

Smartness und Freiheit.

Zwei konkurrierende Regierungsweisen

Sabine Müller-Mall

Der Einsatz datengetriebener Techniken, zumeist unter den mehr oder weniger passenden Begriffen „Techniken künstlicher Intelligenz“¹ oder „Algorithmische Systeme“² zusammengefasst, verändert gegenwärtig viele Bereiche der Lebenswelt. Neben Fragen nach Regulierungsbedarfen und -modellen für spezifische Situationen stellen sich rechtswissenschaftlich auch grundsätzliche Fragen: solche nämlich, die Reichweiten, Möglichkeiten und Bedingungen rechtlicher Weltgestaltung angesichts eines weiter ausgreifenden Einsatzes datengetriebener Techniken in den Blick nehmen. Danach zu fragen, wie Recht mit dieser Entwicklung und Konstellation umgehen *kann* und wie es damit umgehen *sollte*, dies setzt jedenfalls voraus, die Rolle dieser Datenmengen genauer zu verorten, und zwar im Verhältnis von Recht und menschlichem Handeln. Es gilt, die Möglichkeiten von Recht, Handeln mit und durch Daten zu bearbeiten, zu steuern und zu rahmen, genauer zu beschreiben. – Das alles hat an zentralen Stellen auch mit dem Verhältnis von Recht und Freiheit zu tun, und genau das will ich im Folgenden versuchen, im Ansatz offenzulegen.³ Es handelt sich letztlich bei dieser Perspektivbildung um ein relativ umfassendes Forschungsprogramm, insofern es die Bedingungen der Möglichkeit von Recht, wie wir es kennen und denken, *überhaupt* betrifft. Meine hier vorzunehmenden Überlegungen sollen einen kleinen, präliminären und alles andere als abgeschlossenen

-
- 1 Vgl. zum Begriff der Techniken künstlicher Intelligenz als Chiffre *Müller-Mall*, *Freiheit und Kalkül. Die Politik der Algorithmen*, 2020, S. 12.
 - 2 Regelmäßig beziehen sich gesellschaftlich relevante Einsätze von Algorithmen nicht auf einzelne, isolierte Algorithmen im Sinne formaler Schrittfolgen, sondern auf Systeme, die in vielfältiger Hinsicht auf algorithmische Anordnungen zurückgreifen, vgl. auch *Nosthoff* u. a., „Algorithmen der Alterität – Alterität der Algorithmen“, *Behemoth – A Journal on Civilisation*, Special Issue 15 (2022). Vgl. zum Begriff des Algorithmus nur „Gillespie Algorithm“.
 - 3 Vgl. grundlegend dazu entlang der Frage nach der Verhaltenssteuerung durch algorithmische Systeme und durch Recht schon *Günther*, *Von normativen zu smarten Ordnungen?*, in *Forst/Günther (Hrsg.), Normative Ordnungen*, 2021, S. 523 ff.

Beitrag leisten, der sich auf *eine* Achse dieses Programms konzentriert: die Frage nämlich, was das Problem der Möglichkeiten des Rechts in diesen Zusammenhängen mit den Begriffen der Freiheit und der Autonomie zu tun haben könnte. Ausgangspunkt und Horizont meiner Überlegungen, dies wird sich gleich zeigen, bildet eine These: dass nämlich die Art und Weise, wie datengetriebene Techniken die Welt gestalten, eine *Regierungsweise* ist, und als solche, als Regierungsweise, in Konkurrenz zum Recht bzw. zur Art und Weise, in der Recht seine Regierungsgewalt ausübt, treten kann. Diese Konkurrenz muss nicht zwangsläufig ein Problem sein. Jedenfalls aber wird sie dann problematisch, wenn Recht und datengetriebene Techniken aufeinander bezogen werden – typischerweise, wenn Recht den Einsatz solcher Techniken behandelt, beispielsweise aber umgekehrt auch, wenn entsprechende Techniken Recht und seine Verfahren behandeln sollen (Legal Tech). Denn unter solchen Umständen kann sich das Konkurrenzverhältnis insofern auswirken, als eine Regierungsweise die andere zu verdrängen droht. Vorliegend geht es mir allerdings weder darum, dieses Konkurrenzverhältnis genauer zu untersuchen, noch geht es darum, seine Folgen zu bewerten. Vielmehr bilden die folgenden Überlegungen eine Art Vorstudie zu Untersuchungen des beschriebenen Konkurrenzverhältnisses.⁴ Zunächst werde ich in groben Zügen andeuten, wie eine entsprechende Perspektive auf Daten und datengetriebene Techniken überhaupt aussehen könnte – anhand einer Beispielkonstellation will ich kurz dafür plädieren, die Regierungsweise solcher Techniken über ein Prinzip der *Smartness* zu verstehen.⁵ In einem zweiten Schritt wird es dann um die Frage gehen, wie sich ein solches Verständnis zur Verbindung von Recht und Freiheit verhält.

