahe an einem Sein-Sollen-Fehlschluss, aus der überkommenen und angesichts der bisherigen *faktischen* Unfähigkeit zur flächendeckenden präventiven Rechtsdurchsetzung durchaus notwendigen *Existenz* von Sanktionen und Kompensationen im Recht darauf zu schließen, dass das Recht – und daraus insbesondere die öffentlich-rechtliche Verhaltenspflicht – *notwendig* einen Tausch-/Gebührencharakter habe bzw. haben solle.²²²

218 s. G. *Wagner*, AcP 222 (2022), 56 (99 ff.).

219 *Ibid.*, S. 102.

220 *Ibid.*, S. 99.

221 Vgl. *ibid.*, S. 100: „Unter dem Blickwinkel der Verhaltenssteuerung unterscheiden sich negatorische von Schadensersatzansprüchen insofern, als mit ersteren ein bestimmtes Verhalten unbedingt erzwungen werden kann, während der Täter bei Schadensersatzansprüchen immer noch die Freiheit hat, die inkriminierte Handlung auszuführen oder die geforderten Sicherheitsvorkehrungen zu unterlassen – und die Ersatzpflicht in Kauf zu nehmen.“ Richtig wäre: Das *Risiko* einer Ersatzpflicht in Kauf nimmt – vorbehaltlich entsprechender flächendeckender Durchsetzung der *Schadensersatzpflicht*. Durch *Intelligent Surveillance* und *Justification Structures* könnte das Risiko freilich deutlich erhöht werden.

222 M. E. erweisen sich daher auch dezidiert freiheitsrechtlich aufgeladene Rekonstruktionen von Strafe bzw. Strafrecht als allzu voraussetzungsreich. Vgl. i. d. S. *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, 2015, S. 34 f.

4. Der Rechtsbruch als Tauschgeschäft (rechtsökonomische Argumentation)?

Die These, „[g]rundrechtliche Freiheit [sei] auch die Freiheit zum Rechtsbruch *unter Inkaufnahme der hierfür vorgesehenen, angemessenen Sanktionen*“²²³, ist so präsent, dass spezifisch dieser *Verknüpfung* – d. h. Rechtsbruch im Tausch gegen Sanktion – noch einmal in einem eigenen Abschnitt nachzuspüren ist. Plakativ gefragt: Gibt es ein sozusagen umgekehrtes „Dulde und liquidiere“?²²⁴ Umgekehrt im Vergleich zum

demzufolge „Strafrecht [...] das Risiko von Freiheit bewusst in Kauf [nehme], weil es dem Einzelnen – in Absage an eine sozialtechnokratische Gestaltungshybris, aber auch im Kontrast zu (legitimen) präventiv-polizeilichen Ordnungsmustern [Verweis auf Uwe Volkmann] – die Freiheit seines Handelns be[lasse], ihn dafür aber auch *reaktiv* verantwortlich macht. Rechtsstrafe ist die – insoweit solidarische – Ernstnahme des Täters als kommunizierendes Subjekt [Verweis auf Günther Jakobs], das eigenverantwortlich handelt, dessen Tat auch in ihrer destruktiven Kraft als Konsequenz eines individuellen Ordnungsentwurfs gewürdigt wird und dem gerade deshalb normativ widersprochen werden | muss.“ Ähnl. Pawlik, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 12; Haffke, in: Schünemann (Hg.), FS Roxin, 2001, S. 955 (967 f.): „Auch sie – diese Freiheit zum abweichenden Verhalten – | ist nämlich eine konstitutive Bedingung einer freien Gesellschaft.“ Mit diesem Argumentationsgang kann scheinbar zwanglos eine vorrechtliche „Freiheit des Handelns“ in eine rechtliche gewandelt werden, nämlich durch die Prämisse, der Gesetzgeber habe sich „bewusst“ für ein nur reaktives Regime entschieden. Genau dieser *Wille* zum nur Reaktiven ist aber unter den Funktionsbedingungen einer *analogen* Gesellschaft mit undifferenzierten – und daher grundrechtlich und ressourcentechnisch allzu ‚kostspieligen‘ – Überwachungsarrangements außerordentlich zweifelhaft; zudem entspricht er nicht der bundesverfassungsgerichtlichen Rspr., soweit sie dezidiert „realen Rechtsgüterschutz“ verlangt (s. dazu schon → § 5 Rn. 92); und die Annahme eines solchen gesetzgeberischen Willens kollidiert schließlich mit dem Umstand, dass der Rechtsverstoß mangels entsprechender flächendeckender Überwachung durch sanktionsbefugte Stellen eben nicht *stets* seinen gebotenen Widerspruch findet, sondern nur manchmal und vielleicht. Es wird also vom Rechtsbrecher nach dem analogen Status quo gerade nicht die „angemessene Sanktion in Kauf genommen“, sondern es wird i. d. R. nur ein oft verschwindend geringes *Risiko* einer Sanktion in Kauf genommen.

- 223 Paschke, MMR 2019, 563 (567). Hervorhebung hier. Ähnl. Hoffmann-Riem, AöR 145 (2020), 1 (33): „Die Kenntnis von einer bevorstehenden Sanktion kann ein Mittel zur Wahrung der Autonomie der Betroffenen sein: Sie können etwa selbst entscheiden, ob es für sie Gründe gibt, gegebenenfalls eine Sanktion zu riskieren.“ Geradezu selbstverständlich ist diese Perspektive auf das Recht aus soziologischer Sicht, vgl. Kühl, Brauchbare Illegalität, 2020, S. 108: „Auch das Einkalkulieren von Sanktionen gehört für Teilnehmer im Straßenverkehr [weitere Bsp. a. a. O.] ganz selbstverständlich mit dazu, wenn sie berechnen, welche Strafen etwa für ‚etwas zu schnell fahren‘, ‚etwas zu viel getrunken‘ oder ‚überqueren von etwas zu roten Ampeln‘ drohen“. Verallgemeinernd Luhmann, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1999, S. 310: „Eine Regel dient dem, der einen Vorteil aus ihr ziehen kann, als Waffe, wenn er sie zitiert, und als Tauschobjekt, wenn er das Zitieren unterlässt. Er kann manche Angelegenheiten durch Berufung auf die Regel zu seinen Gunsten wenden, er kann aber auch aus Duldung von Abweichungen einen Freundschaftsdienst machen, der zu Dank verpflichtet und bei Gelegenheit entgolten werden muß. Regeln sind aus diesem Grund hartumkämpfte Ecksteine jeder Positionsstrategie in arbeitsteilig differenzierten formalen Organisationen. Ihr strategischer Wert liegt nicht darin, daß sie unbedingt exakt befolgt werden, sondern darin, daß sie bestimmten Personen oder Positionen die Möglichkeit zu spielen, über Befolgung oder Nichtbefolgung und über die dazwischenliegenden Nuancen zu entscheiden und sich durch welche Entscheidung auch immer Vorteile zu sichern.“ Vgl. auch Raz, in: ders. (Hg.), *The Authority of Law*, 2009, S. 279 (284 f.): “[I]n most cases penal and enforcement measures should anyway be invoked only to protect vital interests and in such cases the autonomy of the offender will | normally be overridden. Where less vital interests are at stake liability should anyway be for compensation only and these are not in most cases excluded by the claim to autonomy. They are a reasonable price for it.”

- 224 Vgl. schon Rademacher, JZ 2019, 702 (707); treffend auch Becker, ZUM 2019, 636 (639): „Entsprechend wird die strategische Vorgehensweise ‚Dulde und Liquidiere‘ beschränkt und ist gerade keine von der Rechtsordnung erwünschte Strategie.“

alten Staatshaftungsrecht, weil in unserem Fall der Duldende – anders als im preußischen Landrecht – nicht der Rechtsunterworfenen gegenüber hoheitlichem Handeln wäre, sondern vielmehr die Gesellschaft/das vom Rechtsverstoß gegebenenfalls betroffene Individuum der Gläubiger wäre, und der Rechtsbrecher der Schuldner. Die Gesellschaft (und der geschützte Einzelne) müsste also geschehen lassen und könnte (erst) *ex post* einen Preis – im weiten Sinn – dafür verlangen.

- 128 Ein Weg, dezidiert zu einem *solchen*, als Tauschgeschäft strukturierten Selbstbestimmungsrecht des Rechtsadressaten über seinen eigenen Rechtsgehorsam zu gelangen, führt über die Perspektive der ökonomischen Analyse des Rechts. Die Rechtsökonomik hat natürlich keine eigenständige *normative* Kraft, schon gar nicht unter dem Grundgesetz. Sie stellt eine Möglichkeit zur Evaluation von Recht dar. Aber genau deshalb werden aus ihr auch normative Forderungen an die Rechtspolitik abgeleitet.²²⁵ Um im geltenden Recht (möglicherweise) existierende Ausprägungen und – grundlegender – um die Integrierbarkeit der rechtsökonomischen Forderung nach einem Tauschcharakter des Rechts in die grundgesetzliche Ordnung geht es im Folgenden. Das Ergebnis vorneweg: So lässt sich ein Recht, die Möglichkeit zum Rechtsverstoß zu haben, erst recht nicht begründen.
- 129 a. *Das Law-as-Price-Konzept*. Vor allem im US-amerikanischen Schrifttum finden sich Ansätze, mit einem Höhepunkt in den 1980er und 1990er Jahren, die „all law, including regulatory law [as] a system of prices for the right to violate the law“²²⁶ konzeptionalisieren woll(t)en. *Cynthia Williams* hat diesen von ihr sogenannten „Law-as-Price“-Theorien eine ausführliche – im Ergebnis klar ablehnende – Studie gewidmet.²²⁷ Auf sie soll im Folgenden vor allem zurückgegriffen werden. Dogmatisch gewendet würden diese Ansätze, wenn sie denn für das deutsche Recht rezeptionsfähig wären, bedeuten, dass eine Möglichkeit zum Rechtsverstoß *von Rechts wegen* als Tauschgeschäft konzipiert und erhalten werden könnte: Rechtstreue im Tausch gegen Verzicht auf Sanktionsfolgen bzw. umgekehrt: Rechtsbruch *nur*, aber immerhin als rechtlich garantierte Option, *im Tausch gegen Sanktionierung*.
- 130 Den *rechtspraktischen* Hintergrund bilden bei *Williams* freilich nicht die Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung durch neue Technologien. Wie gesagt blicken wir in die 1980er und 1990er Jahre zurück. Den Hintergrund bilden hier gesellschaftsrechtliche Fragen der Haftungsfreistellung und Vorteilsanrechnung in Fällen, in denen „directors and officers“²²⁸ gegen Recht verstoßen, welches das Unternehmen,

225 Es dürfte mittlerweile anerkannt sein, dass das zentrale rechtsökonomische Bewertungskriterium der Effizienz für den dt. Gesetzgeber lediglich ein mögliches *rechtspolitisches* Ziel darstellt, aber für sich genommen keinen verfassungsrechtlich-präskriptiven Charakter hat; statt vieler *Rühl*, in: Krüper (Hg.), *Grundlagen des Rechts*, 42021, § 12 Rn. 22 ff. m. w. N.

226 C. A. Williams, *North Carolina Law Rev.* 76 (1998), 1265 (1277).

227 *Ibid.*, S. 1265 ff.

228 *Ibid.*, S. 1308.

für das sie handeln, bindet, und wenn dieser Verstoß ihrem Unternehmen (wirtschaftliche) Vorteile einbringt oder einbringen soll. Wir sind also direkt in den organisationalen Strukturen, innerhalb derer auch *Luhmann* zuvorderst argumentierte. *Williams* macht allerdings deutlich, dass sie ihre Studie, was die norm- und demokratietheoretischen Grundlagen angeht, auch auf die Rechtsverhältnisse außerhalb von Unternehmen für übertragbar hält.²²⁹

Die Autorin liefert in ihrem Aufsatz eine ganze Reihe von Beispielen aus der Literatur und aus Musterrechtsakten,²³⁰ aber auch aus der US-amerikanischen Rechtsprechung,²³¹ in denen sie die *Law-as-Price*-Theorie angewandt bzw. umgesetzt findet, d. h. in denen “directors or officers” erlaubt wurde, “to show that ‘crime did pay.’”²³² Besonders interessant, weil *prima facie* auch für das deutsche Recht rezeptionsfähig, erscheint dabei die Entscheidung *Landgraf vs. USI Film Products* des US Supreme Court aus dem Jahr 1994: Nur wenn man *Law as Price* konzipiere, so *Williams*, lasse sich stimmig begründen, dass und warum das Gericht in *Landgraf* – in Abweichung von bisheriger Rechtsprechung – auch das Ob und die Höhe von Sanktionen am rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbot teilhaben ließ, anstatt dieses nur auf die zugrundeliegenden *Verhaltenspflichten* zu beziehen.²³³

131

229 Vgl. *ibid.*, S. 1270, 1358, bes. S. 1385, mit Fn. 12 ebd.

230 Z. B. den *American Law Institute Principles on Corporate Governance*, s. C. A. *Williams*, North Carolina Law Rev. 76 (1998), 1265 (1301 ff., bes. 1312 f.).

231 Illustriert an instanzgerichtlicher Rspr. z. B. von Richter *Douglas Ginsburg* (*ibid.*, S. 1269 f.) und Richter *Richard Posner* (*ibid.*, S. 1348).

232 C. A. *Williams*, North Carolina Law Rev. 76 (1998), 1265 (1308).

233 Es ging in *Landgraf* um die rückwirkende Anwendung einer hin zu *Punitive Damages* verschärften Schadensersatznorm (Section 102 Civil Rights Act 1991). Dazu C. A. *Williams*, North Carolina Law Rev. 76 (1998), 1265 (1348): “In essence [...] *Landgraf* tests what we think of as important about law: Is it the substantive standards of conduct that the law sets forth [...], or is it the penalties assessed for behavior that fails to meet those standards of conduct, or is it some combination of the two?” “[T]he *Landgraf* Court premised its decision on a theory about the ‘rule of law’ that would, in fact, be utterly undisturbed by retroactive application of section 102. The Court stated that ‘[e]lementary considerations of fairness dictate that individuals should have an opportunity to know what the law is and to conform their conduct accordingly [...]’. Yet there was nothing in section 102 that changed what conduct was required to conform to law [...], and so any individual or corporation was in a position to ‘know what the law is and to conform their conduct accordingly.’ [I]t was only by adding a rational-choice gloss on the rule of law, [...] that there could be any claim of unfairness” (ebd., S. 1357). “Indeed, the Court explicitly recognized that it is not enough to know whether one’s conduct risks liability or not, but one must also know ‘the extent of ... liability.’ This is because the amount of potential liability will ‘have an impact on private parties’ planning’ and ‘give managers an added incentive to take preventive measures to ward off discriminatory conduct.’ What the Court has told us, then, is that we cannot expect corporations (or even individuals, presumably) to follow the law simply because it is the law. Rather, this Court agreed that the law has to carry a big enough stick before corporations can be expected to take it seriously” (ebd., S. 1358; s. S. 1362 f. für Bsp. aus früheren Urteilen, in denen der *Umfang* der Sanktion für den Verstoß gegen eine *bekannte* Verhaltenspflicht auch rückwirkend geändert werden durfte – “before law and economics took hold of American legal theory”).

- 132 Den *theoretischen* Hintergrund der Idee, (Sanktions-)Recht²³⁴ grundsätzlich nur als Preis oder Gebühr für das rechtlich – neutral formuliert – geregelte Verhalten zu konzipieren, bilden vor allem²³⁵ die bekannten *Rational-Choice*-Theorien. Dabei ist freilich zu beachten, dass “[t]he law-as-price view of law is [...] rational-[choice] theory interpreted not simply as a descriptive claim about how people respond to legal sanctions, but as two, distinct normative claims.”²³⁶ *Williams* unterscheidet folgendermaßen:

“The first normative claim is [...] that the sanctions for violating the law can be treated as the price to be paid for the ‘right’ to violate the law. Inherent in this view of law is the legal voluntarism claim: that particularly with respect to regulatory law, a person can either conform to the law or violate it while accepting the known consequences, and that either choice is an acceptable means for an individual or corporation to fulfill its obligations as a citizen.”

- 133 In dieser ersten normativen Behauptung finden wir also letztlich das freiheitsrechtliche Argument verborgen, und wie ich unter dem Grundgesetz kommt auch *Williams* für das US-Recht zum Ergebnis, dass eine solche “autonomy” des Einzelnen (vorbehaltlich eines entsprechenden klaren Willens des Gesetzgebers) nicht existiert und nicht existieren darf:

“[This] concept of autonomy is [not] especially robust, particularly when contrasted with the sine qua non of civil disobedience^[237] as traditionally understood: assertion of an individual’s conscientious moral views against the moral or political views of the majority. *The asserted autonomy-interest of law-as-price theories* is more properly understood as *self-interest*, and, ‘it goes without saying that civil disobedience cannot be grounded solely on group or self-interest.’”²³⁸

- 134 Um den zivilen Ungehorsam wird es weiter unten noch einmal ausführlich gehen. Interessant ist für uns an dieser Stelle die zweite, im Kern dann wirklich ökonomisch fundierte normative Behauptung der Recht-als-Gebühr-Konzeption:

“The second normative claim is that since people and corporations will, and possibly should, make decisions about compliance with law based on a ‘rational actor’s’ calculations of costs and benefits, their expectations about the likely outcome of violating the law or investing a certain amount in compliance ought to be recognized as settled expectations upon which they may legitimately rely.”²³⁹

234 Aus der Perspektive der Recht-als-Gebühr-Konzeption zählt zunächst eigentlich *nur* das Sanktionenrecht und erst durch dieses vermittelt die eigentliche Verhaltenspflicht (die ja keine Verhaltenspflicht ist, sondern letztlich ein Tausch-/Kaufgegenstand), vgl. C. A. Williams, North Carolina Law Rev. 76 (1998), 1265 (1268): “Under this penalty-driven approach to law, what is of paramount importance about law are the penalties, either because the penalties form the basis for determining whether to obey the law or not (efficient breach), or because they form the basis for determining the law’s importance and how much money a corporation should spend on compliance efforts (efficient compliance).”

235 Für aufklärerische Ansätze, die zu ähnl. Ergebnissen gelangen, → § 5 Rn. 150 ff.

236 C. A. Williams, North Carolina Law Rev. 76 (1998), 1265 (1286 f.). Dazu krit. S. 1371 ff.

237 Zum zivilen Ungehorsam nochmals gesondert unten, → S. 481 ff.

238 C. A. Williams, North Carolina Law Rev. 76 (1998), 1265 (1342), unter Verweis auf *John Rawls*. Hervorhebung hier.

239 Ibid., S. 1287.

Hier kommen bei genauem Hinsehen *zwei* normative Fundierungen zusammen: 135

- Das ist einmal die *Law-and-Econ*-basierte Annahme, es sei rational und möglicherweise für die Gesamtwohlfahrt sinnvoll, dem Einzelnen das Wahlrecht zwischen *Compliance* oder Gebühr zu überlassen.
- Hinzu tritt aber bzw. damit verwoben ist ein weiteres, man könnte sagen: traditionalistisches Argument: Weil es *bisher* stets so war, dass es ein solches Wahlrecht *gab*, gibt es eine “*settled expectation*”, dass es so bleibt, und diese ist wiederum – siehe *Law-and-Econ*-Begründungen – auch “*legitimate*”.

Diese doppelt gestützte Argumentation ist deshalb interessant für uns, weil sie – 136
auch jenseits der umstrittenen ökonomischen Analyse des Rechts (insbesondere einer solchen, die statt *nur* zu analysieren zu normativen Vorgaben gelangen will)
– übertragbar erscheint auf die überkommene Normtheorie und Versuche, diese in das Zeitalter KI-basierter Vollzugsoptimierung ‚hinüber zu retten‘ (vgl. soeben, → 2.): Gibt es vielleicht eine “*settled expectation*”, dass *deren* bislang *faktisch* unvermeidbare ‚Leistungen‘ (= Devianz ist möglich, da Normen in der Fläche eben nur Möglichkeiten positiv ausweisen können, ohne stets und unmittelbar durchsetzbar zu sein) *rechtlich* konserviert bleiben sollen?²⁴⁰

Bevor wir uns die Legitimität dieser vorgeblichen “*settled expectation*” (also von 137
Law as Price) zuwenden (→ d.), sollen zuerst noch vermittelnde Ansätze vorgestellt werden (sogleich → b.), und es soll auch knapp gefragt werden, ob und wie die US-amerikanische Diskussion im deutschen Rechtsraum Resonanz gefunden hat (→ c.).

b. Vermittelnde Ansätze. Auf den ersten Blick reizvoll(er) sind vermittelnde Ansätze 138
zwischen der *Law-as-Price*-Theorie und der – klassischen, letztlich auch hier vertretenen – *Law-as-Limit*-Perspektive.²⁴¹ Eine gründliche Ausarbeitung in diesem Sinn findet sich in einem umfangreichen Aufsatz von *Stephen L. Pepper* von 1995.²⁴² Auch *Pepper* geht es – bei dem Erscheinungsjahr wieder nicht überraschend – nicht unmittelbar um die Möglichkeiten neuer Technologien. *Peppers* Perspektive ist die der rechtsanwaltlichen Ethik und des Standesrechts:

240 Vgl. *ibid.*, S. 1269 f. Für *Williams* stand Ende der 1990er Jahre (natürlich) noch außer Frage, dass es eine solche *faktische* (vor-/außerrechtliche) Wahlfreiheit i. d. R. gibt: “Law is functionally voluntary in the sense that each decision to follow the law is undertaken voluntarily, most often in private, and without the oversight of a personal police person [...]. But law is not voluntary in the sense advocated by the law-as-price view, at least not in any serious philosophical way. As members of society, we do not have the right to opt out of generally applicable laws or regulations by risking paying penalties, although we clearly have that power.” Vgl. für heute, sozialwissenschaftlich, *Kühl*, Brauchbare Illegalität, 2020, S. 108.

241 Begriff nach C. A. *Williams*, North Carolina Law Rev. 76 (1998), 1265 (1280 ff.).

242 *Pepper*, Yale Law Journal 104 (1995), 1546 ff.

“The client often wants or needs to understand what the law is in order to evaluate options and make decisions about his or her life, and the most common function of lawyers [...] is to provide that knowledge. Knowledge of the law, however, is an instrument that can be used to follow the law or to avoid it. [...] Knowledge of the law thus is two edged. When the lawyer is in a situation in which the client may well use the relevant knowledge of the law to violate the law or avoid its norms, what ought the lawyer to do?”²⁴³

139 *Pepper* bietet sodann zwei kurze Beispiele zur Illustration, nämlich

- *erstens*: (wann) soll ein Rechtsanwalt seiner Mandantin Informationen über die wirtschaftlich profitablen Folgen eines Vertragsbruchs geben, sowie
- *zweitens*: (wann) soll eine Rechtsanwältin über die rechtlichen Konsequenzen (einschließlich der Wahrscheinlichkeit ihrer Realisierung) der Tötung auf Verlangen einer schwerkranken Ehegattin oder eines Elternteils aufklären?²⁴⁴

140 Der Autor macht damit deutlich, dass er mit seinen Überlegungen die gesamte Breite rechtlicher ‚Regulierung‘ (eben im weiten Sinn) abdecken möchte. Für uns ist *Peppers* auf den ersten Blick spezielle rechtsanwaltlich-ethische Perspektive so spannend, weil er damit sein Erkenntnisinteresse auf das bezieht, was nach hiesiger Terminologie letztlich eine *Compliance Assistance Technology* i. e. S. ist: Auch diese kann bzw. könnte, im Fall ihres hier wieder einmal unterstellten guten Funktionierens, wie ein guter Rechtsanwalt die von *Pepper* hinterfragte Kosten-Nutzen-Rechnung des Rechtssuchenden = Nutzers ermöglichen, falls sie über die geltende Verhaltenspflicht hinaus auch noch Informationen über die Sanktionen (vielleicht sogar über deren Wahrscheinlichkeit) mit anbietet. Die Perspektive von *Pepper* passt folglich besonders gut zu der hier vertretenen Konzeption, wonach das Recht in den allermeisten Fällen auf Umsetzung durch Bürger/rechtliche Laien angewiesen und angelegt ist, diese dabei aber meist oder doch zumindest in komplexeren Fällen auf eine Form der – bislang notwendig menschlichen, künftig vielleicht verstärkt maschinellen – *Assistance* angewiesen sind, soll die Rechtsbefolgungsfähigkeit in kognitiver Hinsicht mehr sein als eine Fiktion.²⁴⁵ Es lohnt sich also, *Peppers* Analysen etwas genauer nachzuvollziehen.

141 Vorneweg: Sie (also die Analysen) sind komplexer als hier darstellbar, ebenso ihre Ergebnisse. Für unsere Zwecke erscheint es mir aber sinnvoll und möglich, sie im ersten Schritt auf drei zentrale Aussagen herunterzubrechen:

- *Erstens* haben Bürger nach *Pepper* grundsätzlich das Recht, über das Recht einschließlich der Konsequenzen von Rechtsverstößen informiert zu werden.
- *Zweitens* haben Rechtsbeistände die Funktion und Pflicht, genau diese Information zu liefern, und zwar unter Umständen sogar proaktiv.

²⁴³ Ibid., S. 1547.

²⁴⁴ Ibid., mit weiteren Bsp. auf S. 1550 ff.

²⁴⁵ Vgl. insofern die Überlegungen oben, → S. 342 ff.

- *Drittens* gibt es für zweitens allerdings eine rechtsethische²⁴⁶ Grenze,²⁴⁷ die – grob gesagt – entlang einer *im Einzelfall* zu bestimmenden Linie verläuft, die Recht in “law as true prohibition (that is, the | identification of conduct not to be tolerated)” und “law as cost (that is, the | identification of conduct to be penalized in some legal fashion, but which the citizen is still free to choose to do)” trennt.²⁴⁸

Im Wesentlichen dreht sich *Peppers* gesamte Studie sodann darum, Rechtsanwälte mit halbwegs brauchbaren Kriterien für die Bestimmung eben dieser Grenze auszu- 142
statten. Dabei trägt *Pepper* mit seiner Unterscheidung der sicherlich verbreiteten rechtlichen Intuition Rechnung, dass es durchaus Recht gibt, das der Gesetzgeber so ernst gemeint hat (bzw.: so ernst gemeint haben durfte), dass eine Freiheit zum Rechtsverstoß schlicht unvertretbar erscheint; dass dieses Recht sozusagen I. Klasse aber keineswegs die Mehrzahl der rechtlichen Verhaltenspflichten umfasst; das meiste Recht scheint eher in der 2. Klasse zu reisen.

Was sind nun also *Peppers* Kriterien? *Pepper* formt eine Art *Check-Box-Matrix*, 143
bestehend aus 16 (!) Einzelfeldern, geordnet in sieben jeweils zusammengehörigen Spalten (*Pepper* selbst: “a graphic demonstration of complexity”²⁴⁹). Je häufiger ein Rechtsbeistand sich in seiner konkreten Beratungssituation *links* einordnet, umso besorgter (“the more concerned”²⁵⁰) und folglich zurückhaltender sollte er sein, der Mandantin Rechtsrat im vollen, d. h. auch die Möglichkeiten und Konsequenzen illegalen Handelns umfassenden Sinn zu geben:

“Criminal Violation (Law as prohibition) ↔ Civil Violation (Law as Cost)

Conduct *Malum in Se* (Conduct wrong in itself) ↔ Conduct *Malum Prohibitum* (Conduct ‘merely’ prohibited)

Enforced Law ↔ Rarely Enforced Law ↔ Unenforced Law

Enforcement of Law^[251] ↔ Procedural Law ↔ Substantive Legal Rules

Private Information ↔ Public Information^[252]

246 Eine harte *rechtliche* Grenze scheint es im US-Recht nicht zu geben, vgl. ausf. *Pepper*, Yale Law Journal 104 (1995), 1546 (1587 ff.). Hier gilt im Kern: “A lawyer shall not counsel a client to engage, or assist a client, in conduct that the lawyer knows is criminal or fraudulent, but a lawyer may discuss the legal consequences of any proposed course of conduct with a client”, s. a. a. O., S. 1587.

247 Vgl. hierfür *Peppers* eigene “four premises”, Yale Law Journal 104 (1995), 1546 (1598 ff.).

248 Ibid., S. 1576 f.

249 Ibid., S. 1585.

250 Ibid.

251 Hier ist nicht gefragt, ob das Recht tatsächlich durchgesetzt wird, sondern hier geht es um Informationen über die Regeln des Vollzugs, im Gegensatz zum materiellen Recht (“substantive law”), dessen Vollzug das Recht dient; s. ausf. *Pepper*, Yale Law Journal 104 (1995), 1546 (1564 ff.).

252 Gemeint ist damit: Hat nur der konkrete Rechtsbeistand eine bestimmte Information, z. B. zur Verfolgungswahrscheinlichkeit/zu abgestuften Vorgehen der Vollzugsbehörde (= “private information”), oder handelt es sich um allgemein bekannte oder sogar publizierte Informationen, s. *Pepper*, Yale Law Journal 104 (1995), 1546 (1572 ff.).

Lawyer-Initiated Discussion ↔ Client-Initiated Discussion

Likely information will be used to assist unlawful conduct ↔ Unlikely information will be used to assist unlawful conduct”²⁵³

- 144 Wir können und müssen nun nicht alle Kriterien, die *Pepper* teils sehr ausführlich darstellt, im Detail analysieren. Zentral sind für uns im Grunde nur zwei Punkte: *Erstens* spielt die tatsächliche Wahrscheinlichkeit bzw. aus Sicht staatlicher Stellen: die Intensität der Durchsetzung von Recht eine entscheidende Rolle bei der Frage, wie ‚ernst‘ gemeint eine Norm ist. Die faktische/ressourcen-bezogene Möglichkeit einer umfassenden Durchsetzung durch neue Technologien würde aus *Peppers* Perspektive also selbstverständlich bedeutsam sein.
- 145 Allerdings, *zweitens*, verbirgt sich in den Einzelerläuterungen, die der Autor seinen Kriterien beigefügt hat, eine normative Hierarchie der Kriterien, die der Nutzung von neuen Technologien eine – wie gesagt – normative Grenze setzen könnte: Nach *Peppers* Einschätzung ist die überzeugendste Differenzierung nämlich die alte, aus der Rechtsphilosophie der Aufklärung bekannte, zwischen *Malum in se* und *Malum prohibitum*. Im Fall von *Malum in se* gebe die gesetzgeberische Ausweisung eines Verhaltens als verboten nur einen “clear societal consensus” wieder, wonach das Verhalten “a serious and substantial moral wrong” darstelle. Deshalb *durfte* der Gesetzgeber ein solches Verbot *wirklich* als *Verhaltensnorm* ernst meinen (hier wechselt bei *Pepper* die Ebene von der standesrechtlichen Ethik hinüber zum Recht), was wiederum zur Folge habe, dass “the lawyer shall not provide the client with the legal advice or information”²⁵⁴ (hier wechselt er wieder in die Standesethik). Die Einordnung als bloßes *Malum prohibitum* hingegen spreche entscheidend oder doch zumindest mit starkem Gewicht dafür, dass das verbotene Verhalten quasi gegen Gebühr (= Sanktion) doch durchgeführt, insoweit also anwaltlich beraten werden dürfe (“law as cost”).
- 146 *Pepper* liefert auch eine ganze Reihe an Beispielen: Einerseits offensichtliche Fälle eines “serious and substantial wrong by clear societal consensus”, etwa, wenn der “childless, middle-aged client” wissen möchte, ob 10jährige vor Gericht über sexuellen Missbrauch aussagen dürfen.²⁵⁵ *Pepper* meint allerdings auch, dass seine Unterscheidung in weniger eindeutigen Konstellationen weiterhelfe. Er stellt anwaltlichen Rat bezüglich Einbrüchen einerseits und bezüglich Umweltdelikten andererseits gegenüber. Demnach gebe es

253 Die Aufzählung entspricht der Matrix von *Pepper*, Yale Law Journal 104 (1995), 1546 (1586). Eine Zusammenfassung liefert der Autor bereits auf S. 1581: “Is the legal provision really ‘law’, or has it been eroded by desuetude or enforcement policy into something society appears not to be very concerned about? Is the conduct really prohibited, or just freighted with a legal cost or penalty? Is the conduct really wrongful, or just legally prohibited?”

254 Ibid.

255 Ibid.

“[...] a clear and strong consensus that burglary is wrong. On the other hand, whether or not it is wrong to discharge .060 grams of ammonia per liter of water effluent in a rural area [zum damaligen Zeitpunkt ein strafbewehrtes Umweltdeklkt unter dem einschlägigen US-Recht] is a question to which most of us would not have an immediate answer [...]. That difference corresponds to the old distinction between crimes *mala in se*, wrong in their very nature, and crimes *mala prohibita*, crimes wrong only because prohibited by positive law. This distinction also helps in understanding our intuitions concerning the criminal/civil dichotomy. The latter seemed to fit in some circumstances, particularly at the ends of the spectrum. But it did not do so well with regulatory criminal law, as in the water pollution example.”²⁵⁶

Aus diesem kurzen Beispiel ergibt sich auch, dass *Pepper* die Unterscheidung zwischen Zivil-/Verwaltungsrecht einerseits (*Civil Law*) und Strafrecht (*Criminal Law*), die in der Hand des Gesetzgebers läge, vielleicht gerade deswegen für weniger aussagekräftig (weniger objektiv?) hält als die zwischen *Malum in se* und *Malum prohibitum*.²⁵⁷ 147

Bei *Cynthia Williams* findet sich eine für unsere Zwecke hervorragende Zusammenfassung der vermittelnden Ansätze, von denen *Pepper* nur einen, aber eben einen der anspruchsvollsten vorgelegt hat: 148

“[E]xcept where legal violations are also serious moral wrongs (*mala in se*), compliance with the standards of behavior that statutes or administrative regulations set forth is philosophically voluntary: one has the ‘right’ to violate the law by risking paying the penalties (and thus lawyers have the duty to provide information necessary for clients to be able to exercise that right).”²⁵⁸

c. *Relevanz der Diskussion in/für Deutschland?* Bevor die – im Ergebnis überzeugenden – Einwände gegen eine rechtsdogmatische Rezeption der Recht-als-Gebühr-Theorien im deutschen Verfassungsrecht aufgerufen werden, soll hier zunächst einmal gefragt werden, ob diese Ansätze in Deutschland bereits Widerhall gefunden haben. Ich will dafür exemplarisch vorgehen, und einen sozusagen ganzheitlichen, normtheoretischen Ansatz von *Andreas Hoyer* – d. h. mit strafrechtswissenschaftlichem Hintergrund – sowie zwei positivrechtlich-pragmatisch fundierte Ansätze aus dem Gesellschaftsrecht betrachten. Alle drei Ansätze sind noch mehr oder weniger jüngeren Datums. 149

aa. *Normtheoretischer Zugriff: der Preischarakter von Recht in Andreas Hoyers monistischer Rechtstheorie.* Zunächst zum normtheoretischen Ansatz von *Hoyer*.²⁵⁹ 150 Obwohl *Hoyer* die US-amerikanischen Beiträge aus der *Law-and-Econ*-Bewegung nicht ausdrücklich rezipiert (zumindest soweit mir ersichtlich²⁶⁰), liest sich die von *Hoyer* in Abgrenzung zur heute wohl dominanten dualistischen Rechtskonzept von

256 Ibid., S. 1576.

257 Vgl. *ibid.*, S. 1561.

258 C. A. Williams, North Carolina Law Rev. 76 (1998), 1265 (1300).

259 *Hoyer*, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, 1997.

260 Vgl. lediglich die Nachw. *ibid.*, S. 45, dort in Fn. 11.

Karl Binding vorgeschlagene monistische Rechtstheorie wie eine Affirmation bzw. Übernahme genau dieser Position, und zwar in einer durchaus radikalen – nicht vermittelnden – Zuspitzung:²⁶¹

„Die [...] monistische Rechtskonzeption zeichnet sich dadurch aus, daß nicht zunächst der *eine* Rechtssetzungsakt bestimmte Verhaltensmuster zu Pflichten hochstilisiert, damit dann deren Verletzung aufgrund eines *zweiten* Rechtssetzungsakts mit einer Sanktion versehen werden kann (dualistisches Konzept), sondern daß aufgrund *eines einzigen* Rechtssetzungsakts – *unter Aussparung der Pflichtstufe* – sogleich der Zusammenhang zwischen einem Verhalten und der darauf folgenden Sanktion hergestellt wird. [...] Stets hätte der von der ‚Sanktion‘ Bedrohte die Möglichkeit, sich entweder für das ihm [durch den Rechtssatz] nahegelegte Verhalten zu entscheiden oder aber die ‚Sanktion‘ in Kauf zu nehmen. [...] Die rechtlich angedrohte Sanktion nähme [...] den Charakter eines zu entrichtenden ‚Preises‘, eines bloßen Entgelts für das davon betroffene Verhalten an. Innerhalb der Normsetzung käme es dann [...] nur darauf an, diesen ‚Preis‘ hoch genug anzusiedeln, nämlich so hoch, daß der davon Bedrohte (*bei wirtschaftlich vernünftiger Nutzenabwägung*) Sanktions-(und Verhaltens-)Vermeidung als per Saldo vorteilhafte Alternative erkennen müßte. Die gesetzte Norm fixierte – drastisch ausgedrückt – lediglich die allgemeinen Geschäftsbedingungen, unter denen die geregelten (!) Verhaltensweisen allein vorgenommen werden können.“²⁶²

- 151 Weil Hoyer die Kategorie der Pflicht vollständig verabschieden will²⁶³ – letztlich im Interesse einer möglichst schlanken Theoriebildung²⁶⁴ – *kann* die Strafnorm auch gar nicht mehr ein Verhalten als ‚pflichtwidrig‘ kennzeichnen (es gibt ja keine Pflichten mehr), sondern sie wird – insoweit ganz Kelsen²⁶⁵ – durch das strafbare Verhalten nicht gebrochen, sondern einfach nur erfüllt: Der Täter hat die „Annahme“ des ihm vom Staat „offerierten Geschäfts ‚Sondernutzen gegen Strafbarkeit‘“ erklärt.²⁶⁶

261 Mit dieser Einschätzung auch Renzikowski, ARSP 87 (2001), 110 (112), dort Fn. 16: „radikal anders“, m. w. N.

262 Hoyer, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, 1997, S. 46 f. Hervorhebungen hier.

263 Deshalb auch sog. alethisches – im Gegensatz zu einem ethischen – Strafrechtskonzept; s. zum Begriff Hoyer, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, 1997, S. 48 m. w. N. Schon zuvor Binder, Rechtsnorm und Rechtspflicht, 1970, S. 45: „Der von der communis opinio zum Ausgangspunkt beinahe aller Rechtsdogmatik gemachte Begriff der Rechtspflicht ist abzulehnen. Die Pflicht ist kein juristischer Begriff. Überall da, wo wir von Pflichten, die durch die Rechtsordnung begründet sind, zu reden gewohnt sind, handelt es sich in Wahrheit um etwas ganz anderes. [...] In allen diesen Fällen handelt es sich in Wahrheit um Haftungen; um Haftungen vielleicht mit Leib und Leben, mit dem Vermögen, der Freiheit, der Ehre; um Haftungen, die so empfindlich in die Existenz des Haftenden eingreifen, daß er sie häufig als einen Zwang zu bestimmtem Verhalten empfinden und entsprechend darauf reagieren wird; | aber die Rechtsnorm selbst greift weder zum unmittelbaren Zwange (Müssen), noch verkündet sie verpflichtende Gebote (Sollen). [...] Das Müssen nicht, weil es den Grundbegriff alles Rechtes aufhebt, die freie Persönlichkeit; das Sollen nicht, weil es an dem Imperativ fehlt, den alles Sollen voraussetzt.“

264 Vgl. Hoyer, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, 1997, S. 44 ff.; krit. hierzu Renzikowski, ARSP 87 (2001), 110 (119 f.).

265 Freilich ohne den rechtsgeschäftlichen Hintergrund, s. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2008, S. 39: „Die Reine Rechtslehre löst das Bild auf, das den Menschen im Unrechtstatbestand das Recht ‚brechen‘ oder ‚verletzen‘ läßt.“ Das Normative am Recht gibt Kelsen aber ausdrücklich nicht auf, s. S. 44 ff. Zu den Fortentwicklungen bei Kelsen s. zudem Renzikowski, ARSP 87 (2001), 110 (113), dort in Fn. 19.

266 Hoyer, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, 1997, S. 266.

Um der Kritik, die sogleich unter → d. folgen wird, schon einmal kurz vorzugreifen, 152 sei darauf hingewiesen, dass *Hoyers* Konzeption in der Strafrechtswissenschaft selbst kaum Anhänger gefunden hat. Vielmehr wurden ihre Grundannahmen und ihre Konsequenzen gründlich widerlegt.²⁶⁷ So weist *Joachim Renzikowski* m. E. überzeugend darauf hin, dass wir es hier mit einem Geschäft zulasten Dritter – nämlich der Opfer der von *Hoyer* so konzipierten „Geschäfte“ zwischen Täter und Staat – zu tun hätten. Geschäfte zulasten Dritten sind bekanntlich in jedem Rechtsgebiet problematisch, was zeigt, dass wir es nicht allein aus strafrechtswissenschaftlicher Sicht mit einer problematischen Theorie zu tun haben. Zudem ‚fällt‘ diese Konzeption vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Rechtsgewährleistungsansprüche gänzlich durch, wenn man diesen mit der ganz herrschenden Meinung im deutschen Verfassungsrecht einen grundsätzlichen Anspruch auf Primärrechtsschutz – also auf Wahrung der *Integrität* des geschützten Rechtsguts – zuspricht.²⁶⁸ Zwar nehmen Art. 19 Abs. 4 GG und der allgemeine Rechtsgewährleistungsanspruch dem Gesetzgeber nicht pauschal, sondern nur vorbehaltlich der weiten Grenzen der grundrechtlichen Schutzpflichten das Recht, Rechtsgutsschutz normativ so auszugestalten, dass er statt auf Realisierung nur auf Kompensation oder Sanktion setzt. Darauf wurde bereits hingewiesen. Oft hat der Gesetzgeber das aber eben nicht getan, wie etwa das Polizei- oder Umweltrecht zeigen.²⁶⁹ Dort wird ganz weitgehend auf die Verhinderung oder doch zumindest Unterbrechung von Kausalverläufen gesetzt, die bei ihrer Realisierung die rechtswidrige Handlung darstellen bzw. fortsetzen würden. Das Polizei- und Sicherheitsrecht erlaubt grundsätzlich bereits ein staatliches Handeln, sobald eine *Gefahr* vorliegt. Es muss keine *Störung* abgewartet werden, auch wenn es rein *praktisch* häufig um Störungsbeseitigung gehen wird. Für eine *grundsätzliche* rechtsgeschäftliche Intention auf Seiten des Gesetzgebers, trotz Kenntnis des drohenden Normbruchs (erst) geschehen zu lassen und dann den ‚Preis‘ für das Geschehene *ex post* einzutreiben, finden sich in diesen grundlegenden Rechtsgebieten keine Anhaltspunkte. Auch das Einschreitensermessen, das staatlichen Stellen allenthalben gewährt wird, indiziert keine Bereitschaft des demokratischen Gesetzgebers, geschehen zu lassen (und dann zu liquidieren), sondern nimmt vor allem Rücksicht auf die (bislang) sehr begrenzten Ressourcen staatlicher Machtausübung und die damit verbundene Notwendigkeit der Priorisierung.²⁷⁰

Jedenfalls aber sind wir damit wieder bei der Auslegung des jeweiligen Durchsetzungsanspruchs des *konkreten* Rechtsakts angelangt, also bei einer Frage, die sich mit einer *allgemeinen* Rechtstheorie, die pauschal von Dualismus auf Monismus umstellen will, nicht in den Griff bekommen lässt. Letztlich bleibt es daher bei der 153

267 *Renzikowski*, ARSP 87 (2001), 110 (119 ff.).

268 Vgl. in Replik auf *Hoyer* überzeugend *Renzikowski*, ARSP 87 (2001), 110 (123 f.).

269 Vgl. *Möllers*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, 32022, § 2 Rn. 16b.

270 Dazu schon oben, → § 5 Rn. 101.

schon von *Thomas Hobbes* geäußerten Erkenntnis, dass ein Gesetzgeber Strafe auch als Kaufpreis für die Straftat (*Pretium*) ansehen *kann*, es aber nicht tun muss und sicherlich nicht oft getan hat.²⁷¹

- 154 Aber ich greife zu weit vor. Was an dieser Stelle eigentlich noch gesagt werden muss, ist, dass *Hoyers* Konzeption, ob sie nun überzeugend ist oder nicht, für *unsere* Frage bei genauerem Hinsehen nichts beitragen kann bzw. eventuell sogar für ein *Mehr* an maschinell-antizipierender Rechtsdurchsetzung sprechen würde. Denn was *Hoyer* als Prämisse setzt bzw. akzeptiert, ist, dass „Strafrecht [...] Verhalten beeinflussen [will], um Rechtsgüter zu schützen.“²⁷² Es geht *Hoyer* bei allem also um Beeinflussung, Steuerung und Bestimmung zwecks Rechtsgüterschutzes, und zwar – das ist für uns entscheidend – um *möglichst wirksame*:

„Aus der axiomatischen Bindung des Strafrechts an den Zweck ‚Rechtsgüterschutz‘ folgt nicht nur, daß dieser Zweck *überhaupt* angestrebt werden muß, sondern zugleich, daß dies in möglichst *wirksamer Weise* geschehen muß. Von zwei jeweils güterschutz-geeigneten Strafrechtssystemen wäre nämlich – gerade aufgrund der vorgegebenen Axiome – dasjenige vorzuziehen, das den Axiomen *eher* gerecht zu werden verspräche, das also *besser* güterschutz-geeignet erschiene.“²⁷³

- 155 Da sich mit *Hoyers* Theorie diese Axiome nicht hinterfragen lassen (und auch gar nicht hinterfragt werden sollten), können wir diesen Diskussionsbeitrag wieder zur Seite legen, obwohl er auf den ersten Blick so passend – d. h. *pro* Recht auf Möglichkeit zum Rechtsbruch – erschien.
- 156 *bb. Die gesellschaftsrechtliche Diskussion um „nützliche Pflichtverletzungen“* Wenden wir uns nun zwei jüngeren Beiträgen aus der gesellschaftsrechtlichen Diskussion zu. Hier wird die Frage nach einem Recht zum Rechtsbruch auch unter dem Gegensatzpaar von „nützlicher Pflichtverletzung“ versus „Legalitätspflicht“ von Unternehmensleitungen geführt. Ausgangspunkt der Befassungen mit dem Thema ist die Überlegung, dass die Leitungsorgane eines Unternehmens *diesem* gegenüber eine Pflicht zur Einhaltung bzw. gegebenenfalls Umsetzung der *das Unternehmen treffenden* Außenpflichten trifft. Denn andernfalls könnten das Unternehmen negative (Rechts-)Folgen treffen (Schadensersatzpflicht, Bußgelder, auch Reputationsschäden etc.). „Auf diese Weise wird gewissermaßen die Legalitätspflicht mit dem

271 Vgl. hierzu *Renzikowski*, in: Dölling (Hg.), FS Gössel, 2002, S.1 (5 ff.) und dort bes. S.7: „Obwohl Hobbes die Entscheidung für die sanktionsbezogene oder die gegenleistungsorientierte Interpretation der Norm dem Belieben des Gesetzgebers überläßt, deutet er an, weshalb er die zweite Position für wenig überzeugend hält. Der Schuldige wäre in diesen Fällen verpflichtet, die Strafe selbst zu vollstrecken. Wie aber sollte ein Mörder für seine eigene Hinrichtung verantwortlich sein?“

272 *Hoyer*, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, 1997, S. 12.

273 *Ibid.*, S. 70.

aus der Pflicht zur Förderung des Gesellschaftszwecks resultierenden Schadensabwendungsgebot begründet.“²⁷⁴

Das ist aber zunächst nur der Ausgangspunkt. Die Diskussion darüber, ob es *gleichwohl* bzw. *ausnahmsweise* doch einmal *nützliche* Außen-Pflichtverletzungen geben kann, und wie damit umzugehen ist, wird fokussiert durch die sogenannte *Business Judgment Rule* in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, wonach 157

„[e]ine Pflichtverletzung [eines Vorstandsmitglieds] nicht vor[liegt], wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“

Unbestritten ist, dass § 93 Abs. 1 S. 2 AktG einem Vorstandsmitglied – wegen der immensen Haftungslast selbst für einfache Fahrlässigkeit zulasten des Unternehmens (siehe § 93 Abs. 2 AktG) – einen „sicheren Hafen“ für bestimmte Entscheidungen bieten soll. (Mindest-)Voraussetzung dafür ist aber eben, dass eine *unternehmerische* Entscheidung vorliegt. Für uns relevant wird nun darüber diskutiert, ob Verstöße gegen *das die Gesellschaft* (also das Unternehmen) bindende Recht „unternehmerische Entscheidungen“ im angesprochenen Sinn sein können. Rechtsfolge wäre, dass das Vorstandsmitglied schon mangels Pflichtverletzung von der Haftung gegenüber der Gesellschaft befreit wäre, falls sich der Rechtsverstoß eben unter unternehmerischen Gesichtspunkten für die Gesellschaft als „nützliche Pflichtverletzung“ erwiesen hat oder – *ex ante* betrachtet – mit hinreichender Wahrscheinlichkeit als solches hätte erweisen können.²⁷⁵ Alternativ könnte dem Vorstandsmitglied – als sozusagen kleine Lösung – eine Vorteilsanrechnung gegen den Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen ihn erlaubt werden, vorausgesetzt, der Gesellschaft verbleibt nach Abzug eventueller Bußgelder oder Schadensersatzzahlungen ein nicht abgeschöpfter, deshalb eben anrechenbarer Unrechtsgewinn.²⁷⁶ Zudem – jenseits des Haftungsrechts – steht die Frage der Abberufbarkeit des Vorstandsmitglieds von seinem Posten aus wichtigem Grund im Raum.²⁷⁷ Kurz: Gefragt wird also, ob eine nützliche Pflichtverletzung *im Innenverhältnis* eine erlaubte oder zumindest lässliche Abweichung von der nach außen eigentlich unbedingt geltenden Legalitätspflicht ist. Mit 158

274 So – statt aller – Thole, ZHR 173 (2009), 504 (512) m. w. N.

275 Zu den Grundlagen und Schwierigkeiten der Schadensberechnung für Rechtsverstöße s. Thole, ZHR 173 (2009), 504 (525).

276 Ausf. *ibid.*, S. 526 ff. Für Spindler, in: Goette/Habersack (Hg.), MüKo AktG, ⁵2019, § 93 Rn. 106 deutet der Umstand, dass Unrechtsgewinne beim Unternehmen verbleiben können, übrigens „eher auf Defizite im Rechtssystem selbst hin[.], entweder im Bereich der Durchsetzung von rechtlichen Vorgaben, indem die Verfolgungswahrscheinlichkeit zu gering ist („enforcement“), oder die Sanktionen nicht adäquat sind, indem zB Gewinnabschöpfungen [...] fehlen.“ Zur versicherungsrechtl. Absicherung eines Vorstands § 93 Abs. 2 S. 3 AktG.

277 Vgl. Bunz, CCZ 14 (2021), 81 (83 f.).

den von der *Rational Choice Theory* inspirierten *Law-as-Price-Theorien*²⁷⁸ müsste die Antwort auf diese Frage klar ‚ja‘ lauten.

- 159 Die Diskussion wird in Deutschland – wahrscheinlich, weil sie praktisch relevant ist – erfreulich differenziert geführt;²⁷⁹ „etliche Grauzonen“²⁸⁰ werden als solche benannt und problematisiert. Herausgegriffen seien die beiden neueren Beiträge von *Christoph Thole* und *Thomas Bunz*.
- 160 *Im Grundsätzlichen* besteht Einigkeit:²⁸¹ Eine unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten „nützliche Illegalität“²⁸² ist rechtlich *nicht* anzuerkennen. Die darauf drängen- den *Rational-Choice*-Ansätze sind für den deutschen Rechtskreis *jedenfalls insofern* zurückzuweisen und auch rechtspraktisch nicht rezipiert worden. Eine spezifisch freiheitsrechtliche Diskussion findet sich bei den gesellschaftsrechtlich orientierten Beiträgen – soweit ersichtlich – ohnehin nicht.
- 161 Die Position stimmt auch mit der – allerdings knappen – gesetzgeberischen Stellungnahme zu § 93 Abs. 1 S. 2 AktG überein:
- „Die unternehmerische Entscheidung steht im Gegensatz zur rechtlich gebundenen Entscheidung. Für illegales Verhalten gibt es keinen ‚sicheren Hafen‘ im Sinne einer haftungstatbestandlichen Freistellung, es kann hier im Einzelfall aber am Verschulden fehlen.“²⁸³
- 162 Allerdings besteht weiter Einigkeit zwischen beiden Autoren, dass der genannte Grundsatz nur für öffentlich-rechtliche Verhaltenspflichten gilt. Gemeint sind damit solche (insbesondere) aus strafrechtlichen Verbotsgesetzen,²⁸⁴ aus dem Ordnungs-

278 s. soeben, → § 5 Rn. 129 ff.

279 s. bes. *Bunz*, CCZ 14 (2021), 81 (83 ff.) mit differenzierten Fallstudien und w. Nachw. Dort auch zur Befolgungspflicht gegenüber internen *Compliance*-Regelungen und ausländischem Recht (S. 85 bzw. 86; in beiden Fällen bejaht) und einem Abweichungs-„Recht“ in Fällen von Sozialadäquanz im Ausland und Pflichtenkollisionen zwischen dt. und ausländischem Recht (ebd., S. 86 bzw. 87: wohl kulturelle bzw. Abwägungsfrage).

280 *Spindler*, in: Goette/Habersack (Hg.), *MüKo AktG*, 52019, § 93 Rn. 52.

281 *Bunz*, CCZ 14 (2021), 81 (83 ff.), mit Nachw. zur Lit. bes. in Fn. 9, 15; zur wenig umfangreichen Rspr. dort auf S. 83; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (509, 512 ff., 517). Beide Autoren unterscheiden sodann allerdings verschiedene Arten rechtlicher Pflichten, dazu sogleich.

282 Begriff von *Haas*, in: Michalski (Hg.), *GmbH-Gesetz*, 2002, § 43 Rn. 50. In der gesellschaftsrechtl. Lit. wird er häufiger gebraucht als *Luhmanns* „brauchbare Illegalität“, vgl. *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 ff.; *Fleischer*, ZIP 26 (2005), 141 ff., bes. 145 f., 149 ff.; konzeptionelle Unterschiede scheint es insoweit nicht zu geben bzw. werden nicht herausgearbeitet, vgl. etwa *Bunz*, CCZ 14 (2021), 81 (82 f.), der beide Begriffe synonym verwendet.

283 BT-Drs. 15/5092 v. 14.3.2005, S. II. Kein gutes Argument für eine unbedingte Gesetzesbindung scheint mir hingegen der von *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (514 f.) genau i. d. S. angeführte § 396 Abs. 1 AktG zu sein. Zwar erlaubt diese Vorschrift, die praktisch noch nie genutzt wurde (s. *Schockenhoff*, in: Goette/Habersack [Hg.], *MüKo AktG*, 52019, § 396 Rn. 2), tatsächlich, eine AG im Fall gesetzeswidrigen Verhaltens aufzulösen; aber nur dann, wenn dieses Verhalten – als zusätzliche Voraussetzung – das Gemeinwohl gefährdet. Richtigerweise „schimmert“ hier eher die „malum in se/malum prohibitum-Unterscheidung“ durch, die im US-Rechtsdiskurs vertreten wird (so *Fleischer*, ZIP 26 [2005], 141 [149]), aber eben doch keine *unbedingte* Rechtsbefolgungspflicht.

284 *Bunz*, CCZ 14 (2021), 81 (83 f.); *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (516 ff.).

widrigkeitenrecht²⁸⁵ und aus dem (insofern nur seinem Standort nach) zivilrechtlichen Deliktsrecht.²⁸⁶ Beide Autoren lehnen die Idee von Normen sozusagen 2. Klasse – etwa mit Blick auf das Ordnungswidrigkeitenrecht – dezidiert ab.²⁸⁷ Soweit es ‚nur‘ um vertragliche und vertragsrechtliche Verpflichtungen geht (z. B. auch um Anforderungen an die Ausgestaltung von AGB²⁸⁸), soll der Vorstand hingegen durchaus zu Kosten-Nutzen-Erwägungen im Sinn des Unternehmens berechtigt²⁸⁹ und – insofern dann eben doch „*cum grano salis* [...] ein Pendant zur rechtsökonomischen Lehre vom effizienten Vertragsbruch“²⁹⁰ – sogar verpflichtet sein.²⁹¹

Hintergrund dieser Differenzierung nach öffentlichem und Zivilrecht ist – zumindest bei *Thole*, der darauf ausführlicher eingeht –, dass sich bei privatrechtlich begründeten Verhaltenspflichten

„[d]ie Gefahr negativer Drittwirkungen [...] *typischerweise* nicht in gleicher Weise wie bei einer Gesetzesbindung [stellt], denn die vom Vorstand veranlasste Nichterfüllung des Vertrags durch die Gesellschaft erfasst nur die Beziehung zum Vertragspartner. Es besteht daher jedenfalls kein zwingender Grund und erst recht kein öffentliches Interesse daran, aus der Organbeziehung zwischen Vorstand und Gesellschaft insoweit – untechnisch – eine Schutzwirkung zugunsten des Vertragspartners herzuleiten.“²⁹²

285 *Bunz*, CCZ 14 (2021), 81 (84 f.); *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (520 f.) m. w. N. zu vereinzelt Gegenauffassungen, bspw. von *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002, S. 25: „zu prüfen, inwieweit der Gesellschaft in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht ein Handlungsspielraum [...] zukommt“; ausdr. eine „Hintertür“ offen lassen will auch *Fleischer*, ZIP 26 (2005), 141 (149), für solche Ordnungswidrigkeiten, „die [...] hauptsächlich zur Erhöhung des Steueraufkommens beitragen sollen.“ Dass er dafür ausgerechnet das Bsp. des Bußgelds für Falschparken heranzieht, dürfte illustrieren, wie untauglich – weil nicht objektivierbar – eine solche Abgrenzung ist.

286 *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (518).

287 *Bunz*, CCZ 14 (2021), 81 (85 f.); *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (520 f.), der eine Berücksichtigung des unterschiedlichen Gewichts des Durchsetzungsinteresses allein auf der Rechtsfolgenseite verorten will. Grds. auch *Fleischer*, ZIP 26 (2005), 141 (149), mit der soeben, in → Fn. 285, genannten „Hintertür“. Auch das Steuerrecht verbietet die negative Anrechnung von Bußgeldern etc. auf den Gewinn eines Unternehmens (keine absetzbaren Betriebsaufgaben), s. § 4 Abs. 5 Nr. 8 EStG. Eine Ausnahme gilt nach § 4 Abs. 5 Nr. 8 S. 4 EStG u. U. bei gewinnabschöpfenden Bußgeldern, um eine Doppelbesteuerung zu vermeiden.

288 So zumindest ausdr. *Bunz*, CCZ 14 (2021), 81 (85), mit dem Bsp. der wissentlichen Verwendung von unwirksamen AGB. Das Bsp. belegt m. E. gut die Einschätzung von *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (518), dass „[d]ie Grenzen zwischen Vertrags- und Gesetzesverletzungen [...] fließend sein [können], wenn die Vertragsverletzung mit einer deliktischen Haftung (§ 826 BGB) oder einem strafrechtlichen Vorwurf (z. B. § 263 StGB) konkurriert.“

289 *Bunz*, CCZ 14 (2021), 81 (85); *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (518 f.); jeweils m. w. N.

290 *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (519). Aber: „Ein ganz wesentlicher Unterschied zur ‚klassischen‘ Lehre vom *efficient breach of contract*, wie sie die Rechtsökonomie aus dem vertraglichen Leistungsstörungenrecht kennt, besteht allerdings in dem Umstand, dass die Aufweichung der Legalitätspflicht bei Vertragspflichten hier nicht allseitig ausgestaltet ist. Die Kosten-Nutzen-Abwägung betrifft nur die Frage der Pflichtverletzung durch den Vorstand, nicht aber die Rechtsbeziehung zwischen der Gesellschaft und ihrem Vertragspartner, innerhalb derer die Nichterfüllung erfolgt; die Rechtsposition des Vertragspartners der Gesellschaft und dessen Rechtsbehelfe bleiben unberührt.“

291 *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (519).

292 *Ibid.*, S. 519.

- 164 Bei öffentlich-rechtlichen Bindungen des Unternehmens hingegen sei deren Einhaltung „aus Sicht des Gesetzgebers sozial erwünscht“. Folglich bedürfe es gegenüber dem allein zur *tatsächlichen* Bewirkung dieser Einhaltung fähigen Organwalter – das Unternehmen kann als juristische Person ja nicht selbst agieren – effektiver „verhaltenssteuernder Wirkungen“, eben um die „gewünschte[n] Präventions- und Verhaltenssteuerungseffekte“ zu erzielen.²⁹³ Deshalb müsse zunächst ganz grundsätzlich und selbstverständlich die Möglichkeit eines Innenregresses des Unternehmens im Fall von Schadensersatzzahlungen und Bußgeldern bestehen.²⁹⁴
- 165 Die unbedingt bestehende Legalitätspflicht bezüglich öffentlich-rechtlicher Bindungen soll dann nach *Thole* dadurch weiter effektiviert werden, dass dem Organmitglied gegenüber der Gesellschaft in der Regel auch die Möglichkeit einer Vorteilsanrechnung verwehrt sein soll.²⁹⁵ Es soll dem Vorstandsmitglied mit anderen Worten nichts nützen, dass bzw. ob die Illegalität dem Unternehmen per Saldo tatsächlich „nützlich“ war oder eben nicht:
- „Die Vorteilsausgleichung sollte (nur) dort versagt werden, wo die von der Gesellschaft und damit vom Vorstand zu beachtende Rechtsbindung einem qualifizierten öffentlichen Interesse dient. Davon sollte man tendenziell ausgehen, wenn bei Nichteinhaltung der Rechtspflicht typischerweise soziale Schäden und externe Effekte drohen, grob gesprochen in solchen Fällen, in denen nاهliegt, dass dem Gesetzgeber an einer unbedingten Einhaltung der Regel gelegen ist und dieses Interesse damit auch auf das Innenverhältnis zwischen Gesellschaft und Vorstand durchschlägt. Gemeint sind also Fälle, in denen ein besonderes Präventionsinteresse besteht.“²⁹⁶
- 166 Das soll etwa im Kartellrecht oder im Fall von Umweltschutzvorschriften so sein: „In diesen Fällen gehen die von der Gesellschaft erzielten Vorteile, nämlich die Gewinne, ja unter Umständen zu Lasten der Allgemeinheit.“²⁹⁷ Bestehe der Rechtsverstoß lediglich in der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten, und ist der dem Geschädigten entstandene Schaden einer vollständigen Kompensation zugänglich,

293 Alle Zitate *ibid.*, S. 516. Die Position führt dazu, dass der im konkreten Fall entstandene Widerstreit zwischen Kompensationsfunktion und Präventions-/Steuerungsfunktion des § 93 Abs. 1, 2 AktG zugunsten letzterer entschieden wird, s. S. 527. Noch grundsätzlicher ist die Erklärung für die Abwägungsoffenheit zivilrechtlicher Pflichten von *Bunz*, CCZ 14 (2021), 81 (85): „Das Zivilrecht (etwa das BGB in § 138 Abs. 1 BGB) verbietet nicht ein bestimmtes Handeln. Dies stünde dem Zivilrecht auch gar nicht zu. Es ordnet lediglich zivilrechtliche Ansprüche an für den Fall, dass auf bestimmte Art und Weise gehandelt wird – etwa unter Verwendung sittenwidriger oder aus anderem Grunde unwirksamer Vertragsklauseln. Das Zivilrecht regelt also keine Verbote, sondern Rechtsverhältnisse und ordnet Rechtsfolgen an. Diese Rechtsfolgen kann ein Vorstandsmitglied oder ein Geschäftsführer bewusst in Kauf nehmen.“

294 Denn: „Darf die Gesellschaft sich nicht von dem Vorstand erholen [= das Bußgeld einfordern], so fällt der Vorstand als Adressat der verhaltenssteuernden Wirkung dort aus, wo das Bußgeldrecht nur eine Verantwortlichkeit der Korporation kennt, namentlich im Europäischen Kartellrecht[, was] gerade aus Sicht der Straf- und Ordnungswidrigkeitennormen verheerend [wäre]“, so *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (533); s. als Anspruchsgrundlage bspw. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG.

295 *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (531); ähnl. *Spindler*, in: Goette/Habersack (Hg.), MüKo AktG, 52019, § 93 Rn. 107.

296 *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (530).

297 *Ibid.*, S. 530.

soll eine Vorteilsanrechnung möglich bleiben (der Präventionsgedanke trete dann hinter dem Kompensationsgedanken zurück):²⁹⁸ „Diese Abgrenzung ist natürlich nur ein Fingerzeig, aber sie kann helfen, bei der Vielzahl denkbarer Sachverhaltskonstellationen die Wertungsgesichtspunkte klarer zu erkennen.“²⁹⁹ In gewisser Weise kommt damit natürlich doch wieder die Idee von Normen 2. Klasse ins Spiel, wobei sich diese Klassifizierung bei *Thole* in erster Linie aus dem Willen des Gesetzgebers ergibt, d. h. in der Regel durch Auslegung zu ermitteln ist, und nicht durch Rückgriff auf eine Unterscheidung im Sinne der *Malum-in-se-/Malum-prohibitum*-Theorie.

Bunz argumentiert *insoweit* übrigens milder. Er will in Übereinstimmung mit den 167 allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen der Differenzhypothese eine Vorteilsanrechnung *erlauben*,³⁰⁰ was natürlich die Effektivität der Legalitätspflicht etwas in Zweifel zieht. Für *Bunz* scheint sogar bei Verstößen gegen Strafgesetze die Möglichkeit einer Abberufung des Vorstandsmitglieds wegen der Pflichtverletzung auszureichen.³⁰¹ Das erscheint mir arg zweifelhaft, weil unklar ist, warum das Unternehmen – wenn und solange ihm wirklich messbare Vorteile aus dem illegalen Handeln verbleiben,³⁰² die das Vorstandsmitglied dann in Anrechnung bringen kann – einen Anreiz haben sollte, sich von diesem Vorstandsmitglied zu trennen.³⁰³

Aber wie dem auch sei: Beide Autoren befinden sich grundsätzlich auf einer Linie, 168 zusammen mit der von ihnen gründlich ausgewerteten gesellschaftsrechtlichen Lehre: Ein Sorgfaltspflichtverstoß liegt vor, ein rechtlich irgendwie relevantes Recht des Unternehmens – vermittelt durch das Handeln des Vorstands – zum Rechtsverstoß und ein daraus ableitbares Recht auf die Möglichkeit zum Rechtsverstoß, wie es die Recht-als-Gebühr-Schule rechtsökonomisch begründen will, ist für das deutsche *öffentliche* Recht nicht anerkannt.

Das bestätigt schließlich auch der Umgang mit Konstellationen, in denen die Rechts- 169 lage unsicher ist: Es besteht – was angesichts der klaren gesetzgeberischen Stellungnahme³⁰⁴ auch nicht verwundert – Einigkeit, dass § 93 Abs. 1 S. 2 AktG hierauf nicht *direkt* anwendbar ist, wenn und weil eben eine rechtliche und keine unternehmerische Entscheidung getroffen werden muss.³⁰⁵ Es gebe allerdings, wie *Gerald Spindler*

298 Ibid., S. 531.

299 Ibid.

300 *Bunz*, CCZ 14 (2021), 81 (84).

301 Ibid., S. 84.

302 D. h. nach Abzug eines Bußgelds oder Schadensersatzes, den die Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten leisten muss, vgl. hierzu auch *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (527 ff.).

303 Krit. auch *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (527 f.), mit dem Hinweis, dass das Organmitglied immerhin noch die Beweislast bzgl. des Vorliegens eines anrechnungsfähigen Vorteils trifft.

304 s. soeben, → § 5 Rn. 161.

305 *Bunz*, CCZ 14 (2021), 81 (87) m. w. N.

schreibt, gewisse „Parallelen“³⁰⁶ im Umgang mit unternehmerischer Entscheidung einerseits und unklarer Rechtslage andererseits. Es bestehen nämlich beide Male zunächst Informationspflichten. Die Entscheiderin muss Rechtsrat einholen, hat also zu versuchen, sich der ‚richtigen‘ Auslegung, ähnlich wie den Grundlagen für eine wirtschaftlich-unternehmerische Entscheidung, in angemessenem Umfang zu versichern.³⁰⁷ Je nach Bedeutsamkeit der Frage soll das auch die Einholung dezidiert externen Rechtsrats erfordern.³⁰⁸ Man könnte auch sagen: Ohne *Compliance Assistance* geht es nicht; jedenfalls dann nicht, wenn das Vorstandsmitglied von Haftung befreit sein möchte.

- 170 (Nur) dann, wenn es sich über die unklare Rechtslage angemessen informiert hat, fehlt es – und insoweit ist die angesprochene Parallele zu § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zu ziehen – schon am Vorwurf der Pflichtwidrigkeit für den Fall, dass sich die am Ende gewählte Auslegung *ex post* – nach gerichtlicher Klärung – als falsch und für *das Unternehmen* gegebenenfalls als haftungsträchtig erwiesen hat.³⁰⁹ Zwar soll es nach übereinstimmenden Auffassungen für diese Entlastung des Vorstandsmitglieds vom Vorwurf der Pflichtwidrigkeit nicht schaden, wenn er/sie sich *bei mehreren in Betracht kommenden Auslegungen* für eine dem Unternehmen günstigere entschieden hat.³¹⁰ Aber auch hieraus folgt keine Anerkennung einer Möglichkeit zum Rechtsverstoß. Im Gegenteil: Das Haftungsarrangement „in Parallele zu § 93 Abs. 1 S. 2 AktG“ will ja gerade dafür sorgen, dass auch bei unklarer Rechtslage eine Auslegung gewählt und sozusagen beschritten wird, die sich *ex post* – bei autoritativer Feststellung – zumindest als rechtmäßig erweisen *kann*. Und ist die Unsicherheit überwunden, gilt nach *Thole*:

„Eine solche Anlehnung an die Business Judgment Rule läuft also nicht darauf hinaus, dem Vorstand schlechthin die Berufung auf die Nützlichkeit des Gesetzesverstoßes zu eröffnen, die ihm gerade abgeschnitten sein soll. Je gefestigter die Rechtsprechung, umso höher sind die Anforderungen [an die Beschaffung von rechtlichem Rat], so dass es eben keine allgemeine Vertretbarkeitsschwelle gibt. Bei gefestigter herrschender Praxis und Rechtsprechung müssen die Hürden höher liegen, weil eine gefestigte Rechtsprechung aus der jeweiligen Entscheidung *gleichsam eine gebundene Entscheidung* macht. Anders ist es nur, wenn es Hinweise gibt, die auf eine Änderung der Rechtsprechung schließen lassen.“³¹¹

- 171 Freilich, es ist der letzte Satz bei *Thole*, der am Ende doch ein kleines Einfallstor für (die Möglichkeit zur) Devianz zu öffnen scheint, und das für uns noch relevant werden wird: Devianz kann – wir sind wieder bei *Luhmann* – rechtliche Innovation

306 Spindler, in: Goette/Habersack (Hg.), MüKo AktG, 52019, § 93 Rn. 97.

307 Unstr., s. nur *ibid.*, 91 und ff., m. w. N.

308 So bspw. *Bunz*, CCZ 14 (2021), 81 (87). Dass eine solche Einschätzung von einem Rechtsanwalt stammt, wie *Bunz* einer ist, ändert nichts an ihrer Plausibilität.

309 Ausf. zu allem wieder *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (521 ff.).

310 Spindler, in: Goette/Habersack (Hg.), MüKo AktG, 52019, § 93 Rn. 97 m. w. N.

311 *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (524). Hervorhebung hier.

ermöglichen. Die Gesellschaftsrechtler anerkennen diese Option.³¹² Bei *Spindler* findet sich sogar der Hinweis, dass ein Vorstand die Pflicht haben könne, „Rechtsbeihilfe“ (!) einzulegen, um eine unternehmensschädliche Rechtslage zu ändern, wenn sich diese nach „sorgsam[em] [I]nformieren“ als möglicherweise verfassungs- oder unionsrechtswidrig herausstellt.³¹³ Sie – die Option – soll aber, wie das Zitat von *Thole* nahelegt, offenbar doch nur gelten, wenn die Rechtslage nicht vollständig gesichert ist bzw. wenn es Hinweise personeller oder sonstiger Art gibt, die eine Änderung einer gesicherten Rechtslage realistisch erscheinen lassen.

Aber wir müssen hier nicht weiter vertiefen: Denn unmerklich haben wir mit solchen Erwägungen die Recht-als-Gebühr-Rationalität schon verlassen. Mit der Innovationsthese wird gerade nicht begründet, warum man aus einem weit (d. h. nicht zwingend monetär) zu verstehenden *Eigennutz* gegen geltendes Recht soll verstoßen können dürfen. Es wird vielmehr zu begründen versucht, dass Devianz aus einer rechtssystemischen Perspektive einen Nutzen haben kann, der sich *außerhalb* des *prima facie* zweiseitigen ‚Rechtsgeschäfts‘ *Sanktionstragung gegen Non-Compliance* abspielt, das den *Law-as-Price*-Ansätzen zugrunde liegt. Hier geht es um eine Kosten-Nutzen-Abwägung bezüglich der Einhaltung des – ansonsten unverändert fortbestehenden – Rechts, dort um eine Kosten-Nutzen-Abwägung hinsichtlich des Versuchs, das Recht zu ändern. Darauf wird zurückzukommen sein.³¹⁴ Hier soll nun abschließend darauf eingegangen werden, warum die Recht-als-Gebühr-Konzeption rechts- und demokratietheoretisch nicht trägt, es mit anderen Worten gut ist, dass sie in Deutschland nicht rezipiert wird.

d. Zahlreiche inhärente Probleme des Konzepts. Es gibt viele durchgreifende Bedenken gegen eine Konzeption von Recht als Gebühr; sie lassen sich m. E. aber recht gut in zwei Kategorien einteilen: Die Recht-als-Gebühr-Konzeption ist *erstens* inhärent undemokratisch (→ aa.) und *zweitens* unpraktikabel bzw. nur unter enormen grundrechtlichen Kosten praktikierbar (→ bb.).

aa. Undemokratisch. Anerkennt man eine Kategorie des *nur Malum prohibitum*, dann anerkennt man zugleich, dass der gesetzgeberische Wille bei der Bestimmung des Realisierungsanspruchs einer Norm (statt ihres alternativen Charakters als Preisschild) vielleicht nicht unerheblich, aber doch nicht letztgültig maßgeblich ist. Statt Befolgung dürfte der Gesetzgeber nur Abwägung vom Bürger verlangen. Folgt man immerhin der vermittelnden Theorie, die anerkennt, dass es auch ein *Malum in se* gibt, das der Kosten-Nutzen-Kalkulation des Einzelnen entzogen ist/sein soll bzw. sein darf, dann erfordert das, irgendetjemanden als *legitimiert* anzusehen, diese

312 Vgl. *Spindler*, in: Goette/Habersack (Hg.), *MüKo AktG*, 52019, § 93 Rn. 99 ff.; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (522); jeweils m. w. N.

313 *Spindler*, in: Goette/Habersack (Hg.), 52019, *MüKo AktG*, § 93 Rn. 100 f.

314 s. sogleich, → S. 481 ff., 494 ff.

besondere Qualität eines Rechtssatzes zu bestimmen, und dieser Jemand ist dann offenbar nicht (allein) der Gesetzgeber.

- 175 Bei *Pepper* soll das – beispielsweise – ein “clear societal consensus” sein. Wie und wer diesen wie ermitteln können soll, ist unklar. Klar ist hingegen, dass sich Demokratien mit ihren unterschiedlichen Regeln über demokratische Entscheidungsfindungen Verfahren geschaffen haben, wie gesellschaftliche Gestaltung bewirkt werden soll, wo ein “clear societal consensus” fehlt bzw. dieser eben nicht “clear” ist.³¹⁵ Dieses Instrument realer Gestaltung wird vielleicht nicht gänzlich genommen, indem Recht in großem Umfang als *Malum prohibitum* = Gebühr gewertet wird. Aber es (das Instrument) wird dadurch deutlich weniger effektiv. Wie verheerend eine solche Konzeption sein kann, zeigt sich ausgerechnet am Beispiel desjenigen Regelungsbereichs, den *Pepper* als Areal des bloßen *Malum prohibitum* anführt: dem Umweltrecht. Denken wir an Umweltkatastrophen wie ‘umgekippte’ Gewässer und Flüsse durch Einleitung von ungeklärten Abwässern. Oder – noch extremer und deutlicher – denken wir an den Klimawandel. Damit wird schon anekdotisch hinreichend klar, wie falsch – im Sinne von: gesellschaftlich nicht wünschenswert – diese Einordnung ist.
- 176 Über das anekdotische Niveau gelangen wir hinaus, wenn wir uns nochmals mit *Cynthia Williams* vor Augen führen, *welchem* Recht – ausgerechnet – mit der Kategorisierung als bloßes *Malum prohibitum* der Realisierungsanspruch zugunsten eines Gebührencharakters abgesprochen wird/werden kann:

“In other words, the only law that is binding [= *malum in se*] operates when law is not actually necessary to set the necessary standards of behavior. If the behaviors that are prohibited are wrongful in their very nature, then we do not need law to establish the standards of behavior. We do not need laws against murder to tell us that murder is wrong, nor, in general, do we need laws against rape or kidnapping or child abuse or arson or burglary to communicate the necessary standards of behavior.^[316] [...] Where we need law most, though, given the highly complex, sophisticated, and technological post-industrial nature of society today, is where the law-as-price view of the law would make law [i. S. von: law as limit] impossible: precisely within the broad ambit of regulatory law. [...] It is precisely because the issues addressed by regulatory law are so technically complex – composed of interrelated webs of harm, causation, and subtle externalities – and not amenable to determination by reference to obvious moral precepts, that

315 s. auch C. A. Williams, North Carolina Law Rev. 76 (1998), 1265 (1300), dort Fn. 123: “[O]ne importance of law is that it can produce a structure for social behavior under the same conditions [as markets offer a structure for the exchange of goods among strangers], without making agreement necessary on either the underlying moral questions or a conception of ‘the good.’ By interjecting into the definition of law a requirement for a clear societal consensus that something is a serious moral wrong in addition to being legally prohibited, [one] would rob law of one of its primary advantages in a heterogeneous society.”

316 Kritisieren kann man an dieser Stelle freilich, dass *Williams* die Sanktionsebene bzw. die im Rechtsstaat erst durch positive Normierung geschaffene Möglichkeit der Sanktionierung des Mordes – zumindest an dieser Stelle – unterbelichtet.

regulatory law is critical.³¹⁷ [...] It is precisely because ‘most of us would not have an immediate answer’^[318] about ‘whether or not it is wrong to discharge .060 grams of ammonia per liter of water effluent’ that we need a rule developed by experts who are not self-interested, and we need that rule to be recognized as binding by all industry participants. Therefore, by | denying the mandatory nature of regulatory law, the law-as-price view denies us law precisely where we need it most: in the regulatory arena, where there is not a social consensus, where there is not an obvious moral component to the standards the law sets, and where humanistic concerns and economic self-interest collide most acutely.’³¹⁹

Hinzu kommt, dass der *Societal Consensus* in vielen Fällen – so zumindest meine 177 Vermutung – strukturell konservativ sein wird („Das haben wir immer schon so gemacht.“), Recht also als effektives Instrument gesellschaftlicher Innovation zwar nicht vereitelt, aber in seiner Wirksamkeit geschwächt und potentiell (noch) unberechenbarer wird:

“In adopting this penalty-driven approach to law, [one] gives credence to a view that makes it impossible to structure social and legal interactions with any degree of confidence. Each corporation or | individual will value penalties, and therefore laws, differently [...]”³²⁰

Wichtig: Mit der genannten Argumentation *gegen* den Gebührencharakter von 178 Recht im Allgemeinen zu sprechen, bedeutet nicht, dem *Gesetzgeber* die Möglichkeit zu nehmen, in spezifischen Fällen Rechtsgutschutz durch nur monetäre Ansprüche zu gewähren.

Mit der Zuordnung einer Materie zum Vertragsrecht ist genau das nach Auffassung 179 zahlreicher Kommentatoren auch im deutschen Recht geschehen.³²¹ Mit dem von *Gerhard Wagner* angeführten, oben schon genannten Beispiel der – wenn man so will – Herabstufung von Patentrechtsansprüchen vom auch negatorischen Schutz hin zum schadensrechtlichen³²² hat der Gesetzgeber auch gezeigt, dass er gezielt in diesem Sinn handeln kann. Auch kann Rechtsgüterschutz vom Gesetzgeber über die Gewährung ‚nur‘ subjektiver Rechte erfolgen, die erst im Fall ihrer Geltendmachung durch die Rechtsinhaberin Verbotswirkung entfalten (sollen).³²³ So ist beispielsweise gegen die von *YouTube* und vergleichbaren Plattformen gewährte Möglichkeit nichts einzuwenden, dass Inhaberinnen von Schutzrechten auf die Ausübung negatorischer Dimensionen des Rechts (= Blockierung/Löschung des Inhalts) im Tausch gegen eine Beteiligung an den mit dem Rechtsverstoß erzielten Erlösen (sogenannte Mo-

317 C. A. Williams, North Carolina Law Rev. 76 (1998), 1265 (1324 f.).

318 Das ist im Kern tatsächlich das Argument, warum *Pepper*, Yale Law Journal 104 (1995), 1546 (1576) davon ausgeht, dass Umweltrecht grds. zum *Malum-prohibitum*-Bereich zähle.

319 C. A. Williams, North Carolina Law Rev. 76 (1998), 1265 (1326 f.).

320 Ibid., S. 1372 f.

321 s. oben, → § 5 Rn. 162 f.

322 s. oben, → § 5 Rn. 125.

323 Vgl. hierzu *Buchheim*, in: Fritzsche et al. (Hg.), Unsicherheiten des Rechts, 2018, S. 223 ff., und schon *Luhmann*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1999, S. 310, zitiert in → § 5 Fn. 223.

netarisierung³²⁴) verzichten können – i. e. wenig einzuwenden aus einer dem *Steuerungserfolg* von Recht verpflichteten Perspektive. Schließlich zeigt der in manchen Rechtsgebieten beschrittene Übergang von der Gebots-/Verbotssteuerung zu einer Steuerung durch Anreize, dass der Gesetzgeber eine Art von kontraktualistischem Steuerungs- bzw. dann wohl besser, weil offener: Bewirkungsmodell mancherorts durchaus für angezeigt hält.³²⁵

- 180 Daraus nun aber ein Gebot *allein* solcher Steuerung ableiten zu wollen, wie es die *Law-as-Price*-Theorien vorschlagen, nähme letztlich ein Instrument aus dem Instrumentenkasten des demokratischen Gesetzgebers, das ganz jenseits jeder dogmatischen Notwendigkeit – siehe Klimawandel und Umweltrecht³²⁶ und vor allem natürlich auch Delikte unmittelbar gegen Leib, Leben und Freiheit von Menschen – schlicht als *human* erscheint:

“Compensation ex post for an arm lost or a daughter killed in an industrial accident or a water table that is lethal or a human spirit that is heavy with being judged as a type and not as an individual is better than no compensation at all, but it is a distinct second-best alternative to being the beneficiary of good faith efforts to comply fully with the protective goals of the law ex ante. While the costs of these ‘intangible’ harms can be given an economic value for purposes of compensation ex post, to confuse the economic value of after-the-fact compensation with the actual human (and environmental) costs of non-economic harm is like an occupant of Plato’s cave confusing the shadows of reality for the real thing.”³²⁷

- 181 Und auch theoretisch überzeugt das nicht. Würde es doch bedeuten, die dem Vertragsrecht eigenen Werte von “autonomy and individualism” auf das gesamte, d. h. auch öffentliche Recht zu übertragen und damit zu negieren, dass es Recht gibt, dessen hintergründige Werte “social obligation and responsibility”³²⁸ sind. Jedenfalls mit dem hier vorgeschlagenen republikanischen Modell von Recht und Bürgerschaft lässt sich zwanglos begründen, dass hinter dem öffentlichen Recht eine solche eigene Wertung selbstverständlich auch stehen darf.³²⁹

- 182 *bb. Nur unter hohen freiheitsrechtlichen Kosten praktikabel.* Der praktische Einwand gegen den Recht-als-Gebühr-Ansatz ist vielleicht sogar noch überzeugender, weil er diesen nicht extern, sondern sogar aus internen Gründen heraus widerlegt. Denn: Um von einer ökonomischen Warte aus theoretisch zum gewünschten Ergebnis der besten Gesamtwohlfahrt zu gelangen, müsste die Gebühr = Sanktion *erstens* auf das

324 Vgl. nur *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 85; krit. zu den Verfahren *Schillmöller/Doseva*, MMR 2022, 181 (182 ff.).

325 Vgl. hierzu nur *J. Wolff*, Anreize im Recht, 2021, S. 10 ff., 109 ff.

326 Hierzu politikwissenschaftlich und stark *Lepenies*, Verbot und Verzicht, 2022, S. 9 ff.

327 C. A. Williams, North Carolina Law Rev. 76 (1998), 1265 (1339); außerdem: “Significantly, when money damages will not equally compensate a promise, the courts demand specific performance.”

328 Zitate *ibid.*, S. 1332.

329 Dazu, warum dem auch dezidiert kontraktualistische Gesellschaftsmodelle nur bei oberflächlicher Betrachtung (“surface plausibility”) entgegenstehen, C. A. Williams, North Carolina Law Rev. 76 (1998), 1265 (1327 ff.).

Maß des Schadens abgestimmt sein. Das ist z. B. im Fall von Summationsschäden schon rein empirisch kaum leistbar, weder vom Gesetzgeber noch von den für konkrete Sanktionsbemessungen zuständigen Verwaltungen und Gerichten. *Zweitens* müsste die Gebühr auch tatsächlich *stets* bezahlt werden.

“Even the most ardent advocates of the theory of efficient breach of contract recognize that actual compensation is required, or the goal of the theory (efficiency) will not be well-served. Thus, Judge Posner has relied upon this point in ruling on efficient breach, stating that ‘efficiency is promoted by allowing him to break his promise, *provided he makes good the promisee’s actual losses.*’”³³⁰

Auch hierin, so wird richtigerweise hervorgehoben,³³¹ unterscheiden sich Vertrags- und öffentliches Recht grundlegend: In vertragsrechtlichen Sonderbeziehungen kann vielleicht noch davon ausgegangen werden, dass der durch Regelverletzungen entstandene Schaden von der geschädigten Partei *erstens* tatsächlich bemerkt, *zweitens* auch geltend gemacht und dadurch *drittens* in einem halbwegs dafür geeigneten und bestimmten (Gerichts-)Verfahren beziffert wird. Die theoretischen Anforderungen der *Efficient-Breach-of-Contract*-Theorien erscheinen hier auch praktisch erfüllbar (vorbehaltlich eines hinreichend einfachen, kostengünstigen Zugangs zu Streitentscheidungsmechanismen, wo die Schwierigkeiten für die ökonomische Analyse des Rechts freilich schon wieder beginnen).

Das öffentliche Recht hingegen will in der Regel gerade außerhalb solcher Sonderbeziehungen mit ihrer erleichterten Kommunikation und Informationsbeschaffung Steuerungswirkung entfalten. Hier wird es häufig schon an der Entdeckung des Rechtsbruchs und oft an der Durchsetzung von Sanktionen fehlen, aus ganz verschiedenen Gründen: fehlende Kenntnis der Norm bzw. ihrer Verletzung; fehlende Kenntnis über ihre ‚richtige‘ Anwendung; soziale Distanz oder – umgekehrt – zu große Nähe zum/gegebenenfalls sogar Abhängigkeit vom Verletzer, der ‚nur‘ öffentliches Recht, nicht Vertragsrecht (auf das sich beide Parteien geeinigt haben) verletzt hat; soziale Distanz zur zuständigen Durchsetzungsbehörde/zum Gericht; fehlende unmittelbare Betroffenheit von der Verletzung; fehlende Einsicht in die Verletzungshandlung/die kausalen Beiträge; zu hohe (soziale) Kosten der Durchsetzung und viele Gründe³³² mehr:

“So, taking the parameters of efficient breach of contract as a model, if the goal of ‘efficient breach of public law’ is efficiency, it will not be well-served by behavior that merely risks paying penalties, rather than actually paying them.”³³³

330 C. A. Williams, North Carolina Law Rev. 76 (1998), 1265 (1332). Hervorhebung im Original.

331 Ibid.

332 Vgl. auch die Aufzählung *ibid.*

333 Ibid. Vgl. auch *ebd.*, S. 1279 f.: “[T]he theory critized here suggests that firms have a choice between meeting the standards of the law or deliberately violating the law and *paying* the penalties. Yet this Article uses the phrase *risking* paying the price. [...] [P]art of the calculation to violate the law includes

- 185 Die ‚Lösung‘ hierfür liegt natürlich – so müsste man aus Sicht der Vertreter einer Recht-als-Gebühr-Konzeption annehmen – nahe: Es müsste eben nur umfassend genug von den Instrumenten der *Intelligent Surveillance* und der *Justification Structures* Gebrauch gemacht werden. Gerade Letztere erscheinen aus einer *Law-as-Price*-Perspektive als die optimale und damit auch leicht zu rechtfertigende Möglichkeit, dem unterstellten Preischarakter von Recht auch praktisch weitestgehend gerecht werden zu können. Auf den damit verbundenen hohen grundrechtlichen ‚Preis‘ – nach hier vertretener Auffassung: zu bezahlen in Form des Verlusts von *Vertrauen* in die grundsätzliche Rechtschaffenheit der Bürgerinnen und Bürger (hier sogenannte Rechtschaffenheitsvermutung³³⁴) – braucht hier nur noch einmal hingewiesen zu werden.³³⁵
- 186 Nicht vernachlässigt werden sollte aus der Steuerungsperspektive schließlich die subtile Botschaft, die mit einer Verabschiedung der Rechtschaffenheitsvermutung zugunsten eines Gebührenmodells einherginge: Während die Rechtschaffenheitsvermutung hintergründig von der Befolgungsbereitschaft der Bürger ausgeht und insofern – vor allem – auch eine mindestens implizite Erwartungshaltung einnimmt, verzichtet die Recht-als-Gebühr-Perspektive darauf und verschiebt vielmehr die Erwartung mehr oder weniger unmerklich dahin, vom Bürger eine Kosten-Nutzen-Rechnung (immerhin: wohl im *weiten* Sinn³³⁶) zu verlangen. Man kann argumentieren, dass hierin eine besondere Ernstnahme der Autonomie der Normadressaten liegt. Aber diese Ernstnahme wäre dann nicht mehr diejenige als Bürger, sondern die als Individuum, oder – schärfer formuliert – die als Egoist. Solange die *Intelligent Surveillance*/die *Justification Structures* gut funktionieren und d. h.: flächendeckend funktionieren, ist dieser Egoismus wohl (aus der Perspektive der Recht-als-Gebühr-Theorien) hinzunehmen.
- 187 Deshalb ist es so gefährlich, nun – im Rahmen der zu führenden Diskussion um ein Recht zum Rechtsverstoß (mit welchem vermeintlich positiven hintergründigen Menschenbild auch immer) – einem Gebührencharakter des Rechts (mit welcher konkreten Wortwahl und welcher normativen Fundierung auch immer) das Wort zu reden. Denn:

a calculation of the probability that the violation will go undetected; or if detected, that it will go unprosecuted for any one of [a plethora of reasons [etc.]. So, although the theory may treat the question as one of ‘violat[ing] a law deliberately and pay[ing] the penalty,’ the reality is that of *risking* paying the penalty at best.” Hervorhebung im Original.