-
- 4 S. zur Möglichkeit des Rechts bzw. zu den Spielräumen rechtlicher Normativität unter den Bedingungen der Digitalisierung die Arbeiten von Mireille Hildebrandt: etwa Hildebrandt, Legal and Technological Normativity, *Techné: Research in Philosophy and Technology* 12 (2008), S. 169 ff.; Hildebrandt, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2015; Hildebrandt, The Adaptive Nature of Text-Driven Law, *Journal of Cross-Disciplinary Research in Computational Law* 1 (2020), S. 1 ff.; Hildebrandt, Data-driven prediction of judgment. Law's new mode of existence?, OUP Collected Courses Volume EU Summer School, 2019.
- 5 Zum in eine ähnliche Richtung tendierenden Begriff smarter Ordnungen s. nur Günther (Fn. 3), der Ordnungen dann als *smart* fasst, wenn sie „darauf ausgerichtet sind, durch intelligentes Design und mithilfe algorithmischer Operationen Abweichungen von ihren Normen zu minimieren oder ganz unmöglich zu machen“ (dort S. 525). Die These der Smartness als Regierungsweise stammt von Orit Halpern und Robert Mitchell, s. zuletzt The Smartness Mandate, 2023. Vgl. für eine kritische Auseinandersetzung mit diesem Ansatz nur Deuber-Mankowsky, „Für eine Maschine gibt es kein echtes Virtuelles“ – Zur Kritik des Smartness Mandate mit Felwine Sarrs Afrotopia und

Schließlich und drittens will ich dann einige Überlegungen dazu anstellen, was das alles für mögliche Angriffspunkte von Recht in und an smarten Systemen bedeuten könnte.

I. Smartness als Gestaltungsprinzip und als Regierungsweise

Um die Welt zu beschreiben, in der sich Gesellschaften bewegen, wenn sie weitgehend auf datengetriebene Techniken zurückgreifen, haben sich in den Geistes- und Sozialwissenschaften verschiedene Begriffe herausgebildet. Im deutschsprachigen Raum vielleicht am Prominentesten wird von der *digitalen Konstellation*⁶ gesprochen, häufig auch von *digitalen Gesellschaften*⁷ oder schlicht von *Digitalisierung*. Ich gehe davon aus, dass der Begriff des Digitalen nicht weit genug greift oder anders gesagt, dass das Digitale nur *eine* Dimension der Welt beschreibt, in die wir uns begeben, wenn wir umfassend auf datengetriebene Techniken zurückgreifen. Der Begriff des Digitalen lädt dazu ein, sich auf digital dargestellte Daten, die als Informationen verwendet werden, zu konzentrieren, wenn wir über das sprechen, was sich durch den Einsatz bestimmter Techniken verändert oder neu zeigt. Diese Konzentration ist natürlich nicht falsch – aber es gilt sie mit Blick auf den Einsatz so vielfältiger datengetriebener Techniken immer auch vorsichtig zu irritieren. Zwar spielen Daten zweifellos in allen diesen Verfahren eine zentrale Rolle, aber: Es sollte weder übersehen werden, dass möglicherweise der Blick auf digitale Repräsentationen nicht die *ganze* Umgebung erfasst, in der wir uns bewegen, wenn wir die Welt und uns auch mithilfe datengetriebener Techniken gestalten, noch sollten die Eigenlogiken und Eigenheiten der Techniken, die Daten gebrauchen, gleichzeitig aber nicht in diesem Datenbrauch aufgehen, marginalisiert werden. Was ist das also für eine Welt, wie können wir sie beschreiben und um welche Techniken geht es eigentlich, wenn wir von datengetriebenen Techniken sprechen? Grundsätzlich geht es nicht mehr vorwiegend um den Einsatz großer Datenmengen etwa in statistischen Büros oder Zensusverfahren,

Gilbert Simondons Philosophie der Technik, Internationales Jahrbuch für Medienphilosophie 6 (2020), S. 131 ff.

6 Vgl. für einen Überblick (allerdings in politikwissenschaftlicher Perspektivierung) nur *Berg/Rakowski/Thiel*, Die digitale Konstellation. Eine Positionsbestimmung, Zeitschrift für Politikwissenschaft 30 (2020), S. 171 ff.

7 *Nassehi*, Muster. Theorie der digitalen Gesellschaft, 2019.

wie noch im 18., 19. und auch 20. Jahrhundert.⁸ Zwar bilden gerade auch in der Gegenwart datengetriebener Techniken extrem große Datenmengen das Material vieler Rechenoperationen. Datengetriebene Techniken verschränken aber gegenwärtig – und dadurch unterscheiden sie sich von bloß statistischen Verfahren etwa – digitale, soziale und physische Welt. In dieser Verschränkung liegt ihre Besonderheit. Dabei sind es ganz unterschiedliche Techniken, Systeme und Einsätze, die die Welt mithilfe dieser Datenmengen gestalten – und zwar auf ebenso unterschiedlichen Skalen, vom Lokalen, Dezentralen bis hin zum Planetaren. Es ist wohl kein Zufall, dass der gesellschaftsorientierte Blick auf den Einsatz dieser datengetriebenen Techniken inzwischen weniger einzelne Verfahren betrachtet, sondern die Gestaltung der Welt auf den Begriff zu bringen versucht: *Internet of things*, *smart cities* oder *cyber-physikalische Systeme*, und weniger technisch aber sicherlich am prominentesten das *Metaverse*, sind Begriffe, die solche Weltgestaltungen mithilfe datengetriebener Techniken beschreiben. Genaue Definitionen dieser Begriffe erweisen sich als immer schon problematisch, weil selbst auf der Ebene der Entwicklung ganz unterschiedliche Systeme subsumiert werden. Entscheidend ist jedenfalls und allen Begriffen gemeinsam, dass sie auf Verschränkungen digitaler, sozialer und physischer Welt in Echtzeit abzielen. Das *internet of things* verweist typischerweise auf vernetzte technische Geräte und deren menschlichen Gebrauch, *smart cities* sind soziale Räume, deren Infrastrukturen ganz oder teilweise *smart* gesteuert werden, und *cyber-physikalische Systeme* verknüpfen physische Objekte wie zum Beispiel produzierende Maschinen unmittelbar mit einem (vollständigen) digitalen Abbild. Es geht also nicht allein darum, Handlungen, Bewegungen oder Prozesse zu beobachten und in digitalen Daten abzubilden, in einem klassischen Sinne zu überwachen, um sie dann zu steuern oder zu verändern. Solche Verfahren spielen natürlich im Alltag vieler Menschen und Unternehmen nach wie vor eine große Rolle. Im Vordergrund der Entwicklung stehen allerdings zunehmend Vorhaben, die darauf abzielen, Infrastrukturen und Prozesse, Handlungen und Bewegungen von Menschen und/oder Maschinen von vornherein so zu gestalten, dass sie effizient, intelligent, ökonomisch, nachhaltig, kurz: *smart*, ablaufen. Physische, soziale und digitale Welt werden so eng verknüpft, dass sie nicht mehr trennbar sind. Veränderungen auf einer Ebene wirken auch auf den