334 s. schon → § 2 Rn. 97.

335 s. soeben, → S. 422 ff.

336 Natürlich erscheint es denkbar, dass ein Individuum in der konkreten ‚Kalkulation‘ neben seinen unmittelbaren/kurzfristigen Eigeninteressen auch langfristige gesellschaftliche Interessen einkalkuliert – aber ob das Individuum das tut, bleibt ihm freigestellt.

“To a very | great extent, society needs to rely [and will continue to do so (TR)] upon a reservoir of law-abidingness as an ‘enforcement’ tool. To the extent that the efficient breach theory undermines that reservoir and legitimizes violations of law, it is to be condemned.³³⁷ [...] I do acknowledge that there is a range of blameworthiness in a deliberate choice not to follow the law [...]. But I would also say that a deliberate choice not to follow the law is itself inherently blameworthy whether one can identify harm to others or the environment or not, because that choice is a harm to the concept of law itself.”³³⁸

Folgt man hier der Autorin, dann liefert sie übrigens in einer Rückschau auf ihren Beitrag aus dem Jahr 1998 sich selbst in gewisser Weise Grund zur Erleichterung: Die von der ökonomischen Analyse des Rechts – wohl: über deren eigentlichen Gegenstand/Zweck hinaus³³⁹ – eingeleitete Rekonzeptionalisierung weg von *Law as Limit* hin zu *Law as Price* hat sich auch in den USA nicht durchsetzen können:

“What has happened with respect to these questions in the ten years that have passed since I worked on that article? One could say that the answer to that question is a resounding ‘not much.’ There are no decided cases where a company exculpated its directors for knowing violations of law [...], nor even decided cases where the question was litigated. The stark [law-as-price-]view that there is a duty for corporate managers to engage in profitable violations of law now seems extreme, and law and economics has | broadened its conception of human rationality and cognitive behavior in ways that make it, at least in theory, amenable to much more nuanced understandings of law compliance.”³⁴⁰

5. Die Möglichkeit zum Rechtsbruch als Gebot von Rechtsstaatlichkeit?

Bevor wir uns den demokratischen Funktionen von Devianz zuwenden, die m. E. tatsächlich überzeugend ihren auch rechtlich greifbaren Eigenwert ausmachen, sei an dieser Stelle noch auf die Verortung hingewiesen, die *Christoph Möllers* vorgeschlagen hat. Ihm zufolge ist es ein „Kernbestand von Rechtsstaatlichkeit“, „normative Ordnungen dadurch zu schützen, dass die Möglichkeit ihrer Durchsetzung beschränkt wird“.³⁴¹ Illustriert werden die an dieser Stelle recht knappen Ausführungen von *Möllers* am geläufigen Rote-Ampel-Beispiel:

„Natürlich kann man den Verkehr mit Hilfe automatischer Schranken so organisieren, dass sich die Frage, ob jemand bei ‚rot‘ die Ampel überquert, nicht mehr stellt. Man kann rote Ampeln

337 C. A. Williams, North Carolina Law Rev. 76 (1998), 1265 (1334 f.).

338 C. A. Williams, Fordham Law Rev. 75 (2006), 1629 (1632).

339 s. insofern schon soeben, → § 5 Rn. 132.

340 C. A. Williams, Fordham Law Rev. 75 (2006), 1629 (1632 f.).

341 Möllers, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 478. Ihm folgend *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 55 f., 67 f., die allerdings – insofern abweichend von Möllers – auf die „Durchsetzungsebene als Notwendigkeit eines angemessenen Interessenausgleichs“ abstellt; das ist ein Aspekt, der wie gesagt bei der Überprüfung alten und bei der Setzung neuen (i. S. v.: auf automatisierte Durchsetzung angelegten) Rechts berücksichtigt werden muss (hierzu mehrfach oben, v. a. → § 2 Rn. 268 ff. und → § 5 Rn. 21); dieser Aspekt kann aber keine allgemeine Begründung für den dauerhaften Erhalt der Lücke zwischen Recht und Rechtsdurchsetzung liefern. Ebenfalls rechtsstaatliche Einwände gegen den Einsatz von „algorithmischer Gewaltherrschaft“ erhebt *Raji*, Künstliche Intelligenz, 2023, S. 155.

aber auch als einen Ort verstehen, in dem ein eigenverantwortlicher Umgang mit Normen auch mit Hilfe derjenigen eingeübt wird, die sie ignorieren.“³⁴²

- 190 Einmal davon abgesehen, dass das Rote-Ampel-Beispiel nicht wirklich gut zur Illustration taugt, weil bzw. soweit es sich dabei nach heutigem Stand ‚dummer‘ Lichtzeichenanlagen oft um eine Form von normativem *Overblocking* handeln dürfte,³⁴³ ist von Möllers im Kern genau das Anliegen angerissen, das hier unter dem Devianz-Grund gesellschaftlichen Lernens und gesellschaftlicher Wissensgenerierung firmiert. Ich würde aber argumentieren, dass das sehr viel besser im Demokratie- als im Rechtsstaatprinzip verankert werden kann und muss (dazu → 7.). Es scheint mir nämlich auch kein rein begrifflicher Dissens zu sein, aus zwei Gründen:
- 191 *Erstens* aus einem sozusagen narrativen Grund:³⁴⁴ Ausgerechnet den *Rechtsstaat* dadurch schützen zu wollen, dass der Realisierungsanspruch von Recht reduziert wird (was dann ja wohl – wenn so breit konzeptionalisiert – auch für rechtsstaatlich und grundrechtlich motivierte Sicherungen gelten müsste), führt zu einer missbrauchsanfälligen Konstruktion. Der Rechtsstaat bewährt sich gerade durch die Realisierung des Rechts, gegebenenfalls auch seiner retardierenden und, was den Güterschutz anbelangt, abgestuften Vorgaben. Er bewährt sich nicht dadurch, dass sich ein Bürger wissentlich und willentlich außerhalb bzw. über das Recht stellt.³⁴⁵ Es müsste sich hierfür eine eigenständige Herrschaftsrolle begründen lassen, was – wenn überhaupt – demokratie- oder freiheitsrechtlich gelingen *könnte*, aber nicht als Ausprägung des Rechtsstaats. In der so formulierten Position liegt übrigens auch kein Widerspruch zum in → § 4 in Anschluss an *Funke* herausgearbeiteten und von diesem aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten „Selbstbeurteilungsrecht“ eines Normadressaten. Denn daraus lässt sich und soll sich auch nach *Funke* ausdrücklich gerade *kein* Recht auf Möglichkeit zum Rechtsverstoß ableiten lassen.³⁴⁶
- 192 *Zweitens* mag es zwar aus der *Erfahrung* des Rechtsgebrauchs jene Übung geben, die *Maximilian Becker* als „erst Handeln, dann (rechtlich) bewerten“ beschrieben hat.³⁴⁷ Diese Erfahrung – man könnte auch sagen: Tradition – als Rechtsgebot der *Rechtsstaatlichkeit* konstitutionalisieren zu wollen, würde aber letztlich wieder auf die Ausdehnung des alten staatshaftungsrechtlichen Grundsatzes des „dulde und liquidiere“ in die Gesamtrechtsordnung hinauslaufen.³⁴⁸ Demgegenüber kann es gerade

342 Möllers, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 478.

343 Zur grundsätzlichen Notwendigkeit, dieses vor Einsatz von *Impossibility Structures* möglichst zu reduzieren, schon → § 2 Rn. 268 ff. und → § 5 Rn. 21.

344 Dazu, dass Narrative nicht allein heuristischen Wert haben, sondern zu Wechselwirkungen im Recht führen können, s. die methodischen Erläuterungen oben, ab → S. 238.

345 So auch *Rauber*, JZ 79 (2024), 174 (178).

346 Oben, → § 4 Rn. 34 f.

347 Vgl. mit dieser Wendung auch *Becker*, ZUM 2019, 636 (638).

348 Vgl. hierzu schon *Rademacher*, JZ 2019, 702 (707); *Becker*, ZUM 2019, 636 (639).

als eine der zentralen (grund-)rechtsstaatlichen Errungenschaften gelten, dass dieses Gebot nicht nur – schon frühzeitig – aus der Zivilrechtsordnung verabschiedet wurde (siehe § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB und entsprechende analoge Anwendungen³⁴⁹), sondern mittlerweile erst recht aus dem öffentlichen Recht. Insoweit kann auf die Diskussion der rechtsökonomischen Perspektive auf das Recht als Tauschgut und die dort genannten Gegenargumente verwiesen werden (siehe soeben, → 4.).

6. Überzeugend, aber von beschränkter Reichweite: der Rechtsbruch als Mittel demokratischer Kommunikation (der sog. zivile Ungehorsam)

Sollten die Verstöße der „Letzten Generation“ gegen das Straßenverkehrsrecht verunmöglicht werden? Etwa durch bauliche Anlagen oder – falls das denn möglich wäre – durch Asphaltstreifen, auf denen die menschliche Hand nicht mehr haftet? Oder sollen digitale Beleidigungen, Datenschutz- oder Urheberrechtsverstöße durch digitale *Impossibility Structures* in jedem Fall verhindert werden (Stichwort Upload-Filter), also auch dann, wenn diese Handlungen als Protest gegen zu restriktive Debattenkultur, Bürokratie oder künstlerische Einengungen im Interesse kapitalistischer Verwertungslogiken gemeint sind? Maximilian Becker hat dazu plakativ geschrieben, dass „[m]an [...] sich [...] keine Welt wünschen [würde], in der Sitzblockaden durch geschickte Städteplanung gezielt unmöglich gemacht werden.“³⁵⁰ Das würden viele Autofahrerinnen sicherlich anders sehen. Aber die Betonung des Nicht-Wünschens führt zum eigentlichen Kern der nachfolgenden Untersuchung: Bleibt es beim allein rechtspolitischen Wunsch, oder gibt es harte verfassungsrechtliche Gründe, auf derartige Stadtplanungen usw. zu verzichten?

a. *Der zivile Ungehorsam: Rechtsbruch als Kommunikation.* Die Beispiele von soeben verdeutlichen, dass Devianz einen *symbolischen* Charakter haben kann; symbolisch im Sinn einer bewussten, kommunikativen und dezidiert politisch gemeinten Stellungnahme zu einer Rechtsnorm. Häufig, aber nicht immer wird dabei gegen diejenige Norm protestiert, gegen die konkret verstoßen wird. Gemeinhin wird ein derart anspruchsvoll qualifizierter Akt von Devianz heute als ziviler Ungehorsam bezeichnet, auch in der phasenweise intensiven juristischen Diskussion darüber.³⁵¹ Dabei weist Hans Michael Heinig zu Recht darauf hin, dass der Begriff als einheitliche juristische Kategorie nicht taugt, da er zu „facettenreich“ und mit zu vielen

349 Zum über den Wortlaut von § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB hinaus (analog) anerkannten vorbeugenden Unterlassungsanspruch bei sog. „Erstbegehungsfahrer“ statt aller Raff, in: Gaier (Hg.), MüKo BGB, 79.2023, § 1004 Rn. 296 m. w. N.

350 Becker, ZUM 2019, 636 (643).

351 Zur v. a. von US-amerikanischen Vorbildern geprägten Geschichte und der daran entwickelten Dogmatik des zivilen Ungehorsams in Deutschland ausf. Schieder, Ethisch motivierter Rechtsungehorsam, 2018, S. 194 ff.; aus Anlass der Aktionen der sog. „Letzten Generation“ Honer, JuS 2023, 408 ff.

„Unschärfen an den Rändern“ beschaffen sei.³⁵² Als deskriptiv-phänomenologischer Begriff taugt er gleichwohl,³⁵³ und bei allen Unterschieden im Detail wird ziviler Ungehorsam in Deutschland heute doch in aller Regel unter Rückgriff auf folgende, vor allem von *Jürgen Habermas* vorgeschlagene Definition behandelt:³⁵⁴

„Akte, die ihrer Form nach illegal sind, obwohl sie unter Berufung auf die gemeinsam anerkannten Legitimationsgrundlagen unserer demokratisch-rechtsstaatlichen Ordnung ausgeführt werden. Wer auf diese Weise Protest einlegt, sieht sich in einer Situation, wo ihm in einer Gewissens[frage] nur noch drastische, mit persönlichen Risiken belastete Mittel zur Verfügung stehen, um die Bereitschaft zur erneuten Beratung und Willensbildung über eine geltende Norm oder eine rechtskräftig beschlossene Politik zu wecken und den Anstoß für die Revision einer Mehrheitsmeinung zu geben.“³⁵⁵

- 195 Knapper und vielleicht griffiger, in der Sache aber wohl gleichbedeutend ist die von *Jo Leinen* – zu Zeiten der Friedensbewegung der 1980er Jahre sozusagen ein „Praktiker“ zivilen Ungehorsams – vorgeschlagene Definition:

„Ziviler Ungehorsam ist eine fortgeschrittene Form der Demonstration. [Sie] ist die Presseerklärung des einfachen Bürgers, aber in einer intensiveren und spektakuläreren Weise.“³⁵⁶

- 196 Das Bundesverfassungsgericht definiert im Jahr 1986 in seiner Entscheidung zur Nötigungsstrafbarkeit von Sitzblockaden (*Sitzblockaden I*) folgendermaßen:

„Unter zivilem oder bürgerlichem Ungehorsam wird – im Unterschied zum Widerstandsrecht gegenüber einem Unrechtssystem – ein Widerstehen des Bürgers gegenüber einzelnen gewichtigen staatlichen Entscheidungen verstanden, um einer für verhängnisvoll und ethisch illegitim gehaltenen Entscheidung durch demonstrativen, zeichenhaften Protest bis zu aufsehenerregenden Regelverletzungen zu begegnen.“³⁵⁷

352 *Heinig*, F.A.Z. v. 19.12.2022, S. 6.

353 Ähnl. auch *R. Dreier*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, ³2015, S. 54 (61): „ein deskriptiver bzw. empirischer Begriff“. Für eine anspruchsvolle, u. a. rechtsstaatlich und demokratietheoretisch verortete Aufarbeitung nun monographisch *Akbarian*, *Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation*, 2023, bes. S. 99 ff. bzw. 167 ff.

354 *Habermas* folgt weitgehend *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 2020, S. 401 ff., aber ohne Anspruch auf eine exakte Übernahme, vgl. *Habermas*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, ³2015, S. 29 (36): „rechtsphilosophische Antwort[.] von der ich nicht genau weiß, wie weit sie mit der von Rawls gegebenen übereinstimmt.“ Zum angelsächsischen Diskurs über *Civil Disobedience* ist der Hinweis wichtig, dass es namentlich *Joseph Raz* nicht so sehr darum ging, die Legitimität zivilen Ungehorsams zu begründen, sondern zu fragen, ob es ein *Recht* dazu gibt, was bei ihm aber – und das ist der Unterschied zur dt. Diskussion – einen *Gegensatz* bedeutet, s. *Raz*, in: ders. (Hg.), *The Authority of Law*, ²2009, S. 262 (266): “It is an essential element of rights to action that they entitle one to do that which one should not. [...] Their purpose is to develop and protect the autonomy of the agent.” Sowie S. 268: “To say that there is a right to civil disobedience [...] is to allow that the legitimacy of the civil disobedience does not depend on the rightness of one’s cause.”

355 *Habermas*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, ³2015, S. 29 (33 f.).

356 *Leinen*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, ³2015, S. 23 (24).

357 BVerfG, Urt. v. 11.11.1986, Az. 1 BvR 713/83 u. a. = BVerfGE 73, 206 (250) – *Sitzblockaden I*, unter Verweis auf *Ev. Kirche und freiheitliche Demokratie*, 1985, S. 21 f.

b. *Konstitutive Elemente zivilen Ungehorsams.* Geht man von diesen Definitionen aus, dann ist prägend für den zivilen Ungehorsam und für den deutschen Rechtsraum wohl auch weitgehend konzidiert dreierlei:

aa. *Gewaltfreiheit.* Erstens ist die Gewaltfreiheit des rechtswidrigen Aktes zu nennen;³⁵⁸ wobei natürlich darüber Streit besteht, was unter Gewalt zu verstehen ist.³⁵⁹ Teilweise wird zudem gefordert, dass es sich um nur „kurzfristige[], symbolisch-appellative[] Gesetzesübertretungen [handeln dürfe], durch die Rechte Dritter nicht oder nur unwesentlich berührt werden“ dürften. Aus einer juristischen Perspektive ist auf diese Weise das Gebot der Verhältnismäßigkeit eingeführt.³⁶⁰

Auf einer kategorialen Ebene ist damit auch geklärt und besonders wichtig, dass es *Habermas* und den anderen nicht darum geht, Handlungen zu legitimieren, die die *tatsächliche*, eigenmächtige Herbeiführung der Normänderung sind bzw. der konkreten Realisierung des abweichenden Willens dienen.³⁶¹ Es geht um einen „Appell[] an die jeweilige Mehrheit“, nochmals in eine Reflexion über die angegriffene Norm einzusteigen.³⁶² Wenn es also im gleichen Atemzug oftmals heißt, dass ziviler Ungehorsam die im Grundgesetz „fehlende[n] plebiszitäre[n] Mitwirkungsrechte“ der Bürger kompensieren könne,³⁶³ dann geht es genauer doch immer nur um ein Äquivalent zur *Volksbefragung*.³⁶⁴ Es geht hingegen nicht um die Anmaßung einer Volksinitiative, eines Volksentscheids oder – trotz der immer wieder diskutierten Nähe der beiden Phänomene – erst recht nicht um ein Äquivalent zum

358 *Habermas*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, ³2015, S. 29 (30, 32 f., 35). Auf Unterschiede in anderen nationalen und historischen Kontexten weist *Heinig*, F.A.Z. v. 19.12.2022, S. 6, hin. Nach *R. Dreier*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, ³2015, S. 54 (61 f.), muss die Handlung zwar nicht bewusst rechtswidrig sein (der Autor geht als einer der wenigen davon aus, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen zivilen Ungehorsams eine rechtsförmliche Rechtfertigung möglich sei), aber sehr wohl gewaltfrei, s. a. a. O., S. 62 f.

359 Für einen knappen Überblick über die denkbaren Positionen *R. Dreier*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, ³2015, S. 54 (62 f.). Für radikale Verständnisse vgl. *Akbarian*, *Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation*, 2023, S. 239 ff.

360 So *R. Dreier*, in: ders. (Hg.), *Recht – Staat – Vernunft*, ²2016, S. 73 (91 f.).

361 Anders scheint, wie oben, → § 5 Rn. 39, dort in Fn. 64, beschrieben, die Diskussion im Völkerrecht gelagert zu sein, wo Rechtsbrüchen eine dezidiert legislative Funktion zugeschrieben wird.

362 *Habermas*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, ³2015, S. 29 (39). Hervorhebung hier. A. A. evtl. *Raz*, in: ders. (Hg.), *The Authority of Law*, ²2009, S. 262 (265): “Civil disobedience can be aimed to be effective or expressive.”

363 *Simon*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, ³2015, S. 99 (105); vgl. auch *Leinen*, ebd., S. 23 (27), und *R. Dreier*, ebd., S. 54 (73).

364 Vgl. zur Forderung der Friedensbewegung der 1980er Jahre, eine *förmliche* Volksbefragung zum NATO-Doppelbeschluss durchzuführen, *Leinen*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, ³2015, S. 23 (27), mit der erstaunlich aktuellen Beobachtung, dass mit der Alternative des zivilen Ungehorsams die „Gefahr [verbunden sei], durch die Konzentration auf die Frage der Form der Auseinandersetzung – z. B.: verhalten sich die Demonstranten gut, kam es zu Gewalt usw. – die Sachdebatte aus den Augen zu verlieren.“

Widerstandsrecht³⁶⁵ oder gar ein Recht auf Revolution.³⁶⁶ Deshalb sind auch isoliert gelesen scharfe *Habermas'sche* Passagen wie die folgende stets mit der grundlegenden Forderung nach Gewaltfreiheit und rein appellativem Wirkmodus von zivilem Ungehorsam zu hinterlegen:

„Wenn die Repräsentativverfassung vor Herausforderungen versagt, die die Interessen aller berühren, muß das Volk in Gestalt seiner Bürger, auch einzelner Bürger, in die originären Rechte des Souveräns eintreten dürfen.“³⁶⁷

- 200 Der einzelne Normadressat tritt zwar in der Tat für einen Moment aus seiner Rolle als *bloß* rechtsunterworfenen Person heraus. Das geschieht aber doch nur als Initiator einer Debatte, nicht als – und sei es auch nur für den konkreten Moment – Entscheider darüber, dass das Recht nicht bzw. anders gelten sollte. Deshalb auch nochmals zur Klarstellung: Das hier sogenannte republikanische Rechts- und Bürgerschaftsverständnis³⁶⁸ und das damit verbundene „Selbstbeurteilungsrecht“³⁶⁹ des Normadressaten steht dazu nicht in Widerspruch, da es eine Selbstbeurteilung (= Mitwirkung) im Sinn des Rechtssatzes verlangt, und ausdrücklich keine Berechtigung zu deviantem Verhalten liefern soll.³⁷⁰
- 201 *bb. Öffentlichkeit des Rechtsbruchs.* Zweitens wird einhellig die Öffentlichkeit der Handlung gefordert. Denn nur hierdurch könne der kommunikative Anspruch als „fortgeschrittene Form der Demonstration“³⁷¹, d. h. die Fortsetzung des demokratischen Prozesses mit bewusst „intensiveren“ und „spektakuläreren“ Mitteln³⁷² einge-

365 Zur Abgrenzung *R. Dreier*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, ³2015, S. 54, (57): „Anwendungsfälle des klassischen, des sogenannten ‚großen‘ Widerstandsrechts [i. e. das Widerstandsrecht gegen totalitäre Diktaturen und Art. 20 Abs. 4 GG] setzen eine Ausnahmelage voraus, und sie schließen das Recht zu gewaltsamem Widerstand ein. Ob es eine dritte Ausnahme gibt, ein sozusagen ‚kleines‘ Widerstandsrecht der ‚Normallage‘ [das wäre der zivile Ungehorsam nach moderner Diktion], ist streitig.“

366 Dazu auch nochmals sogleich → § 5 Rn. 202.

367 *Habermas*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, ³2015, S. 29 (41); klarer wird die Beschränktheit legitimen zivilen Ungehorsams dann bei *dems.*, *Merkur* 38 (1984), 15 (24 f.): „Wenn die Repräsentativverfassung vor Herausforderungen wie der des außer Kontrolle geratenen Rüstungswettlaufes versagt, müssen Bürger, die nicht über privilegierte Einflußchancen verfügen, auch unmittelbar in die Rolle des Souveräns eintreten und den zivilen Gehorsam in der Absicht aufkündigen dürfen, für überfällige Korrekturen oder Neuerungen *einen Anstoß zu geben*.“ Hervorhebung hier.

368 s. dazu oben, → § 4 Rn. 32 ff.

369 s. hierzu oben, → § 4 Rn. 34 f.

370 s. oben, → § 4 Rn. 34.

371 *Leinen*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, ³2015, S. 23 (24). Auch *M. L. Rich*, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 36 (2013), 795 (826 ff.) stützt seine Überlegungen zu *positiven* „Societal Interests“ an Devianz v. a. auf deren kommunikative Wirkung in Gerichtsverfahren und der breiten Öffentlichkeit.

372 *Ibid.*, S. 24.

löst werden.³⁷³ In Kauf zu nehmen ist seitens der Ungehorsam Leistenden daher das Risiko negativer Konsequenzen, namentlich der Strafverfolgung.³⁷⁴

cc. *Grundgesetztreue Motivation*. Schließlich wird ein „moralisch begründeter Protest“ verlangt,³⁷⁵ und zwar „moralisch“ im Sinn einer überindividuell mit Gemeinwohlinteressen *im Sinn des Grundgesetzes* unterlegten, also dezidiert *nicht* revolutionären,³⁷⁶ sondern systemtreuen Motivation.³⁷⁷ Das grenzt den zivilen Ungehorsam deutlich von individuell-freiheitlichen und erst recht wirtschaftlich eigennützigen Begründungen eines Rechts auf Möglichkeit zum Rechtsbruch ab.³⁷⁸ Missverständlich ist daher die häufig anzutreffende Formulierung, Grundlage zivilen Ungehorsams

373 Schieder, Ethisch motivierter Rechtsungehorsam, 2018, S. 262: „Schon die begrifflichen Voraussetzungen zivilen Ungehorsams werden verfehlt, wenn der Ungehorsam geheim gehalten wird.“

374 Habermas, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ³2015, S. 29 (35); R. Dreier, ebd., S. 54 (61 f.), der im Erg. aber eine Rechtfertigung für möglich hält; auch Martin Luther King: „willingness to accept the penalty“, zit. nach Schieder, Ethisch motivierter Rechtsungehorsam, 2018, S. 196, freilich v. a. theologisch grundiert. A. A. Raz, in: ders. (Hg.), The Authority of Law, ²2009, S. 262 (265): “[O]nly the fact that an act of disobedience occurred and [...] the nature of its motivation have to be made publicly known. There is no general reason why individuals engaged in those activities should make their identity known or voluntarily submit to punishment.”

375 Habermas, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ³2015, S. 29 (35).

376 Ibid., S. 39: „Der Fall des zivilen Ungehorsams kann nur unter Bedingungen eines im ganzen intakten Rechtsstaats eintreten. [...] Es geht nicht um den Extremfall der Unrechtsordnung“. Im Fall *Mahatma Gandhis* im kolonialen Indien war dies womöglich anders; für diesen Hinweis s. Heinig, F.A.Z. v. 19.12.2022, S. 6. Für einen Versuch, „radikaldemokratische“, d. h. das System selbst in Frage stellende Formen von Devianz mit rechtsstaatlich-demokratischen Minimalsicherungen zu verbinden, s. Akbarian, Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation, 2023, S. 258 ff. (für die Zusammenfassung der Ergebnisse der Autorin). Sie schreibt: „Als ziviler [...] Ungehorsam macht der Rechtsbruch nicht nur darauf aufmerksam, dass die (normative) Welt auch anders sein könnte, sondern er liefert auch die Gründe für eine positive Markierung mit. [...] Als Interpretation [der Verfassung] verstanden, darf [der zivile Ungehorsam] aber nicht der Versuchung erliegen, die Stelle exklusiv besetzen und für andere Möglichkeiten schließen zu wollen“ (S. 288). Wenn ich das richtig deute, dann verbindet Akbarian mit ihrem Konzept des zivilen Ungehorsams Aspekte, die hier abgeschichtet unter der Rubrik „Devianz als Wissensgenerierung“ (sogleich, ab → S. 494) verhandelt werden.

377 Zu den Risiken der moralischen Überhöhung des zivilen Ungehorsams an sich, also zu dessen Legitimation schlicht aufgrund des damit bezweckten Systemwiderstands, fast schon klassisch Lübke, Politischer Moralismus, 2019, bes. S. 64 ff.

378 Nicht bestritten sei damit, dass jeder deviante Akt eine Form der Kommunikation und Stellungnahme zum Recht beinhalten mag, jedenfalls dann, wenn der Handelnde um die (potentielle) Rechtswidrigkeit der Handlung zumindest weiß; vgl. zu dieser allg. kommunikativen Perspektive Pawlik, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 12 f. „Jedes Handeln stellt ein | kommunikatives Ereignis dar. Wer handelt, der kommuniziert. Er nimmt eine Selbstfestlegung im öffentlichen Raum vor, für die er gegebenenfalls begründungspflichtig ist.“ Hervorhebung im Original. Mit Fokus auf das Strafrecht nochmals ebd., S. 29 f.: „Eine Handlung im strafrechtlichen Sinn vollzieht [...], wer zu einer ihn treffenden strafrechtlichen Verpflichtung Stellung nimmt. [Aber a]us dem spezifischen Blickwinkel des Strafrechts interessiert nicht die Bedürfnisstruktur des Diebes und seine individuelle Lust-Unlust-Bilanz, sondern die von ihm durch sein Verhalten zum Ausdruck gebrachte Beziehung zur Rechtsordnung. Deshalb erscheint das Verhalten des Diebes *sub specie des Strafrechts* als eine Stellungnahme zwischen zwei Verhaltensoptionen, deren eine von Seiten des Strafrechts als rechtmäßige, deren andere, die vom Dieb gewählte, hingegen als rechtswidrig bewertet wird.“ Hervorhebungen im Original.

sam müsse bzw. dürfe eine Gewissensentscheidung des Einzelnen sein.³⁷⁹ Das klingt zu sehr nach individueller Grundrechtsbetätigung und verunklart den dezidiert politischen, also gemeinschaftsbezogenen Charakter der Handlung.³⁸⁰

- 203 Teilweise findet sich aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten die Forderung, dass die den Ungehorsam motivierende Norm (oder gegebenenfalls deren Unterlassen), „schwerwiegendes Unrecht“ darstellen müsse.³⁸¹ Praktisch ging und geht es oft um die militärische oder friedliche Nutzung der Atomkraft, den Klimawandel, aber auch die Startbahn West, Wohnungsnot in Berlin oder um Vorgaben des Infektionsschutzgesetzes.³⁸²
- 204 Nicht erforderlich ist es nach wohl recht einhelliger Auffassung, dass der Rechtsbruch spezifisch die Rechtsnorm betrifft, deren Änderung oder Ergänzung bezweckt wird.³⁸³ Ein gewisser lebensweltlicher Konnex dürfte freilich die Akzeptanz der Handlung erhöhen.³⁸⁴
- 205 Ein so fassbares Verhalten wird von vielen, wenn auch sicher nicht von allen und – je nach Kontext – wohl noch nicht einmal von einer Mehrheit der Mitglieder der Gesellschaft zwar nicht für legal, aber gleichwohl für spezifisch *demokratisch legitim* erachtet.³⁸⁵ Verhaltenskontingenz wird hier also quasi in den Dienst der Normkon-

379 So bspw. *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 2020, S. 401, dann freilich S. 405 ff. ausdr. zur Abgrenzung von der Gewissensfreiheit; ähnl., in weiten Teilen auf *Rawls* aufbauend, *Habermas*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ³2015, S. 29 (33 f.), klarstellend dann aber u. a. auf S. 44: „Der gewissenhaft begründete (!) zivile Ungehorsam weiß sich dem Verfassungskonsens verpflichtet und darf nicht mit der Durchsetzung privater Glaubensgewisheiten verwechselt werden.“ Politikwissenschaftlich *J.-W. Müller*, Freiheit, Gleichheit, Ungewissheit, 2021, S. 215 f.: Damit Ungehorsam zivil ist, „müssen Gründe hinzukommen, die es Verlierern – wegen systematischer Verzerrungen des politischen Prozesses und mangels eines hinreichenden Engagements der Bürger – unmöglich machen, bestimmten politische Ergebnissen guten | Gewissens zuzustimmen und sich zumindest indirekt als Urheber einer kollektiven Entscheidung zu verstehen [...]“.

380 Hierzu auch *Heinig*, F.A.Z. v. 19.12.2022, S. 6.

381 *R. Dreier*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ³2015, S. 54 (67).

382 Die (politische) Spanne nur dieser drei Bsp. lässt folgende, schon 1983 verfasste Mahnung von *Glotz*, in: ders. (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ³2015, S. 147 (148 f.) besonders aktuell erscheinen: „Ziviler Ungehorsam, so lehrt das Beispiel des Gouverneurs [George] Wallace [der die Rassentrennung dadurch illegal aufrecht erhalten wollte, dass er schwarzen Studenten in personam physisch (!) den Zugang zur University of Alabama blockierte], wird von Rechten wie Linken in Anspruch genommen. Zimmert die Linke also in den heutigen Diskussionen ein Podium für künftige rechte | Protestbewegungen?“

383 So geht *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 2020, S. 401, davon aus, dass „mittelbarer ziviler Ungehorsam“ in Form von Straßenverkehrsdelikten auch gegen eine „undeutlich“ formulierte Strafvorschrift gegen Landesverrat legitim sein könne; es dürfe (!) m. a. W. nicht durch die Begehung von Verrat dagegen protestiert werden. Dem folgend bspw. *R. Dreier*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ³2015, S. 54 (61).

384 Aus den Klimaprotesten der Jahre 2022/23 ist in Erinnerung, dass sich die sog. „Klebeaktionen“ auf Straßen angesichts der klimaschädlichen Folgen des Automobilverkehrs sicherlich leichter (untechnisch gesprochen) ‚rechtfertigen‘ ließen als das Beschmieren von Kunstwerken mit Suppe.

385 Vgl. auch *C. A. Williams*, North Carolina Law Rev. 76 (1998), 1265 (1385), dort bei bzw. in Fn. 444: “In a democracy, citizens have, in fact, a quite different choice [than to break the law]: to make serious efforts

tingenz gestellt bzw. dient immerhin dazu, auf diese (also auf die Normkontingenz, d. h. das Auch-Anders-Möglich der Rechtslage) aufmerksam zu machen.

Für uns folgt daraus die Frage, ob insoweit, d. h. bezüglich solchen Verhaltens, 206 das die genannten Bedingungen des zivilen Ungehorsams erfüllt, ein Recht auf Möglichkeit zum Rechtsverstoß erhalten werden muss oder erhalten werden soll – und zwar dezidiert juristisch, nicht nur moralisch-ethisch.³⁸⁶ Gerade weil der „zivile Ungehorsam [wesensprägend] zwischen Legitimität und Legalität in der Schwebe bleiben“ muss,³⁸⁷ ist das „Recht‘ auf zivilen Ungehorsam“³⁸⁸ – wenn wir es einmal mit *Habermas* und wie auch im Original in Anführungszeichen gesetzt so nennen möchten – für uns, mit dem Fokus auf der *Durchsetzung* von Recht, so relevant. Geführt ist *diese* Diskussion, soweit ich erkennen kann, noch kaum.³⁸⁹ Verhandelt wird meist die Frage der Strafbarkeit und Bestrafung von *verübtem* Ungehorsam. Es geht als um nachträgliche Rechtfertigung der Handlung statt ihrer Ermöglichung – mit erst anschließender Bewertung.

c. *Eingeschränkte Reichweite des zivilen Ungehorsams*. Gleichwohl – also trotz der 207 Relevanz der Frage im vorliegenden Kontext – sind aus der juristischen Perspektive in einem ersten Schritt drei Beobachtungen angezeigt, die helfen, die praktische Relevanz dieses Grundes, deviantes Verhalten zu ermöglichen, nicht zu hoch anzu-
setzen:

aa. *Rechtfertigungsstrategien: vom Ungehorsam zum bloßen prima-facie-Ungehorsam*. 208 Erstens ist die Frage für uns überhaupt nur dann relevant, soweit man nicht den im genannten Sinn legitimen zivilen Ungehorsam dadurch vollständig in das Recht integriert, dass man ihn rechtsförmlich für gerechtfertigt erklärt.³⁹⁰ Durchzusetzen wäre dann nicht mehr Recht gegen zivilen Ungehorsam, sondern umgekehrt könnte sich der Ungehorsam Leistende auf das Recht berufen, um sein *Gegenüber zur Duldung* der beabsichtigten Störung zu verpflichten, beispielsweise der Sitzblockade. Eine *Compliance Assistance Technology* i. w. S. müsste folglich dieses Gegen-

to obey the law, even when penalties are low, or to work to change the law.” Freilich: “Civil disobedience can be understood as being within the category of ‘working to change the law.’”

386 *Habermas*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, ³2015, S. 29 (36), etwa gibt dezidiert „keine juristische, sondern eine rechtsphilosophische Antwort“ auf die Frage nach der Legitimität zivilen Ungehorsams.

387 *Habermas*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, ³2015, S. 29 (43).

388 *Ibid.*, S. 51.

389 Ansätze hierzu bei *Becker*, ZUM 2019, 636 (643); speziell zur Frage nach der Zulässigkeit von Notwehr gegen Klimablockaden im Straßenverkehr bejahend *Fischer*, LTO v. 4.12.2022 (Onlinequelle).

390 Nach *R. Dreier*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, ³2015, S. 54 (67 ff.) müssen für die von ihm für möglich gehaltene grundrechtsunmittelbare Rechtfertigung die Voraussetzungen zivilen Ungehorsams (soeben, → § 5 Rn. 197 ff.) vorliegen, und die Handlung muss sich zusätzlich gegen „schwerwiegendes Unrecht“ richten und daran gemessen verhältnismäßig sein.

über zum Gehorsam gegenüber dem – nur noch *prima facie* – Ungehorsamen anhalten.³⁹¹

- 209 Es gab und gibt in Literatur³⁹² und Rechtsprechung³⁹³ immer wieder solche Versuche, das Legitime in das Legale zu überführen. Prominent und häufig zitiert nimmt beispielsweise bei *Ralf Dreier* der zivile Ungehorsam dann vollständig die rechtsdogmatische Stellung einer *erlaubten* Versammlung oder hilfsweise Meinungsäußerung ein.³⁹⁴ Aus dem Rechtsbruch wird ein bloßer „prima facie-Ungehorsam“.³⁹⁵ Man nimmt dem Rechtsbruch so freilich nicht nur seine Pointe, sondern letztlich seine Funktion. Denn dass damit schon begrifflich die Rede vom zivilen Ungehorsam unsinnig wird, liegt auf der Hand. Zu Recht wird auch von den Befürwortern der philosophischen *Legitimität* des zivilen Ungehorsams darauf hingewiesen, dass dann, wenn man der Handlung ihre *Illegalität* nimmt, sie also quasi normalisiert, sie ihre Spektakularität und damit letztlich ihre designierte kommunikative Wirkung verlieren müsste.³⁹⁶ Auch eine Entschuldigung der Handlung (in direkter oder analoger Anwendung von § 35 StGB) scheidet deshalb aus.³⁹⁷

391 Ibid., S. 61, sieht das natürlich auch und nimmt es ausdrücklich in Kauf: „Erweist sich die tatbestandliche Normverletzung in einem späteren Gerichtsverfahren als grundrechtlich gerechtfertigt, so handelt es sich [...] um bloßen prima facie-Ungehorsam.“ Nicht die (finale) Rechtswidrigkeit des Aktes, sondern „[n]ur die Bereitschaft, sich einem Gerichtsverfahren zu stellen und das damit verbundene Prozeßrisiko zu tragen, ist [für Dreier] wesentliches Element des zivilen Ungehorsams.“

392 Bes. deutlich die i. Erg. grundrechtlich begründete Position von *R. Dreier*, in: ders. (Hg.), *Recht – Staat – Vernunft*, 2016, S. 39 (64): „Wer allein oder gemeinsam mit anderen öffentlich, gewaltlos und aus politisch-moralischen Gründen den Tatbestand von Verbotsnormen erfüllt, handelt grundrechtlich gerechtfertigt, wenn er dadurch gegen schwerwiegendes Unrecht protestiert und sein Protest verhältnismäßig ist.“ Bestätigt von ders., in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, 2015, S. 54 (60 ff.).

393 Aus jüngerer Zeit, mit potentiell bes. großer Tragweite, da in Anwendung von § 34 StGB, OLG Naumburg, Urt. v. 22.2.2018, Az. 2 Rv 157/17 = NJW 2018, 2064 – Tierwohl (!) als notstandsfähiges (!) Rechtsgut. Bes. Relevanz erlangt diese Argumentation, wenn man bedenkt, dass sie sich auf Art. 20a GG stützt, und auf diesem Weg folglich auch ziviler Ungehorsam gegen unzureichenden Klimaschutz einer Rechtfertigung zugänglich sein könnte.

394 Deutlich *R. Dreier*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, 2015, S. 54 (69), was dazu führt, dass das dort ausdr. sog. „Recht auf zivilen Ungehorsam“ zum Unterfall von Artt. 5, 8 GG wird. Ähnl. auch ders., in: ders. (Hg.), *Recht – Staat – Vernunft*, 2016, S. 73 (92), wo der Autor seine *prima facie* provokante Position in Reaktion auf die Kritiker als „relativ triviale Ausformung der Wertungsrechtsprechung des BVerfG“ verstanden wissen will. Wie schwierig, verworren und wohl sogar fruchtlos die Handhabung von Grundrechten (konkret der Gewissensfreiheit) als Rechtfertigungsgründe im Strafrecht ist/wäre, zeigt exemplarisch der Beitrag von *Brand/Winter*, JuS 2021, 113 ff., bes. S. 117, zu Kraftwerksbesetzungen.

395 *R. Dreier*, in: ders. (Hg.), *Recht – Staat – Vernunft*, 2016, S. 39 (63).

396 Zutreffend *Habermas*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, 2015, S. 29 (42 f.): „Gegen die Legalisierung des Tatbestands des zivilen Ungehorsams spricht aber schon der unerwünschte Normalisierungseffekt. Wenn jedes persönliche Risiko entfällt, wird die moralische Grundlage des regelverletzenden Protests fragwürdig; auch dessen Appellwirkung wird entwertet.“

397 Interessant ist insoweit die parallele völkerrechtliche Diskussion zur „illegalen, aber legitimen“ Handlung, wie sie *Marxsen*, *Völkerrechtsordnung und Völkerrechtsbruch*, 2021, S. 219 ff., am Bsp. der Kosovo-Intervention der NATO beschreibt: „In der wissenschaftlichen Debatte wurde [...] teilweise versucht, dieser Einordnung dadurch zu entgehen, dass das Recht selbst flexibler interpretiert wurde. Von Fürsprechern der Legalität humanitärer Interventionen werden gewissermaßen moralische Standards bereits im Rahmen der Interpretation und der Feststellung gewohnheitsrechtlicher Normen herangezogen. [...] Derart

Konsequenterweise hat sich auch das Bundesverfassungsgericht den Forderungen nach einer Rechtfertigungslösung (bislang) nicht angeschlossen. Stattdessen hat es – in einer freilich knappen 4:4-Entscheidung – dafür optiert, die gegebenenfalls lautere, weil im Grundsatz verfassungstreue und politisch gemeinwohlorientierte Motivation der Ungehorsam Leistenden auf der Ebene der Strafzumessung zu berücksichtigen (Strafzumessungslösung).³⁹⁸ Das scheint mir auch der schon zu Zeiten der Friedens- und Umweltbewegung und auch heute nach wie vor weitgehend konzedierte Zugriff im rechtsphilosophischen Schrifttum zu sein.³⁹⁹ Jedenfalls: nur solange die Rechtsordnung das Legitime bzw. als legitim Empfundene nicht zugleich stets ins Legale integriert – was mir, wie gesagt, in der Rationalität des zivilen Ungehorsams nicht *funktional* erscheint⁴⁰⁰ –, bleibt die uns interessierende Frage nach einem Eigenwert des *Rechtswidrig-Handeln-Könnens* gestellt.⁴⁰¹

wird ein Widerspruch zwischen Recht und Moralität vermieden. | Das Problem aber ist, dass es hierdurch zu einer Moralisierung der Rechtsquellen kommt“ (S. 224 f.). „Wie also lässt sich die beschriebene Ausnahmesituation [illegal aber legitim] rechtlich qualifizieren? [...] Eine Notstandskonstruktion hat zum Inhalt, dass wir zusätzlich zu der Frage nach der Rechtfertigung einer Handlung nach Maßgabe der Regeln des Gewaltverbots auch die Frage in den Blick nehmen müssen, ob eine *Entschuldigung* eines Rechtsbruchs im Einzelfall in Betracht zu ziehen ist. Der Hintergrund für diese Debatte ist die in vielen nationalen Strafrechtsordnungen vorgesehene Differenzierung zwischen einem rechtfertigenden Notstand einerseits und einem entschuldigenden Notstand andererseits“ (S. 226 f.). *Marxsen* lehnt einen entschuldigenden Notstand als eigene rechtliche Kategorie ab, und plädiert dafür, dass auf der Ebene der Rechtsfolgen letztlich Augenmaß von der „jury of states“ geübt werde, die dabei moralische Erwägungen für den Rechtsbruch mit einbeziehen solle (a. a. O., S. 240 ff.). Völkerrecht und innerstaatliches Recht konvergieren hier also, wenn man dieser und der auch hier vertretenen Auffassung folgt.