8 Vgl. dazu Desrosières, La politique des grands nombres – histoire de la raison statistique, 2010.

anderen Ebenen. Für agierende Menschen wie für technische Systeme wird unübersehbar und letztlich irrelevant, Ursache und Wirkung von Veränderungen zu verorten bzw. überhaupt zu bestimmen. In der Folge orientieren sich Dynamiken und Prozesse auf ein formales Kriterium der *smartness*, das inhaltlich durchaus vielfältig ausgefüllt sein kann. Ein Beispiel für eine derartige Konstellation bilden etwa digitale Zwillinge. Digitale Zwillinge sind (oder: werden) vollständige digitale Repräsentationen von definierten Ausschnitten der physischen und sozialen Welt – etwa von Produktionsmaschinen, aber auch von Beleuchtungsinfrastrukturen in Städten oder vom gesamten Straßensystem. Diese digitalen Repräsentationen stehen nicht für sich allein, sondern werden an ihr physisches und soziales Ebenbild und in der Regel auch an weitere vernetzte Systeme so unmittelbar wie möglich gekoppelt. Die Idee ist, ein System zu erhalten, dass unmittelbar und in Echtzeit von der einen in die andere Richtung und jeweils umgekehrt übergreifen kann. Im Falle eines digitalen Zwillings des Straßensystems⁹ geht es etwa darum, die digitale Repräsentation von Straßen (über intelligente Materialien, Sensoren, Drohnen und so weiter hergestellt) mit irgendwann vollautomatisierten und miteinander vernetzten Fahrzeugen sowie der öffentlichen Verkehrssteuerung zu koppeln und den Straßenverkehr so zu optimieren – die Versprechen in Richtung Nachhaltigkeit und Sicherheit sind regelmäßig groß. Solche Systeme zeichnet aus, dass sie unermesslich große Datenmengen produzieren, auch, dass sie unsichtbar machen, wer wo und wie steuert, aber vor allem, dass sie nicht mit Menschen als handelnden Subjekten rechnen, sondern mit *Nutzer:innen*, die überhaupt nur als Gruppe oder als Typus auftauchen.¹⁰ Das Prinzip, nachdem sie gestaltet sind, lässt sich unter dem Begriff der *smartness* fassen, wie ich es eben schon skizziert habe. Smartness ist durchaus ein normativer Modus der Weltgestaltung, den etwa *Orit Halpern* und *Robert Mitchell* in ihrem Buch *The Smartness Mandate* beschreiben.¹¹ Genau dieser Modus der Weltgestaltung, das gilt es im Folgenden näher zu beschreiben, tritt nun in gewisser Weise in Konkurrenz zum rechtlichen Modus der Weltgestaltung. Diese Konkurrenz spielt sich unter anderem im Verhältnis zum Konzept der Freiheit ab.

9 S. zu einem entsprechenden Sonderforschungsbereich etwa www.sfbtrr339.de/de.

10 S. zum algorithmischen Regierung ohne Subjekt insb. *Rouvroy/Berns*, *Algorithmic Governmentality and Prospects of Emancipation*, 2013, S. X-XII.

11 *Halpern/Mitchell* (Fn. 5).