398 BVerfG, Urt. v. 11.11.1986, Az. 1 BvR 713/83 u. a. = BVerfGE 73, 206 (252) – Sitzblockaden I: „Ob die erwähnten strengen Voraussetzungen für Aktionen des zivilen Ungehorsams eingehalten worden sind, ist nach Meinung von vier Richtern für die Prüfung bedeutsam, welche Sanktion angemessen ist und ob eine Nötigungshandlung als verwerflich zu beurteilen ist [...]. Keinesfalls reicht dies aber aus, um gezielte und bezweckte Verkehrsbehinderungen durch Sitzblockaden als rechtmäßig zu legitimieren und es den staatlichen Organen zu verwehren, sie als ordnungswidrig oder strafbar zu behandeln. Das kann zumindest dann nicht in Betracht kommen, wenn Aktionen des zivilen Ungehorsams wie bei Verkehrsbehinderungen in die Rechte Dritter eingreifen, die ihrerseits unter Verletzung ihres Selbstbestimmungsrechts als Instrument zur Erzwingung öffentlicher Aufmerksamkeit benutzt werden. Dabei bliebe zudem außer Acht, daß zum Wesen des zivilen Ungehorsams nach der Meinung seiner Befürworter die Bereitschaft zu symbolischen Regelverletzungen gehört, daß er also per definitionem Illegalität mit dem Risiko entsprechender Sanktionen einschließt als Mittel, auf den öffentlichen Willensbildungsprozeß einzuwirken. Angesichts dieser Zielrichtung erschiene es widersinnig, den Gesichtspunkt des zivilen Ungehorsams als Rechtfertigungsgrund für Gesetzesverletzungen geltend zu machen.“ Zur wiederum 4:4 beantworteten Frage, ob ziviler Ungehorsam, wenn er den in der Lit. aufgestellten strengen Maßstäben entspricht, von Verfassungen wegen als i. S. von § 240 Abs. 4 StGB verwerflich beurteilt werden darf, a. a. O., S. 257 ff. (nein, im Lichte der Bedeutung von Art. 8 GG) bzw. S. 260 f. (ja, da Sache allein der Fachgerichtsbarkeit).

399 *Habermas*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, ³2015, S. 29 (43, 51) m. w. N.

400 Umgekehrt bedeutet das freilich nicht, dass nicht viele Handlungen, die *prima facie* rechtswidrig sind, im Lichte v. a. der Grundrechte und einfachrechtlicher Rechtfertigungsgründe am Ende gerechtfertigt werden können. Deshalb treffend *Schieder*, *Ethisch motivierter Rechtsungehorsam*, 2018, S. 255: „Die drängendsten Probleme eines behaupteten Auseinandertretens von Recht und Gerechtigkeit konnten regelmäßig in Grundrechtsprobleme umformuliert werden und mit einer stets klarer ausgeprägten Grundrechtsdogmatik rechtssicher und systemimmanent gelöst werden.“

401 Zu weiteren Einwänden gegen die Rechtfertigungslösung (überflüssig, gefährlich, rechtsstaats- und demokratiewidrig) s. – freilich abwehrend – *R. Dreier*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, ³2015, S. 54 (71 ff.).

- 211 *bb. Justification Structures realisieren die Grundidee zivilen Ungehorsams.* Zweitens und besonders bedeutsam ist, dass die Grundidee von zivilem Ungehorsam durch den Einsatz von *Justification Structures* nicht nur nicht beeinträchtigt wird, sondern sogar gefördert werden könnte. Da ziviler Ungehorsam definitionsgemäß auf Öffentlichkeit und d. h. auf seine Entdeckung und – nach Auffassung der meisten – dezidiert auf Inkaufnahme persönlicher negativer Konsequenzen seitens des Ungehorsam Leistenden angelegt ist, sorgen *Justification Structures* ihrerseits – auch definitionsgemäß – dafür, dass genau das passiert bzw. passieren kann. Folglich lässt sich ein ‚Recht‘ auf zivilen Ungehorsam nur gegen den Einsatz echter *Impossibility Structures* wenden. Hier bliebe – wenn sie funktionieren – tatsächlich nur noch der Versuch von Devianz übrig. Auch das wäre natürlich eine Form von Kommunikation⁴⁰² und könnte zu einem Dialog über die Norm führen, wenn entsprechende Beschwerdemechanismen vorgehalten werden.⁴⁰³ Allerdings fehlt dem bloßen Versuch das Spektakuläre und Provokante des *realisierten* Normverstoßes und stellt folglich keine äquivalente Form des Ungehorsams dar.
- 212 *cc. Gegenständliche Beschränkungen auf geringfügige und kurzfristige Rechtsbrüche.* Wie viel damit tatsächlich an Anwendungsbereichen für ein Recht auf Möglichkeit zum Rechtsverstoß gewonnen ist, ist aber fraglich. Denn *drittens* folgt aus der Definitionstrias des *legitimen* zivilen Ungehorsams eine doppelte gegenständliche Einschränkung der auf diese Weise eventuell zu ermöglichenden devianten Handlungen: Als eher kleine Einschränkung wird gelten müssen, dass die Handlung nicht nur öffentlich begangen werden (können) muss, sondern auch ihrem Gegenstand nach kommunikativ-symbolisch relevant sein können muss. Klein ist diese Einschränkung deshalb, weil beispielsweise auch offene (!) Datenschutz- und Urheberrechtsverstöße⁴⁰⁴ oder – klassisch nach *Henry David Thoreau*⁴⁰⁵ – die Verweigerung

402 Vgl. nur Pawlik, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 54 f.: „Der Delinquent stellt, mit Binding gesprochen, die Machtfrage, und darauf muss die Rechtsgemeinschaft eine passende Antwort geben. [M]ittels der Bestrafung [...] bringt sie zum Ausdruck, dass die Macht in Wirklichkeit nach wie vor | bei ihr liegt.“

403 Dazu ausf. oben, → § 4 Rn. 110 ff., 179 ff. Dieser Aspekt kommt etwas zu kurz bei Möllers, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 395, wo er schreibt: „Je erfolgreicher eine Norm dadurch ist, dass ihr der Gang der Ereignisse entspricht, desto offener ist, was diese Norm von diesem Gang der Dinge *erkennbar* unterscheidet. [...] Allein in dieser Unterscheidbarkeit von der Realität besteht die Leistung sozialer Normen, die damit eine Menge verschiedener Funktionen erfüllen kann.“ Selbst wenn man den Marker der *tatsächlichen* Devianz verliert, hätte man bei *Impossibility* und *Justification Structures* immer noch den Marker des *scheiternden Versuchs* von Devianz.

404 So vorsichtig Becker, ZUM 2019, 636 (643), für Urheberrechtsverletzungen im Internet, der aber das Recht Privater, sich präventiv gegen Verletzungen ihrer Rechte abzusichern, dadurch nicht in Zweifel gezogen sehen will.

405 Thoreau, in: ders. (Hg.), Über die Pflicht zum Ungehorsam gegen den Staat und andere Essays, 2010, S. 7 (19). Übrigens ist der Text in seiner maßlosen Polemik gegen das Konstrukt Staat *an sich* heute schwer verdaulich, erklärt sich aber aus dem zeitgeschichtlichen Hintergrund von Sklaverei und des Mexikanisch-Amerikanischen Krieges.

von Steuerzahlungen symbolisch hoch relevant sein könn(t)en. Wie gesagt⁴⁰⁶ ist ja gerade nicht erforderlich, dass die Handlung einen Bruch exakt derjenigen Rechtsnorm darstellt, hinsichtlich derer ein Anstoß für eine neuerliche (Mehrheits)demokratische Befassung gegeben werden soll.

Allerdings muss die Handlung jedenfalls in einem grundsätzlich intakten demokratischen Rechtsstaat wie dem unseren gewaltfrei und – namentlich nach Auffassung von *Ralf Dreier* – auch im engen Sinn verhältnismäßig sein. Damit ist eine *erhebliche* Einschränkung hinsichtlich derjenigen Handlungen vorgenommen, hinsichtlich derer eine Legalisierung der Möglichkeit zum Rechtsverstoß in Betracht kommen kann. Denn alle Handlungen, die – nochmals mit *Ralf Dreier* gesprochen – über *erstens* kurzfristige und *zweitens* symbolisch-appellative (im Sinn von: nur unwesentliche) Störungen der Rechte Dritter hinausgingen, müssen ausscheiden. Andernfalls würde das staatliche Gewaltmonopol tatsächlich in schwer erträglicher Weise relativiert. 213

Auch wenn man über die Konturen dieser Begriffe – also kurzfristig und symbolisch-appellativ – streiten können wird, so ist doch klar, dass allzu viel jenseits der bekannten Formen zivilen Ungehorsams (Sitzblockaden, vielleicht kleinere Formen von Sachbeschädigungen, wie die mittlerweile bekannten Suppendosen-Würfe auf Gemälde) nicht übrigbleiben dürfte. Dass hingegen mit einem (autonomen) Automobil auch aus Gründen individuell als legitim empfundener Gewissensbetätigung *nicht* in eine Menschenmenge gesteuert werden darf, jedenfalls nach Meinung des Gesetzgebers, zeigt beispielhaft § 1e Abs. 2 Nr. 5 StVG.⁴⁰⁷ Vor diesem Hintergrund ist die These vom sogenannten *Radical Flanks Effect*,⁴⁰⁸ der zufolge radikaler (isoliert betrachtet also überzogener und somit illegitimer) Protest dadurch eine *mittelbare* Legitimität erfahren könnte, dass er die Position der *moderaten* Vertreter derselben politischen Position stützt,⁴⁰⁹ rechtlich nicht umsetzbar. 214

406 s. oben, → § 5 Rn. 204.

407 Dazu oben, → § 2 Rn. 193.

408 *Simpson/Willer/Feinberg*, PNAS Nexus 1 (2022), 1: “Results of two online experiments conducted with diverse samples (N = 2,772), including a study of the animal rights movement and a preregistered study of the climate movement, show that the presence of a radical flank increases support for a moderate faction within the same movement. Further, it is the use of radical tactics, such as property destruction or violence, rather than a radical agenda, that drives this effect. Results indicate the effect owes to a contrast effect: Use of radical tactics by one flank led the more moderate faction to appear less radical, even though all characteristics of the moderate faction were held constant. This perception led participants to identify more with and, in turn, express greater support for the more moderate faction.”

409 Bsp.: die ‚radikale‘ Bewegung *Extinction Rebellion* verhalf, so konnte man lesen, den gemäßigten Klimaschützern zu mehr politischem Gewicht und Gewinn. Zum dt. Kontext skeptisch hinsichtlich dieser positiven Wirkung *J. Bender*, F.A.S. v. 25.12.2022, S. 10. Vgl. zudem die Mahnung von *Leinen*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, 32015, S. 23 (27), zitiert oben, in → § 5 Fn. 364: „Gefahr[, die] Sachdebatte aus den Augen zu verlieren.“

- 215 *d. Was bleibt: Die Ermöglichung (nicht Rechtfertigung) zivilen Ungehorsams ist mehr als nur ein Akt politischer Klugheit.* Hinsichtlich dessen, was dann noch übrigbleibt, stellt sich also erst jene für uns zentrale Frage, ob sich aus dem rechtsphilosophisch legitimen ‚Recht‘ auf zivilen Ungehorsam ein begrenztes Recht auf Möglichkeit zum Rechtsverstoß und folglich gegen den Einsatz von *Impossibility Structures* ableiten lässt.
- 216 Man muss sich für die Antwort auf diese Frage nochmals vor Augen halten, was der zentrale Kern der Behauptung der Legitimität zivilen Ungehorsams ist: Es geht darum, „öffentliche Räume der Kritik und Reflexion offen zu halten“,⁴¹⁰ *jenseits* der dafür vorgesehenen formalen Kommunikationskanäle des Rechtsstaats und der Demokratie. Während es *Jo Leinen* unter Verweis auf die strukturellen Schwächen⁴¹¹ zivilen Ungehorsams damit ausdrücklich um einen *schlechteren*, möglichst nur vorläufigen Ersatz für die auf Bundesebene (damals und immer noch) fehlende Volksbefragung ging, formulierte *Habermas* mit Überzeugungskraft grundsätzlicher, dass „[d]er Rechtsstaat [...] das Mißtrauen gegen ein in legalen Formen auftretendes Unrecht schützen | und wachhalten [müsse], obwohl es eine institutionell gesicherte Form nicht annehmen kann.“⁴¹² Hieraus erklärt sich wohl auch sein recht apodiktisches Urteil, dass „[d]ie Rechtstheorie [...] sich diese Beteiligungsperspektive [einer demokratietheoretisch legitimierten Devianz] nicht zu eigen machen“ könne.⁴¹³
- 217 Allerdings irrt *Habermas*, wenn er davon ausgeht, dass die Ermöglichung zivilen Ungehorsams und damit die Offenhaltung auch informaler Kanäle politischer Kommunikation zu einer „reifen politischen [demokratischen] Kultur“⁴¹⁴ gehöre, „die ihrer selbst sicher ist“.⁴¹⁵ Vielmehr ist es Zeichen einer reifen demokratischen Kultur des 21. Jahrhunderts, sich ihrer selbst – d. h. der demokratisch-rechtsstaatlichen Strukturen und Kommunikationskanäle *und* der demokratisch-rechtsstaatlichen Haltung ihrer Bürger – *nicht* mehr allzu sicher zu sein, und *deshalb* eng begrenzte (!) Kommunikationskanäle *jenseits* der formalen offenzuhalten. Normativ *fundieren* lässt sich das deshalb gebotene Recht auf *Möglichkeit* zum Rechtsbruch direkt im Demokratieprinzip. Alternativ kann, wie *Ralf Dreier* es vorgeschlagen und ausführlich begründet hat, die demokratisch-funktionale Seite der Grundrechte⁴¹⁶

410 So *Burchard*, in: Forst/Günther (Hg.), *Normative Ordnungen*, 2021, S. 553 (579).

411 s. oben, in → § 5 Fn. 364.

412 *Habermas*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*,³ 2015, S. 29 (38 f.).

413 *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1992, S. 464.

414 *Habermas*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*,³ 2015, S. 29 (43).

415 *Ibid.*, S. 32: „Jede rechtsstaatliche Demokratie, die ihrer selbst sicher ist, betrachtet den zivilen Ungehorsam als normalisierten, weil notwendigen Bestandteil ihrer politischen Kultur.“

416 Diese ‚Aufladung‘ der Grundrechte um objektive Dimensionen kann freilich krit. gesehen werden, s. nur *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hg.), GG, Lfg. 94 Januar 2021, Art. 1 Abs. 3 Rn. 75 ff.; speziell zu den Kommunikationsfreiheiten in Art. 5 Abs. 1 GG s. *Grabenwarter*, ebd., Lfg. 68 Januar 2013, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 5 ff. m. w. N. Allg. und ebenfalls für eine klare Unterscheidung demokratischer und grundrechtlicher Aussagen plädierend *Böckenförde*, in: ders. (Hg.), *Staat, Verfassung, Demokratie*,² 1992, S. 115

der Meinungs- und Versammlungsfreiheit aktiviert werden.⁴¹⁷ Freilich – insoweit abweichend von *Dreier* – ohne, dass hieraus sogleich eine vollständige Rechtfertigung der rechtswidrigen Handlung folgen müsste oder auch nur folgen dürfte,⁴¹⁸ die im Ergebnis dann eben doch zu einem selbstwidersprüchlichen ‚Recht zum Rechtsbruch‘ führt und ihn – den Rechtsbruch – damit gleichsam entfallen lässt.⁴¹⁹ Es ist gerade nicht Sinn und Zweck des zivilen Ungehorsams, ihn zu einem bloßen *prima-facie*-Ungehorsam umzuarbeiten.

Es reicht und entspricht der Funktion des Instituts, ein Recht auf *Möglichkeit* zum Rechtsbruch zu begründen, das ausschließlich auf der primären Durchsetzungsebene des Rechtssatzes ansetzt, also *Maximilian Beckers* „erst handeln, dann rechtlich bewerten“ realisiert. Das genügt einerseits, um die Zwecke von Devianz als Instrument demokratischer Kommunikation zu bewahren, und ist zugleich konstitutiv dafür, den zivilen Ungehorsam von ‚normalen‘ Meinungsäußerungen und Versammlungen abgrenzbar zu machen. 218

Rechtstechnisch bedeutet das, dass der mögliche kommunikative Aspekt von kleinen und kurzzeitigen Rechtsbrüchen⁴²⁰ vom Gesetzgeber als *eigenständiger* Belang (> null, um im oben eingeführten Bild zu bleiben) bei der Abwägung zu beachten ist, ob bzw. wo *Impossibility Structures* einen zulässigen Eingriff in Grundrechte speziell unter dem Gesichtspunkt der *Durchsetzung* von konfligierenden Rechten darstellen.⁴²¹ Hinzuweisen ist insofern auch nochmals darauf, dass die spezielle Architektur von *Justification Structures* dem demokratisch-kommunikativen Anliegen des zivilen Ungehorsams gerade *nicht widerspricht*, im vielmehr sogar *dienlich* ist.⁴²² Gegen diese Form der *Compliance Assistance* i. w. S. lässt sich also mit den soeben 219

(145). Dort, S. 116 f., auch der elementare Hinweis, dass Verfassungsinterpretation ohne Rückgriff auf eine von mehreren möglichen Verfassungs- und Grundrechtstheorien nicht möglich ist. Denn dafür sind die Verfassungsnormen zu offen formuliert („ihrer Wortfassung und Sprachgestalt nach Lapidarformeln und Grundsatzbestimmungen“, ebd., S. 115).

417 s. *R. Dreier*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, 32015, S. 54 (60 ff.).

418 *Ibid.*, S. 61, 66 f.

419 s. hierzu schon → § 5 Rn. 26.

420 Zu den Bedingungen s. soeben.

421 Wie gesagt sind sowohl *Impossibility* wie auch *Justification Structures* nach hier vertretener Auffassung als Rechtsdurchsetzungsarrangements zu begreifen, die sich grundrechtlich eigenständig rechtfertigen lassen müssen; nur eben mit der Maßgabe, dass das Gewicht des Rechtsbruchs i. R. dieser Abwägung bislang mit null zu veranschlagen ist, s. ausf. oben, ab → S. 441. Die Einbeziehung obj. Verfassungsgebote (Demokratieprinzip) in die Grundrechtsprüfung, darauf sei hier noch zur Vermeidung von Missverständnissen hingewiesen, nötigt auch *nicht* dazu, einem „Grundrecht auf Demokratie“ das Wort zu reden (so, angelehnt an die *Maastricht*-Entscheidung des BVerfG zur Versubjektivierung von Art. 20 Abs. 1 i. V. m. Art. 38 Abs. 1 GG, krit. *H. Dreier*, in: ders. [Hg.], GG Bd. II, 32015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 80 und ff.); es reicht vielmehr die seit BVerfG, Urt. v. 16.1.1957, Az. 1 BvR 253/56 = BVerfGE 6, 32 – Elfes, Rn. 18 bei juris, etablierte Direktive, dass der Bürger einen Anspruch darauf hat, vor jedem staatlichen oder staatlich mandatierten Grundrechtseingriff frei zu sein, der nicht formell und materiell *umfassend* mit der Verfassung vereinbar ist.

422 s. soeben, → § 5 Rn. 211.

entfalteten Argumenten von vornherein nicht vorgehen. Voraussetzung ist natürlich, dass eine *Justification Structure* sachbereichsspezifisch überhaupt auf Konstellationen zivilen Ungehorsams ‚passt‘. Bei den sogenannten „Klimaklebern“ der Letzten Generation ist das eher weniger der Fall, im Rahmen der Online-Kommunikation hingegen sicherlich leicht vorstellbar (siehe das oben ausgeführte Beispiel des UrhDaG⁴²³).

- 220 In der folgenden Untersuchung wird nun die Perspektive gewechselt: von der individuellen (wenn auch demokratisch fundierten) und punktuell-kurzfristigen Kommunikation durch Rechtsbruch hin zur Rolle von Rechtsbrüchen als möglichen Instrumenten einer mittel- und langfristig angelegten gesellschaftlichen Wissensgenerierung. Dieser Gedanke kann, wie zu zeigen sein wird, gerade auch gegen den Einsatz von *Justification Structures* normativ fruchtbar gemacht werden. Denn erst hier greift neben dem Recht auf Möglichkeit zum Rechtsbruch auch ein solches auf Dabei-unerkannt-bleiben.⁴²⁴

7. Überzeugend, und mit Reichweite: der Rechtsbruch als Mittel demokratischen Lernens (Devianz als Instrument gesellschaftlicher Wissensgenerierung)

- 221 Mit dem soeben unter → 6. Gesagten ist ein demokratisch-*kommunikativ* begründbarer Eigenwert von Devianz beschrieben. Er ist seinem Umfang bzw. seiner gegenständlichen Reichweite nach zwar eng beschränkt, liefert aber gleichwohl einen auch formal-(verfassungs)rechtlichen Grund, die Lücke zwischen Recht und Rechtsrealisierung in bestimmten Fällen offenzuhalten. In den Worten von *Christoph Burchard* ist damit

„[d]eviantes Verhalten [...] nicht länger als allein verhinderungsbedürftige Rechtsgutsverletzung abgestempelt, sondern zumindest auch als potentielle (objektive oder subjektive) Kritik am status quo anerkannt [...] (man denke nur an das strafrechtliche Verbot homosexuellen Geschlechtsverkehrs, das nicht zuletzt durch fortwährende Akte des Widerstands, nämlich durch Akte des Normbruchs, zu Fall gebracht wurde).“⁴²⁵

- 222 a. *Ziviler Ungehorsam als (zu) anspruchsvoller und kurzlebiger Grund für den Erhalt von Devianz*. So überzeugend dieser Gedanke ist, er geht noch nicht weit genug bzw. er deckt nur einen sehr kleinen Ausschnitt des Themas ab. Gerade das *Burchard*’sche Beispiel der Strafbarkeit ausgelebter männlicher Homosexualität

423 s. oben, → S. 204 ff.

424 Zum Konzept schon → § 5 Rn. 31 f.

425 *Burchard*, JRE 27 (2019), 527 (552). Nochmals aufgegriffen, wenngleich mit einem stärker strafrechtlichen Fokus, von *dems.*, in: Forst/Günther (Hg.), *Normative Ordnungen*, 2021, S. 553 (574): „So gesehen lässt sich unter anderem die Suche nach dem Sinn und Zweck des Strafrechts auf höherer Ebene rechtfertigen – was freilich selten so getan wird –, nämlich als der gehegte Streit um die möglicherweise fehlgehenden guten Gründe für ein zeit-, orts- und personengerechtes Strafrecht.“ Frage: Ist das nicht vielleicht zirkulär?

belegt das: Das Erfassen von Devianz als *Kritik* ist das Denken in der Kategorie der *politisch-öffentlichen Kommunikation* und damit eben eine rechtsdogmatisch erfassbare Folie hinter der Forderung nach zivilem Ungehorsam. Den von §§ 175 f. StGB a. F. bedrohten Homosexuellen ging es aber – das unterstelle ich hier – nur in der Minderzahl um solche Kommunikation, sondern vielmehr um lebbarere *Praxis*. Die anspruchsvolle Voraussetzung der *Öffentlichkeit* des devianten Verhaltens markiert den zivilen Ungehorsam als das Recht des – plakativ gesprochen – ‚edlen Märtyrers‘.

Aber nicht jeder will Märtyrer sein. Im Beispiel ginge es wohl sogar am Ziel 223 (Abschaffung von §§ 175 f. StGB) vorbei. Ziviler Ungehorsam erlaubt und erzwingt – wenn er hinreichend spektakulär ist – eine relativ unmittelbare Antwort und Diskussion, eben ähnlich einer Volksbefragung.⁴²⁶ Es geht bzw. muss beim zivilen Ungehorsam gehen um eine *große* (mediale) oder *formalisierte* (gerichtliche) Öffentlichkeit. Das ist das gewollte (Zwischen-)Ziel dieser Form devianten Verhaltens, sei es in Form feuilletonistischer Aufarbeitung, in Form von Gerichtsverfahren, oder auch nur mehr oder weniger physisch wirksamer und deshalb mediales Aufsehen erregender Gegenmaßnahmen der Staatsgewalt. Der Zeithorizont, in dem ziviler Ungehorsam wirken kann *und muss*, ist damit regelmäßig und nach Auffassung von Ralf Dreier sogar notwendigerweise ein relativ „kurzfristiger“⁴²⁷. Wenn dann die Antwort der Mehrheitsgesellschaft hinreichend deutlich negativ ausfällt bzw. auch nur dann, wenn diese nicht deutlich Position *zugunsten* der Ungehorsamen bezieht, müssen diese den Rückzug antreten und oftmals anerkennen, dass der Appell, um den es ja letztlich geht, (gegebenenfalls gegenwärtig) verklungen ist. Das Beispiel der englischen Gruppe von *Extinction Rebellion*, die von ihrem zwischenzeitlich geübten zivilen Ungehorsam (= Festkleben ihrer Mitglieder auf Autostraßen und damit Blockade des Verkehrs im Namen des Klimaschutzes) nach einer Weile bewusst wieder Abstand genommen haben, weil er sich als diskursiv wirkungslos bzw. wohl sogar kontraproduktiv erwies, illustriert diese prozesshafte Entwicklung.⁴²⁸

b. Bedarfe für mittel- und längerfristig offene Räume devianten Verhaltens? Devianz als Instrument gesellschaftlicher Wissensgenerierung. 224 Die rechtliche Historie der Behandlung der männlichen Homosexualität illustriert einen sehr langsamen und inkrementellen Normalisierungsprozess zunächst rechtswidrigen Verhaltens, der (auch) von einer gewissen Verborgenheit des Geschehens lebt(e). Das wiederum steht agonal zur Grundidee zivilen Ungehorsams und der Idee, Devianz als *Kritik* zu konzeptionalisieren.⁴²⁹ Unter bestimmten Umständen (bzw.: hinsichtlich

426 Vgl. zur Charakterisierbarkeit von zivilem Ungehorsam als funktionalem Äquivalent zur auf Bundesebene fehlenden Volksbefragung → § 5 Rn. 199.

427 R. Dreier, in: ders. (Hg.), *Recht – Staat – Vernunft*, 2016, S. 73 (91 f.).

428 J. Bender, F.A.S. v. 8.1.2023, S. 6.

429 Dazu schon → § 5 Rn. 201.

bestimmter Verbote/Gebote) erweist sich Devianz nur dann als positiv funktional im Sinn „eines Reservats neuartiger Verhaltensweisen“,⁴³⁰ wenn die Angelegenheit nicht sofort bzw. immer wieder neu zur öffentlichen oder gar in Form von Strafprozessen etc. formalisierten Diskussion gestellt wird. Es geht um gelebte Praxis über einen eventuell langen Zeitraum, ohne die mehr oder weniger sofortige diskursive Unterbrechung und damit verbundene sofortige Notwendigkeit zur Rechtfertigung, welche den Prozess des dezidiert politisch-kommunikativen zivilen Ungehorsams auszeichnet. Sie (die deviante Praxis) ermöglicht ein – mit *Luhmann* gesprochen – „*apokryphes Lernen*“⁴³¹ und damit letztlich Innovation im Recht und des Rechts.⁴³²

- 225 Der Devianz-Grund ‚demokratischen Lernens‘ kann deshalb auch alternativ formuliert werden: im Gegensatz zur *Kommunikation* Einzelner (= ziviler Ungehorsam = kommunikative Illegalität) als *Information* der Gesellschaft (= informierende Illegalität) bzw. noch steuerungswissenschaftlicher formuliert: als Form und Instrument⁴³³ der staatlich-gesellschaftlichen Wissensgenerierung.⁴³⁴ Die Ermöglichung von in den formalen Strukturen rechtlicher Kommunikation unerkannter Devianz über eine gewisse Zeit schafft die Voraussetzungen für eine reale Vergleichbarkeit der

430 *Luhmann*, Kontingenz und Recht, 2013, S. 92.

431 *Luhmann*, in: ders. (Hg.), Ausdifferenzierung des Rechts, 1999, S. 191 (229).

432 Die Innovationsfunktion von Rechtsabweichungen ist sozialwissenschaftlich mittlerweile anerkannt; vgl. hierzu außer den zitierten Schriften *Luhmanns* v. a. *Merton*, in: ders. (Hg.), Soziologische Theorie und soziale Struktur, 2012, S. 127 (136 ff.); aktuell *Kühl*, Brauchbare Illegalität, 2020, S. 109: „Das Experimentieren mit Regelabweichungen stellt für Organisationen eine eigene Form des Innovationsmanagements dar. | [Dabei wird in] Organisationen [...] sehr genau beobachtet, ob sich eine im Schatten der Formalstruktur entwickelte Innovation in Form einer neuen Softwarekomponente [= VW-Diesel-Skandal] oder auch eines neuen Arbeitsverfahrens bewährt oder nicht. Wird wahrgenommen, dass sich durch diese innovativen Lösungen neue Anforderungen an die Organisationen befriedigen, Probleme lösen oder Arbeitsprozesse erleichtern lassen, werden diese imitiert. Die Regelabweichung wird schleichend [!] zur alltäglichen Routine in der Organisation [...]. [a. a. O., S. 111] | Die Reaktion auf Regelverletzungen, Regelinkonsistenzen und Regelirritationen ist nicht die Abschaffung oder Hinterfragung der Regel, sondern vielmehr deren Ergänzung, Ausdifferenzierung oder Erweiterung, welche die Notwendigkeiten von Regelabweichungen vervielfachen.“ (S. 144) In diesen Ausführungen wird der Unterschied zur offen/öffentlich kommunikativen Wirkweise von zivilem Ungehorsam besonders deutlich. Immerhin vereinzelt wird die Innovationsfunktion auch im rechtswissenschaftlichen/-theoretischen Schrifttum rezipiert, s. *Günther*, in: *Forst/Günther* (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 523 (548): „Deviantes Verhalten ist, so oder so, immer innovativ.“

433 In diese Richtung auch *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 454 f.: „Die Aktualisierung einer Norm gibt uns eine frische Perspektive auf diese, sei es, dass diese Aktualisierung in der Einhaltung oder in dem Bruch der Norm besteht. [...] Eine Gesellschaft muss sich durch die Möglichkeit von Devianz vor Augen führen, wie es anders gehen könnte, als es geht“; außerdem a. a. O., S. 477 f.

434 Vgl. auch schon *Luhmann*, in: ders. (Hg.), Ausdifferenzierung des Rechts, 1999, S. 191 (228 f.): „Soweit formalisiert, kann die Kontingenz des so oder auch anders Möglichen in ein Beobachtungs- und Steuerungsinstrument umgeformt werden. [...] Einerseits geht es darum, Leistungserwartungen zu normieren und für Nichterfüllung fallweise Begründungen zu fordern, die als Ausnahme auf eine besondere Lage zurückzuführen sind und die Regel unangefochten in Geltung lassen; man differenziert auf diese Weise entschuldbares und unentschuldbares Fehlverhalten. Zum anderen verhilft dieses Instrument zur laufenden Überwachung der Regel auf ihre fortbestehende Adäquität; die Ausnahmelage kann die Notwendigkeit einer Änderung der Regel selbst signalisieren. [...] Genau dies leistet das Regel/Ausnahme-Schema: Es organisiert *apokryphes Lernen* in einer primäre normativen Erwartungsstruktur.“ Hervorhebung im Original.

theoretisch im besten Fall nur denkbaren Regelungsalternativen. Devianz nimmt in dieser Perspektive die Funktion eines Real-Experiments ein, einer Beobachtungsgelegenheit.

Wenig anderes markiert die Zeit- und vor allem Erfahrungsabhängigkeit der demokratisch- und rechtsstaatlich-diskursiven Gewährleistungen gesellschaftlicher Wissensgenerierung und darauf aufbauend der Rechtsschöpfung deutlicher als die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungskonformität von §§ 175 f. StGB im 6. Band. Es war ja keineswegs falsch, dass im Jahr 1957 „[g]leichgeschlechtliche Betätigung [...] eindeutig gegen das Sittengesetz“⁴³⁵ verstieß – „Sittengesetz“ verstanden als die eindeutige Mehrheitsmeinung in der deutschen Gesellschaft.⁴³⁶ Einmal die Frage beiseite lassend, ob die Mehrheitsmeinung wirklich ein (allein) ausschlaggebender Rechtfertigungsgrund für Grundrechtseinschränkungen sein darf,⁴³⁷ zeigt die historische Entwicklung, dass sich diese Meinung im Angesicht einer devianten Praxis in ihr Gegenteil verkehren kann.⁴³⁸ Als durch Erfahrung widerlegt gelten kann auch die einzig wirklich rechtsgutsbezogene These des Verfassungsgerichts,

„[wonach] eine stärkere Verbreitung der Homosexualität unter Erwachsenen, die eine wahrscheinliche Folge ihrer Straflosigkeit sein würde, die Gefahr auch für die Jugend [durch Verführung⁴³⁹] erhöhen müßte; namentlich könnte die Straflosigkeit der Beziehungen zwischen erwachsenen Männern auch zu einer weniger strengen Beurteilung solcher Beziehungen zwischen Erwachsenen und Jugendlichen führen.“⁴⁴⁰

Damit ist nicht bestritten, dass es nicht auch einzelne konkrete Strafverfahren oder – umgekehrt – das demonstrative öffentliche Eintreten für Homosexualität gewesen

435 BVerfG, Urt. v. 10.5.1957, Az. 1 BvR 550/52 = BVerfGE 6, 389 (434) – Homosexuelle.

436 Hierzu *Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*, 20.6.2016, S. 5 ff.

437 Bekanntlich wird das Sittengesetz in Art. 2 Abs. 1 GG ausdrücklich als mögliche Grundrechtsschranke genannt. Zur heute gleichwohl anerkannten Irrelevanz als eigenständiger Rechtfertigungsgrund nur H. Dreier, in: ders. (Hg.), GG Bd. I, ³2013, Art. 2 I Rn. 59, mit dem Hinweis, dass das Sittengesetz tatsächlich nur in der Homosexuellen-Entscheidung von 1957 je eine tragende Rolle spielte, was – wohl zum Glück – „Episode“ blieb.

438 *Wissenschaftliche Dienste*, WD 1 - 3000 - 029/16 v. 20.6.2016, S. 9 ff. Wichtig ist, dass es sich nicht um eine lineare Entwicklung handelt, vgl. etwa die Frage zur Akzeptanz von Homosexualität in den 1980er-Jahren der AIDS-Krise, a. a. O., S. 8.

439 Das Gericht nimmt hier Bezug auf eine auch unter Sachverständigen damals verbreitete These von der ‚Natürlichkeit‘ der Heterosexualität: „Eine homosexuelle Verführung in dieser Altersstufe ist besonders geeignet, zu Fehlprägungen des sexuellen Empfindens zu führen, wobei offen bleiben kann, ob diese Gefahr nur da besteht, wo die Veranlagung des Verführten ihre Verwirklichung begünstigt. Die Gefahr solcher Fehlprägung ist aber bei Mädchen weit geringer als bei männlichen Jugendlichen. Diese allgemeine Erfahrung wird von den Sachverständigen zum Teil darauf zurückgeführt, daß das Mädchen weit mehr als der Knabe durch ein natürliches Gefühl für sexuelle Ordnung bewahrt werde, zum Teil darauf, daß die Mädchen altersmäßig früher auf heterosexuelle Beziehungen fixiert seien“, s. BVerfG, Urt. v. 10.5.1957, Az. 1 BvR 550/52 = BVerfGE 6, 389 (427) – Homosexuelle. Ein Sachverständiger wird mit der Beschreibung von Homosexualität als „große[r] soziale[r] Gefahr“ zitiert, S. 409, a. a. O.

440 BVerfG, Urt. v. 10.5.1957, Az. 1 BvR 550/52 = BVerfGE 6, 389 (437) – Homosexuelle.

sind, die positiv auf die Mehrheitsmeinung eingewirkt haben⁴⁴¹ (positiv im Sinne von: pro Reform, nicht im Sinne der Normbestätigung;⁴⁴² Letzteres geschah aber sicherlich auch). Aber zugleich rechtfertigt nichts die Annahme, dass es nicht auch und vor allem die alltägliche, dezidiert *undemonstrative* oder doch nur graduell öffentliche *Praxis* der homosexuellen, gemeinschaftsunschädlichen Lebensführung war, die zunächst Beteiligte und Gemeinschaften, dann Freunde und Nachbarn,⁴⁴³ im konkreten Fall sodann vielleicht auch Unternehmen,⁴⁴⁴ und dann schließlich der medialen und gerichtlichen Öffentlichkeit vor Augen führte, dass eben doch „jedes öffentliche Interesse an einer Aufrechterhaltung der Strafbestimmung“ fehlt.⁴⁴⁵ Die zunächst versteckte, sodann semi-versteckte Praxis der Devianz ermöglicht gerade erst Vernetzungs-, Konsolidierungs- und Solidarisierungseffekte innerhalb der deviant handelnden Subgruppe und mit eventuellen externen Unterstützern, dank derer dann auch kommunikative Akte erleichtert werden können; wie beispielsweise die öffentliches Aufsehen erregenden CSD-Proteste (die wohlgernekt *selbst* gerade nicht zwangsläufig Devianz sind/sein müssen. Artt. 5, 8 GG können selbstverständlich ganz legal für Wünsche nach Rechtsänderungen genutzt werden).

- 228 Eine ähnliche Entwicklung – natürlich unter anderen Vorzeichen – lässt sich im Bereich des Rechts auf Cannabiskonsums feststellen: Auch ohne spektakuläre Handlungen öffentlichen Protests stieg die Zahl der Befürworter der Legalisierung seit 2015 signifikant an,⁴⁴⁶ was zusammen mit den zeitweise (erstaunlich) stark ansteigenden, aber nie die Schwelle zur Mehrheit übersteigenden Zahlen jugendlicher Konsumenten⁴⁴⁷ die Annahme stützt, dass jedenfalls nicht allein und eben erst recht nicht initiale Akte zivilen Ungehorsams maßgeblich für die Bewirkung sozialen Wandels als Grundlage für Rechtsänderungen sind, sondern Devianz als belegte und länger andauernde Praxis eine weitaus größere Rolle spielen kann. Ein anderes Beispiel, bei dem (erst) langgeübte Devianz eine rechtsändernde Wirkung hatte, ist das der sogenannten Privatkopie im Urheberrecht.⁴⁴⁸
- 229 Demgegenüber lassen sich natürlich auch unzählige *Gegenbeispiele* finden, in denen sich der demokratische Gesetzgeber rechtlicher Innovation qua Devianz-Erfahrung verweigert hat. Beispiele sind klassisch die Steuerhinterziehung und die sogenann-

441 Diesen Aspekt hebt bspw. hervor Gürbüz, *Freiburger Zeitschrift für GeschlechterStudien* 22 (2016), 99 (103 f.).

442 Zur Bestätigungsfunktion der Rechtsanwendung allg. oben, → § 3 Rn. 9 f.

443 Daraus folgend: auf vorhandenen Nähebeziehungen und Sympathie aufbauende Solidarisierungseffekte.

444 Gespeist aus Gewinnaussichten durch Erschließung einer neuen marktmäßigen Zielgruppe.

445 A. A. eben noch BVerfG, Urt. v. 10.5.1957, Az. 1 BvR 550/52 = BVerfGE 6, 389 (437) – Homosexuelle.

446 s. für ausf. Zahlen <https://hanfverband.de/nachrichten/pressemitteilungen/umfrage-erstmalig-relative-mehrheit-fuer-legalisierung-von-cannabis>, besucht am 13.1.2023.

447 s. Orth/Merkel, *Der Cannabiskonsum Jugendlicher und junger Erwachsener in Deutschland*, 2019, bes. S. 18.

448 Dazu Becker, *ZUM* 2019, 636 (642).

te ‚Schwarzarbeit‘, eher neu sind Datenschutzverstöße, und – zumindest noch – das sogenannte ‚Schwarzfahren‘.⁴⁴⁹ All das sind Rechtsbereiche, in denen sich der Gesetzgeber auch angesichts verbreiteter, teils massenhafter Zuwiderhandlungen gerade (noch) *nicht* für eine ‚Innovation‘ entschieden hat.

Das drängt natürlich die Frage auf, welche Muster es gibt, die das gesetzgeberische 230
Aufgreifen oder Nicht-Aufgreifen von durch deviantes Verhalten illustrierten Regelungsalternativen beschreiben können. Das ist allerdings eine Frage, die ich an die (Rechts-)Soziologie weiterreichen möchte. Hier soll im Folgenden die *rechtliche* Frage interessieren, ob der Erhalt von Devianz als Instrument gesellschaftlicher Wissensgenerierung letztlich ‚nur‘ Domäne politischer Klugheit ist, oder ob nicht auch das Verfassungsrecht, speziell das Demokratieprinzip diesen Erhalt – in Grenzen – fordert. Ich denke, dass Letzteres tatsächlich gut begründbar ist (sogleich, → c.). Auf die Frage, ob die soeben genannten Beispiele als empirische Grundlage für die folgende Argumentation ausreichen, komme ich auch noch einmal zu sprechen.⁴⁵⁰

Zuvor ist hier aber noch eine Plausibilitätskontrolle nachzutragen, die die soeben 231
soziologisch-historisch geschilderte ‚Nützlichkeit‘ von deviantem Verhalten mit dem hiesigen Untersuchungsanlass zusammenbringt. Soll heißen: Handelt es sich hier überhaupt um Regelungs- und Realbereiche, in denen *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. zu einem höheren *Compliance*-Druck und – damit korrespondierend – zu verringerter Verhaltenskontingenz führen *können*? Bei den Beispielen der urheberrechtlichen Privatkopie und – unter umgekehrten Vorzeichen – bei der Steuerhinterziehung, bei Datenschutzverstößen (Stichwort *Privacy by Design*), und bei dem sogenannten ‚Schwarzfahren‘ sind die Einsatzmöglichkeiten von *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. offensichtlich. Teilweise sind sie auch schon rechtlich vorgesehen, wie in → § 2 an den Beispielen von Art. 25 DSGVO⁴⁵¹ oder § 88 Abs. 5 AO⁴⁵² gezeigt wurde. ‚Schwarzarbeit‘ ließe sich sicherlich mit den – hier ausgeklammerten – *Smart Contracts*⁴⁵³ effektiver als bisher eindämmen. Ferner, aber nicht gänzlich fern liegt der Einsatz von *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. im Fall der ehemals verbotenen homosexuellen Praktiken und homosexueller Kommunikation als deren Vorstufe. Wir können uns heute schlicht nicht mehr vorstellen, dass beispielsweise Chat-Kontrollen (als Form der *Impossibility/Justification Structures*, angedacht für die Suche nach Kinderpornographie⁴⁵⁴) oder auch ‚smar-

449 Zur Möglichkeit, das Erschleichen von Beförderungsdienstleistungen angesichts der Verfügbarkeit von *Impossibility Structures* zu entkriminalisieren, oben, → § 2 Rn. 143.

450 s. sogleich, → § 5 Rn. 238 ff.

451 s. oben, → S. 143 ff.

452 s. oben, → S. 94 ff., allerdings noch als Bsp. für die hier sog. *Intelligent Surveillance*.

453 Dazu die Erläuterung oben, → § 2 Rn. 4.

454 s. hierzu knapp oben, in → § 2 Fn. 848.

te‘ Video- oder Kommunikationsüberwachung⁴⁵⁵ (*Intelligent Surveillance*) für diese Zwecke eingesetzt werden könnten. Aber theoretisch denkbar und für – leider auch *pro forma* demokratische – Staaten mit entsprechender Agenda (Uganda) ‚reizvoll‘ könnten entsprechende Technologien durchaus sein.⁴⁵⁶ Der öffentliche Konsum von Cannabis ließe sich schließlich dann auch technologisch leichter eindämmen, sobald olfaktorische Sensorik besser entwickelt ist (Staaten mit restriktiver Drogenpolitik und weitreichender öffentlicher Überwachung wie Singapur fallen einem hier ein).