II. Smartness und Freiheit. Zwei Regierungsweisen.

Um das zu erläutern, muss ich nochmal einen kleinen Umweg nehmen, der an der Rolle von Freiheit in modernen, bürgerlichen Verfassungsstaaten anknüpft. Solche Systeme sind zunächst regelmäßig um die Idee der Autonomie zentriert. Es wird mir vorliegend nicht darauf ankommen, das schwierige Verhältnis von Freiheit und Autonomie zu diskutieren oder auch nur näher zu bestimmen. Ich werde sie mehr oder weniger synonym verwenden, auch wenn das philosophisch, gelinde gesagt, unterkomplex ist. Ganz unabhängig von der Antwort auf die Frage, ob es empirisch tatsächlich so etwas wie Autonomie, freien Willen oder Selbstbestimmung geben kann, nehmen moderne liberale Verfassungssysteme die menschliche Autonomie als Grundlage aller anderen Wertungen und Freiheit als Zielbestimmung an.¹² Das gilt auch für wesentliche organisatorische Momente – demokratische Verfahren und Systeme können ohne die Idee der Autonomie und eine Garantie der Freiheit nicht funktionieren. Freiheit und Autonomie in diesem Sinne anzunehmen, bedeutet zunächst nur, davon auszugehen, dass jeder Mensch selbstbestimmt entscheiden und handeln kann – dass jeder Mensch nicht aufgrund oder unter der Bestimmung anderer, sondern unter seiner eignen denken und handeln kann. Dies schließt die Möglichkeit ein, sich immer wieder neu und anders zu entscheiden,¹³ irrational oder auch überhaupt nicht zu handeln.¹⁴ Und es schließt ein, sich in seinen Entscheidungen und Handlungen an eigenen Maßstäben orientieren zu können. So verstandene Freiheit und Autonomie liefern die Bedingungen dafür, für sein eigenes Handeln Verantwortung übernehmen zu können und Menschen letztlich als Subjekte zu begreifen. Schön und gut, könnte man nun einwenden, aber was sollte eine durch Techniken künstlicher Intelligenz gestaltete Welt daran ändern? Weder Algorithmen noch cyber-physikalische Systeme zwingen uns im ersten Zugriff jedenfalls zu bestimmten Handlungen, sie lassen uns sowohl die Freiheit, uns immer wieder anders zu entscheiden, als auch unsere innere Freiheit, uns Meinungen zu bilden, Gründe für oder gegen Handlungen zu bestimmen. Inwiefern der smarte Modus der Weltgestaltung in Konkurrenz zum recht-

12 Vgl. Müller-Mall (Fn. 1), S. 29-33.

13 Klassisch zum Aspekt des „Anfangen-Könnens“ vgl. Hannah Arendt, etwa Arendt, Freiheit und Politik, in dies., Mensch und Politik, 2017, S. 48-88, 86 f.

14 Vgl. zur „faktischen Freiheit“, sich normabweichend zu verhalten nur Günther (Fn. 3), S. 537-541.

lichen Modus der Weltgestaltung tritt, das war ja meine These, zeigt sich entlang der Begriffe von Freiheit und Autonomie, aber eben in ihrem jeweiligen Verhältnis zu Techniken künstlicher Intelligenz bzw. zum Recht. Wir müssen diese Ebenen also hinzuziehen, um das Tableau zeichnen zu können, auf dem wir uns bewegen, wenn wir über diese Frage nachdenken. Zunächst zum Recht. Ich möchte an dieser Stelle auf Rekonstruktionen des modernen Rechts von *Christoph Menke* zurückgreifen, wie er sie in seiner *Kritik der Rechte*¹⁵ vornimmt: *Menke* macht besonders deutlich, dass modernes Recht sich wesentlich auf eine äußere Freiheit, auf die äußeren Handlungen beschränkt, während die innere Freiheit, die Freiheit zu denken und zu glauben, was man will, vom Recht unberührt bleibt.

„Die Selbstbegrenzung der Regierungsgewalt des Rechts auf die äußeren Handlungen bedeutet nichts anderes als die Erlaubnis der Freiheit: die Erlaubnis, zu denken und glauben, was immer man will; was immer jemand zu glauben und denken als richtig beurteilt. Rechtliche Erlaubnis ist die Freigabe des Urteilens.“¹⁶

Entscheidend ist in *Menkes* Rekonstruktion, dass Recht diese Freiheit erst *erlaubt*, und zwar indem es sich selbst auf die Regierung der äußeren Handlungen beschränkt. Unter anderem darin liegt die von ihm beschriebene Legalisierung des Natürlichen. Modernes Recht behandelt zwar die äußeren Handlungen, greift aber gerade nicht in die innere Willkür ein und entkoppelt sich insofern auch vom Sittlichen. Gerade dadurch wird das Subjekt als bürgerliches Subjekt allerdings erst hervorgebracht. Techniken künstlicher Intelligenz, um nun den großen Bogen zu schlagen, konzentrieren sich ebenfalls auf die äußeren Handlungen – indem sie uns beispielsweise Entscheidungs- oder Handlungsangebote, vor allem aber *Nutzungsangebote* machen. Die Ausrichtung von Techniken künstlicher Intelligenz auf äußere Handlungen zeigt sich aber auch, wenn sie *für* uns handeln, wie im Falle des cyberphysikalischen Großsystems, das von vornherein damit rechnet, dass wir ihm unsere Handlungsmacht überlassen. Techniken künstlicher Intelligenz behandeln ebenfalls die Sphäre äußerer Freiheit, so könnte man es fassen, aber, und hier liegt nun der entscheidende Unterschied zum modernen Recht, sie grenzen ihren Einsatzbereich nicht von der inneren Freiheit ab, indem sie sie erlauben und dadurch zum konstitutiven Gegenstück machen. Sondern: sie rechnen überhaupt nicht

15 *Menke*, *Kritik der Rechte*, 2018.