- 232 c. *Das Recht auf Möglichkeit zum unerkannten Rechtsbruch: rechtliche Fundierung im Demokratieprinzip.* Die Frage ist damit also, ob sich das entfaltete instrumentelle Verständnis von Rechtsbrüchen *erstens* verfassungsrechtlich verankern und *zweitens* auch rechtlich konturieren lässt. Oder ob es insofern bei dem bleibt, was *Habermas* zum zivilen Ungehorsam formuliert hat: dass die Zulassung von Devianz „eine institutionell gesicherte Form nicht annehmen“ könne.⁴⁵⁷ Das Problem wäre dann freilich, dass – wie in den Zwischenfazits von → § 2 und → § 4 dargelegt wurde – der Raum für *informelle* Devianz unter den Funktionsbedingungen einer KI-optimierten (Rechts-)Gemeinschaft immer kleiner werden dürfte.⁴⁵⁸ Zur *ersten der beiden Fragen* werde ich sogleich ausführen (und sie bejahen). Die zweite Frage wird – angesichts des Umfangs der Antwort – abgesetzt in Abschnitt → 8.⁴⁵⁹ behandelt werden.
- 233 aa. *Irrtumsanfälligkeit, Reversibilität und (deshalb) Innovationsoffenheit als die drei Kern-Strukturelemente der Demokratie.* Das moderne, d. h. nicht mehr naturrechtlich begründete, sondern auf demokratischer Volksherrschaft i. S. von Art. 20 Abs. 1 GG zurückzuführende Recht ist schon seiner *Bestimmung* nach kontingent, d. h. reversibel und zwar: *notwendig* reversibel. Es muss damit stets die Illegitimität oder milder formuliert: die Inadäquanz seiner gegenwärtigen Normen schon für den *gegenwärtigen* Zeitpunkt, jedenfalls aber für alle *künftigen* Zeitpunkte unterstellen.⁴⁶⁰ Demokratische „Geltungsansprüche“ dürfen daher nur „in dem Bewußtsein der Irrtumsanfälligkeit und [unter Wahrung] prinzipieller Reversibilität“ erhoben

455 Vgl. die Technologie, die die LfM NRW zur Kontrolle des Internets einsetzt, oben, → S. 99 ff.

456 Vgl. Section 14 des Anti-Homosexuality Act 2023 [Duty to report Acts of homosexuality]: “(1) A person who knows or has a reasonable suspicion that a person has committed or intends to commit the offence of homosexuality [...] shall report the matter to police for appropriate action.”

457 *Habermas*, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, 32015, S. 29 (39).

458 s. bes. → S. 391 ff.

459 s. unten, → S. 507 ff.

460 Ausf. und nachdrücklich *Möllers*, *Die Möglichkeit der Normen*, 2018, S. 453, 454 f., 477 f.; für Auszüge im Wortlaut schon → § 5 Fn. 433. Zur Hypothese des *Cultural Lag*, demzufolge das Recht gesellschaftlichen Entwicklungen zwingend hinterhergehe, *Ogburn*, in: Dreitzel (Hg.), *Sozialer Wandel*, 1972, S. 328 ff.; dazu auch *Pschorr/Spanner*, in: Donath et al., (Hg.), *Verfassungen – ihre Rolle im Wandel der Zeit*, 2019, S. 137 (142 f.) m. w. N.

werden.⁴⁶¹ Deshalb darf das demokratische Recht nur temporär fixiert sein und muss zumindest grundsätzlich reversibel bleiben.⁴⁶² Nur so rechtfertigt sich auch der grundsätzliche Entscheidungsmodus nach dem Mehrheitsprinzip.⁴⁶³ Die Idee, im gegenwärtigen Recht sei bereits alles so gut verfasst, dass es auch zukünftig unverändert Bestand haben dürfe oder könne, ist damit nicht nur historisch widerlegt (Stichwort Homosexuellen-Bestrafung), sondern letztlich auch mit der Idee *demokratischen* Rechts an sich unvereinbar. Auf den Punkt gebracht von *Horst Dreier*: „Demokratie bleibt damit auf Korrektur und Wandel angelegt; sie ist veränderungsoffen und insofern *fehlerfreundlich* (im Sinne der Ermöglichung von Korrekturen).“⁴⁶⁴

bb. Formal-demokratische Innovationsarrangements allein reichen dafür nicht aus. 234
Mit dieser plastischen Zusammenfassung der Grundausrichtung der Demokratie auf Normkontingenz ist der *halbe* Weg zur Anerkennung eines demokratisch motivierten Erhalts der Möglichkeit zum Rechtsbruch schon gegangen. Die *restliche* Strecke zu gehen erfordert freilich eine Begründung dafür, warum die Fehlerfreundlichkeit (zwecks Korrektur und Reversibilität des aktuell geltenden Rechts) zumindest *auch* gerade *durch Anschauung der Fehler (Rechtsbrüche) der Rechtsunterworfenen* bewahrt werden soll (wie beschrieben: Devianz gleichsam als *de-facto*-Reallabor und Instrument der Wissensgenerierung über die möglichen Regelungsalternativen⁴⁶⁵). Gestellt ist damit die Frage nach der *konstitutionellen* Gebotenheit des Erhalts von *Verhaltenskontingenz* der Normunterworfenen als einem *notwendigen* Baustein einer Architektur des demokratisch-gesellschaftlichen (einschließlich juristischen) Lernens.

Auf den ersten Blick ist diese zweite Wegstrecke rechtsdogmatisch-argumentativ 235
nicht begehbar.⁴⁶⁶ Denn scheinbar sind es genau die vielen *formalen* diskursiven Bausteine der modernen Demokratie, die die Kontingenz des Rechts *an sich* gewährleisten können (sollen).⁴⁶⁷ Zu nennen sind beispielhaft: Wahlen und Abstimmun-

461 H. Dreier, in: ders. (Hg.), GG Bd. II, ³2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 61.

462 Ibid., Rn. 72 m. w. N.

463 St. Rspr., s. nachdrücklich BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, Az. 2 BvE 2/08 u. a. = BVerfGE 123, 267 – Vertrag von Lissabon, Rn. 215; s. auch H. Dreier, in: ders. (Hg.), GG Bd. II, ³2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 73 m. w. N.

464 Ibid., Rn. 72. Hervorhebung im Original.

465 Hierzu soeben, → § 5 Rn. 225; zur Idee der Reallabore i. e. S., d. h. als formalisierte Möglichkeit zu Abweichung von geltendem Recht, → § 4 Rn. 171.

466 So bes. *Rauber*, JZ 79 (2024), 174 (182), für den die „normativen Vorgaben [des Demokratieprinzips] einerseits zu offen [sind], und die hergebrachte Legitimationskettendogmatik ist andererseits zu stark auf den Akt der Wahl fokussiert [...]“. Vor allem [...] bleibt die demokratietheoretische Lesart eine Antwort auf die Frage schuldig, weshalb ausgerechnet das Demokratieprinzip die Möglichkeit garantieren soll, rechtliche Anforderungen zu ignorieren, die ihrerseits demokratisch legitimiert sind.“

467 Deutlich bspw. *Schwintowski*, EWeRK 2015, 314 (315): „So gesehen würde ich den Organisationssoziologen widersprechen. Regeln müssen nicht von Zeit zu Zeit verletzt werden, damit sie als Regeln weiterexistieren können. Vielmehr müssen Regeln von Zeit zu Zeit überprüft werden, damit sie als

gen (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG), Schutz der Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 GG), vor allem der jeweils aktuellen Opposition; damit verbunden auch bestimmte, von vielen sogenannte funktionale Grundrechte wie Meinungs- und Versammlungsfreiheit (Artt. 5, 8 GG), diese *vielleicht* kombiniert sogar mit einem ‚Recht‘ zum zivilen Ungehorsam (siehe soeben, → 6.). Kurz gesagt: Wir haben bereits umfangreiche ‚Innovations‘-Arrangements *für* das Recht *im* geltenden Recht. Sie werden ergänzt um eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit, deren zentrale Aufgabe es ist, Minderheitsinteressen auch jenseits von Wahlen gegen Mehrheitsentscheidungen zu schützen. Sie unterwirft den Gesetzgeber – also die ‚herrschende‘ Mehrheit – auch *während* seiner zeitigen Herrschaft mit ihrer Grundrechtsrechtsprechung, die eine allgemeine Handlungsfreiheit mit einem scharfen Verhältnismäßigkeitsgebot kombiniert, extrem hohen Rationalitätsanforderungen.

- 236 Gegen diesen ersten Schein eines Verwiesenseins auf die formalisierten Strukturen zum Erhalt von Normkontingenz gibt es aber m. E. zwei durchschlagende Einwände, einen historisch-erfahrungsgesättigten und einen grundrechtstheoretischen. Eingräumt sei hier vorneweg, dass diese Diskussion immer noch am Anfang steht und es hier nur um erste Ansätze gehen kann.
- 237 *Erstens* das historische Argument: Es kann nochmals unter Rückgriff auf die Gesetzes- und Rechtsprechungshistorie im Umgang mit der männlichen Homosexualität formuliert/illustriert werden: Das Versagen des Verfassungsgerichts – dem des Gesetzgebers folgend –, §§ 175 f. StGB aufzuheben, lässt *strukturelle* Zweifel daran aufkommen, dass selbst die tief und breit ausgebauten formalen Reflexionsarrangements der Bundesrepublik ausreichen, um *Normkontingenz* auf rein diskursiven, also *nicht zumindest auch* anschauungsgesättigten Wegen herzustellen und zu erhalten (gemeint ist, wie gesagt: Anschauung der Verhaltensalternative, und zwar über einen hinreichend langen Zeitraum hinweg).
- 238 Ich vermute, dass nun an dieser Stelle bei einigen Leserinnen und Lesern ein Störgefühl aufkommt: Ist diese im *Faktischen* verankerte These durch die soeben

Regeln weiterexistieren können – d. h. die geltende Rechtsordnung muss Überprüfungs- und Korrekturmechanismen bereitstellen. [...] Oft sind es die Gerichte, die Korrekturen vornehmen. Manchmal bedarf es dazu der Politik – aber auch dafür gibt es geeignete Mechanismen und Verfahren, wie etwa den Petitionsausschuss beim Deutschen Bundestag [...]. Es geht also [sic] anders als Niklas Luhmann formuliert hat [sic] nicht um *nützliche Illegalität*, sondern um nützliche Legalität.“ Hervorhebung im Original. Ähnl. Weller, *Forschung & Lehre* 2020, 92f. Ausf. *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 55: „Sofern die Norm, die automatisiert durchgesetzt wird, aus diesem demokratischen Prozess hervorgegangen ist, müsste die Möglichkeit gegen diese verstoßen zu können, sich ebenfalls aus dem demokratischen Prozess ergeben, um ein notwendiges Element zu sein. [...] Eine Freiheit zum Rechtsverstoß ergibt sich aus dem Demokratieprinzip auch unter den gewandelten Bedingungen der Algorithmisierung daher nicht. Die gewandelten technischen Möglichkeiten können lediglich die Verabschiedung gewandelter Gesetze im demokratischen Prozess erfordern.“

gelieferten Beispiele des apokryphen Lernens aus Devianz⁴⁶⁸ wirklich hinreichend (belegt, untersucht, hinterfragt etc.), um sie zu einem *rechtlichen* Argument umwidmen und verdichten zu können? Oder steckt hinter der historischen Argumentation nicht doch ein laienhaft-anekdotescher Empirismus, dem ich mich hier schuldig mache, und der sie (die Argumentation) entwertet?

Einräumen muss ich, dass ich, was die empirischen Grundlagen und natürlich auch 239 die Methodik anbelangt, hier an die Grenzen des von mir Leistbaren gelangt bin. Dennoch möchte ich mir erlauben, das historische Argument ins Feld zu führen: Einmal schon allein deshalb, weil es Anlass sein könnte, hier interdisziplinär weiterzuforschen. Aber zum anderen auch, weil ich glaube, dass dem Argument gerade in seiner verallgemeinerten Form eine derart starke Plausibilität zugrunde liegt, dass es *zumindest* diskussionswürdig ist. Was ich meine, wird am deutlichsten, wenn wir das historische Argument in *Frageform* reformulieren: Glauben wir denn wirklich, dass unsere diskursiven Arrangements in allen Lebens- bzw. Regelungsbereichen tatsächlich so gut funktionieren, als dass wir als Gemeinwesen und Diskursgemeinschaft auch ohne *Erfahrung* der alternativen Praxis (= Rechtsbrüche über einen hinreichend langen Zeitraum und in hinreichender Zahl) eine ausreichende *Vorstellung* davon haben, wie diese alternative Praxis tatsächlich aussehen würde? Ich sage mit aller Vorsicht: Nein, das zu glauben wäre vermessen. Damit das – also die ausreichende Vorstellung von der Alternative – gelingt, braucht es vielmehr *zusätzlich* zu den skizzierten formalen Innovationsarrangements *für* das Recht *im* Recht also Arrangements der Wissensgenerierung *jenseits* des Rechts. Nochmals mit Möllers: „Eine Gesellschaft muss sich durch die Mög|lichkeit von Devianz vor Augen führen, wie es anders gehen könnte, als es geht.“⁴⁶⁹

Zu beachten ist, dass dies genau besehen überhaupt keine absurde Idee ist: Denn 240 bislang *sind* diese ‚Arrangements‘ schlicht faktisch dadurch gegeben, dass eine menschliche normative Ordnung ohne eine substantielle Zahl an Normbrüchen nicht denkbar war.

Der weiter oben schon zitierte Organisationssoziologe *Stefan Kühl* hat den gegenläufigen Glauben daran, dass formale Strukturen in der Lage wären, allein auf der Grundlage menschlicher Vorstellungskraft oder angesichts von *einzelnen* Rechtsbrüchen ähnlich dem zivilen Ungehorsam, adäquate Regelwerke zu schaffen, harsch kritisiert: 241

„Natürlich könnte man die Position einnehmen, dass es die Aufgabe der obersten Führung sei, ein Regelwerk zu schaffen, das jegliche Form von Abweichung überflüssig mache. Es müsse das Ziel sein, so wird nicht selten argumentiert, wiederholt Regelbrüche, Störungen

468 s. soeben, → § 5 Rn. 224 ff.

469 Möllers, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 454 f.

und Katastrophen aufgrund von kleinen toxischen Regelabweichungen oder das regelmäßige Unterlaufen von Befehlen so genau zu analysieren, dass sich ein formales Regelwerk aufstellen lässt, das einen verbindlichen funktionierenden Handlungsrahmen schafft. Eine solche Position mag wegen ihres Idealismus löblich sein, ist aber hochgradig naiv.⁴⁷⁰

- 242 Freilich bezieht sich *Kühls* scharfe Kritik an legalem Formalismus genau besehen auf das *geschaffene* Regelwerk, damit nur nachrangig (aber immerhin) auf die Verfahren der Wissensgenerierung beim und Umsetzung durch den Regelsetzer („oberste Führung“). Aber genau das leitet zum angekündigten zweiten, grundrechtstheoretischen und damit womöglich überzeugenderen Argument über. Wie gesagt: Aus meiner Sicht ist auch das gerade angeführte historische Argument bereits für sich stichhaltig; aber ähnlich dem Vorbild des Bundesverfassungsgerichts, das sein empirisches *Chilling-Effects*-Argument klugerweise um ein normatives ergänzt hat,⁴⁷¹ soll hier auch eine stärker normative Argumentation angeboten werden.
- 243 Das zweite Argument setzt an der von *Horst Dreier* so treffend bezeichneten „Fehlerfreundlichkeit“ demokratischen Rechts an – fehlerfreundlich, weil korrekturfähig und -offen und weil nur „in dem Bewußtsein [seiner] Irrtumsanfälligkeit“ mit Geltungsanspruch ausgestattet.⁴⁷² Diese Einsicht in die stets zu unterstellende Fehlerhaftigkeit und Inadäquanz der gegenwärtigen Normen ist nun aber nicht auf das materielle Recht beschränkt und ist sogar noch nicht einmal nur auf das einfache Recht beschränkt und beschränkbar. Die Einsicht ist allgemein und erstreckt sich damit notwendig *ins demokratische Verfahrens- und verfassungsrechtliche Rechtsschutzrecht* hinein, d. h. betrifft auch alle formalen Arrangements, die der Schaffung, Erhaltung, Abschaffung, Anfechtung und damit in einem weiten Sinn: der Reflexion des (geltenden) Rechts dienen. Wir *müssen* unterstellen, dass diese fehlerhaft sein können, weil sie an der Irrtumsanfälligkeit allen demokratischen Rechts notwendigerweise teilhaben. Dann aber darf das demokratische Recht *nicht* unterstellen, dass seine formalen Verfahren ausreichen, um die wesensprägende Kontingenz des demokratischen Rechts – seine Fehler- und damit Korrekturfreundlichkeit – zu erhalten.
- 244 *cc. Rechtsdogmatische und -praktische Voraussetzungen der Wissensgenerierung: Recht auf unerkannten Rechtsbruch, Verzicht auf Justification Structures, aber nicht zwingend auf Compliance Assistance i. e. S.* Das Gesagte bedeutet nun zweierlei: Einmal gelingt es mit der vorstehenden Argumentation, einen demokratisch begründeten Eigenwert von Devianz im Recht zu begründen, der im Ausgangspunkt dazu auffordert, eine *Möglichkeit* zum Rechtsbruch zu belassen. Das reicht aber diesmal, d. h. im Vergleich zur kommunikativen Funktion von Rechtsbrüchen (→ 6.), nicht aus: Was es zusätzlich braucht, ist eben jenes (Recht auf) Unerkannt-Bleiben

470 *Kühl*, *Brauchbare Illegalität*, 2020, S. 180.

471 s. oben, → § 2 Rn. 96.

472 *H. Dreier*, in: ders. (Hg.), GG Bd. II, ³2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 72 bzw. 61.

beim Rechtsbruch, das in Abgrenzung zum zivilen Ungehorsam verhindert, dass der Rechtsbruch sofort in *formale* Strukturen eingeleitet und verhandelt wird. Zu den formalen Strukturen, die eine sofortige Reaktion einfordern, zähle ich neben Straf- und sonstigen Gerichtsverfahren ausdrücklich auch die öffentliche/mediale Thematisierung.⁴⁷³ Eine mittel- oder langfristige *Erfahrung* der devianten Handlung wäre damit nämlich gerade nicht möglich. Natürlich gilt beides vorbehaltlich der Abwägung mit widerstreitenden Regelungsanliegen und Gütern, dazu sogleich der Vorschlag in Abschnitt → 8.

Eine Konsequenz der vorstehenden Argumentation ist immerhin erfreulich eindeutig: Soll ein Recht auf Möglichkeit zum unerkannten Rechtsbruch anerkannt werden, dann fordert die beschriebene Form gesellschaftlicher Wissensgenerierung nicht nur den Verzicht auf *Impossibility Structures*, sondern gerade auch den Verzicht auf *Justification Structures*, soweit diese einen unmittelbaren Rechtfertigungsraum und damit -druck schaffen. Bei der Legalisierung von Devianz geht es eben nicht mehr ‚nur‘ um die Neukonzeption von Recht „als evolutive und diskursive Praxis von (menschlicher) Rechtfertigung und Kritik“.⁴⁷⁴ Es geht auch nicht nur um „moralisch begründete Experimente“,⁴⁷⁵ wie sie der vielleicht *auch*, aber eben nicht vorrangig wissensgenerierenden Funktion von zivilem Ungehorsam zu eigen sein mag. Es geht darum, zumindest für einen gewissen, unter Umständen auch längeren Zeitraum und in einer nennenswerten Zahl von Fällen (vorläufig) *nicht* in einen offenen Rechtfertigungsprozess einsteigen zu müssen, sondern – ganz nüchtern-instrumentell – darum, *Anschauungsmaterial* für das Auch-anders-Möglich zu liefern, ohne es deshalb zu *dürfen*. 245

Geht es damit, wie gesagt, um die Aufnahme eines zumindest potentiell *nicht* öffentlich geäußerten „Feedbacks“⁴⁷⁶ zur situativen Passgenauigkeit oder sogar zur grundsätzlichen Akzeptanzfähigkeit einer Norm, dann könnten aber immerhin *Compliance Assistance Technologies* i. e. S. eine gewisse *unterstützende* Rolle der demokratischen Funktion von Devianz haben. Da die Zuständigkeit für die Änderung von Normen (Korrektur) in unserer Gesellschaft in den demokratisch-rechtsstaatlichen Strukturen zentriert ist (und zentriert bleiben *muss*⁴⁷⁷), muss dieses Feedback nämlich *irgendwie* und *irgendwann* dann eben doch auch in zuständige, d. h. formalisierte ‚Kanäle‘ *gelangen* können, ohne dass dabei sofort der devianzvernichtende 246

473 Unter Rückgriff auf die Untersuchungen von Stefan Kühl, s. oben, → § 4 Rn. 193.

474 Burchard, JRE 27 (2019), 527 (552).

475 So eine Formulierung von Habermas, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ³2015, S. 29 (40 f.), zur Legitimität zivilen Ungehorsams. Hervorhebung hier.

476 Zum Begriff Becker, ZUM 2019, 636 (642): Devianz als „Feedback-Loop“.

477 Vgl. zum – nicht anzuerkennenden – Devianzgrund ‚Korrektur‘ oben, bei → § 5 Rn. 23.

oder zumindest -reduzierende Effekt der Formalisierung⁴⁷⁸ voll durchschlägt. Mit *Luhmann* gilt hier grundsätzlich und bislang:

„Die Organisation ist nicht auf Sammlung, Aggregation und Rückmeldung strukturkritischer Informationen eingestellt. Die Ehescheidungskammern, Finanzämter usw. befassen sich nicht damit, die realen Folgen ausgeführter Gesetze zu erheben und in Gesetzeskritik umzusetzen. Daher müssen Impulse zur Gesetzesänderung ‚von außen‘ kommen – okkasionell, von konkreten Interessen getragen, politisch eingefärbt und dann erst nach Einfügung in das Recht juristisch interpretationsbedürftig. [...] Irgendwo muß, gerade wenn die Einsetzung von Geltung zur Entscheidungsfrage wird, schließlich doch einer zum anderen *sagen*: machen wir dies und jenes anders.“⁴⁷⁹

- 247 Dieses „von außen“ können nun natürlich und sollen sogar vorrangig die formalen Verfahren sein, die oben genannt wurden: Demonstrationen, Petitionen usw. Hier könnte nun aber *auch* der Einsatz von *Compliance Assistance Technologies* i. e. S. eine Funktion übernehmen: Diese *per definitionem* nicht intervenierenden Strukturen könnten genutzt werden, um das soeben erwähnte Anschauungsmaterial zu liefern, *ohne* die Möglichkeit zur nicht-öffentlichen/nicht-formalisierten Devianz gänzlich zu beseitigen. Ohne dass hier die Details solcher Verfahren ausgearbeitet werden können, würde das erfordern, die menschliche Reaktion auf die *Compliance Assistance* im Sinn einer Art Adressatenbefragung zu nutzen, um Statistiken über die *Compliance* zu erstellen. Das Dunkelfeld der Devianz könnte so aufgeklärt werden, ohne diese sogleich zu unterdrücken. In diese Richtung gehen in gewisser Weise die Fahrassistentensysteme mit – nicht abschaltbarer! – Protokollierungsfunktion, welche die EU mittlerweile verpflichtend zum Einbau in Kraftfahrzeuge vorschreibt.⁴⁸⁰
- 248 Wie oben, → S. 393 ff., gesagt, bedeutet zwar auch schon die Einkleidung in *Compliance Assistance Technologies* i. e. S. eine gewisse und nicht zu gering zu achtende Formalisierung von individuellen Rechts(nicht)anwendungshandlungen. Schon das lässt Devianz zumindest unwahrscheinlicher werden. Aber es bleibt dabei, dass sie in Sachen Wirkmacht ein Minus gegenüber *Impossibility* und *Justification Structures* darstellen.
- 249 *Reine*, d. h. wirklich ganz ohne Sanktions- und Haftungsdrohung arbeitende *Comply-or-explain*-Arrangements, wie sie aus dem europäischen Verbundverwaltungsrecht⁴⁸¹ und Gesellschaftsrecht⁴⁸² bekannt sind, könnten in ausgewählten Bereichen eine weitere, dann wiederum an *Justification Structures* angenäherte Variante sein.

478 Dazu oben, → S. 393 ff.

479 *Luhmann*, Kontingenz und Recht, 2013, S. 134. Hervorhebung im Original.

480 Dazu oben, ab → S. 186.

481 Beispielhaft Art. 60 Abs. 2 DSA, dazu *Marsch*, in: Hofmann/Raue (Hg.), NK-DSA, 2023, Art. 63 Rn. 22 ff. m. w. N.

482 Hierzu *Leyens*, ZEuP 2016, 388 ff. m. w. N.

Freilich muss der demokratischen Gemeinschaft *irgendwann* auch die Möglichkeit 250 eingeräumt sein, auf die gebotene Anschauung *ablehnend* zu reagieren. Ihr muss also nicht nur die Option bleiben, das Ver- oder Gebot aufrechtzuerhalten, sondern auch mit gegebenenfalls verschärfter Durchsetzung zu reagieren. Damit sind wir nun bei der zweiten der aufgeworfenen Fragen angelangt, nämlich der nach den Konturen und Maßstäben für eine aus der instrumentellen Perspektive der Lernbereitschaft und Lernfähigkeit des demokratischen Rechts geforderten Legalisierung des Rechtswidrig-Handeln-Könnens. Diesem Unterfangen ist der nächste Abschnitt → 8. gewidmet.

8. Vorschlag: Maßstäbe und Konturen für die demokratisch motivierte Wissensgenerierung durch Rechtsbruch

Zunächst ist hier nochmals eine Orientierung und eine Relativierung angezeigt: 251 Das in dieser Untersuchung sogenannte Überwachungsnarrativ, in dessen Rahmen das Bundesverfassungsgericht ein starkes ‚Bollwerk‘ gegen den Einsatz von rechtserkenntnis- und aktionsfähigen Technologien errichtet hat,⁴⁸³ wirkt auch nach der hier vertretenen Auffassung weiter. *Solange* es in der Abwägung dominant bleibt, solange droht auch keine sektorübergreifend-flächendeckende Reduktion von (der Möglichkeit zu) Devianz. Die Überwachungsfreiheit liefert als Reflex auch eine ‚Freiheit‘ zum Rechtsbruch mit.⁴⁸⁴ *Sobald* diese Dominanz durch Verflechtung und Überlagerung mit den Argumenten der anderen beiden Narrative – Hilfeleistung und Ertüchtigung – aber schwächer wird oder irgendwann ‚Überwachung‘ gar nicht mehr durchschlagen sollte (erinnert sei an das „Abwägungsdreieck“⁴⁸⁵), werden die Hürden für den Einsatz von Rechtsdurchsetzungstechnologien und damit die Räume für Devianz inkrementell *kleiner* werden.⁴⁸⁶ Natürlich immer vorausgesetzt, dass die genannten Technologien derart leistungsfähig werden, dass sie tatsächlich hinreichend verlässlich in der Lage sind, rechtmäßig von unrechtmäßig scharf zu trennen.⁴⁸⁷ *Dann* also, wenn diese Voraussetzungen zusammenkommen, wird die vorangegangene Suche nach dem Eigenwert von (der Möglichkeit zu) Rechtsbrüchen so richtig wichtig werden.

Nachdem wir mit dem Demokratieprinzip einen rechtlichen ‚Anker‘ gefunden 252 haben, Devianz von Rechts wegen einen Eigenwert zuzuweisen und sie folglich in einem einmal geringeren (= ziviler Ungehorsam), einmal größeren Umfang zu

483 Ausf. oben, → S. 102 ff., 165 ff.

484 Hierzu soeben, → S. 422 ff.

485 Dazu oben, ab → S. 391.

486 Hierzu ausf. oben, → S. 247 ff.

487 *Bäcker*, Vereitelungssysteme, Antrittsvorlesung in Mainz am 14.7.2022, spricht anschaulich von der notwendig „trennscharfe[n] Intervention“ der von ihm sog. Vereitelungsstrukturen.

ermöglichen (= Devianz als Wissensgenerierung), stellt sich nun die Frage, welche Maßstäbe und auch Grenzen *hierfür* existieren könnten. Dass es diese Grenzen geben muss, steht fest. Hier soll nicht die Auffassung vertreten werden (müssen), die „Freiheitlichkeit“ oder, richtiger, wie wir gesehen haben: die *demokratische* Struktur unseres Gemeinwesens⁴⁸⁸ bewiese sich durch die Möglichkeit zum Mord.⁴⁸⁹ Um die hier möglichen Maßstäbe wird es in diesem Abschnitt 8. gehen, wobei ich den Fokus auf das gegenüber dem ‚Recht‘ auf zivilen Ungehorsam weitergehende Recht auf in den formalen Strukturen unerkannten Rechtsbruch zwecks demokratischen Lernens richten werde.

- 253 Der normative Anspruch des Abschnitts ist ein bescheidener: Es geht *nicht* darum, dem Gesetzgeber mitzuteilen, dass er demokratische Wissensgenerierung durch Rechtsbruch exakt so wie im Folgenden vorgeschlagen konturieren *müsse*. Der Gesetzgeber muss sich nach der hier (→ 7.) vertretenen Auffassung lediglich, aber immerhin *im Bewusstsein der demokratischen Funktionalität* des Lernens aus Rechtsbrüchen bewusst und maßstabsgeleitet *Gedanken* darüber machen, ob und wie er sie durch den Einsatz von *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. unterbinden oder nicht doch (weiterhin) in einem bestimmten Umfang zulassen will. Es handelt sich beim Folgenden um einen rechtsdogmatisch-konstruktiven Vorschlag, nach welchen Maßstäben das ‚demokratische Lernen‘ konzeptionell stimmig strukturiert und begrenzt werden *kann*. Sie sollen konsequent aus der Perspektive demokratischer Lernbedarfe durch/an Devianz heraus entwickelt werden (→ S. 495 ff.), und dabei gleichzeitig anerkennen, dass dem Gesetzgeber immer ausreichend Raum bleiben muss, seine Lernbereitschaft zumindest zeitweilig und hinsichtlich bestimmter Rechtsgüter bzw. Normen für erschöpft zu erklären.
- 254 a. Vorneweg: *privater Selbst- und Drittschutz (der ‚gute Samariter‘)*. Vorneweg ist es konzeptionell wie auch grundrechtsdogmatisch wichtig, sich noch einmal genau zu vergegenwärtigen, welcher Preis für das gesellschaftliche Lernen(-Können) aus der Ermöglichung von Devianz zu zahlen ist. Der Preis ist hoch, denn er ist sozusagen ein doppelter: Da das Recht auf Möglichkeit zum unerkannten Rechtsbruch nach dem eingangs Gesagten nur im Rahmen der Hilfeleistungssituation wirklich rechtspraktisch relevant wird,⁴⁹⁰ liegt der Schaden nicht nur – *erstens* – darin, dass eine Person eine Rechtsgutverletzung erleidet, sondern – *zweitens* – auch darin, dass keine Hilfe geleistet wird, *obwohl* eine grundsätzlich technisch zur Hilfeleistung und Intervention fähige Maschine anwesend ist. Es sei insoweit an § 323c StGB erinnert, der mit seiner auf den genauen zweiten Blick ganz erstaunlichen tatbestandlichen

488 Vgl. hierzu noch einmal → § 5 Rn. 225 und ff.

489 Zu dieser provokanten Eingangsfrage bei/in → Fn. 60 (Einleitung).

490 Nochmals: Andernfalls sorgt das aus der Freiheitlichkeit des Gemeinwesens ableitbare grds. Verbot anlass- bzw. grundloser Überwachung dafür, dass Räume für Devianz offenbleiben.

Offenheit⁴⁹¹ anzeigt, wie schwer erträglich der Gedanke zu sein scheint, dass Hilfe im Angesicht von Not nicht geleistet wird, obwohl sie möglich und zumutbar wäre.⁴⁹²

„Opfer“ der Rechtsgutverletzung ist damit nicht nur die geschädigte Person selbst, sondern unter Umständen auch das Rechtsempfinden der Gesellschaft. So gesehen haben wir es mit einem Sonderopfer zu tun, das zwar mit dem demokratischen Lernen-Wollen- und -Müssen gerechtfertigt werden kann, aber damit ganz offensichtlich ein – in der grundrechtlichen Diktion – erhebliches Eingriffsgewicht in subjektiver, aber gewissermaßen eben auch in objektiver Hinsicht hat. Soll heißen: Die Grenzen für ein Recht auf Möglichkeit zum unerkannten Rechtsbruch dürfen nicht zu eng gezogen, es darf mit anderen Worten nicht unüberlegt eingeräumt werden.

Eine kategorial noch relativ klare Grenze ergibt sich vor diesem Hintergrund aus dem Recht auf privaten Selbstschutz: So, wie es bislang in der Diskussion noch niemand vorgeschlagen hat, das Abschließen der Haustüre zu verbieten, um dadurch das Erlernen des Verbots des Hausfriedensbruchs in Ansehung möglichst zahlreicher Hausfriedensbrüche zu ermöglichen, kann es grundsätzlich kein Verbot an Private geben, sich selbst oder auch Dritte durch den Einsatz modernen Technologien zu schützen.⁴⁹³ Art. 7 des Digital Services Act (DSA), die sogenannte Gute-Samariter-Klausel, die es Plattform- und anderen Online-Diensteanbietern nun ausdrücklich erlaubt, *freiwillig* systematisch-flächendeckend und automatisiert nach Rechtsverstößen ihrer Nutzer und Nutzerinnen zu suchen,⁴⁹⁴ ist Ausdruck dieser Einsicht. Freilich gibt es auch hier gegenläufige Tendenzen, indem etwa der Unionsgesetzgeber sich mit der DSGVO entschlossen hat, das grundsätzliche präventive Überwachungsverbot, das sich grundrechtlich zunächst einmal nur gegen den Staat richtet, auch auf Private auszudehnen; hinzu tritt ein grundsätzliches Aktionsverbots, siehe Art. 22 Abs. 1 DSGVO über das Verbot ausschließlich auf automatisierter Datenverarbeitung beruhender Entscheidungen. Die sehr komplexen Konturen dieser Rechtslage, die sich beispielsweise im sehr weitgehenden Verbot

491 Nach Pawlik: auch noch die „lapidarste“ Straftat sei zu verhindern, s. in → § 2 Fn. 442.

492 Zu dieser für vorliegende Zwecke wichtigen Frage ausf. oben, → S. 247 ff.

493 Nachdrücklich bspw. Oster, in: Ahlberg/Götting/Lauber-Rönsberg (Hg.), BeckOK Urheberrecht, 32. Ed. 15.9.2021, § 1 UrhDaG Rn. 12: „Weder können Diensteanbieter dazu verpflichtet werden, auf den Einsatz von Upload-Filtern zu verzichten und damit ‚sehenden Auges‘ an Rechtsverletzungen mitzuwirken, noch ist Rechteinhabern zuzumuten, dass Diensteanbieter zu einem Verzicht auf solche Mittel [...] verpflichtet werden sollen.“ A. A. noch Hoffmann-Riem, in: Denninger et al. (Hg.), AK GG, ²2001, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 95. Differenziert Becker, ZUM 2019, 636 (642): „Diese Rückkoppelung [durch deviantes Handeln als kommunikative Reaktion auf Normen] zu verwirklichen ist freilich keine Aufgabe von Rechteinhabern. Wie gesagt sind sie nicht gehalten, offene Flanken für rechtswidrige Handlungen zu bieten [...]. Der Gesetzgeber muss für diesen Mechanismus sorgen.“

494 Hierzu ausf. Sesing-Wagenpfeil, MMR 2023, 655 ff.; Hofmann, in: ders./Raue (Hg.), NK-DSA, 2023, Art. 7 Rn. 1 ff.

privater Überwachungskameras, aber auch in der datenschutzbehördlichen Skepsis gegen Teslas „Wächter-Modus“⁴⁹⁵ zeigt, kann hier nicht nachgespürt werden. Aber – als Extrembeispiel – brauchen wir uns nur einen humanoiden Haushalts- und Pflegeroboter vorzustellen, der seine Besitzer im Rollstuhl spazieren fahren und damit seine Umgebung notwendigerweise analysieren (vulgo: überwachen) können muss – allerdings aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht berechtigt wäre, ihnen im Fall eines Überfalls zur Hilfe zu sein. Das wäre – vorsichtig gesagt – sicherlich schwierig zu vermitteln.⁴⁹⁶

- 257 *b. Inhaltliche Konturen und Maßstäbe für ein Recht auf Möglichkeit zum unerkannten Rechtsbruch.* Es muss also differenzierter vorgegangen werden als im Datenschutzrecht. Dafür sei vorab nochmals an zweierlei erinnert: *Erstens* daran, dass nach der hier vertretenen Auffassung das vom *Rechtsbrecher* gegebenenfalls ins Feld geführte oder zu führende individuelle Interesse bereits auf der Ebene des materiellen Rechts und nicht nochmals bei der Rechtsdurchsetzung in Anschlag gebracht werden darf;⁴⁹⁷ und dass *zweitens* Normen des sogenannten Vorfeld- oder Gefährdungsschutzes (beispielsweise des Datenschutzrechts oder des Straßenverkehrsrechts) eine Normstruktur aufweisen, die als normatives *Overblocking* bezeichnet werden kann. Vor dem Einsatz von *Impossibility* und *Justification Structures* müssen solche überschießenden Normbefehle möglichst vorab auf den eigentlichen Schutzkern zurückgeführt werden.⁴⁹⁸
- 258 Sind diese beiden Fallgruppen vorab ausgeschieden, dann erscheint es im nächsten Schritt naheliegend, in Anknüpfung an die Anlassdogmatik des Bundesverfassungsgerichts⁴⁹⁹ nach der Bedeutung des ‚geopferten‘ Rechtsguts und der Schwere seiner potentiellen Betroffenheit zu differenzieren. Allerdings würde dieser Zugriff der inhaltlichen Eigenart des Devianz-Grundes ‚demokratisches Lernen‘ (und auch derjenigen des Grundes ‚demokratische Kommunikation‘) nicht wirklich gerecht werden; geht es doch darum, Devianz (und sogar in formalen Strukturen zunächst *nicht entdeckte* Devianz) in einem nicht nur unerheblichen Umfang zu ermöglichen, um der Gesellschaft ein Lernen an der Alternative zum normativ Gebotenen zu erlauben und es in gewissem Maße – beides aus demokratischer Intention heraus – auch von ihr zu verlangen.⁵⁰⁰ Die Anlassdogmatik setzt demgegenüber voraus, dass der Gesetzgeber/die Gesellschaft schon recht genau weiß, was/wen sie wogegen schützen will.

495 Kharraz, becklink 2024055 (Onlinequelle).

496 Zur damit angesprochenen Akzeptanzfrage schon → § 2 Rn. 443 ff.

497 s. oben, → § 5 Rn. 97 ff.

498 In diese Richtung auch Bäcker, Vereitelungssysteme, Antrittsvorlesung in Mainz am 14.7.2022; s. hierfür auch schon oben, → § 2 Rn. 268 ff. und → § 5 Rn. 21, sowie bereits Rademacher, JZ 2019, 702 (710).

499 Vgl. hierfür oben, → § 2 Rn. 90.

500 s. oben, → § 5 Rn. 224 ff.

Deshalb ist es sinnvoll, für die Konturen der ‚lehrenden‘ Devianz folgenden Grundsatz zu formulieren: 259

Grenzen der zuzulassenden Devianz im Geheimen (= Devianz als Lernen/Form der Information) sind die Grenzen der Lernbereitschaft der Gesellschaft; und zwar solche Grenzen, die nach den abstrakten Maßstäben der Gerechtigkeit, auf die sich diese Gesellschaft vorab geeinigt hat (= Verfassung, insbesondere Grundrechte), überzeugend sind.

Die Herausforderung liegt dann freilich darin, diejenigen Rechtsregeln zu identifizieren, hinsichtlich derer das Gemeinwesen darauf verzichten darf und eventuell sogar darauf verzichten muss, die Alternative zum rechtlich Gesollten in einer aus Gründen des Lernens ausreichenden Häufigkeit *nicht* (mehr) kennen zu wollen. 260

aa. Inhalts- und akzeptanzfokussierte Vorschläge (gesellschaftliches Lernenwollen im Fokus). Sucht man zunächst nach anschlussfähigen Maßstäben/Abgrenzungskriterien in der bislang noch spärlichen Literatur zum rechtlichen Eigenwert von Devianz, wird man etwa hier fündig: 261

- Matthias Bäcker spricht von einer gebotenen Unterscheidung von „konsolidierten“ und „volatileren Rechtsgütern“. Das sind z. B. Leib, Leben und Freiheit einerseits und Ehrschutz andererseits. Normen, die Letzterem dienen, dürften dann im Grundsatz eher nicht von *Impossibility Structures* (und wohl auch nicht von *Justification Structures*) geschützt/durchgesetzt werden.⁵⁰¹
- Thomas Wischmeyer sieht „[a]uch in einer dynamischen und pluralistischen Gesellschaft [...] einige Grundsätze, die so fundamental sind, dass wir sie [...] nicht wieder [zugunsten alternativen Verhaltens] verlernen können sollten“ (ohne konkrete Beispiele).⁵⁰²
- Ich selbst habe an anderer Stelle gefragt, ob es gelingen kann, die „gesellschaftspolitisch derart umstrittenen Regelungsbereiche[.]“ zu identifizieren, in denen „es naheliegt, dass die einmal gegebene Antwort, was Recht sein soll, nicht zwingend dauerhaft die ‚richtige‘ ist, und wir deswegen auch *faktische* Räume zur Fortsetzung des Diskurses zulassen müssen – und nicht nur die trotz grundrechtlicher Bewehrung oftmals als imperfekt wahrgenommenen Diskursräume der repräsentativen Demokratie“ (mit einer beispielhaften Abgrenzung zu „eher technischen Normen des Steuer-, Kapitalmarkt- oder Lebensmittelrechts“ und der Geldwäschekontrolle, in denen folglich Devianz in geringem Umfang oder gar nicht zuzulassen wäre).⁵⁰³

501 Bäcker, Vereitelungssysteme, Antrittsvorlesung in Mainz am 14.7.2022. Auf die Kategorie der *Justification Structures* bzw. Vergleichbares geht Bäcker a. a. O. nicht direkt ein.

502 Wischmeyer, in: Baumgärtel/Hoppen (Hg.), Informationstechnik und Recht, 2021, S. 9 Rn. 28.

503 Rademacher, in: Zimmer (Hg.), Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz, 2021, S. 229 (262). Hervorhebung im Original.

- 262 Ich halte die in diesen Umschreibungen zum Ausdruck kommende Inhalte- und vor allem Akzeptanz-fokussierte Bestimmung der Grenzen von Devianz, die wir aus Gründen der gesellschaftlichen Wissensgenerierung zulassen sollten, nach wie vor für brauchbare Ansätze. Zugespitzt formuliert wird hier die Legitimität des Nicht-Mehr-Lernen-Wollens der Gesellschaft hinterfragt. Damit lässt sich etwa gut begründen, warum die klassische Trias der individuellen Höchstgüter, d. h. Leib, Leben und Freiheit von Menschen, ganz intuitiv eher von *Impossibility Structures* oder doch zumindest *Justification Structures* geschützt werden darf und auch in Umsetzung entsprechender Schutzpflichten geschützt werden sollte als beispielsweise das Urheberrecht. Normen, die dem Schutz dieser hochrangigen Rechtsgüter dienen, sind in der Diktion von *Bäcker* historisch „konsolidiert“ bzw. „stabil“. Gleiches gilt freilich für zahlreiche Normen des Ehrschutzes, die zwar *inhärent* volatil sind⁵⁰⁴ (weil ihre Grenzen je nach Einzelfall neu gezogen werden müssen, was aber im Grunde nur dafür spricht, absehbar *Justification Structures* den *Impossibility Structures* vorzuziehen), die aber in ihrem abstrakten Kernbestand selbst seit langer Zeit gesichert sind.
- 263 *bb. Mein Vorschlag: ein wissensfokussiertes Modell (gesellschaftlicher Lernbedarf im Fokus).* Gleichwohl habe ich mittlerweile Bedenken gegen den Zugriff, wie er in den drei zitierten Diskussionsbeiträgen zum Ausdruck kommt. Der Grund dafür ist, dass mir die Gefahr groß scheint, *normative Tradition* zum Argument zu machen. Das kommt gerade im Begriff der „konsolidierten“ Norm/des „konsolidierten“ Rechtsguts zum Ausdruck. Konsolidiert war auch das Verbot homosexueller Praktiken zwischen Männern,⁵⁰⁵ das Urheberrecht als Ausschließlichkeitsrecht auch gegenüber der Privatkopie,⁵⁰⁶ und konsolidiert ist auch das Verbot der Tötung auf Verlangen.⁵⁰⁷ Diese teils jahrhundertealten Normen sind heute abgeschafft, mit starken Ausnahmen versehen bzw. erodieren aktuell – jeweils vor dem Hintergrund ihres massenhaften Bruchs (= Verbot homosexueller Praktiken und Verbot der Privatkopie) bzw. ihrer Umgehung (= Verbot der Tötung auf Verlangen bzw. des assistierten Suizids durch Reisen ins nahe Ausland).⁵⁰⁸
- 264 *Allein* oder maßgeblich auf die Konsolidierung oder den festen Wunsch, einen „Grundsatz“ nicht wieder verlernen zu wollen, abzustellen, oder auf das Maß der medial-gesellschaftlichen Umstrittenheit einer spezifischen Norm und/oder des spezifischen Schutzniveaus eines Rechtsguts, erscheint mir daher nicht final überzeu-

504 Darauf weist *Bäcker*, Vereitelungssysteme, Antrittsvorlesung in Mainz am 14.7.2022, hin.

505 Auch wenn diese wohl mangels *individuellen* Rechtsgutschutzes schon nicht in das Hilfeleistungsnarrativ fallen dürften, vgl. dazu auch oben, → § 2 Rn. 433.

506 Die sich mittlerweile nach *Becker*, ZUM 2019, 636 (642), „zum selbstverständlichen Privileg entwickelt“ hat.

507 Hierzu sogleich, → § 5 Rn. 267.

508 Freilich ohne dass ich hier die Möglichkeit besitze, klare Kausalitäten zwischen deviantem Verhalten und der Abschaffung der Norm zu ermitteln; vgl. zu dieser Problematik aber auch schon → § 5 Rn. 227.

gend. Zumindest *neben* die Konsolidierung eines Rechtssatzes sollte daher, so mein Vorschlag an dieser Stelle, eine weitere Testfrage treten:

Ist zu vermuten, dass sich die Gesellschaft – vertreten durch den in den verfügbaren demokratischen und expertokratischen Verfahren informierten Gesetzgeber – eine hinreichend genaue Vorstellung des alternativen (= verbotenen) Verhaltens machen kann? Vor allem: Ist zu vermuten, dass eine hinreichende Vorstellbarkeit und Absehbarkeit der durch dieses alternative Verhalten ausgelösten Kausalverläufe besteht, sodass deren Unerwünschtheit hinreichend gut diskutierbar erscheint, auch ohne ihre konkrete Erfahrung anhand einer größeren Zahl von Fällen rechtswidrigen Verhaltens? Kann folglich mit hinreichender Gewissheit ausgeschlossen werden, dass das deviante Verhalten unter Abwägung aller Umstände und unter Geltung der gegenwärtigen Gerechtigkeitsmaßstäbe mehr Gutes als Schlechtes produziert?

Mit diesen Fragen im Kopf lassen sich mindestens vier Kategorien von Recht unterscheiden: 265

cc. Potentiell hoher Lernbedarf: altes, erfolgreiches Recht. Die Devianzerfahrung und damit die erfahrungsgesättigte Diskutierbarkeit der Alternative zum gebotenen Verhalten nimmt im Fall alten und erfolgreichen Rechts ab und erlischt vielleicht irgendwann ganz. Hier erscheint es plausibel, grundsätzlich auf den Einsatz von *Impossibility* und *Justification Structures* zu verzichten, um Rest- oder Nukleusräume für abweichende Verhaltensweisen zu erhalten bzw. zu schaffen. Oder sehr gut zu begründen, warum das alternative (= rechtswidrige) Verhalten *erstens* hinreichend gut imaginierbar ist und *zweitens* – deshalb – möglichst weitgehend unterbunden werden soll. Beispiele für Letzteres dürften die den meisten Kapitalverbrechen unterliegenden Verhaltensnormen darstellen (Tötungsdelikte, Menschenraub, Raub, auch Brandstiftung und eine ganze Reihe von Umweltdelikten). 266

Problematisch sind an dieser Stelle vor allem lang etablierte (mit *Bäcker*: „konsolidierte“) Verhaltenspflichten, wie das Verbot der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB; die Verfassungskonformität als Frage des materiellen Rechts sei hier unterstellt⁵⁰⁹). Die *unmittelbare* Folge des devianten Verhaltens steht uns hier klar vor Augen: Ein Mensch ist tot, irreversibel und irreparabel. Gleichwohl sind die damit in der Breite potentiell ausgelösten Kausalverläufe, um deren Willen die Verhaltenspflicht unter anderem besteht (insbesondere das „Dammbruch“-Argument⁵¹⁰), unklar. Denn Erfahrungen mit einer größeren Anzahl von Tötungen auf Verlangen zumindest in Deutschland fehlen und empirische Studien hierzu divergieren in ihrer Einschät- 267

509 Zum assistierten Suizid allerdings nun verneinend BVerfG, Urt. v. 26.2.2020, Az. 2 BvR 2347/15 u. a. = BVerfGE 153, 182 – Suizidhilfe, Rn. 264 ff. Zur Übertragbarkeit der Entscheidung auf § 216 und seiner daraus nach Auffassung der Autorin folgenden Reformbedürftigkeit *Rostalski*, JZ 2021, 477 (480 ff.) m. w. N.

510 So tendiert die wohl h. M. dazu, § 216 StGB in diversen Variationen überindividuell zu begründen, vgl. m. w. N. *Schneider*, in: *Sander* (Hg.), *MüKo StGB*, 42021, § 216 Rn. 3, der allerdings selbst einem dort sog. (paternalistisch-)individuellen Erklärungsmodell folgt, s. Rn. 5 ff.

zung bzw. (aus benachbarten Staaten) stehen ebenfalls noch aus.⁵¹¹ Das spricht dafür, diese Verhaltenspflicht *nicht* mit *Impossibility* und *Justification Structures* durchzusetzen; und das, obwohl ein höchstrangiges Rechtsgut in Rede steht und die fragliche Norm seit 1871 teils unverändert existiert und durch die Einführung von § 217 StGB im Jahr 2015 seitens des Gesetzgebers sogar mittelbar nochmals affirmiert wurde. Gegen den Einsatz von *Compliance Assistance Technologies* i. e. S. spricht hingegen wenig; sie könnten etwa auf Beratungsangebote hinweisen.

268 *dd. Geringerer Lernbedarf: junges Recht.* Recht wird mittlerweile oft als Reaktion auf beobachtetes, so nicht oder anders gewünschtes Verhalten geschaffen,⁵¹² sodass in der Regel eine gewisse Erfahrung (mit) der Alternative ‚frisch‘ und gut diskutierbar vorhanden ist.⁵¹³ Ein Beispiel hierfür liefert namentlich das soeben erwähnte Verbot der *geschäftsmäßigen* Assistenz zum Suizid (§ 217 StGB).⁵¹⁴ Einer Durchsetzung mithilfe von *Impossibility* oder *Justification Structures* steht der Grund Lernen daher in nur geringem Maße entgegen. Sinnvoll ist hier allerdings eine Beobachtung der Folgen der *Compliance* und geboten sind zeitliche Vorgaben für die Evaluation der materiellen Regelungen und – davon gegebenenfalls abgesetzt – für die zeitliche Anwendung der Rechtsdurchsetzungsmechanismen (*Sunset Clauses* im formellem = technologischen Bereich⁵¹⁵). Denn irgendwann wird das neue zum alten, dann gegebenenfalls, nämlich wegen des Einsatzes von besonders wirksamen *Compliance Assistance Technologies*, besonders erfolgreichen Recht. Es gilt dann das zuvor Gesagte.

269 *ee. Ambivalenter Lernbedarf: altes, erfolgloses Recht.* Auch hier kann sich der Gesetzgeber in Ansehung und damit erfahrungsgesättigten Diskutierbarkeit der Alternative zum Gesollten entscheiden: einmal zur Modifikation des geltenden Rechts, wie beispielsweise im Urheberrecht mit der Einführung des Rechts auf Privatkopie. Diese gesetzgeberische Innovation wird als Reaktion auf deren massenhafte, damals urheberrechtswidrige Anfertigung gewertet.⁵¹⁶ Oder der Gesetzgeber kann sich für die Effektivierung der Durchsetzungsbemühungen durch den verstärkten Einsatz von *Impossibility* und *Justification Structures* entscheiden. Auch das ist durch die mittelbare Pflicht zur Einführung von Upload-Filtern ebenfalls beispielhaft im Ur-

511 Vgl. die Ausf. und Nachw. in BVerfG, Urt. v. 26.2.2020, Az. 2 BvR 2347/15 u. a. = BVerfGE 153, 182 – Suizidhilfe, Rn. 255 f.

512 Zum hiervon abweichenden Risikoregulierungsrecht sogleich, → § 5 Rn. 271 f.; zur abw. Praxis in der frühen Neuzeit in → § 2 Fn. 554.

513 Man könnte, angelehnt an Möllers, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 419, davon sprechen, dass der „Möglichkeitssinn einer Gemeinschaft“ hier in Richtung des kontranormativen Verhaltens geschärft ist.

514 s. die Ausf. in BVerfG, Urt. v. 26.2.2020, Az. 2 BvR 2347/15 u. a. = BVerfGE 153, 182 – Suizidhilfe, bes. Rn. 249 ff. Die Norm wurde demgemäß nicht aufgrund fehlender Erfahrungen bzw. einer unzureichenden oder unplausiblen Risikoprognose des Gesetzgebers verworfen, sondern aufgrund der Unangemessenheit des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Sterbewilligen, s. a. a. O., Rn. 264 ff.

515 Vgl. hierzu auch schon Rademacher, AöR 142 (2017), 366 (142).

516 s. Becker, ZUM 2019, 636 (642) m. w. N.

heberrecht geschehen.⁵¹⁷ Ähnliches gilt für die Diskussionen rund um die automatisierte Bekämpfung von ehrverletzenden Äußerungen oder auch von Kinderpornographie⁵¹⁸ – für beides bieten die vergangenen Jahre stark ansteigender (entdeckter) Fallzahlen reichlich Anschauungsmaterial.

Letzterenfalls gilt dann erneut: Wenn und weil aus dem alten, eher erfolglosen Recht mit der Zeit etwas, erfolgreiches werden kann, sollten entsprechend dem soeben Gesagten die Auswirkungen der *Compliance* durch Evaluationsklauseln beobachtet und es sollte grundsätzlich⁵¹⁹ eine zeitliche Befristung der Anwendung des effektivierten Durchsetzungsregimes vorgesehen werden. 270

ff. Sonderfall Risikoregulierungsrecht. Einen Sonderfall stellen die Bereiche des sogenannten Risikoregulierungsrechts dar.⁵²⁰ Sie zeichnen sich unter anderem dadurch aus, dass Devianzerfahrungen möglichst von vornherein *ausgeschlossen* werden sollen (bspw. im Atom-, Arzneimittel- oder Medizinprodukterecht). Die imaginierten Konsequenzen sind hier derart schwerwiegend, breitenwirksam und irreparabel, dass bewusst im Vorfeld der eigentlich schädigenden Handlungen und unter Inkaufnahme von möglicherweise überschießenden Regelungen (dem hier sogenannten normativen *Overblocking*) Gebote und Verbote aufgestellt werden. Die hier *insbesondere* bestehenden Lernbedarfe sollen und müssen teilweise durch andere Instrumente, etwa Simulationen⁵²¹ oder *Regulatory Sandboxes*⁵²² abgedeckt gestillt werden. 271

Diese Bereiche eignen sich an sich *besonders gut* für den Einsatz von *Impossibility Structures*. Dabei ist zu bedenken, dass hier aufgrund der Ferne individueller Rechtsverletzungen in der Regel nicht das Hilfeleistungsnarrativ aufgerufen werden kann,⁵²³ sondern wir uns allein im Überwachungsnarrativ arrangieren müssen. Freilich dürfte es angesichts der Hochrangigkeit der betroffenen Rechtsgüter und der Gefahrverantwortung der handelnden Personen auch unter Anwendung der Anlassrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁵²⁴ nicht schwerfallen, hier präventive Überwachungs- und Realisierungsarrangements im Gemeinwohlinteresse vorzusehen. 272

517 s. dazu ausf. oben, → § 2 Rn. 157 ff. und → S. 205 ff.

518 s. dazu oben, → § 2 Rn. 153 ff. bzw. in → § 2 Fn. 271, 848.

519 Der Bereich der Kinderpornographie wird hier eine Ausnahme darstellen.

520 Hierzu allg. *Ruthig*, in: Kahl/Ludwigs (Hg.), HVwR I, 2021, § 22.

521 Hierzu *Jabri*, Simulationen, 2023, bes. S. 134 ff., mit dem Referenzfeld „algorithmisierte Medizinprodukte“.

522 s. die Nachw. hierzu → § 4 Rn. 171.

523 Vgl. hierzu oben, → § 2 Rn. 433.

524 s. hierfür oben, → § 2 Rn. 82 ff.; zur Frage der Übertragbarkeit der Überwachungsrechtsprechung auf *Impossibility Structures* oben, → S. 166 ff.

273 gg. *Hilfskriterien*. Mindestens drei Hilfskriterien, die quer zu den soeben genannten Hauptkriterien liegen, lassen sich identifizieren:

- *Erstens* kann und muss eine Rolle spielen, ob das Rechtsgut, dessen Integrität zum Zwecke gesellschaftlichen Lernens trotz der Anwesenheit einer hilfefähigen Maschine zur Verletzung preisgegeben wird, reparabel ist oder nicht. Ein Recht auf unerkannten Rechtsbruch mit einer Tötung auf Verlangen wird daher trotz der soeben (→ cc.) genannten Argumente *dafür* seitens des Gesetzgebers immer noch einfacher negiert werden dürfen, als ein Recht auf unerkannten Rechtsbruch bei einer unqualifizierten Körperverletzung.
- *Zweitens* spielt freilich auch die klassische Unterscheidung zwischen hoch- und eher niederrangigen/nur wirtschaftlichen Rechtsgütern eine Rolle: Es bleibt dabei, dass der Schutz von Leben, Leib und Freiheit zwar nicht wegen ihrer Konsolidierung, aber deshalb, weil ihnen nach Maßgabe der gegenwärtigen Gerechtigkeitsvorstellungen ein besonders hoher Schutzwert zugesprochen wird und zugesprochen werden darf, viel restriktiver als Gegenstand gesellschaftlichen Erlernens des Werts der Alternative (also des Rechtsbruchs) erhalten dürfen als beispielsweise rein monetär werthaltige Rechtsgüter. Das ist nicht zuletzt auch eine Akzeptanzfrage. Die Lernbedarf-fokussierten Maßstäbe sollen deshalb nicht *an die Stelle* der klassischen Abwägung treten, sondern sollen diese *ergänzen*, spezifisch aus der Perspektive der demokratischen Lern-Funktionalität von Devianz.
- Schließlich – *drittens* – sollte es ein wichtiges Hilfskriterium sein, wie viel Vertrauen ein Gemeinwesen in die Funktionsfähigkeit seiner demokratischen, expertokratischen und rechtsstaatlichen Verfahren haben darf, d. h. in das Gelingen der kontrafaktischen Wissensgenerierung und Diskussion im *formalisierten* demokratisch-rechtsstaatlichen Prozess. Hinzutreten kann hier das Vertrauen in wirksamen Minderheitenschutz in diskursiver Hinsicht (also: kommen Minderheiten angemessen zu Wort?). Je weniger Vertrauen hier systemisch oder je nach Sachbereich gerechtfertigt erscheint, umso großzügiger sollte ein Gemeinwesen von der Möglichkeit der Wissensgenerierung durch Devianz Gebrauch machen (müssen). Es ist klar, dass gerade dieses Hilfskriterium eine große demokratische Reife eines Gemeinwesens voraussetzt, einschließlich der Reflexionsfähigkeit über seine Schwächen. Mir erscheint es berechtigt, gegenwärtig von einer solchen Reife zumindest einiger westlicher und fernöstlicher Demokratien auszugehen. Freilich bleibt es unter den Funktionsbedingungen eines wahrscheinlich zunehmenden Einsatzes von *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. dabei, dass fortwährend der Bedarf an angepassten und „neuen Foren der Kontestation“ von geltendem Recht geprüft und gegebenenfalls befriedigt werden muss.⁵²⁵

525 Begrifflichkeit nach Wischmeyer, in: Baumgärtel/Hoppen (Hg.), Informationstechnik und Recht, 2021, S. 9 Rn. 32; hierzu außerdem oben, → § 4 Rn. 110 ff., 160 ff.

hh. Zusammenfassung. An dieser Stelle ist eine knappe Zusammenfassung angezeigt. Zunächst ist daran zu erinnern, dass neben dem hier diskutierten Devianzgrund ‚demokratisches Lernen‘ (→ 7.), bei dem die *informative* Dimension konturen- und maßstabsbestimmend war,⁵²⁶ auch der Devianzgrund ‚demokratische Kommunikation‘ von Rechts wegen zu erhalten ist (ziviler Ungehorsam, → 6.). Freiräume für deviante Handlungen, die die kommunikative Funktion erfüllen (können), müssen daher nach der hier vertretenen Auffassung ebenfalls erhalten bleiben. Sie sind nur, wie dargestellt, von vornherein recht eng beschnitten.⁵²⁷ 274

Der Devianzgrund ‚demokratisches Lernen‘ hingegen streitet dafür, in größerem, *a priori* nicht begrenztem Umfang die *Möglichkeit* zum *unentdeckten* Rechtsbruch zu erhalten.⁵²⁸ Wie soeben gezeigt, lassen sich aber auch hierfür Maßstäbe bestimmen, die einerseits dem Anliegen gesellschaftlicher, sozusagen kontranormativer Wissensgenerierung gerecht werden, ohne die im Hilfeleistungsnarrativ zentrale (= schutzwürdige) Stellung des Inhabers des durch die rechtswidrige Handlung verletzten Schutz- und Rechtsguts aus den Augen zu verlieren. Während damit die Maßstäbe *inhaltlich* beschrieben wurden, soll es nun abschließend noch darum gehen, wie sich diese *rechtstechnisch* umsetzen lassen könnten. 275

c. Rechtstechnische Konturen eines Rechts auf Möglichkeit zum unerkannten Rechtsbruch. Wie also könnten nun die rechtstechnischen Konturen eines Rechts auf Möglichkeit zum unerkannten Rechtsbruch aussehen? 276

Unser *Ausgangspunkt* im Allgemeinen ist, zur Erinnerung, dass sich eine Maschine innerhalb ihres eigenständigen Aktionsradius‘ grundsätzlich an die Gesetze halten (können) muss, die auch für Menschen in der entsprechenden Lebenssituation gelten würden; sie muss eine *Law-abiding Technology* sein. (Wichtig bzw. nochmals zur Erinnerung: Außerhalb der Hilfeleistungskonstellation sorgt schon der freiheitlich begründete Schutz vor Überwachung für den Erhalt von Devianz-Freiräumen.⁵²⁹ Darum muss es hier nicht mehr gehen.) 277

Daraus folgt konkret *erstens*, dass eine solche Maschine nicht als Handlungsstörer, Anstifter, Mittäter oder Gehilfe usw. der rechtswidrigen Tat eines Menschen (oder potentiell einer anderen Maschine) agieren darf. Das ist eine so grundlegende und damit selbstverständliche Voraussetzung ihrer Einsetzbarkeit, dass die hier natürlich auch zu berücksichtigenden Grundrechte der Hersteller (die Technologie wird even- 278

526 Zu den Details oben, → § 5 Rn. 224 f.

527 Dazu schon oben, → § 5 Rn. 207 ff.

528 Vgl. oben, → § 5 Rn. 224 ff.

529 Vgl. → § 5 Rn. 63 ff., aber auch → § 5 Rn. 73 ff. dazu, wie voraussetzungsvoll und damit kontingent dieser Schutz ist.

tuell kostenintensiv sein⁵³⁰), keine nennenswerten Hindernisse gegen eine solche Verpflichtung darstellen können und dürfen.⁵³¹

- 279 Für uns wichtiger heißt das aber *zweitens*, dass eine rechtserkenntnis- und entsprechend aktionsfähige Maschine in Hilfeleistungskonstellationen grundsätzlich zur Leistung möglicher Hilfe verpflichtet werden darf.⁵³² Vorbild wäre etwa § 323c StGB. Dessen Weite kombiniert mit der – hier angenommenen – wahrscheinlichen ubiquitären Infrastrukturalisierung rechtserkenntnis- und aktionsfähiger Technologien⁵³³ stünde freilich in eindeutigem Konflikt schon mit den aus kommunikativen, aber erst recht aus informativen Gründen zu erlaubenden Formen von Devianz. § 323c StGB darf daher in seiner Grundkonzeption *nicht* auf die hier in Rede stehenden Technologien übertragen werden.
- 280 Die damit notwendige Rejustierung kann auf zwei Weisen erfolgen: Durch eine Negativliste, die § 323c StGB in seiner auf Maschinen anwendbaren Fassung punktuell einschränken müsste, oder durch eine Positivliste solcher Handlungen bzw. Normen, hinsichtlich derer die den Menschen treffende Hilfeleistungspflicht, wie sie in § 323c StGB in großer Weite normiert ist, auch und abschließend für Maschinen gilt.⁵³⁴ Im zweiten Fall, also der Positivliste, hätten wir es mit einer Katalog-Konstruktion zu tun, die eher § 138 StGB und den dort abschließend normierten Pflichten zur Anzeige geplanter Straftaten entspricht. In unserem Fall würde es um nach den verfügbaren *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. differenzierte Formen von Reaktionspflichten und nicht zwangsläufig ‚nur‘ um Anzeigepflichten gehen. Wohlgemerkt und nochmals zur Erinnerung: Es geht hier ausschließlich um die primären Verhaltenspflichten, die diese Normen an jedermann richten, nicht um deren sanktionenrechtlichen Gehalt.⁵³⁵
- 281 Die Forderung, die (weitgehende) Verdrängung von Devianz zu einer *bewussten* gesetzgeberischen Entscheidung zu machen (sozusagen das Nicht-So-Hören-⁵³⁶ bzw. das Nicht-Mehr-Wissen/Lernen-Wollen⁵³⁷), spricht klar für eine Positivliste solcher Handlungen, die so konsequent wie möglich verhindert (= *Impossibility Structures*) oder zumindest einer nachlaufenden Reparation (= *Justification Structures*) zugänglich gemacht werden sollen und dürfen; wie gesagt: von vornherein befristet, d. h.

530 Dazu knapp oben, → § 2 Rn. 245.

531 Dazu ausf. oben, → § 2 Rn. 443 ff., 454 ff.

532 s. oben, → § 2 Rn. 428 ff., auch zur Diskussion möglicher Gegeneinwände.

533 Hierzu oben, ab → S. 238.

534 Zum Vorschlag des Einsatzes von Negativ- und/oder Positivlisten zum Umgang mit *Predictive Policing* (was dort weitgehend der *Intelligent Surveillance* entspricht) schon Rademacher, AöR 142 (2017), 366 (405 f., 408 f.). Dazu, warum ich hier nicht (mehr) von *Predictive Policing* spreche, → § 2 Rn. 10 ff.

535 Zu dieser hier ganz zentralen Unterscheidung ausf. in → § 2 Fn. 8.

536 i. e. der Devianzgrund ‚Kommunikation‘, → S. 481 ff.

537 i. e. der Devianzgrund ‚Lernen‘, → S. 494 ff.

mit Evaluations- und *Sunset*-Klauseln versehen.⁵³⁸ Adressaten einer solchen Pflicht wären zuvorderst die Hersteller der entsprechenden Technologien, erst in einem noch in ferner Zukunft liegenden Szenario auch die Maschinen bzw. die ihnen mitgegebenen Rechtserkenntnistechnologien selbst.

Dieser Vorschlag, mit einer eher § 138 StGB gleichenden Positivliste zu arbeiten, 282 sollte freilich nicht als besonders permissiv gegenüber Devianz verstanden werden: Wie oben, → S. 252 ff., ausgeführt, gehe ich davon aus, dass sowohl der rechtspolitische wie auch der verfassungsrechtliche, nämlich durch die grundrechtlichen Schutzpflichten ausgeübte, Druck auf den Gesetzgeber, in passenden, d. h. dem Hilfeleistungsnarrativ zuzuordnenden Fällen von *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. Gebrauch zu machen, erheblich sein dürfte bzw. erheblich sein wird. Er muss ihm dann allerdings – das ist die Schlussfolgerung aus dem demokratischen Eigenwert von Rechtsbrüchen – *im Bewusstsein* des Verzichts auf Chancen zum Lernen aus Devianz nachkommen.

IV. Ein letztes Zwischenfazit

Festhalten können wir hier, die Aussagen aus Abschnitt → III. summierend: Die 283 Gründe für eine Ermöglichung von deviantem Handeln, die *nicht* überzeugen, sind: (der Versuch der) Konstitutionalisierung der Normtheorie,⁵³⁹ Rechtsbruch als grundrechtlicher Freiheitsgebrauch,⁵⁴⁰ und Rechtsbruch als (rechtsökonomisch motiviertes) Tauschgeschäft.⁵⁴¹

Einen effektiven Schutz von Verhaltensdevianz bietet hingegen noch und auf abseh- 284 bare Zeit der freiheitlich-systemisch begründete Rechtsgrundsatz, dass dem Bürger grundsätzlich Vertrauen in seine Rechtschaffenheit gebührt.⁵⁴² Damit gelingt es, ein weitgehendes Verbot präventiv-anlassloser Überwachung des Einzelnen zu etablieren (Stichwort Überwachungsnarrativ⁵⁴³). Dieses wiederum schützt als *Reflex* auch die weitgehende Möglichkeit, sich rechtswidrig zu verhalten. Es gelingt hierbei aber nicht, Devianz *als solcher* einen Eigenwert zuzuweisen. Der vertrauensbasierte Kontingenzschutz könnte sich deshalb auf Dauer als instabil erweisen, weil das Überwachungsnarrativ in ein – sein Gewicht sukzessive minderndes – „Abwägungs-

538 Vgl. soeben, → § 5 Rn. 268.

539 s. ab → S. 435.

540 s. ab → S. 441.

541 s. ab → S. 455.

542 s. ab → S. 422.

543 Hierzu konzeptionell oben, → S. 247 ff.

dreieck‘ mit den hier sogenannten Hilfeleistungs- und Ertüchtigungsnarrativen geraten wird.⁵⁴⁴

- 285 Einen Eigenwert dafür, dass deviantes Verhalten tatsächlich *geschieht*, und *deshalb ermöglicht* wird, haben wir aber mit den spezifisch demokratischen Funktionen der Kommunikation⁵⁴⁵ und der gesellschaftlichen Wissensgenerierung⁵⁴⁶ herausarbeiten können. Es handelt sich hier um demokratisch-gemeinwohlorientierte Formen der Zulassung von Devianz, und nicht direkt, sondern lediglich reflexhaft um individuellen Schutz oder ein individuelles Recht⁵⁴⁷ derjenigen, die rechtswidrig agieren (wollen). Bei der kommunikativen und der informativen Funktion von Devianz geht es dem Grunde nach um ein letztlich demokratisch motiviertes Gemeinwohl-anliegen, um einen auch *rechtlich notwendigen* Akt politischer Klugheit eines unabgeschlossenen, d. h. fortdauernd weiter lernenden wollenden Gemeinwesens, das weiß, dass ‚anders als derzeit gesollt‘ eventuell ‚besser‘ sein könnte, und es (das Gemeinwesen) das (also die bessere Alternative zum gegenwärtig Gesollten) kennenlernen muss.⁵⁴⁸
- 286 Wenngleich die Fundierung der beiden überzeugenden Gründe für den Schutz von Verhaltenskontingenz (also Kommunikation und Lernen) gleichermaßen im Demokratieprinzip liegt, unterscheiden sie sich aber doch erheblich in ihren notwendigen Konturen:
- 287 Demokratische Kommunikation durch Rechtsbruch – oder vulgo: die Ermöglichung zivilen Ungehorsams⁵⁴⁹ – fordert *technisch* einen grundsätzlichen Verzicht auf *Impossibility Structures*. Mit *Justification Structures* hat dieser Devianzgrund hingegen kein Problem, im Gegenteil: Die den zivilen Ungehorsam definierende kommunikative Komponente würde durch den Einsatz von *Justification Structures* sogar gestärkt.⁵⁵⁰ In *gegenständlicher Hinsicht* ist die legitimierende Wirkung des Grundes ‚Kommunikation‘ eng begrenzt. Ziviler Ungehorsam kann insbesondere keine Handlungen ‚rechtfertigen‘⁵⁵¹, die sich als Gewalt erweisen.⁵⁵²
- 288 Der Grund ‚demokratisches Lernen‘ greift in beiden Dimensionen viel weiter aus: Eine *gegenständliche* Begrenzung kann es hier *im Ausgangspunkt* nicht geben. Denn die Einsicht in die Begrenztheit des gegenwärtigen Wissens und Für-Richtig-Haltens

544 s. oben, → S. 391 ff.

545 s. ab → S. 481.

546 s. ab → S. 494.

547 ‚Recht‘ mit oder ohne Anführungszeichen, vgl. hierzu oben, → § 5 Rn. 206.

548 Hierzu oben, → § 5 Rn. 215 ff. bzw. → § 5 Rn. 224 ff.

549 Zum Begriff oben, → § 5 Rn. 194 ff.

550 s. oben, → § 5 Rn. 211.

551 Zur i. d. R. und auch hier *verneinten* Frage, ob legitimer ziviler Ungehorsam zu einer Rechtfertigung (= Legalisierung) im rechtstechnischen Sinn führt, oben, → § 5 Rn. 208 ff.

552 Vgl. oben, → § 5 Rn. 198 ff., 212 ff.

einer demokratischen Gesellschaft ist universell. Schließlich haben sich in der Geschichte schon durchweg alle Rechtsgüter, auch die hochrangigsten (Leben, Freiheit, sexuelle Selbstbestimmung und Selbstbestimmung der Fortpflanzung), als in ihrem Schutz relativ bzw. kontingent erwiesen. Aus unserer heutigen (!) Perspektive wird man sagen können: zum Glück! Der Gesetzgeber hat sich daher im Bewusstsein der informativen Funktion von Devianz und maßstabsgeleitet eine Meinung dahingehend zu bilden, welche Rechtsbrüche er (noch oder wieder) zulassen will und welche nicht (mehr).

Ein Vorschlag für solch eine maßstabsgeleitete Ausgestaltung findet sich vorstehend 289 in Abschnitt → 8. Eine zentrale rechtsdogmatische Forderung hieraus ist es, für die maschinelle Rechtserkenntnis und vor allem Aktion nicht mit Generalklauseln nach dem Vorbild von § 323a Abs. 1 StGB zu arbeiten, sondern mit einem Katalog, der *seiner Struktur nach* eher den Pflichten des § 138 StGB nachempfunden wäre. Auch *technisch* ist ein anderes Bild zu zeichnen: Nicht nur *Impossibility Structures* sind hier im Erstzugriff schädlich, sondern vielleicht sogar erst recht *Justification Structures*, wie das Beispiel der Homosexualität gezeigt hat.⁵⁵³ Hier ist tatsächlich ein Recht auf *unerkannten* Rechtsbruch zu erwägen.

553 Hierzu schon ausf. soeben, → § 5 Rn. 245 ff.

„Klar ist: Ein Algorithmus schließt Normativität aus. [...] Aus diesem Grund dürfte der Einbau von Zufallsmechanismen ein wichtiges Instrument sein, um Kontingenz und mit dieser die Voraussetzungen von normativen Praktiken zu sichern.“

Christoph Möllers¹

§ 6 Realisierungsstrukturen der Nicht-Realisierung: Kontingenz durch Zufall?

- 1 Die in → § 5 diskutierten Gründe für die Ermöglichung von Devianz und vor allem die dort skizzierte Lösung für das dadurch aufgemachte Spannungsverhältnis folgen einem rationalen Ansatz. Rational in dem Sinn, dass davon ausgegangen wird, dass den durch die Optimierungsversprechen neuer Technologien aufgeworfenen Herausforderungen durch eine bewusste, zweckoptimierte und entsprechend maßstabsgeleitete Gestaltung des Technologieeinsatzes begegnet werden kann. In diesem letzten § 6 soll einer alternativen oder eventuell ergänzenden Idee nachgegangen werden, wie die Leistungen normativer Ordnungen unter den Funktionsbedingungen einer KI-optimierten Rechtsrealisierung erhalten werden könnten: nämlich, indem man in die neuen, optimierenden Realisierungsstrukturen bewusste „Zufallsmechanismen [als] technologieintern[e] Mittel der Varianzermöglichung“² einbaut, „in denen die Wahrnehmung von Devianz und die Reaktion auf diese verzögert oder ganz ausgefiltert ist.“³
- 2 Das Zitat, das aus Möllers Buch zur *Möglichkeit der Normen* stammt, zeigt, dass die Idee, den Zufall in die Realisierungsstrukturen von Recht einzubauen, vereinzelt schon aufgetaucht ist. Auf den zweiten Blick erscheint sie auch deshalb keineswegs abwegig, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die überkommenen, also allein menschlichen Arrangements der Rechtsdurchsetzung mit *Lübbe-Wolff* als strukturell zufällig qualifiziert werden können.⁴ Schließlich regt auch die begriffliche Nähe von

1 Möllers, *Die Möglichkeit der Normen*, 2018, S. 455.

2 Ibid.

3 Ibid., S. 456; ähnl. nochmals a. a. O., S. 478.

4 Lübbe-Wolff, *Das Dilemma des Rechts*, 2017, S. 42; hierzu schon → Rn. 9 (Einleitung).

Kontingenz und Zufall⁵ dazu an, die Eignung des Zufalls als Instrument zum Erhalt von Verhaltenskontingenz im Recht einmal genauer zu beleuchten.

Ich werde dafür wie folgt vorgehen: Zunächst folgen unter → I. Ausführungen dazu, 3 welche Funktion dem Zufall *als Steuerungsmechanismus* im Recht *bisher* eingeräumt wird. Sodann möchte ich unter → II. aufzeigen, inwiefern der Zufall bereits jetzt – nämlich in der Anwendung der Anlassdogmatik des Bundesverfassungsgerichts⁶ – eine zentrale Rolle beim verfassungsrechtlichen Umgang mit neuen, rechtserkenntnis- und rechtsrealisierungsfähigen Technologien spielt. Schließlich folgen unter → III. die Überlegungen zur Rolle des Zufalls unter den Funktionsbedingungen der absehbaren, KI-optimierten Rechtsordnung.

Um das Ergebnis vorweg zu nehmen: Der Zufall darf und sollte m. E. zum Erhalt von Kontingenz *im* Recht nur eine geringe Rolle spielen (→ III.1.); für den Erhalt von Kontingenz *durch* Recht allerdings könnte durchaus das Gegenteil gelten (→ III.2. und → III.3.). 4

Da es nun nicht mehr um die *Beschreibung* der Rechtsordnung als strukturell kontingent⁷ und um die Ermittlung des Wertes dieser Kontingenz geht,⁸ sondern um den Einsatz des Zufalls dezidiert als Steuerungsmechanismus (oder, im Folgenden gleichbedeutend genutzt: als Steuerungsressource), sind hier vorab nochmals einige knappe definitorische Bemerkungen zum Begriff des Zufalls angezeigt: 5

Der *subjektive* oder *epistemische* Zufall hängt von der Wahrnehmung einer Person 6 ab.⁹ Demnach gibt es zwar Ursachen bzw. es mag Ursachen geben, die kausal zu einem konkreten Ereignis bzw. zu einer konkreten Koinzidenz führen (*Zufall* als Ereignis verstanden). Diese sind dem Beobachter oder der Betroffenen aber nicht (vollständig) bekannt, so dass er oder sie das Ereignis als „zufällig“, auch „überraschend“¹⁰ in dem Sinn *wahrnimmt*, dass es „sich weder als regelmäßige Folge von Gesetzmäßigkeiten noch als Ergebnis rationaler Planung erklären lassen“.¹¹ Unter diesen subjektiven Zufallsbegriff fallen nicht nur das Los oder der Münzwurf,

5 Hierzu schon oben, → Rn. 10 ff. (Einleitung).

6 Zu Begriff und Konzept schon § 2 Rn. 82; zur meist bejahten Frage nach der Übertragbarkeit auf *Impossibility* und *Justification Structures* → § 2 Rn. 239 ff., Rn. 360 ff.

7 Dazu schon näher in der Einleitung, → S. 27 ff.

8 Das war das Erkenntnisinteresse von → § 5, s. ab → S. 403, bes. 419 ff.

9 Jung, in: Pflaumbaum et al. (Hg.), *Ästhetik des Zufalls*, 2015, S. 29 (33); Wetz, in: Graevenitz/Marquard (Hg.), *Kontingenz*, 1998, S. 27 (30 ff.). Vgl. auch Rümelin, *Der Zufall im Recht*, 1970 (Nachdruck der Antrittsrede von 1896), S. 5 ff.: „Kern- und Stammbegriff [...], nach dem der Zufall das nicht Vorhergesehene und das erfahrungsgemäss nicht Vorhersehbare bedeutet.“ Ausf. zum Begriff Vogt, *Kontingenz und Zufall*, 2011, S. 67 ff.

10 Auf das Überraschungsmoment verweist schon *Aristoteles*, auf dessen differenzierte Terminologie auch moderne Zufallskonzeptionen nach wie vor als „unübertroffen“ Bezug nehmen, vgl. hierfür Vogt, *Kontingenz und Zufall*, 2011, S. 60, 110, vgl. auch S. 117 f.

11 Jung, in: Pflaumbaum et al. (Hg.), *Ästhetik des Zufalls*, 2015, S. 29 (30) m. v. N.

sondern fällt richtigerweise auch die Entscheidung nach zeitlicher Priorität.¹² Auch aktuelle digitale Zufallsgeneratoren liefern in der Regel nur ‚pseudo-zufällige‘ Ergebnisse, die, sobald der sogenannte *Seed*-Wert bekannt ist, vorhersehbar sind.¹³ Um solche Zufallsmechanismen und ihren Einsatz soll es im Folgenden vor allem gehen. Demgegenüber liegt *objektiver* oder *ontischer* Zufall vor, wenn es tatsächlich *gar keine* Ursache im Sinn einer Gesetzmäßigkeit *gibt*, die zu einem Ereignis führt. Der objektive Zufall liegt mit anderen Worten in der Welt, nicht – wie der subjektive – „nur“ in der Erkenntnis. Ob es objektive Zufälle gibt, war lange umstritten. Aktuell geht man davon aus, dass Quanten- und Atomphysik und auch biologische Prozesse objektiv zufällige Ereignisse liefern (können).¹⁴

I. Der Zufall als Steuerungsmechanismus im Recht – bisher

- 7 Sucht man in den einschlägigen juristischen Datenbanken und Katalogen in verschiedenen denkbaren Kombinationen nach ‚Zufall und Recht‘, dann beziehen sich die ersten und sehr viele weitere Suchergebnisse auf die zivil- oder strafrechtliche Haftung für zufällige im Sinn von unvorhersehbare, unbeherrschbare oder mindestens aus Sicht einer Partei ungewollte Ereignisse (z. B. Naturkatastrophen, aus Versehen Verletzte etc.).¹⁵ Dieses weite Feld können wir hier außen vorlassen. Es geht dort um Regelungen, die Kompensation leisten sollen für den Zufall als unvermeidbares, aber doch eigentlich zu vermeidendes Übel.
- 8 Hier geht es stattdessen um rechtliche Arrangements, in denen der Zufall als Entscheidungs- und Steuerungsmechanismus bewusst und gewollt eingesetzt wird. Sucht man gezielt nach rechtswissenschaftlichen Abhandlungen hierüber, so findet sich zunächst wenig.¹⁶ Das dürfte kein Zufall sein: Man wird annehmen dürfen, dass niemand – würde er oder sie gefragt – auf die Frage, ob man vom Zufall

12 Vgl. *Vofßkuhle*, Die Verwaltung 31 (1999), S. 21 (32 f.).

13 s. etwa *Amigo/Dong/Marks*, 15th International Conference on Signal Processing and Communication Systems (ICSPCS), Dec. 2021 (Onlinequelle).

14 Vgl. etwa *Jung*, in: Pflaumbaum et al. (Hg.), *Ästhetik des Zufalls*, 2015, S. 29 (34 ff.), mit Bsp. für (evtl.) objektiven Zufall in der Quantenphysik und der Evolutionsbiologie, jeweils m. w. N.

15 Grdl. immer noch *Rümelin*, *Der Zufall im Recht*, 1970 (Nachdruck der Antrittsrede von 1896); jüngeren Datums aus dem Zivilrecht bspw. *Seitz*, *Die Zufallshaftung im Bürgerlichen Recht*, 2020, passim; *Petersen*, *JURA* 2018, 132; aus dem öff. Recht *Haack*, *VerwArch* 96 (2005), 70 ff.; aus dem Strafrecht krit. *Koriath*, in: Müller-Dietz et al. (Hg.), *FS Jung*, 2007, S. 397 ff., zum Zufallscharakter der Fahrlässigkeitsdelikte und der damit verbundenen Spannung zum Schuldprinzip; i. d. S. auch immer wieder zitiert *Radbruch*, in: Birkmeyer et al. (Hg.), *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*; Besonderer Teil, V. Bd., 1905, S. 187 (201), dort Anm. 2: Fahrlässigkeitsstrafbarkeit als „verschämte Zufallshaftung“.

16 Vgl. i. d. S. auch die Einschätzung von *Jarass*, *NVwZ* 2017, 273: „*Depenheuer* hat dazu [= Auswahlentscheidungen durch das Los] 1993 seine Antrittsvorlesung gehalten, die immer noch lesenswert ist, [...] weil zwischenzeitlich kaum zusätzliche Erkenntnisse gewonnen wurden.“ Auf *Depenheuers* Beitrag wird im Folgenden zentral zurückgegriffen werden, außerdem auf zwei neuere Beiträge von *Thomas Spitzlei*.

regiert werden wolle, mit ja antworten würde. Die Rationalitätsansprüche an das Recht und an demokratische Herrschaft mit und durch Recht haben in den letzten Jahrzehnten gerade auch von Rechts wegen massiv zugenommen, nämlich unter Geltung des Grundgesetzes und vor allem des mittlerweile auch für Art. 3 Abs. 1 GG geltenden Verhältnismäßigkeitsgebots;¹⁷ eine Entwicklung, die im scharfen, den Gesetzgeber stark einengenden, freilich gerade deshalb bis heute umstrittenen Gebot der Folgerichtigkeit politisch-gesetzgeberischen Handelns ihren vorläufigen Höhepunkt gefunden hat.¹⁸

1. Verbreitet: grundsätzliche Ablehnung

Vor diesem zunächst nur knapp skizzierten verfassungsrechtlich-historischen Hintergrund überrascht es nicht, dass das Wenige, das sich im ersten Zugriff finden lässt, fast ausschließlich ablehnende Voten zur Nutzung des Zufalls als Steuerungsressource bereithält: Von *Günter Dürig*¹⁹ über *Otto Depenheuer*²⁰ und *Andreas Voßkuhle*²¹ bis *Hans Jarass*²² eint das rechtswissenschaftliche Schrifttum mit Nuancen im Detail die Grundhaltung, dass der Zufall als Steuerungsressource jenseits einiger weniger Residuen wie Wahlrecht²³ und Richterzuweisung,²⁴ also überall dort, wo es „inhaltliche Auswahlkriterien“ für eine rational geleitete Entscheidung jenseits des Loses gibt,²⁵ einer „Bankrotterklärung des Rechts“²⁶ gleichkomme.²⁷ *Prima facie*

17 Ausf. dazu, dass der Zufall als Steuerungs- und Entscheidungsmechanismus verfassungsdogmatisch vorrangig an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen ist, *Spitzlei*, *VerwArch* 111 (2020), 439 (456 ff.) m. w. N.

18 s. dazu sogleich nochmals, → § 6 Rn. 22.

19 Vgl. *G. Dürig/R. Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Grundwerk, 1958, Art. 3 Abs. 1 Rn. 231.

20 *Depenheuer*, *JZ* 1993, 171 ff.

21 *Voßkuhle*, *Die Verwaltung* 31 (1999), S. 21 ff.

22 *H. Jarass*, *Losverfahren und Grundrechte*, *NVwZ* 2017, S. 273 ff.

23 Anerkannt ist der Losentscheid in Pattsituationen, vgl. § 92 Abs. 2 S. 2 *VwVfG*. Für Anhänger der sog. aleatorischen Demokratietheorie scheint die Ersetzung der Wahl *insgesamt* durch Losentscheidungen attraktiv zu sein, vgl. *Towfigh*, *Das Parteien-Paradox*, 2015, S. 214 m. w. N. Der zur Stützung dieser Konzeption angebotene Rückgriff auf die attische Demokratie überzeugt wegen der ganz unterschiedlichen Realbedingungen einer griechischen Stadtstaatlichkeit mit eng beschränkten Bürgerrechten einerseits und einer postindustriellen Massendemokratie mit egalitärer Grundstruktur wie Deutschland andererseits aber nicht so recht; s. auch *Buchstein*, *ZParl* 44 (2013), 384 (386 und ff.), dort mit dem Vorschlag der Einführung von „mit politischer Entscheidungskompetenz ausgestattete[n] ausgeloste[n] Bürgergremien“ (dort sog. „Loskammern“) – eine Forderung, die im Jahr 2023 i. R. der Klimaproteste auch politisch aufkam.

24 Hierzu *Depenheuer*, *JZ* 1993, 171 (179); *Sendler*, *DRiZ* 1991, 158 (164).

25 *Voßkuhle*, *Die Verwaltung* 31 (1999), S. 21 (40 f.).

26 So prononciert *Dürig*, in: *Maunz/Dürig* (Hg.), GG, Grundwerk, 1958, Art. 3 Abs. 1 Rn. 231, konkret zum Losentscheid bei der Vergabe von Studienplätzen; zur Optimierung speziell des Bildungssektors durch KI enthusiastisch *J. D. Couch*, *Rewiring Education*, 2018.