16 *Menke* (Fn. 15), S. 81.

mit innerer Freiheit. Mehr noch, sie rechnen gar nicht mit Handlungen von Subjekten im modernen Sinne, sondern mit Nutzungen, die nur im Ergebnis relevant werden. Es ist aber nicht so, und darauf kommt es an, dass ihre Gestaltung der Welt *nichtnormativ* wäre – stattdessen verfolgen die Techniken ein wie auch immer jeweils ausgestaltetes Prinzip der *smartness*, das sowohl den Planeten als auch die Menschen regieren soll. Wenn Recht sich selbst begrenzt, indem es unsere innere Willkür legalisiert,¹⁷ operieren KI-Techniken gerade umgekehrt: sie versprechen eine Deutung dessen, was wir wollen, denken und fühlen, sie grenzen sich davon nicht ab, sondern interpretieren es mithilfe dessen, was *Halpern* und *Mitchell smartness* nennen. Dabei greifen sie das Innere als Gegenstück nicht an, erklären es aber implizit für irrelevant, weil *smartness* funktionaler erscheint als Subjekte und ihre innere Freiheit. Dies lässt sich schon an vielen algorithmischen Systemen erkennen, wird aber im Zusammenhang cyber-physikalischer Großsysteme (und dem *internet of things*), die natürlich auch extensiv auf Techniken künstlicher Intelligenz zurückgreifen, besonders deutlich: denn diese übergeben die Frage, ob und wie gehandelt wird nicht (wie ein Navigationssystem etwa) an uns, sondern verzichten ganz auf handelnde und denkende Subjekte. Techniken künstlicher Intelligenz greifen damit nicht unmittelbar in das Verhältnis von Recht und Freiheit, Verantwortlichkeit und Subjektivität ein, aber sie machen uns ein konkurrierendes Angebot, den Zusammenhang von Handeln, Entscheiden und Wollen zu organisieren und, darauf kommt es an, auch zu regieren – nämlich *smart*. Dieses Angebot kann auf Subjekte, Handlungen und Verantwortlichkeit verzichten, weil es gerade nicht die Autonomie zur Voraussetzung und Freiheit zur Zielbestimmung macht.

III. Was bedeutet das alles?

Was bedeutet das nun alles? Ich möchte abschließend ein paar skizzenhafte Überlegungen zur Bedeutung dieser Konkurrenz von rechtlicher und technischer Regierung, von Freiheit und *Smartness* als jeweiligen Ziel- und Formbestimmungen dieser konkurrierenden Regierungsweisen, anstellen. Natürlich stellt sich die Frage, wie sich die Konkurrenz auf die Möglichkeiten des Rechts, in die technische Gestaltung der Welt einzugreifen, aus-