27 Zuletzt bestätigt von *Spitzlei*, *VerwArch* 111 (2020), 439, passim, für das Fazit bes. S. 472. Früh etwa *Rümelin*, *Der Zufall im Recht*, 1970 (Nachdruck der Antrittsrede von 1896). Aus jüngerer Zeit s. *Auer*, *ARSP* 88 (2002), 1 (17); *Malaviya*, *Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren*, 2009, S. 142 ff.; knapp *Gärditz*, *Staat und Strafrechtspflege*, 2015, S. 24; differenzierend *Lübbe-Wolff*, *Das Dilemma des Rechts*, 2017, S. 38 ff. Eher humoristisch *Sendler*, *DRiZ* 1991, 158 ff. Im Zusammenhang mit Dilemma-Entscheidungen beim autonomen Fahren *Feldle*, *Notstandsalgorithmen*, 2018, S. 199 ff. Vgl. hingegen aus

muss der Zufall, soweit er die Realisierung demokratischer normativer Programme vereitelt, sogar als undemokratisch erscheinen. Den Zufall, so kann man annehmen, gilt es also nicht zu erhalten, bewusst zu nutzen, gar zu optimieren, sondern es gilt, ihn zu besiegen.²⁸ KI-optimierte Rechtsdurchsetzung als Rationalitäts- und damit als allgemeines Verfassungsgebot?

- 10 Auf den zweiten Blick wird das Bild freilich differenzierter. Dafür – also für den gründlicheren zweiten Blick – kann nach wie vor auf eine ältere Studie zum „Zufall als Rechtsprinzip“ von *Otto Depenheuer* zurückgegriffen werden.²⁹ Er schlägt vor, drei Fallgruppen zu unterscheiden, in denen der Zufall legitimes und auch verfassungsrechtlich legales Entscheidungskriterium sein könne – dazu sogleich. Hervorzuheben ist vorab, dass auch *Depenheuer* im Grundsatz davon ausgeht, dass der Zufall als Steuerungsressource in einer rationalen Rechtsordnung wie der unseren grundsätzlich keinen Platz habe. Stattdessen fordere die Vernunft, dass sich Recht als „notwendig“³⁰ zur Erreichung eines Ziels zu erweisen habe. Das ist eine These, die sich unschwer im grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wiederfindet.³¹ Sie ist damit an zentraler Stelle unserer Rechtsordnung umgesetzt.
- 11 Nur ausnahmsweise, so *Depenheuer* weiter, dürfe demgegenüber der Zufall Entscheidungs- und Auswahlmechanismus sein; und zwar dann, wenn der Staat (insbesondere der Gesetzgeber, aber auch die Verwaltung) sich in „prekären Lagen“³² befinde, d. h. derartige Gegebenheiten vorliegen,

„daß jede inhaltliche Entscheidungsoption aus tatsächlichen Gründen gleichwertig ist, der vernunftgeleitete Entscheidungsprozeß also keine Maßstäbe vorfindet, an die er anknüpfen und an denen er sich orientieren kann. Entscheidungssituationen und Handlungszwänge, in denen entschieden werden muß, bevor noch die Gründe bekannt sind oder auch nur bekannt sein können, die die Entscheidung im materiellen Sinne als ‚richtige‘ bzw. vernünftige ausweisen.“³³

Daraus ergeben sich die folgenden drei Fallgruppen zulässigen Rekurses auf den Zufall als Entscheidungs- und Auswahlmechanismus:

der ethisch-philosophischen Diskussion positiv wendend *Reviglio*, *Ethics and Information Technology* 21 (2019), 151 ff.; knapp auch *Möllers*, *Die Möglichkeit der Normen*, 2018, S. 478.

28 Vgl. statt vieler *Lübbe-Wolff*, *Das Dilemma des Rechts*, 2017, S. 40. Die Beobachtung darf nicht missverstanden werden als eine Positionierung in der Frage, ob auch eine „[r]ationale Rechtspolitik [als] im Grunde notwendiges wissenschaftliches Programm“ zu gelten hat (*C. Engel*, *JZ* 2005, 581 [583], Hervorhebung hier); dazu aber sogleich, → § 6 Rn. 22.

29 *Depenheuer*, *JZ* 1993, 171 ff.

30 *Ibid.*, S. 175.

31 Für eine Analyse, die vorrangig mit verfassungsrechtlichen/-dogmatischen Kategorien – anstelle der von *Depenheuer* vorrangig genutzten rechtsphilosophischen – arbeitet, s. *Spitzlei*, *VerwArch* III (2020), 439 (456 ff.).

32 *Depenheuer*, *JZ* 1993, 171 (176), unter Verweis auf *Lübbe*, in: Barion et al. (Hg.), *Epirrhosis*, 1968, S. 567 (576 [richtig: 577]).

33 *Depenheuer*, *JZ* 1993, 171 (176). Grds. folgend *Spitzlei*, *VerwArch* III (2020), 439 ff.; *Wollenschläger*, *Verleungsverfahren*, 2012, S. 563.

2. Ausnahme-Fallgruppe I: Entscheidung unter praktischer (v. a. zeitbedingter) Gleichwertigkeit der Alternativen

Die Fallgruppe ist unmittelbar plausibel: Selbst wenn bekannt ist, dass es aller Wahrscheinlichkeit nach Unterschiede zwischen – beispielsweise – zwei Bewerberinnen für denselben Studienplatz gibt, die nach Maßgabe des anzulegenden Gerechtigkeitsmaßstabs durchaus relevant sein könnten, die sich aber mangels Ressourcen oder mangels Zeit nicht bis zum Beginn des Semesters ermitteln lassen, erscheint „der Losentscheid als vernünftig [...], soweit er zusätzlich [gemeint sein dürfte: vorrangig] von einer materialen Gleichheit der Kandidaten [soweit sie eben feststellbar ist] unterfangen wird.“³⁴ Es handelt sich im Kern um eine Legitimität und Legalität des Zufalls aufgrund „der damit verbundene[n] Entlastung der Verwaltung.“³⁵ Wichtig erscheint insoweit nochmalig der Hinweis, dass auch das Prioritätsprinzip eine Form des Zufallsentscheids ist.³⁶ 12

3. Ausnahme-Fallgruppe II: Entscheidung unter theoretischer Gleichwertigkeit der Alternativen

Diese Variante dürfte deutlich seltener vorkommen. *Depenheuers* Beispiele hierfür überzeugen m. E. auch nur teilweise: 13

„So ist die verkehrspolitische Grundsatzentscheidung für den Links- oder den Rechtsverkehr zwar nicht vernünftig, jedenfalls aber notwendig. [...] *Mutatis mutandis* dürfte dies auch für die besonders heiklen Selektionsentscheidungen ‚auf Leben und Tod‘ gelten: wenn beispielsweise bei knappen Behandlungsmöglichkeiten unter mehreren Patienten [...] ausgewählt werden muß, bietet der Zufall das gerechteste Entscheidungskriterium.“³⁷

Gerade Letzteres ist freilich eine je nach Notsituation differenziert zu beantwortende, häufig heftig umstrittene Frage,³⁸ zumal ich hier eine *theoretische* Gleichwertigkeit der Handlungsalternativen nicht erkennen kann. Vielmehr dürfte hier, soweit man – mit guten Gründen – gegen ein Abstellen auf ja durchaus vorhandene materielle Unterschiede zwischen Patienten argumentiert (namentlich Alter, Vorerkrankungen, Lebenserwartungen, Kinder- oder Altenbetreuungsaufgaben, Vorstrafen, 14

³⁴ *Depenheuer*, JZ 1993, 171 (177).

³⁵ *Spitzlei*, VerwArch III (2020), 439 (471).

³⁶ Aber str., wie hier *Vofskuhle*, Die Verwaltung 31 (1999), 41 (32); *Depenheuer*, JZ 1993, 171 (176): „Priorität ist nicht etwa ein sachgerechtes Auswahlprinzip, sondern nur eine Modalität des Zufalls, ein – wie Hobbes treffend formuliert – „natürliches Los.“

³⁷ *Ibid.*, S. 176.

³⁸ s. bspw. – illustriert an der anfänglich unter Knappheitsbedingungen stehenden Verteilung von Corona-Impfstoffen – *Spitzlei*, in: Papathanasiou (Hg.), Zufall, 2022, S. 126 (138 ff.); aufgeschlossen gegenüber dem Zufall (in Form des Prioritätsprinzips) *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 ff.; hingegen krit. zum Zufall, mit Blick auf BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021, Az. 1 BvR 1541/20 = BVerfGE 160, 79 – Triage, *Tabbara*, NZS 2022, 241 (245).

Intelligenz – man könnte beliebig fortfahren), vielmehr schon die dritte der von *Depenheuer* bezeichneten Fallgruppe einschlägig sein:

4. Ausnahme-Fallgruppe III: Entscheidung unter rechtlich bedingter Gleichwertigkeit der Alternativen (hier sog. ‚verbotenes Wissen‘)

- 15 In den beiden soeben genannten Fallgruppen ist der Zufall legitimes Entscheidungs- und Steuerungskriterium, weil besseres Wissen noch/gegenwärtig fehlt und aus *praktischen* Gründen gegenwärtig auch nicht beschafft werden kann; oder weil relevantes besseres Wissen – soweit man gegenwärtig weiß – schlicht *gar nicht existiert*. Die dritte Fallgruppe zeichnet sich hingegen dadurch aus, dass durchaus sachlich relevante Differenzierungskriterien bekannt sind bzw. bekannt ist, dass sie existieren und ermittelt werden könnten, aber „das Recht prekäre Entscheidungssituationen [...] künstlich, d. h. durch Recht [schafft], indem es durch Differenzierungsverbote rechtlich Gleichheit dort herstellt, wo tatsächlich Ungleichheit herrscht“ (auch so genanntes bekanntes Nicht-Wissen bzw. Nicht-Wissen-Wollen).³⁹
- 16 Wenn etwa § 18 Gendiagnostikgesetz es Krankenversicherungen untersagt, gentechnische Untersuchungsergebnisse beim Abschluss von Versicherungsverträgen zur Kenntnis zu nehmen, liegt ein Fall bewusster, aus normativen Gründen hergestellter Gleichheitsfiktion der Versicherten vor. *Insoweit* herrscht dann aus Sicht des eigentlich wirtschaftlich-rational kalkulierenden Versicherers, der kein Interesse daran hat, allzu viele allzu kranke Menschen zu versichern, bei der (zwingenden) Entscheidung über ja oder nein des Vertragsschlusses das Prinzip Zufall.
- 17 *Depenheuers* zentrales Beispiel für rechtlich hergestellte Entscheidungsgleichheit ist das allgemeine passive Wahlrecht für alle Staatsbürger, das keinerlei Differenzierungskriterien kennt, also auch eine Auswahl der „politischen Führung“ nach dem Losprinzip erlaube.⁴⁰ Ähnlich verhalte es sich mit Art. 33 Abs. 2 GG, der *allen anderen* als den dort genannten Auswahlkriterien für Beamtenstellen eine Absage erteilt, also insoweit Raum für (echte/objektive) Zufallsentscheidungen öffne.⁴¹ Auch Differenzierungsverbote im Gerichtswesen erfasst *Depenheuer* an dieser Stelle, weil dieses aus Sicht der Rechtssuchenden möglichst „unberechenbar“ (im Sinn von unabhängig von den persönlichen Einstellungen spezifischer Richter) Zuständigkeiten zuweisen solle.⁴²
- 18 So spezifisch und vereinzelt diese Beispiele *prima facie* erscheinen mögen, so bedeutsam und gegebenenfalls groß ist diese Fallgruppe heutzutage geworden. Denn

³⁹ *Depenheuer*, JZ 1993, 171 (177).

⁴⁰ *Ibid.*, S. 177, 178, dort bes. Fn. 82; s. außerdem schon die Nachw. in → § 6 Fn. 23.

⁴¹ *Depenheuer*, JZ 1993, 171 (177).

⁴² *Ibid.*, S. 177. Ein Bsp. für den bewussten Einsatz des Loses ist § 15 Abs. 2 S. 3 BVerfGG.

man muss bedenken, dass *sämtliche* Wissensverbote bzw. Wissensverwendungsverbote *insofern*, d. h. hinsichtlich des ‚verbotenen Wissens‘, jeweils zu einer rechtlich bedingten Gleichheit führen (müssen);⁴³ und wenn man sich vor Augen hält, wie ausgreifend das moderne Datenschutzrecht eben das – also Wissens(erhebungs)- und Wissensverwendungsverbote – normiert, wird klar, dass rechtlich angeordnete Gleichheit und daraus bedingt ein *partielles* Entscheiden nach dem bzw. unter Inkaufnahme von Zufall ein viel häufigeres Phänomen sein könnte, als unsere Grundentscheidung für ein an möglichst rationalen, konkret benannten, sachlichen Gerechtigkeitsmaßstäben ausgerichtetes Gemeinwesen im ersten Zugriff vermuten ließe.

5. Fortschreitende Verengung der Ausnahmen im gegenwärtigen Recht

Allerdings gerät die nach dem soeben Gesagten *prima facie* erstaunlich *weit* erscheinende Legitimität und Legalität des Zufalls als Steuerungsmechanismus mittlerweile ziemlich unter Druck – von mehreren Seiten und in allen drei genannten Fallgruppen: 19

a. *Weniger praktisch bedingt gleichwertige Handlungsalternativen dank KI-gestützter Wissensgenerierung und -verarbeitung.* Offensichtlich ist der Druck, der von den Optimierungsmöglichkeiten künstlicher Intelligenz auf *Fallgruppe I*, also auf die Fälle *nur* praktischer Gleichwertigkeit der Alternativen ausgeht. Wenn es stimmt, dass KI-Technologien absehbar Massendaten schnell erfassen, auswerten und in menschenverständlicher, d. h. in einer als Entscheidungsgrundlage tauglichen, Form kommunizieren und – soweit erforderlich – auch erklären können, bleibt für den Zufall als Entscheidungskriterium *zwecks Verfahrensentlastung* kein Raum mehr. 20
Thomas Spitzlei hat diese Perspektive treffend beschrieben:

„Eine zügige und praktikable Auswahl nach materiellen Kriterien bei mehr als 1.000, die abstrakt-generellen Voraussetzungen erfüllenden, Bewerbern um ein knappes Gut stellt die Behörde gegenwärtig vor kaum überwindbare Schwierigkeiten. Der Computer könnte aber schon bald in der Lage sein, aus verschiedensten materiellen Kriterien und zahllosen Bewerbern in wenigen Sekunden zuverlässig die Geeignetsten, Attraktivsten, Klügsten etc. auszuwählen. Sobald mit dem Abstellen auf das Los eine Abweichung von einem bestimmten Gerechtigkeitsmaßstab verbunden ist, kann dies nur unter Verweis auf die damit verbundene Entlastung der Verwaltung gerechtfertigt werden. Der technologische Fortschritt scheint geeignet, diese Entlastungsfunktion und damit die Berechtigung von Losentscheidungen in absehbarer Zeit stark einzuschränken.“⁴⁴

43 Das ist eine Erkenntnis, die ich den Gesprächen mit Yoan Hermstrüwer verdanke.

44 Spitzlei, VerwArch III (2020), 439 (471).

- 21 *b. Materiale Gleichheitskonzepte zwingen zu immer detaillierterer und differenzierte-rer Wissensgenerierung (weniger rechtlich bedingte Gleichwertigkeit von Handlungsal-ternativen).* Weniger offensichtlich, aber eventuell auf mittlere Sicht sehr wirkmächtig, könnte die Abschwächung der *Fallgruppe III* sein, d. h. der rechtlich hergestell-ten bzw. rechtlich zulässigerweise herstellbaren Gleichheit. Das klingt zunächst nach einem Widerspruch, da doch gerade noch der Aufwuchs datenschutzrechtlich an-geordneter Wissens(verwendungs)verbote beschrieben wurde.⁴⁵ Es gibt aber einen starken gegenläufigen Trend: Gemeint ist zum einen die zunehmende Umstellung unserer Gerechtigkeitsideale von formellen auf materielle Gleichheitsverständnisse, die zu immer granulareren Differenzierungen drängen.⁴⁶ Im Antidiskriminierungs-recht beispielsweise führt das zu einer langsamen Verschiebung vom alten Konzept der *Fairness through Blindness* hin zur *Fairness by Awareness*⁴⁷ und daraus folgend einem *Paradigm of Knowledge Creation*.⁴⁸ Materielle Gleichheitsverständnisse sind wissens- bzw. datenintensiv, vereinfachende Fiktionen (z. B. formelle Gleichbehand-lung der Geschlechter) und Pauschalierungen (z. B. im Steuer- und Sozialversiche-rungsrecht) stehen unter Rechtfertigungsdruck.⁴⁹
- 22 Genau besehen fordert freilich auch schon das freiheitsrechtliche Verhältnismäßig-keitsgebot – mit seinem Abstellen auf Einzelfallgerechtigkeit in „Ansehung aller Umstände des Einzelfalls“ – ein Mehr an detailscharfer Realitätserkenntnis,⁵⁰ die durch KI immer weiter optimiert werden kann (siehe soeben, Fallgruppe I). Der starke und gesellschaftlich unter Umständen schwer erträgliche Konflikt, der an dieser Stelle zum genau gegenläufigen Impetus des Datenschutzrechts (interpretiert als Gebot grundsätzlichen Wissensverzichts) entstehen kann, hat spezifisch für den deutschen Rechtsraum die Datenerhebung während und über die Corona-Pandemie gezeigt, die nach Auffassung vieler unzureichend war.⁵¹

45 Soeben, → § 6 Rn. 18.

46 Hierzu allg. *Sacksofsky*, in: Herdegen et al. (Hg.), *VerfassungsR-HdB*, 2021, § 19 Rn. 13 ff. m. w. N.; s. auch ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020, Az. VerfGH 2/20 = NVwZ 2020, 1275 – Thüringer Paritätsgesetz, Sondervotum Licht und Petermann, Rn. 5 ff.

47 Jüngst bspw. *H. Hoffmann* et al., *Computer Law & Security Rev.* 44 (2022) ff.

48 Vgl. hierzu oben, → § 3 Rn. 105.

49 Vgl. aus der Praxis sozialwissenschaftlicher Lehre (!) eindrücklich die Erfahrungen von *Nassehi*, *Muster*, 2019, S. 53 f.

50 Das gilt jdf. für das öff. Recht, vgl. hierzu *Wischmeyer*, in: Ebers et al. (Hg.), *RechtsHdb. KI und Robotik*, 2020, § 20 Rn. 48. Es gilt aber zunehmend auch für das Zivilrecht, s. grundlegend *Tischbirek*, *Die Verhält-nismäßigkeitsprüfung*, 2020. V. a. der unionale Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in seiner Ausprägung als Kohärenzgebot zielt auf eine allg. Zweck-Mittel-Optimierung, die sogar losgelöst von der Verankerung in konkreten subjektiven (Grund-)Rechten funktionieren soll (s. *Danwitz*, *EWS* 2003, 393 [394]). Die An-nahme von *Goldhammer*, in: Münkler [Hg.], *Dimensionen des Wissens im Recht*, 2019, S. 217 ([224]), die demokratischen Staatsorgane seien „autonome Akteure“ frei von „szientistischen Optimierungsgeboten“, trifft daher jedenfalls im Anwendungsbereich des Unionsrechts nicht zu.

51 Plakativ *Expertenrat Corona der Landesregierung NRW*, 4. Stellungnahme v. 18.1.2021, S. 2: „Es ist erstaun-lich und nicht hinnehmbar, dass über die Ansteckungsorte sowie die Dynamik des epidemiologischen Geschehens seit dem Lockdown im Frühjahr 2020 immer noch zu wenig bekannt ist. Daher sollte zügig ein forschungsbasiertes und interdisziplinär ausgerichtetes Monitoring eingerichtet werden [...]. Zudem

c. *Explorative KI könnte manche ‚Theorien‘ über die Gleichwertigkeit von Handlungsalternativen in Frage stellen.* Offen ist zuletzt, inwieweit auch *Fallgruppe II* unter Druck geraten wird: Prägend für diese ist, dass entschieden werden muss, dabei aber alle Handlungsalternativen gleichwertig sind, weil schon *theoretisch* keine sachgemäßen Differenzierungskriterien bekannt sind⁵² – *nach gegenwärtigem Wissen*. Die explorativen Chancen von KI⁵³ könnten zu einer Vermehrung von Wissen führen, in Form von bislang übersehenen Korrelationen, die sich schon selbst als Handlungsgrundlage eignen oder sogar zu Kausalitäten verdichtet werden können. Um im Beispiel von *Depenheuer* zu bleiben: Theoretisch könnte es sich in Zukunft herausstellen, dass das Fahren auf der linken oder rechten Straßenseite doch nicht theoretisch gleichwertig ist, sondern dass beim Fahren auf der linken Seite *genau deshalb* weniger Unfälle geschehen. Diese Wirkung ist nicht auf naturgesetzliche Erkenntnisse beschränkt, sondern kann – wenn es stimmt, dass unsere Gesellschaft insgesamt latent musterhaft strukturiert ist, wie *Armin Nassehi* schreibt⁵⁴ – auch alle zwischenmenschlichen Interaktionsverhältnisse erfassen.

Es zeigt sich damit, dass die Frage nach der Legitimität und Legalität des Zufalls als Steuerungs- und Entscheidungsmechanismus im Wesentlichen als eine Wissensfrage zu konstruieren ist: Wo der (gewollte) Verzicht auf oder der (ungewollte) Mangel an Differenzierungswissen Raum für den Zufall öffnet, schließt sich dieser Raum in dem Moment, in dem normativ (mehr/besser) gewusst werden *soll und darf* und faktisch (mehr/besser) gewusst werden *kann*.

II. Der Zufall als versteckter Baustein in der Anlassdogmatik des Bundesverfassungsgerichts

Bei genauem Hinsehen begegnet uns der Zufall als Steuerungsmechanismus auch an zentraler Stelle der vom Bundesverfassungsgericht aufgebauten Überwachungs-, d. h. der hier sogenannten Anlassdogmatik.⁵⁵ Insofern ist zunächst daran zu erinnern, dass sich die Gesetzgebung und die begleitende verfassungs- bzw. unionsgerichtliche Rechtsprechung bislang meist mit Überwachung im klassischen Sinn

sollten zügig die Corona-App weiterentwickelt und technologische Tracing-Tools breitflächig implementiert werden. Die Gründe für das bisherige Unterlassen sind eine realitätsferne Diskussion um Datenschutz sowie die mangelnde Bereitschaft, bereits vor Eintreten einer schwierigen Situation konsequent Vorbereitungen für ein differenzierteres Vorgehen zu treffen. Das fehlende Wissen ist einer der Gründe dafür, dass politische Reaktionen stets nur eine Handlungsperspektive und nur eine Zeitperspektive bis zum Ende der letzten Maßnahme zu haben scheinen.“

52 Soeben, → § 6 Rn. 13 f.

53 Dazu oben, → § 1 Rn. 20.

54 Nassehi, Muster, 2019, passim, bes. S. 53 ff.

55 s. für erste Überlegungen in diese Richtung schon Rademacher/Schilling, in: Piallat (Hg.), Der Wert der Digitalisierung, 2021, S. 147 (154 ff.); mitunter können sich die Formulierungen hier und dort gleichen.

oder – schon seltener – mit *Intelligent Surveillance* befasst haben.⁵⁶ *Impossibility Structures* finden sich bislang noch zu selten im praktischen Einsatz – abgesehen von den allerdings vieldiskutierten Upload-Filtern.⁵⁷ An dieser Diskussion um die Upload-Filter zeigt sich, dass von der wohl herrschenden Meinung im Wesentlichen gleiche verfassungs- und unionsrechtliche Maßstäbe angelegt werden, wenn es um intelligente Überwachung einerseits (*Intelligent Surveillance*) und infrastrukturealisierte Rechtsdurchsetzung andererseits geht (*Impossibility* und *Justification Structures*).⁵⁸ Bei allen in → § 2 herausgearbeiteten Unterschieden zwischen durch Überwachung motivierter Rechtsbefolgung und durch *Impossibility Structures* erzwungener Rechtsdurchsetzung scheint mir diese Gleichbehandlung, wie vor allem in → § 5.III.3,⁵⁹ unter dem Gesichtspunkt ‚Vertrauen‘ näher begründet, zumindest auf einer höheren Abstraktionsebene auch vertretbar zu sein. Denn beide Arrangements dienen ja (im weiten Sinn) der optimierten Realisierung von Recht. Von dieser hohen Warte aus betrachtet spielt nun der Zufall in zwei Variationen schon im gegenwärtigen Recht eine zentrale Rolle:

1. Die besondere Legitimität von Stichprobenkontrollen

- 26 Offensichtlich ist das – *erstens* – bei der Stichprobenkontrolle. Eine im soziologisch-empirischen Sinn gute Stichprobe muss ihre Ziele perfekt zufällig treffen.⁶⁰ Idealerweise, aber natürlich nur theoretisch, wohnt ihr also sogar *objektive* Zufälligkeit der Auswahl der Kontrollierten inne. Dieser Kontrolle kommt nun eine erhebliche, auch verfassungsgerichtlich bestätigte, Legitimität als Instrument der Überwachung und dadurch vermittelter Rechtsdurchsetzung zu.
- 27 Zuletzt hat das Bundesverfassungsgericht das im Verfahren *Kennzeichenkontrollen II* bestätigt.⁶¹ Es ging darin, zur Erinnerung, um die Zulässigkeit des Einsatzes von automatisierten Kennzeichenlesegeräten, die z. B. mit dem Ziel eingesetzt werden, Fahrzeuge zu finden, die auf einer Fahndungsliste stehen. Es handelt sich nach hiesiger Terminologie dabei um einen einfachen Fall von *Intelligent Surveillance*. Das Bundesverfassungsgericht hat in dem Beschluss einigen argumentativen Aufwand betrieben, um *normativ* zu begründen, dass solche Systeme grundsätzlich nur dann eingesetzt werden dürfen, wenn ein mehr oder weniger klar konturierter „Anlass“ für den Einsatz besteht (deshalb hier sogenannte Anlassdogmatik⁶²):

⁵⁶ Ausf. hierzu schon oben, → S. 72 ff.

⁵⁷ Hierzu oben, → S. 126 ff.

⁵⁸ s. bes. → S. 166 ff.

⁵⁹ s. oben, ab → S. 422.

⁶⁰ Vgl. hierfür auch schon Rademacher, in: Zimmer (Hg.), *Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz*, 2021, S. 229 (256 f.).

⁶¹ BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II.

⁶² Dazu ausf. oben, → § 2 Rn. 82 ff.

„Verhältnismäßig ist eine Ermächtigung zu einer Kontrolle nur, wenn hierfür ein Anlass bestimmt ist, der das polizeiliche Handeln vorhersehbar und kontrollierbar macht. Insoweit kann der Gesetzgeber etwa auf das Bestehen einzelner Gefahren abstellen. Der Gesetzgeber kann aber auch unabhängig von einer konkreten Gefahr als rechtfertigende Anlässe schon Gefahrenlagen bestimmen, die nur typisiert umschrieben sind. Im Übrigen kann er Kontrollen etwa auch dann erlauben, wenn im Einzelfall oder typischerweise eine spezifisch gesteigerte Wahrscheinlichkeit besteht, gesuchte Personen oder Sachen aufzufinden. [...]“⁶³

Der Ansatz deckt sich, wie gesagt: auf höherer Abstraktionsebene, mit der Rechtsprechung des EuGH zur Frage der Zulässigkeit von Upload-Filtern in den Rechts- 28
sachen *L'Oréal, Sacralet, McFadden* und *Glawischnig-Piesczek*, die – mit Unterschieden je nach betroffenem Recht – dann zulässig sein sollen, sobald ein Verletzter/eine Verletzte eine *konkrete* Verletzungshandlung als ‚Filter‘-Anlass benannt hat.⁶⁴

An *dieser* Stelle ist die Rechtsprechung aber vor allem deshalb relevant, weil das 29
Bundesverfassungsgericht im gleichen Atemzug, in dem es die grundsätzliche Anlassbindung staatlicher ‚intelligenter‘ Überwachung festgeschrieben hat, auch klargestellt hat, dass *gleichwohl* „anlasslos stichprobenhaft“ Kontrollen beispielsweise im Straßenverkehr zulässig sind und bleiben, gerade auch automatisiert.⁶⁵ Daneben nennt das Bundesverfassungsgericht in seiner *Kennzeichenkontrollen-II*-Entscheidung auch noch – in nicht abschließender Form – das Umwelt- oder Wirtschaftsverwaltungsrecht als Sachbereiche, die sich für anlasslose Überwachung eignen, *solange* sie auf Stichproben begrenzt ist, d. h. keine *flächendeckende* Überwachung stattfindet.⁶⁶

Eine gute Stichprobe trifft ihre Ziele idealerweise, wie gesagt, zufällig. Offenbar 30
kommt dem Zufall hier, bei der hoheitlichen Rechtsdurchsetzung, also ein *positiver* Sonderstatus zu,⁶⁷ der eine Überwachung jenseits der vom Verhältnismäßigkeitsgebot vorgegebenen Grundregel, also im Gegensatz dazu: anlasslos, „freiheitsrechtlich“⁶⁸ erträglich machen kann – zumindest in bestimmten Sachbereichen, die sich, wie das Bundesverfassungsgericht es verallgemeinernd genannt hat, durch „ein gefährliches oder risikobehaftetes Tun beziehungsweise [...] die Beherrschung besonderer Gefahrenquellen“ durch die überwachte Person auszeichnen. Die *Vorauswahl* dieser Gruppe erfolgt also natürlich nicht zufällig, sondern auf der Basis vorangegangener Risikoerfahrungen; aber *innerhalb* dieser Gruppe herrscht dann – im *Depenheuer*’schen System – sogar *theoretische* Gleichwertigkeit der Handlungsalter-

63 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 93.

64 Dazu oben, → § 2 Rn. 153 ff., 243 ff.; zusammenfassend zu der im Detail differenzierten Rspr. des EuGH *Senftleben/Angelopoulou*, <https://ssrn.com/abstract=3717022>, S. 8 ff., 10 ff.

65 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 94. Hervorhebung hier.

66 Ibid. Hierzu auch schon → § 2 Rn. 103.

67 Ähnl. auch *Spitzlei*, *VerwArch* III (2020), 439 (462).

68 Dazu, dass es hier m. E. nicht um Freiheit i. e. S., sondern überzeugender um gesellschaftliches Vertrauen geht, oben, → S. 441 ff. bzw. S. 422 ff.

nativen, weil es ja einen Verdacht, anhand dessen die Kontrolle kriteriengeleitet-rational ansetzen könnte, nicht gibt – die Maßnahme soll ihn ja gerade erst erzeugen.

- 31 Das lässt sich folgendermaßen verallgemeinern: Das in der Entscheidung *Kennzeichenkontrollen II* kreierte, vom Bundesverfassungsgericht freiheitsrechtlich fundierte Recht darauf, nicht beständig Rechenschaft über die eigene Rechtschaffenheit ablegen zu müssen, gilt in starker Form nur für das *systematisch-flächendeckende* Sich-Rechtfertigen-Müssen vor dem Auge des Staates. *Zufälliges* Sich-Rechtfertigen-Müssen hingegen erkennt das BVerfG als verfassungskonformes Arrangement zur Rechtsdurchsetzung explizit und vergleichsweise weitreichend an.
- 32 Ganz selbstverständlich ist bzw. war dieser positive Status des Zufalls übrigens nicht. Denn noch 1994 musste sich das Bundesverfassungsgericht in der *Bezirksrevisor*-Entscheidung mit der Frage befassen, ob es gegen das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG verstoße, dass die Entscheidungen der Gerichte über Prozesskostenhilfe nur stichprobenhafter Kontrolle durch die Staatskasse unterworfen waren (vgl. – nach aktueller Fassung – § 127 Abs. 3 S. 6 ZPO). Die nach Art. 100 Abs. 1 GG vorliegenden Gerichte *bejahten* Willkür noch, das Verfassungsgericht hingegen verneinte sie:

„Die Regelung soll einer zu großzügigen Bewilligung von Prozesskostenhilfe entgegenwirken, ohne selbst unangemessenen Verwaltungsaufwand auszulösen. Dieses Ziel kann durch eine am Zufallsprinzip orientierte Ausübung des Beschwerderechts erreicht werden. Unvorhersehbare Kontrollen sind in besonderer Weise geeignet, die Sorgfalt der Kontrollierten zu schärfen. Sie wirken daher weit über den Einzelfall hinaus, in dem die Kontrolle ausgeübt wird. Der Verwaltungsaufwand kann den jeweiligen Kapazitäten angepasst werden. Die Kontrolldichte kann sich an den Ergebnissen der Stichproben orientieren. | Diese Gründe entkräften den Willkürvorwurf. Das Zufallsprinzip ist nicht, wie es scheint mag, von vornherein mit Willkür gleichzusetzen. Soweit es, wie hier, nicht um die Zuteilung von Leistungen, sondern um die Kontrolle der Rechtmäßigkeit einer Leistung geht, kann es sogar dem Gleichbehandlungsgebot in besonderer Weise Rechnung tragen, da das Kontrollrisiko gleichmäßig verteilt wird.“⁶⁹

- 33 Interessant ist an dieser Entscheidung nicht nur das Ergebnis, sondern auch die Begründung. Denn hier wird den mittlerweile eher kritisch gesehenen Einschüchterungseffekten, die unter anderem die neuere Anlassdogmatik des Gerichts tragen,⁷⁰ ein durchaus positiv konnotierter Wert zugeschrieben. Zwar ist richtig, dass es einen Unterschied gibt zwischen dem „Gefühl eines ständigen Überwachtwerdens“ (durch moderne Überwachungstechnologie möglich und nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung tendenziell zu bekämpfen) und dem Gefühl eines ständigen Überwachtwerden-*Könnens* (das ist eben der konzeptionelle Kern von Stichprobenkontrollen und in *Bezirksrevisor* noch positiv gewürdigt⁷¹). Doch in beiden Fällen

⁶⁹ BVerfG, Beschl. v. 28.6.1994, Az. 1 BvL 14/88 u. a. = BVerfGE 91, 118 = NJW 1995, 581 – Bezirksrevisor.

⁷⁰ Vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 51, 98: „Gefühl eines ständigen Überwachtwerdens“.

⁷¹ Vgl. demgegenüber zur mittlerweile dominanten, eher negativen Wertung oben, – § 2 Rn. 95 ff.

entstehen eben die berüchtigten Einschüchterungseffekte, lediglich mit einer anderen Intensität.⁷²

2. Der Zufall im Kern der hier sog. Anlassdogmatik selbst

Nun sei noch auf die *zweite* Zufallsdimension hingewiesen, die der Überwachungsrechtsprechung von Bundesverfassungsgericht und EuGH – weniger offensichtlich – eingeschrieben ist. Es ist der Kern der Anlassdogmatik selbst, der in doppelter Hinsicht eine Form *subjektiver* Zufälligkeit kreiert. Zuerst aus Sicht des Rechtssystems oder, um die Anthropomorphisierung zu vermeiden, aus Sicht des Gesetzgebers, das bzw. der darauf angewiesen ist, das ‚jemand‘ Verdacht schöpft, verletzt wird, Anzeige erstattet usw., um den Anlass zu geben, der Überwachung oder unter Umständen auch den Einsatz von *Impossibility Structures* wie Filtertechnologien zu rechtfertigen vermag.⁷³ Die KI-gestützte und damit potentiell allgegenwärtige Überwachung bzw. die denkbare *Compliance*-Infrastruktur im weiteren Sinn⁷⁴ darf dieser ‚jemand‘ grundsätzlich *nicht* sein. Im Gegenzug gibt es dann auch keine gegenständliche Begrenzung auf bestimmte Sach- oder Lebensbereiche, das Recht zur Warnung oder Anzeige vor Gefahren bzw. von Ordnungswidrigkeiten und Straftaten ist – wie kürzlich aus Anlass der bildlichen Dokumentation und Anzeige von Verstößen gegen Parkvorschriften geklärt werden konnte – ausdrücklich auch ‚datenschutzfest‘.⁷⁵

Natürlich ist diese Anlassbindung von Überwachung bzw. Rechtsdurchsetzung kein ‚echter‘ oder objektiver Zufall und stellt damit keine echte Stichprobe dar. Es wird hier stets konkret benennbare oder zumindest vermutbare Ursache-Wirkungszusammenhänge dafür geben, dass bzw. warum eine Gefahr vom Streife gehenden Polizisten gesehen oder eine Beleidigung auf einer Online-Plattform von der Betroffenen oder anderen Nutzern gemeldet oder angezeigt worden ist. Doch aus Sicht einer

⁷² Hierzu schon → § 2 Rn. 120, dort im 2. Bulletpoint.

⁷³ Vgl. auch nochmals *Lübbe-Wolff*, Das Dilemma des Rechts, 2017, S. 42, zur (subjektiven) Zufälligkeit bisheriger Rechtsdurchsetzung; s. hierzu schon → Rn. 9 ff. (Einleitung).

⁷⁴ Zur Infrastrukturalisierung von Rechtsdurchsetzungstechnologien oben, → S. 240 ff.

⁷⁵ s. VG Ansbach, Urt. v. 2.11.2022, Az. AN 14 K 21.1431 = BeckRS 2022, 38301 – Fotografieren von Falschparkern, Rn. 94: „Zuletzt muss [i. R. d. Prüfung und Abwägung der gegenläufigen Interessen bei Anwendung von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO = Verarbeitung aufgrund berechtigter Interessen] das Interesse der betroffenen Personen daran, nicht aufgrund der Begehung einer Ordnungswidrigkeit belangt zu werden, ebenfalls zurückstehen, da dem ein rechtswidriges Verhalten zugrunde liegt und es sich somit um ein nicht schutzwürdiges Interesse handelt.“ Ebenso *K. Hofmann*, MMR 2022, 862 (866 f.): „Das Interesse des betroffenen Falschparkers, nicht für seinen Regelverstoß sanktioniert zu werden, ist dabei nicht schutzwürdig.“ Dort auch weitere Nachw. zu schwer nachvollziehbaren Gegenauffassungen von Datenschutzaufsichtsbehörden. Hoch problematisch zudem die Auffassung einiger Zivilgerichte, wonach das *Recht am eigenen Bild* Fotoaufnahmen von Ordnungswidrigkeiten (und wohl auch Straftaten) dann hindern können soll, wenn der Aufnehmende nicht Verstöße gegen Individualgüter, sondern ‚nur‘ gegen Gemeinschaftsgüter schützende Normen (konkret: Naturschutzvorschriften) beweisen will, so LG Bonn, Urt. v. 7.1.2015, Az. 5 S 47/14 = ZD 2015, 434 – Unzulässige Privataufnahmen beim Hundausführen, Rn. 8 ff. Zutreffend und ausf. begründet a. A. *K. Hofmann*, MMR 2022, 862 (864 ff.).

Rechtsordnung, der mit den oben beschriebenen digitalen Instrumenten erstmals und zunehmend Mittel und Wege einer *systematischen und systemischen* Optimierung von Überwachung und Rechtsdurchsetzung zur Verfügung stünden, wirkt der Effekt des Sich-(Weiterhin)-Verlassen-Müssens auf *punktuell-unvorhersehbare* Anlässe für die Rechtsdurchsetzung *tendenziell* ähnlich dem von Stichproben.⁷⁶

- 36 Auch ein Mensch, der sich deviant verhält, kann sich so weiterhin sicher sein, dass zwar die *Möglichkeit* eines Überwacht-, Sanktioniert- oder Blockiert-Werdens besteht. Er kann sich aber zugleich sicher sein, dass diese Möglichkeit *nur fragmentarisch* realisiert werden wird, freilich ohne dass ihm bzw. ihr bekannt wäre, von welchen Bedingungen die Realisierung genau abhängt. Auch aus Sicht der Rechtsunterworfenen vermittelt diese – man könnte statt Anlassdogmatik deshalb auch sagen: Stichproben-Dogmatik⁷⁷ – der Gerichte daher eine Form subjektiver Zufälligkeit der Rechtsdurchsetzung.
- 37 Das Spannende aus einer rechtsdogmatischen Sicht ist, dass die ursprünglich als pragmatische Notlösung für den Umgang mit *zu* großen Datenmassen in vordigitaler Zeit genutzte⁷⁸ und immerhin noch 1994 im Ruch der Willkürlichkeit stehende Stichprobe⁷⁹ ihre normative Adelung gerade in dem Moment erfahren hat, in dem das Rechtssystem *rein praktisch betrachtet* auf die Stichprobe eben wegen der Digitalisierung (bald) nicht mehr angewiesen sein wird. Die rechtstheoretisch motivierte Forderung von Möllers, unter den Bedingungen des möglichen Vollvollzugs von Recht durch „die technologische Entwicklung“ den Rechtsvollzug „durch Zufallsmechanismen anzureichern“,⁸⁰ ist daher rechtsdogmatisch in – freilich nicht ganz offensichtlicher Weise – schon aufgegriffen: und zwar konzeptionell als klassischer Kompromiss zwischen dem aus Vertrauensgesichtspunkten begründbaren Verzicht auf anlasslose Überwachung einerseits⁸¹ und dem sachbereichsspezifisch ebenso gut begründbaren Bedürfnis, genau das doch zu tun (also zu überwachen), und damit ein vorsorgliches Misstrauen an den Tag zu legen.⁸² Für uns wichtig ist allerdings festzuhalten, dass das soeben Gesagte nur innerhalb des Überwachungsnarrativs gilt bzw. im Rahmen von dessen Voraussetzungen entwickelt wurde. Ob der Zufall auch

76 Mit diesem Bild auch schon Rademacher, JZ 2019, 702 (703). Damit ist nicht übersehen, dass natürlich auch unterhalb der Schwelle des Einsatzes von *Intelligent Surveillance* usw. Arrangements geschaffen werden können, die Zufälle beim Auffinden der rechtfertigenden Anlässe zurückdrängen. Ein triviales Bsp. wäre es, wenn der Gesetzgeber der Polizei hinreichend Ressourcen gibt, damit Beamte auf Online-Streife im öffentlich zugänglichen Internet geschickt werden können. Aber solche Arrangements sind eben doch deutlich zufälliger und können wegen der Begrenztheit menschlicher Ressourcen nur zufälliger sein als ein systematisch-flächendeckender Einsatz von KI-Verdachtsgewinnungssystemen.

77 Vgl. so schon Rademacher, JZ 2019, 702 (703).

78 Mayer-Schönberger/Cukier, Big Data, 2013, S. 30 ff.

79 s. soeben, → § 6 Rn. 32.

80 Möllers, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 478.

81 Dazu oben, ab → S. 422.

82 s. für Bsp. entsprechender Sachbereiche oben, → § 2 Rn. 106 f.

im Hilfeleistungsnarrativ und unter den Funktionsbedingungen künstlich-intelligenter Aktanten eine Rolle spielen kann, wird uns in Abschnitt → III. beschäftigen.

3. Exkurs: zur Zufälligkeit des sog. Personalized Law

Zuvor sei der Vollständigkeit halber noch darauf hingewiesen, dass sich Formen subjektiver Zufälligkeit auch bei den Bemühungen finden, die Steuerung durch Information und Anreize zu optimieren.⁸³ Wir sind hier, zur Erinnerung, nicht im klassischen Ordnungs- und Polizeirecht, sondern z. B. im Verbraucherschutzrecht. Die Optimierung durch KI-Systeme kann hier etwa darin liegen, Kreditinstitute dazu zu verpflichten, Verbraucherinformationen für die einzelnen Kunden zu personalisieren, etwa, um sie verständlicher oder informationsreicher zu gestalten; weshalb von einigen Autoren von *Personalized Law* gesprochen wird.⁸⁴

Die Befürworter solcher Arrangements haben natürlich im Blick, dass die Personalisierung von Information und Anreiz datenintensiv ist, d. h. in hohem Maße die Verarbeitung personenbezogener Daten verlangt, die unions- wie auch nationalverfassungsrechtlich unter Schutz stehen.⁸⁵ Eine gesetzliche Verpflichtung Privater zur Nutzung solcher Daten zur Personalisierung von Information und Anreiz ist mit anderen Worten rechtfertigungsbedürftig. Neben dem Steuerungsziel, dessen Legitimität hier vorausgesetzt ist, werden dafür zunächst Gestaltungen angeführt, die sozusagen auf der Linie der Optimierung liegen:

- *erstens* Verwendung von Prädiktoren oder Klassifikatoren (x'en), die einerseits möglichst aussagekräftig für y sind, und die andererseits möglichst schwach mit irrelevanten sensiblen Daten korrelieren;
- *zweitens* Vorsicht bei der Kommunikation von persönlichen Daten an Dritte, insbesondere zum Schutz gegen ein *Reverse Engineering*;
- *drittens* Gewährleistung einer möglichst hohen Datensicherheit;
- *viertens* keine Übermittlung der zur Personalisierung herangezogenen Daten an staatliche Stellen.⁸⁶

All das stellt das eigentliche materiell-rechtliche Optimierungsziel nicht infrage, sondern stützt es teils sogar. Spannender für uns sind deshalb zwei weitere Detailvorschläge, die zwecks Datenschutzes gemacht werden, und damit auf einer systematischen Ebene Zufälligkeiten bei der Erreichung des eigentlichen regulatorischen Ziels ins Spiel bringen:

83 Hierzu oben, → S. 191 ff.

84 Zum m. E. nicht ganz treffenden Begriff schon → § 2 Rn. 301.

85 Ausf. Chr. Busch, University of Chicago Law Rev. 86 (2019), 309 (326 ff.); Hacker, in: Busch/Franceschi (Hg.), *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, 2021, S. 241 Rn. 61 m. w. N.