17 Vgl. *Menke* (Fn. 15), S. 81 ff.

wirkt. Wenn Recht Freiheit voraussetzt und zu seiner Formbestimmung macht, während datengetriebene Techniken Freiheit zwar nicht faktisch angreifen, aber auch nicht voraussetzen und vor allem darauf ausgerichtet sind, die Möglichkeit, sich anders als *smart* zu entscheiden, im Design, über die Affordanzen eines Systems quasi auszuschließen, dann wird schnell klar, dass die Konkurrenz auch zum Konflikt werden kann. Freiheitsgebrauch ist nicht immer *smart*, folgt regelmäßig gerade keiner *algorithmic reason*,¹⁸ Freiheit bedeutet ja gerade auch, die weniger naheliegenden Entscheidungen zu treffen, inkonsistent zu handeln oder irrational. Bei einer App, die mir Restaurantvorschläge macht, gibt es hier vielleicht kein größeres Problem – es hat kaum Folgen, wenn ich sie nicht nutze. Im Zusammenhang mit Infrastrukturen aber sieht die Sache schnell ganz anders aus: hier wird zum Problem, dass smarte und rechtliche Regierungsweise sich zwar nicht explizit widersprechen, aber auch nicht miteinander vereinbar sind. Aus dieser Perspektive setzt sich also fort, was beispielsweise *Mireille Hildebrandt* immer wieder mit Blick auf die unterschiedliche temporal-mediale Struktur von Recht und datengetriebener Techniken bemerkt hat: dass nämlich geschriebenes Recht schlicht nicht vermag, verstreuten, mobilen und sich in Echtzeit entwickelnden *smart computing*-Umgebungen beizukommen.¹⁹ Die hier gezeichnete Perspektive verstärkt diese Einschätzung vielleicht noch – ich versuche, das anzudeuten, indem ich von *Regierungsweisen* spreche: Sowohl smarte Großsysteme als auch Recht sind darauf angelegt, zu regieren – es sind nicht nur Angebote. Fürs Recht dürfte das offensichtlich sein. Hinsichtlich smarter Systeme braucht die drastische Bezeichnung sicher eine Erläuterung: während viele Einsätze von Algorithmen aus meiner Sicht recht schnell als *regierend* eingeordnet werden, wird eine solche Einordnung jedenfalls dann zwingend, wenn datengetriebene Techniken auch zum Beispiel Infrastrukturen wesentlich steuern. Denn dann sind sie nicht wie viele *social media apps* verzichtbare Angebote, sondern sie verändern das Soziale notwendig. Diesen Übergang vom weitgehend folgenlos verzichtbaren Angebot zu einer Angelegenheit, von der ich mich nur zurückziehen kann, wenn ich erhebliche Einschränkungen und Verluste in Kauf nehme, einer Angelegenheit also, die meine Handlungen weitreichend beeinflusst, diesen Übergang kann der Begriff

18 *Aradau/Blanke*, Algorithmic Reason – The New Government of Self and Other, 2022, z.B. S. 3ff.

19 Vgl. etwa *Hildebrandt*, Smart Technologies (Fn. 4); *Hildebrandt*, Law As Computation in the Era of Artificial Legal Intelligence. Speaking Law to the Power of Statistics, Toronto Law Journal 68 (2018), S. 12 ff.

des Regierens markieren. Smarte Großsysteme lassen sich aber nicht durch Recht steuern, wie modernes Recht etwa die äußeren Handlungen von Subjekten unter einem Prinzip der Freiheit steuern kann. Allenfalls ihr Einsatz und ihr Design können rechtlich behandelt werden. Und insofern entstehen dann echte Konkurrenzsituationen: ob der Gebrauch des öffentlichen Straßenraumes etwa rechtlich regiert wird oder smart, muss aktiv politisch entschieden werden, denn die eine Regierungsweise schließt die andere aus. Eine andere Überlegung, die sich hier aufdrängt: das Problem der Überwachung stellt sich im Zusammenhang smarter Weltgestaltung entsprechend *anders* dar als im Bild des Panoptikums. Überwachung ist so eng mit smarter Optimierung verknüpft, dass es schwierig sein dürfte, Überwachung kritisch zu behandeln ohne *smartness* kritisch zu behandeln. Oder anders gesagt: in einem *smart* regierten öffentlichen Raum kann Überwachung keine Rückwirkungen auf rechtlich gesicherte Freiheitssphären haben, weil ein auf diese Weise geregelter Raum gar keine Freiheitssphäre bildet oder voraussetzt, sondern eine smarte Nutzung. Wir müssen also neu über jene Probleme und Fragen, die wir bislang unter Begriffen wie Überwachung gefasst haben, nachdenken. An den Informationen darstellenden Daten bzw. an deren Digitalität anzuknüpfen, wird nicht ausreichen, um entsprechende Veränderungen der Konstellationen, in denen wir uns frei bewegen (wollen), zu erfassen – jedenfalls nicht angesichts datengetriebener Techniken des beschriebenen Ausmaßes.