86 Ibid., Rn. 61. Dort auch die weiteren, sogleich bezeichneten Regulierungsvorschläge.

- 41 *Einmal* dadurch, dass die Adressaten von Information und Anreiz die Option eines *Opt-out* aus der Personalisierung erhalten sollen.⁸⁷ Auch hier erfolgt das Verfehlen des Steuerungsanliegens, das der *Opt-out* bewirken würde (weil eben keine personalisierte Information mehr möglich wäre), natürlich nicht im engen Sinn zufällig. Die kausale Ursache ist der *Opt-out* der Nutzerin und das Arrangement eines *Opt-out* – statt eines *Opt-in* – zielt verhaltenswissenschaftlich fundiert ja gerade *planvoll* darauf, dass *nicht* davon Gebrauch gemacht wird. Andererseits könnte man in Rechnung stellen, dass letztlich die Frage, ob die Nutzerin diese Option wählt, wiederum von einer derart großen Zahl independenter Faktoren abhängt (Präferenz für oder gegen Datenschutz oder Indifferenz; dem Wunsch, nicht paternalistisch informiert oder *genudged* zu werden; usw.), dass aus der Sicht des Gesetzgebers/Regulators die Voraussetzungen der subjektiven Zufälligkeit erfüllt sind. Jedenfalls ist die Steuerungswirkung durch gezielte Information kontingent.
- 42 Über einen *zweiten* Vorschlag, auch im Namen des Datenschutzes, wird noch etwas deutlicher Zufälligkeit transportiert: Unternehmen sollen nur solche Personalisierungen vis-à-vis ihren Kundinnen und Nutzern vorgeschrieben werden, die mittels personenbezogener Daten möglich sind, die die Unternehmen *ohnehin* sammeln, z. B. um die Kreditwürdigkeit zu erfassen oder um Werbung zu personalisieren. Optimierungskonform (nicht zufällig) ist dieses datenschutzrechtlich motivierte Vorgehen *dann*, wenn die gesetzliche Pflicht zur Personalisierung ausschließlich das Ziel verfolgt, spezifisch die Gefahren privatnütziger Personalisierung seitens der Unternehmen zu neutralisieren.⁸⁸ Eine *Unterbrechung* des Optimierungsbemühens, nämlich durch das aus Sicht des Gesetzgebers zufällige Geschäftsmodell der Unternehmen, liegt hingegen dann vor, wenn Information und Anreiz regulatorische Ziele verfolgen, die *jenseits* des beschriebenen Verhältnisses von Unternehmen/Nutzerin liegen, also z. B. Nutzerinnen zu einem besonders umwelt- oder energieschonenden Verhalten anhalten sollen.

III. Der Zufall als Steuerungsmechanismus unter den Funktionsbedingungen einer KI-optimierten Rechtsordnung; zugleich: Perspektiven für die Forschung

- 43 Subjektive und sogar der Versuch von objektiver Zufälligkeit sind im Rahmen der Rechtsdurchsetzung also weniger selten, als es mit Blick auf die drei zu Anfang dieses § 6 genannten Fallgruppen für die ausnahmsweise Legitimität und Legalität

⁸⁷ Chr. Busch, in: ders./Franceschi (Hg.), *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, 2021, S. 279 Rn. 30 differenziert und plädiert z. B. bei personalisierten Informationen sogar für ein *Opt-in* der Nutzer, wohingegen andere “use cases, such [as] the automated de-biasing of costumer ratings [could justify] to apply personalization schemes irrespective of the data subject’s explicit consent.”

⁸⁸ Hacker, ebd., S. 241 Rn. 52; Chr. Busch, ebd., S. 279 Rn. 18 ff.

den ersten Anschein haben mochte. Wenig Raum besteht dafür m. E. aber, sobald ein Sachverhalt im Hilfeleistungsnarrativ angesiedelt ist (dazu sogleich, → 1.). Dafür stehen neben den genannten Einsatzfeldern des Zufalls auch und gerade bei der Durchsetzung von Recht, zwei *materiell-rechtliche* Bereiche, in denen der Zufall als Steuerungsmechanismus in einer KI-optimierten Zukunft eine größere Rolle spielen könnte als in der analogen Vergangenheit. Diese Bereiche sollen zumindest kurz – als mögliche weitere Perspektiven der rechtswissenschaftlichen KI-Forschung – exkurshaft angerissen werden (dazu → 2. und → 3.).

1. Unbrauchbarkeit des Zufalls im hier sog. Hilfeleistungsnarrativ

Zur Erinnerung: Die Legitimität und (verfassungsrechtliche) Legalität des Zufalls als Steuerungsmittel (soeben, → S. 531 ff.) geht von einem bestimmten Ausgangspunkt aus: So hatte das Bundesverfassungsgericht – beispielsweise in seinem für uns so zentralen Beschluss zu automatisierten Kennzeichenkontrollen – als gedanklichen Startpunkt offensichtlich die sozusagen leere (und freie) Welt vor Augen, in der jeder und jede tun und lassen kann, was er bzw. sie möchte, und frei von staatlicher Kontrolle, Überwachung und Zwangsmitteln agiert. In diese Freiheit (oder Leere) tritt in der Logik des Gerichts die staatliche Beobachtung von außen potentiell hemmend hinein. Deshalb ist sie nach überkommener Auffassung rechtfertigungsbedürftig und jedenfalls in Deutschland und Europa auch ziemlich engen Grenzen unterworfen.⁸⁹ Diese Abfolge zeichnet staatliche *Überwachungsmaßnahmen* generell aus und sie charakterisiert das, was hier als *Überwachungsnarrativ* bezeichnet wurde.

Anders ist die Konstellation gelagert, wenn Technik zum Aktanten in dieser Welt geworden ist. Wir befinden uns dann potentiell in der Hilfeleistungskonstellation,⁹⁰ wenn und weil dieser Aktant in der Lage ist (weil er es sein *muss*), bis zu einem gewissen, seinen Aktionsmöglichkeiten entsprechendem Grad auch Recht erkennen und nach Recht handeln zu können. Damit können auch Pflichten zur Hilfeleistung einhergehen, die im ersten Zugriff entsprechend den Pflichten zu gestalten sind, wie sie in vergleichbarer Situation auch für Menschen gelten (beispielsweise: § 323c StGB analog⁹¹).⁹² Damit habe ich unter anderem begründet, warum der *Compliance*-Druck – im weiten Sinn – steigen wird, und warum ich glaube, dass die Mechanismen, die diesen Druck im Rahmen des Überwachungsnarrativs vergleichsweise gering halten, an Kraft verlieren werden.⁹³ Dem habe ich normative Gründe

89 s. nochmals oben, → § 2 Rn. 82 ff. und – für *Impossibility Structures* – ab → S. 166 ff.

90 s. zu beiden Begriffen oben, ab → S. 247.

91 Speziell hierzu → § 2 Rn. 211 ff.

92 s. zu diesem Grundsatz oben, → § 2 Rn. 454.

93 Ausf. oben, → § 2 Rn. 428 ff.

entgegenzusetzen versucht, warum in bestimmtem Umfang und unter bestimmten Voraussetzungen Freiräume für Devianz auch im Rahmen des Hilfeleistungsnarrativs erhaltenswert sein könnten.⁹⁴

- 46 *Dort* spielte der Zufall, wie einleitend zu diesem → § 6 gesagt, keine Rolle (wenn man davon absieht, dass die Aktivierung des Hilfeleistungsnarrativs selbst bereits eine Form von Zufälligkeit in sich trägt⁹⁵). Ich glaube letztlich auch nicht, dass er an dieser bestimmten Stelle, also im Hilfeleistungsnarrativ, (noch) eine Rolle spielen darf: Folgt man den oben gemachten Vorschlägen, die Fälle, in denen Hilfeleistung durch entsprechend erkenntnisfähige Technologie im Wege einer Positivliste gesetzgeberisch zu bezeichnen, damit Devianz in diesen Fällen weitestmöglich *unterdrückt* werden kann/soll/darf, dann erscheint es schwer vorstellbar, *hier* nun in einem weiteren Schritt, gegenläufig (!), wieder einen Zufallsvorbehalt zwecks gesellschaftlichen Lernens einzubauen. Das ist zu viel und zu komplex. Und es würde den Wunsch des Gesetzgebers, in bestimmten Bereichen eben nicht mehr *ausgerechnet* durch Devianz lernen zu wollen, dem Vorwurf der Inkonsistenz preisgeben (erneut: die Akzeptanzfrage!).
- 47 Ebenso wenig dürfen speziell *hier* die oben, in → § 4 als Teil einer neuen Architektur der Mensch-Maschine-Arbeitsteilung genannten, Irritationsarrangements eingebaut werden, die bewusst Fehler in die Leistungen von KI ‚einstreuen‘ könnten, um den menschlichen Nutzer wachsam für eventuelle Fehlleistungen zu halten.⁹⁶ Hier wäre dafür der falsche Ort. Schwer genug erträglich dürfte hier schon der ungewollte und unplanbare Zufall sein, der auf absehbare Zeit mit der Nutzung von KI selbst einhergeht (Stichworte: Halluzinationen, noch fehlende Einzelfalladäquanz⁹⁷ und dadurch eintretende Pauschalisierungen). Insofern ist nochmals darauf hinzuweisen, dass aktuelle, also auf maschinellem Lernen basierende KI-Anwendungen selbst ein großes Maß an *subjektiver* Zufälligkeit transportieren.⁹⁸ Das liegt rein pragmatisch betrachtet an den Unzulänglichkeiten und Fehlern, die sich im Rahmen des in → § 1 und → § 3 beschriebenen Lernprozesses ‚einschleichen‘ können. Diese werden, von der Warte der Rationalität erwartenden Nutzerin aus gesehen, häufig in ‚zufällig‘ wirkenden Klassifikationen und Prognosen resultieren, was sich in den darauf aufbauenden physischen und digitalen Aktionen gegebenenfalls fortsetzt. Wenn schon diese Form des unkontrollierten Zufalls dort, wo *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. zum Einsatz kommen sollen und dürfen, nicht ausgeschlossen, sondern nur so gut wie eben möglich technisch minimiert werden kann, dann kann es nicht

94 s. ab → S. 419, bes. S. 494 ff.

95 s. schon → § 2 Rn. 232.

96 Hierzu oben, → § 4 Rn. 82.

97 Hierzu ausf. → § 3 Rn. 46 ff.

98 Zum Begriff des subjektiven Zufalls oben, → § 6 Rn. 6.

geboten sein, *diese* Minimierungsbemühungen durch bewusste Arrangements des Zufalls zu konterkarieren.

Davon abgesetzt behandelt werden kann und muss allerdings eine Frage, die letztlich technisch – d. h.: von KI-Technikern – zu beantworten ist: Wie sollen namentlich maschinell-lernende Systeme, die mindestens auf das binäre Label-Paar *rechtmäßig* ↔ *rechtswidrig* angewiesen sind, weiter lernen, wenn es kein bzw. immer weniger deviantes Verhalten als entsprechendes Trainingsmaterial gibt?⁹⁹ Diese technische Wissensgenerierungsfunktion (also ausreichend Trainingsdaten) hat aus rechtlicher Sicht besonders *Yoan Hermstrüwer* in den Blick genommen;¹⁰⁰ er geht davon aus, dass wenigstens „[v]orübergehend suboptimale – weil lotterartige – Entscheidungen [...] wohl unverzichtbar [sind], um die Daten zu generieren, die langfristig für optimale Klassifikationen und Prognosen erforderlich sind (*Exploring*).“¹⁰¹

2. Exkurs zum materiellen Recht I: Kontingenz durch Recht. Oder: das Recht als Chance, es trotzdem zu versuchen

Damit sind wir eigentlich mit unserem Erkenntnisinteresse an ein – ganz sicher vorläufiges – Ende gelangt. Sozusagen *neben* der Frage nach der Rolle des Zufalls bei der Durchsetzung von Recht und der Bewahrung von Verhaltenskontingenz hierbei liegen allerdings zwei weitere, eng verwandte Einsatzfelder von Zufallsmechanismen im Recht, die der Erhaltung von Kontingenz in einem breiteren Sinn dienen können. Sie sollen hier zumindest kurz angesprochen werden (wirklich kurz; ich erhebe mit dem Folgenden keinen Anspruch auf eine systematische Argumentation, sondern will nur weitere Forschungsperspektiven aufzeigen, die mir eng verwandt mit meinem eigentlichen Forschungsgegenstand erscheinen):

Das ist einmal die Frage nach Kontingenz *durch* Recht, die sich besonders gut am Beispiel der Studienzulassung (gegebenenfalls mithilfe von KI) illustrieren lässt (dazu hier, in diesem Abschnitt 2.). Einen Sonderfall stellt die Forderung nach mehr Zufall auf *Social-Media*-Plattformen dar (dazu → 3.), die auch kurz angerissen werden soll; denn durch sie kann das im deutschen Recht und in der deutschen Rechtswissenschaft noch kaum rezipierte Konzept der sogenannten Serendipität kurz eingeführt werden – mit potentiell über das konkrete Anwendungsbeispiel hinausweisenden Konsequenzen.

99 Zur Notwendigkeit von auch in diesem Sinn vollständiger und ausgeglichener Testdaten schon *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (373).

100 Details bei *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (496 ff.) m. w. N.

101 *Ibid.*, S. 497.

- 51 *a. Beispielhaft: (Kein) Zufall bei der Studienzulassung?* Zunächst also beispielhaft zur immer weiter reduzierten Rolle des Zufalls im Rahmen der Studienzulassung. Hier ist die Diskussion um den Zufall als Entscheidungsmodus besonders klar konturiert. Wie in → § 2 bereits beschrieben, liest das Bundesverfassungsgericht aus Artt. 12, 3 Abs. 1 GG als normativen Maßstab das Gebot einer „Zulassung nach Eignung und Leistung“ heraus, unter Bezug auf das gewählte Studium und – soweit möglich – sogar schon mit Blick auf den künftigen Beruf.¹⁰² Dieser Maßstab ist offensichtlich hochgradig wissensintensiv und, da auf die Zukunft gerichtet, unsicher. KI-Systeme zur Wissensgenerierung könnten dabei wie gesagt¹⁰³ in Zukunft eine wichtige Rolle spielen, um diese Unsicherheiten abzumildern, indem die Qualität der hier allfälligen Prognoseentscheidungen durch eine breitere Datenbasis deutlich verbessert werden könnte. Der Zufall, sei es in Form von Losverfahren oder auch in Form von Wartezeiten nach dem Prioritätsprinzip, wird vom Gericht hingegen zurückgedrängt bzw. geschickt maßstabsgerecht umgedeutet.¹⁰⁴ Die verfassungsgerichtliche Skepsis gegenüber dem Zufall entspricht, freilich mit einigen Nuancen im Detail, auch der ganz herrschenden Meinung unter denjenigen, die sich allgemeiner zur Rolle des Zufalls als Entscheidungsmechanismus geäußert haben, dabei freilich gerade Verteilungsverfahren als Referenzmaterie im Blick hatten (z. B. bzw. vor allem auch im Wirtschaftsverwaltungsrecht).¹⁰⁵ Mit *Andreas Voßkuhle* gesprochen:

„Gleichwohl wird man sich in bestimmten Konstellationen auf eine Vergabe nach Priorität verständigen oder diese in einem spezifischen sozialen Kontext anerkennen können, nämlich immer dann, wenn andere materielle Auswahlkriterien fehlen, jedoch trotzdem Entscheidungsbedarf besteht. [...] Dieses Ergebnis basiert dann allerdings nicht so sehr auf seiner oder einer Gerechtigkeitstheorie, sondern eher auf Zweckmäßigkeitserwägungen.“¹⁰⁶

- 52 Damit ist die erste Fallgruppe für die Legitimität (und Legalität) des Zufalls als Entscheidungsmechanismus (= praktische Gleichwertigkeit der Entscheidungsalternativen¹⁰⁷) umschrieben.
- 53 *b. Mehr Zufall bei der Studienzulassung! Revolution – oder im rechtlichen Kern ein konservativer Vorschlag?* Interessant ist in diesem Zusammenhang ein Gesetzesgebungsvorschlag aus dem Jahr 2019, mit dem die Bundestagsfraktion von *Die Linke* auf die Rechtsprechung reagieren wollte. *Erstens* ist der (freilich gescheiterte) Vorschlag für uns von Interesse, weil er ein doppelt zufallsbasiertes Modell der Studienplatzvergabe errichten wollte:

102 s. oben, → S. 196 ff.

103 s. oben, → § 2 Rn. 311 ff.

104 s. oben, → § 2 Rn. 311.

105 s. schon die Nachw. oben, → § 6 Rn. 9.

106 *Voßkuhle*, *Die Verwaltung* 31 (1999), 21 (33).

107 s. oben, → § 6 Rn. 12.

„Für den Fall, dass aufgrund von fehlenden Kapazitäten nicht alle Studienbewerberinnen oder Studienbewerber bei der Studienplatzvergabe in einem Studiengang berücksichtigt werden können, werden Bewerberinnen und Bewerber, die sich bereits in einem vorangegangenen Semester für den gleichen Studienplatz beworben hatten [Zufallsmechanismus 1: qua Priorität¹⁰⁸], sowie Bewerberinnen und Bewerber, für die die Versagung der Zulassung eine außergewöhnliche, insbesondere soziale Härte bedeuten würde, prioritär behandelt. Die übrigen Kapazitäten werden per Losverfahren unter den Erstbewerberinnen und -bewerbern verteilt [Zufallsmechanismus 2: qua Los]. Zensuren spielen bei der Vergabe keine Rolle.“¹⁰⁹

Der Vorschlag ist aber auch auf einer *zweiten* Ebene interessant. Denn zwar scheint es auf den ersten Blick so, als handele es sich bei dem Konzept gerade nicht (nur) um eine punktuelle Durchbrechung oder Ergänzung des vom Bundesverfassungsgericht postulierten Gerechtigkeitsmaßstabs ‚Leistung und Eignung‘ durch bzw. um eine Zufallskomponente. *Die Linke* wollte als Eignungskriterium ausschließlich einen qualifizierten Schul- oder berufsbildenden bzw. „vergleichbaren Abschluss“ verlangen; selbst Sprachfertigkeiten sollen *ausschließlich* im Studium erworben werden können (über die Praktikabilität dieser Vorschläge wird man wohl unterschiedlicher Auffassung sein können). Spannend ist aber die Begründung bzw. besser: die zwei Begründungen, die die Fraktion ihrem Vorschlag doppelter Zufälligkeit der Studienzulassung voranstellte:

„Die Auswahlverfahren der Hochschulen, Studierfähigkeitstests und insbesondere Gespräche und andere mündliche Verfahren zur Auswahl von Studienbewerberinnen und -bewerbern öffnen willkürlichen Entscheidungen und sozialer Selektion auf Grundlage habituelier Präferenzen Tür und Tor und können auch in strukturierter und standardisierter Form keine Chancengleichheit beim Hochschulzugang garantieren.“¹¹⁰

Mit diesem ersten Begründungsteil beschreibt die Bundestagsfraktion von *Die Linke* letztlich *wieder* das Wissensproblem als zentrale Basis auch ihres Vorschlags, impliziert nämlich – in einer freilich politisch zugespitzten Formulierung –, dass die bisherigen Auswahlentscheidenden tatsächlich *gar nicht* in der Lage seien, Eignungs- und Leistungsgerechtigkeit richtig zu erkennen, sondern sich von habituellen usw. Vorprägungen und damit „willkürlich“¹¹¹ leiten lassen würden. Es ist bemerkenswert, dass dieser subjektiven Willkür die „objektive Willkür“¹¹² von Los und Priorität vorgezogen werden soll. Ob der Fraktion bekannt war, dass der Einsatz des Loses bei Studienzulassungen in Frankreich unter dem damals geltenden Zuteilungssystem

108 Zur Frage, ob die Entscheidung nach Priorität (auch sog. Windhund-Prinzip) eine Form der Zufallsauswahl darstellt, s. oben, bei/in → § 6 Fn. 36.

109 BT-Drs. 19/10623 v. 5.6.2019, S. 2. Hervorhebung hier. Zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung s. BT-Drs. 19/10521 v. 25.5.2019.

110 BT-Drs. 19/10623 v. 5.6.2019, S. 1.

111 Ibid., S. 1.

112 *Depenheuer*, JZ 1993, 171 (174).

APB (*Admission Post-Bac*) als weithin ungerecht empfunden wurde,¹¹³ lässt sich dem Antrag nicht entnehmen. Jedenfalls weist diese Begründung den *prima facie* revolutionär und anti-neoliberal wirkenden Einsatz von Priorität und Los als im Kern pragmatisch motiviert aus.

- 56 c. Das ‚revolutionäre‘ Fragment: ein Eigenwert des Zufalls? Es gibt im Vorschlag der Fraktion noch einen zweiten Begründungsansatz, der weniger pragmatisch und stärker normativ fundiert ist: Die Fraktion wollte auch deshalb auf den Zufall setzen, um damit der „Ausweitung eines privaten Marktes für Coaching und Vorqualifikationen“ zu wehren, weil dies „sozial ausgrenzend“ wirken könne.¹¹⁴ Indem hier bestimmte Vorqualifikationen, die aus der Perspektive eines eignungsorientierten Studienzugangs selbstverständlich relevant und damit nach den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts ‚gerecht‘ sein könnten, ignoriert werden sollen, wird der Zufall nun tatsächlich normativ in dem Sinn eingesetzt, dass er eine tatsächlich (vielleicht) *nicht* vorhandene, d. h. eine formelle Gleichheit zwischen den Bewerbern *herstellen* soll. Das ist letztlich natürlich auch wieder eine sozusagen klassische Kategorie der Zufallslegalität; in der oben vorgestellten Taxonomie wäre es die Fallgruppe III.¹¹⁵
- 57 Der Ausgangspunkt verfassungsrechtlicher Prüfung des Vorschlags dürfte auch hier sein, dass speziell staatliche Auswahlentscheidungen nach dem Zufall insoweit, d. h. soweit sachliche Differenzierungskriterien existieren und praktisch zugänglich sind, eine vor Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigungsbedürftige Grundrechtseinschränkung darstellen. Für die Einbeziehung des Zufalls in Form des Loses speziell bei der Zuteilung von *Schulplätzen* (!) könnte ein solcher Rechtfertigungsgrund nach *Thomas Spitzlei* das Ziel der „Durchmischung“ der Schülerschaft sein.

„So gelangt man trotz der Existenz materieller Kriterien [z. B. Wohnort in Schulnähe, Geschwister an derselben Schule] zu einem *Eigenwert* der Zufallsentscheidung, der die damit verbundenen Nachteile [gemeint sein dürfte: den damit verbundenen Eingriff in Art. 3 Abs. 1 GG] zumindest relativiert.“¹¹⁶

113 Vgl. *Joeres*, Parcoursup (Onlinequelle): „Der größte und umstrittenste Schritt folgte, nachdem so viele Personen wie möglich auf ihre Wunschhochschule verteilt wurden: Die restlichen Plätze wurden ausgelost. Dieses ‚Glücksspiel‘ empfanden viele Studienbewerber als stressig und ungerecht.“

114 BT-Drs. 19/10623 v. 5.6.2019, S. 1.

115 s. oben, → § 6 Rn. 15 ff.

116 *Spitzlei*, in: Papathanasiou (Hg.), *Zufall*, 2020, S. 126 (463), unter Verweis auf OVG Bautzen, Beschl. v. 20.8.2018, Az. 2 B 304/18 = NVwZ-RR 2019, 467 – Aufnahme im Gymnasium durch Losverfahren, Rn. 5: „Übersteigt die Zahl der Aufnahmeanträge die [...] Kapazität der Schule, muss, wenn Gesetz- und Verordnungsgeber [keine] Abwägungskriterien vorgegeben haben, in einem Auswahlverfahren unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes nach sachgerechten Kriterien darüber entschieden werden, welche der Bewerber die freien Plätze erhalten sollen. *Sachgerechte Kriterien* sind die zeitliche Dauer oder die Länge des Schulwegs, die Berücksichtigung des Umstands, dass bereits ein oder mehrere Geschwister des Aufnahmegewerbers an der Schule unterrichtet werden, sowie *das Zufallsprinzip*“. Hervorhebungen hier.

„Präzise“ sei „dieser Eigenwert darin zu sehen, dass Bewerber mit einer sehr geringen Eignung nicht völlig chancenlos sind.“¹¹⁷ Und *Chancen zu haben* im Sinn eines „Rechts, es trotzdem zu versuchen“ – wider besseren Wissens und aller Umstände – dürfte dabei nicht nur ein Individualinteresse darstellen. Sondern es dürfte Kern eines Gesellschaftssystems sein, das so stark auf der Idee der eigenen Selbstverwirklichung und der Offenheit der individuellen und gesellschaftlichen Zukunft aufbaut wie das unsere. Die Gestaltungsoffenheit der Zukunft ist nicht nur Individual- (Art. 2 Abs. 1 GG), sondern dezidiert gesellschaftliches Versprechen des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1, 2 GG).¹¹⁸ In einer gewissen Weise ist unser Gesellschaftsmodell damit partiell (!) auf Unkenntnis der Zukunft und Einbeziehung des Zufalls im (subjektiven) Sinn des Unwahrscheinlichen aufgebaut. In einer etwas dramatischen Zuspitzung hat der „Zufallsforscher“ *Walter Hehl*¹¹⁹ es so beschrieben: „Zufallsmechanismen (Los, Lostrommel) sind Maschinen, um die Vergangenheit zu killen.“¹²⁰

Etwas weniger flapsig ausgedrückt könnte man sagen, dass eine Beimischung von Zufall als Entscheidungsmechanismus gerade in Bereichen wie Bildung und Berufswahl dafür sorgen kann, sowohl individuelle wie auch – aus der objektiv-rechtlichen/gesellschaftlichen Perspektive – organisatorische und institutionelle Pfadabhängigkeiten aufzubrechen. In gewisser Weise würde sich der Ansatz daher gut in die *Recht-auf-Vergessen-Rechtsprechungslinie* des Bundesverfassungsgerichts einfügen (ein *Recht auf Vergessen III?*).¹²¹ Natürlich müssten Basissicherungen greifen: Die Zulassung zur Schule kann sicherlich stärker vom Zufall abhängig gemacht werden als diejenige zu einem (zumal kostenintensiven) Medizinstudium;¹²² und Letztere könnte noch eher dem Losverfahren zugänglich sein als die finale Zulassung zur Praxis des Arztberufes selbst.

Als anschlussfähig könnte sich für die Frage nach der so motivierten Inkorporation des Zufalls als Auswahlkriterium ins deutsche (Verfassungs-)Recht eventuell auch die im Gentechnik-Bereich Anfang der 2000er Jahre geführte Diskussion um ein

117 *Spitzlei*, VerwArch III (2020), 439 (463), dort Fn. 161.

118 Vgl. sehr grundlegend i. d. S. die Auslegung von Art. 1 Abs. 1 GG mit Blick auf die (Un-)Zulässigkeit einer *unbedingt* lebenslangen Freiheitsstrafe, BVerfG, Urt. v. 21.6.1977, Az. 1 BvL 14/76 = BVerfGE 45, 187 (228 f.): „Mit einer so verstandenen Menschenwürde wäre es unvereinbar, wenn der Staat für sich in Anspruch nehmen würde, den Menschen zwangsweise seiner Freiheit zu entkleiden, ohne daß zumindest die Chance für ihn besteht, je wieder der Freiheit teilhaftig werden zu können.“ In gewisser Weise gehört es also zu unserem Gesellschaftsverständnis, dass jeder Mensch das Recht auf sein *Saulus-Paulus*-Erlebnis hat.

119 *Hehl*, in: Papathanasiou (Hg.), *Zufall*, 2020, S. 19 ff.; monographisch *ders.*, *Der Zufall in Physik, Informatik und Philosophie*, 2021.

120 *Hehl*, *Der Zufall – die Kreativität, die aus der Physik kommt*, Vortrag v. 4.3.2021.

121 Den Hinweis auf diesen Zusammenhang verdanke ich *Nikolaus Marsch*.

122 Scharf hiergegen – neben dem BVerfG – bspw. *Dürig*, in: Maunz/Dürig (Hg.), GG, Grundwerk, 1958, Art. 3 Abs. 1 Rn. 231: „Bankrotterklärung“; abl. auch *Depenheuer*, JZ 1993, 171 (179): „fundamentaler [Verstoß] gegen das abendländische Gerechtigkeitsideal der iustitia distributiva“, falls Studienzulassungen nur noch dem Los anvertraut würden.

„Recht auf Zufall“¹²³ (eng verknüpft mit dem „Recht auf Nichtwissen“¹²⁴) erweisen, oder das heute im Zusammenhang mit der Möglichkeit von *Human Enhancement Technologies* formulierte „Right to an Open Future“.¹²⁵

- 61 Wie gesagt soll das hier alles nicht vertieft werden, diese Erkenntnisinteressen liegen letztlich *neben* dem unseren: Es geht dabei nicht um eine bessere Durchsetzung von Recht, sondern um eine Neugestaltung des durchzusetzenden Rechts. Es geht um den Eigenwert von Zufall nicht nur bei der Rechtsdurchsetzung, sondern zur Erzeugung von Kontingenz als Alltags- und Lebenserfahrung *durch* das Recht, sodass der Zufall als *materiell*rechtliches Regelungsmittel dient/dienen würde (wohl nicht gleichsam als Regelungsziel; das Ziel ist der positive Zufallsfund im weiteren Sinn, nicht das Handeln nach und mit Zufall selbst).¹²⁶

3. Exkurs zum materiellen Recht II: das Konzept der Serendipität. Oder: Preference Assistance Technologies als Hindernis individueller Lernerfahrungen

- 62 Das leitet nun final zum Konzept der Serendipität über. Es sei nochmals an den Vorschlag der Fraktion von *Die Linke* erinnert: Zulassung zum Medizinstudium per Losentscheid *erstens*, weil Auswahlverfahren (angeblich) nicht funktionieren würden,¹²⁷ und *zweitens*, weil Ausgangschancen in der Gesellschaft ungleich verteilt seien.¹²⁸ Ein bestimmter Begründungsansatz für Zufallsentscheidungen taucht damit bislang noch nicht auf: die Begründung von Zufallsentscheidung mit der Ermöglichung von Serendipität. Serendipität beschreibt in

„der nicht sehr schönen Übersetzung des englischen ‚serendipity‘ das von *Horace Walpole* in der Novelle ‚The three kings of Serendip‘ (i.e. Ceylon [heute Sri Lanka]) beschriebene Thema, daß diese Könige auf der Suche nach allem möglichen immer gerade nicht das Gesuchte fanden, aber doch anderes, vielfältig Nützliches entdeckten.“¹²⁹

- 63 Diese knappe Definition stammt von *Maximilian Herberger*, der auf das Phänomen im Zusammenhang mit der 1999 noch alles andere als gut funktionierenden Internetrecherche spezifisch für rechtliche Zwecke hingewiesen hat: Er suchte mit altavista.de nach einer arbeitsgerichtlichen Entscheidung, fand aber zunächst den

123 Heinemann, in: ders./Dederer/Cantz (Hg.), *Entwicklungsbiologische Totipotenz in Ethik und Recht*, 2015, S. 289.

124 Dazu A. Schneider, NJW 2014, 3133 ff.; spezifisch mit Blick auf *Big-Data*-Anwendungen Hahn, MedR 2019, 197 ff.

125 s. hierzu bspw. Bavelier et al., *Nature Human Behavior* 3 (2019), 204 (205).

126 Deshalb insofern zweifelhaft die Begrifflichkeit des „Eigenwerts“ des Zufalls bei Spitzlei, *VerwArch* III (2020), 439 (462), der diesen so definieren will, dass der Zufall „somit nicht nur als Mittel zum Zweck“ diene, „sondern Mittel und Zweck verschmelzen“ würden.

127 s. soeben, → § 6 Rn. 54 f.

128 s. soeben, → § 6 Rn. 56.

129 Herberger, NJW 1999, 2424 (2425). Zur Definition insb. auch Reviglio, *Ethics and Information Technology* 21 (2019), 151 (152).

ARD-Ratgeber Recht – „ein für Juristen höchst relevantes Angebot“. Naja – aber zumindest für *Herberger* generierte der Fehltreffer also offenbar einen relevanten Mehrwert, nach dem er nicht gesucht hatte. Auf den ersten Blick verblüffend ist in diesem Zusammenhang dann der Hinweis in den Fußnoten des Beitrags, dass die verbreitete Sorge, die menschliche „assoziative [zufällige] Ergebnisfindung“¹³⁰ würde durch den Einsatz von Computern und deren Such- und Speichermöglichkeiten verarmen, unzutreffend sei; wie das Suchmaschinenbeispiel mit dem nützlichen Fehltreffer zum ARD-Ratgeber Recht zeige, sei vielmehr das „Gegenteil des [...] Referierten wahr“. Freilich hatte *Herberger* die Verbesserungen der Suchmaschinen-Technologien und wohl erst recht den Einsatz maschinell trainierter KI nicht bedacht/bedenken können. Deshalb verwundert es auch nicht, dass die Forderung, durch Zufallsmechanismen für Serendipität – also sozusagen für (positive) Zufallsfunde – zu sorgen, spezifisch im Zusammenhang mit den immer granularer und (wohl) immer treffsicherer arbeitenden Entscheidungsalgorithmen von *Social-Media*-Anbietern aufkommt; freilich bislang, soweit ersichtlich, fast ausschließlich im angelsächsischen rechtswissenschaftlichen Schrifttum. Die Idee, durch den Einsatz des Zufalls als Entscheidungsmechanismus nicht nur pragmatisch auf Wissensprobleme zu reagieren, sondern das Unerwartete und Unerwartbare zu organisieren, scheint im deutschsprachigen rechtswissenschaftlichen Schrifttum bislang noch kaum reflektiert worden zu sein. Hier wird der Begriff bislang offenbar nur im patentrechtlichen Zusammenhang sowie vereinzelt in der Innovationsforschung¹³¹ genutzt.¹³²

Von Serendipität zu sprechen – statt von zufälligen Beobachtungen/Erkenntnissen/Erlebnissen oder gar von überwachungsrechtlich konnotierten Zufallserkenntnissen oder -funden¹³³ – ergibt guten Sinn, weil so der unerwarteten Entdeckung oder Lernerfahrung eine von vornherein positive Konnotation von Zufallserlebnissen mit positiver kognitiver Wirkung zugeschrieben werden kann.¹³⁴ Dabei versteht sich von selbst, dass nicht alle *rechtlichen* Entscheidungsprozesse auf Serendipität

130 *Herberger*, NJW 1999, 2424, dort Fn. 10, zitiert hier einen Internetbeitrag von *Ullrich Steybe* von der FH Fulda, der heute unter dem angegebenen Link nicht mehr abrufbar ist.

131 *Hill*, Verwaltung & Management 25 (2019), 249 (256).

132 Eine beck-online-Suche nach ‚Serendipität‘ und ‚Serendipity‘ ergibt lediglich sechs bzw. 43 Treffer (durchgeführt am 13.3.2023). Die meisten beziehen sich auf ein italienisches Unternehmen namens ‚Serendipity‘ als Klägerin eines Markenrechtsstreits oder auf patentrechtliche Beiträge. Bei einer erneuten Suche am 9.7.2025 waren es kaum mehr Treffer.

133 Hier fördert eine beck-online-Suche (durchgeführt am 7.9.2023) v. a. Ergebnisse zu straf-, steuer- und arbeitsrechtlichen Zufallsfunden i. S. von Straftaten etc. zu Tage; vgl. zudem die Begriffsverwendung in BVerfG, Urt. v. 20.4.2016, Az. 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 = BVerfGE 141, 220 – BKA-Gesetz, Sonder-votum Schluckebier, Rn. 19 ff. Auch jenseits juristischer Quellen ist die Konnotation von Zufallserkenntnis/-fund ähnlich: Bei Wikipedia führt die Suche zu einem dezidiert strafprozessrechtlichen Eintrag (<https://de.wikipedia.org/wiki/Zufallsfund>), der eingeblendete weiterführende Link auf alternative Bedeutungen „in der Wissenschaft und weiteren Bereichen“ führt dann bezeichnenderweise zum Eintrag „Serendipität“ (<https://de.wikipedia.org/wiki/Serendipit%C3%A4t>).

134 Vgl. bspw. *Christian Busch*, The serendipity mindset, 2020.

angelegt werden können: Bei der Zulassung zum Medizinstudium zufällig einen guten Architekten zu finden, wäre absurd und würde der individuell-lebenszeitlichen und der gesamtgesellschaftlichen Bedeutung dieser Entscheidung nicht gerecht werden.

- 65 Wenn es um den Einsatz von *Preference Assistance Technologies* im durch diese immer mehr individualisierten Medienkonsum geht, ergibt das Konzept zumindest nach Auffassung vieler Kommentatoren aber Sinn. Diese Technologien werden nämlich für geeignet gehalten, den eigenen, individuellen Lernprozess gleichsam ‚abzuwürgen‘, weil sie die Kontingenzerfahrung hinsichtlich des Verhaltens *anderer* beenden könn(ten) (die Empirie ist noch unzureichend und teils auch umstritten¹³⁵). Hier liegt der tiefere Zusammenhang zwischen den Möglichkeiten der Personalisierung und einem auf Kontingenzerfahrungen basierenden, mit dem Begriff der Serendipität positiv konnotierten Idealbild von bürgerlich-demokratischer Kommunikation. Cass Sunstein und einige andere haben im Zusammenhang mit dieser Personalisierung deshalb Überlegungen zu seiner Ent-Personalisierung angestellt.¹³⁶ Sunstein will der oben näher beschriebenen¹³⁷ und auch in der gegenwärtigen deutschen und EU-Regulierung stark ausgeprägten, von ihm sogenannte *Architecture of Control* der Nutzer von digitalen Diensten (= die hier sogenannten *Preference Assistance Technologies*) eine *Architecture of Serendipity* entgegenstellen.¹³⁸ Sie soll dafür sorgen, dass Nutzer im Interesse eines gemeinsamen demokratischen Diskurses nicht nur das selbst Präferierte erfahren,¹³⁹ sondern auch weiterhin (also wie angeblich bislang in der analogen Welt) mit solchen Nachrichten, Meinungen und

135 Zum Stand der Forschung zu den sog. „Echokammern“ (s. Rau/Stier, Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft 13 [2019], 399 ff.) und „Filterblasen“ (begriffsprägend Pariser, Filter Bubble, 2017) s. *Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*, WD 10 - 3000 - 007/22 v. 21.3.2022, S.15 ff.; vgl. auch das Fazit, a. a. O., auf S.19: „Effekte von Rückkoppelungen und kognitive Verzerrungen können zum Entstehen von Phänomenen wie Echokammern und Filterblasen beitragen. Dies lässt sich jedoch nur schwer nachweisen, auch weil sich Intermediäre meist der wissenschaftlichen Untersuchung entziehen. Einschlägige Studien sind häufig ambivalent, die Effekte auf Nutzende und die Medienlandschaft lassen sich nur schwer erforschen.“

136 Sunstein, #Republic, 2017, passim; dazu Schemmel, Der Staat 57 (2018), 501 (512 f.); ausf. Mengden, Zugangsfreiheit und Aufmerksamkeitsregulierung, 2018, S. 333 ff., 393 ff. Auch wenn man die Thesen von Filterblasen und Echokammern nicht teilt, die den Ausführungen u. a. von Sunstein zugrunde liegen, kann Entpersonalisierung Sinn ergeben: Es gibt Mutmaßungen, dass es gerade die von Algorithmen forcierte, da Aufmerksamkeit bindende und damit Werbeeinnahmen generierende vermehrte Konfrontation mit anderen Standpunkten sein könnte, die zu verstärkter gesellschaftlicher Polarisierung führe; s. Törnberg, PNAS 119 (2022), e2207159119.

137 s. oben, ab → S. 230.

138 Sunstein, #Republic, 2017, bes. S. 1, 5, 259 ff.

139 Wirkmächtig, mittlerweile aber auch umstr. Reckwitz, Die Gesellschaft der Singularitäten, 2018, S. 268: „So führen die [...] algorithmische Konstruktion von Benutzerprofilen und die entsprechende Fabrikation maßgeschneiderter digitaler Umwelten dazu, dass die Individuen immer weniger mit dem völlig Andersartigen, Überraschenden und Zufälligen konfrontiert werden, deren Irritationspotential nicht selten Anstoß zur Selbstveränderung gibt.“ Als widerlegt gelten dürften die Thesen Reckwitz' von einer spezifisch räumlichen Polarisierung der Bevölkerung nach Metropolen, Kleinstädten, Land, hierzu Konietska/Martynovych, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 74 (2022), 169 ff.

allgemein mit Informationen konfrontiert werden, die nicht ihren Präferenzen und Vorurteilen entsprechen:

“[...] Facebook might offer ‘serendipity buttons’, exposing people to unanticipated, unchosen material on their News Feed. Perhaps material could draw from the news stories from prominent outlets, such as the New York Times and the Wall Street Journal. On a random basis, perhaps they could provide material on events and countries other than one’s own. With serendipity buttons, Facebook users could think, I am here in large part to learn. [...] | [...] An aggressive idea would be that users receive serendipity or opposing viewpoints by default, subject to the right to opt out”.¹⁴⁰

Sunsteins Idee bzw. allgemeiner: die Forderung nach Entpersonalisierungsmöglichkeiten hat der europäische Gesetzgeber im neuen Art. 38 des Digital Services Act (DSA) in abgeschwächter Form aufgegriffen. Die Norm sieht vor, dass die Nutzer von „sehr großen Online-Plattformen und sehr großen Online-Suchmaschinen, die Empfehlungsalgorithmen verwenden“, einen Anspruch darauf haben, „mindestens eine Option für jedes Empfehlungssystem“ zu erhalten, „die nicht auf Profiling gemäß Art. 4 Abs. 4 [DSGVO] beruht“¹⁴¹ – also, mit anderen Worten, die entpersonalisierte ‚Erfahrungen‘ ermöglicht.¹⁴² 66

Der Zufallsmechanismus bewältigt hier kein Wissensproblem in einem konkreten Entscheidungszusammenhang, sondern setzt breiter an: Es geht sozusagen um eine allgemeine Wissensvorsorge in der Bevölkerung aus demokratietheoretischen Erwägungen, eine Art Konfrontationsgebot mit abweichenden Ansichten, unbekannten Thesen, neuem Wissen etc.¹⁴³ Diese positive normative Aufladung des Zufalls als Steuerungsmodus erklärt auch, warum bzw. dass *Sunstein* den im Deutschen wie gesagt noch selten verwendeten Begriff der Serendipität (*Serendipity*) verwendet, um dessen positive Konnotation einzufangen. 67

Ob Serendipität als – zumindest beiläufiges – Regelungsziel bei der Ausgestaltung rechtlicher Entscheidungsarrangements über das spezifische Beispiel der sozialen Medien hinaus mitgedacht werden kann und soll, stellt freilich auch eine Forschungsfrage dar, der hier nicht vertieft nachgegangen werden kann. Denn auch insoweit handelt es sich um eine Anfrage an das *materielle* Recht, nicht an dessen Durchsetzung, die im Fokus unserer Überlegungen stand. Doch fällt auf, dass das 68

140 *Sunstein*, #Republic, 2017, S. 232 f. Zustimmung *Dornis*, ZfPW 8 (2022), 310 (340 f.).

141 s. hierzu im ersten Zugriff *Grisse*, in: Hofmann/Raue (Hg.), NK-DSA, 2023, Art. 38 Rn. 1 ff.; auch *dies.*, ebd., Art. 26 Rn. 6 m. w. N.

142 *Reviglio*, Ethics and Information Technology 21 (2019), 151 (162), der sich als einer der ersten mit dem Konzept der Serendipität spezifisch im Zusammenhang mit Online-Plattformen beschäftigt hat, war hinsichtlich der Regulierbarkeit skeptisch: “From a regulatory perspective, optimize social media for serendipity does not appear promising”.

143 Für eine Erweiterung dieser Ideen auf Bereiche jenseits der sozialen Medien s. bspw. SZ Streiflicht v. 17.8.2019, S. 1: „So vieles andere ist noch denkbar: die Bevorzugung von Fahrgemeinschaften politisch kontrovers denkender Menschen [...]“.

Ziel, aus dem Unerwarteten *zu lernen*, hier (= soziale Medien) wie dort (= demokratische Rechtsdurchsetzung) einen Grund darstellen kann, dem Zufall einen gewissen Raum einzuräumen; und das damit einen Grund darstellen könnte, warum das Potential von KI, ihn (den Zufall) aus unserem rechtlichen Alltag weitgehend zu verdrängen, besser nicht voll ausgeschöpft werden sollte.