

Habilitationsschriften Recht

Timo Rademacher

Recht ohne Zufall?

Algorithmische Rechtsverwirklichung
in der freiheitlichen Demokratie



Nomos

Prof. Dr. Timo Rademacher

Recht ohne Zufall?

Algorithmische Rechtsverwirklichung
in der freiheitlichen Demokratie



Nomos

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) – Projektnummer 559134250, ein Fellowship am ZfB Bielefeld sowie ein Prostdoktorandenstipendium der Daimler und Benz Stiftung.

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

1. Auflage 2025

© Timo Rademacher

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-3116-0
ISBN (ePDF): 978-3-7489-5457-6

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748954576>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International Lizenz.

Vorwort

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hat die vorliegende Arbeit im Sommersemester 2024 als Habilitationsschrift angenommen. Um eine rasche Veröffentlichung zu gewährleisten, habe ich mich nun auf die wichtigsten Aktualisierungen beschränkt. Eingearbeitet ist insbesondere die finale Version des AI Act. Auch die der Technik gewidmeten Passagen habe ich nochmals durchgesehen und wo möglich aktualisiert. Ich bitte um Nachsicht, wenn ich dabei den einen oder anderen neueren Beitrag übersehen haben sollte. Auch nach erneuter Durchsicht des Buches bin ich allerdings zuversichtlich, dass die technischen Abschnitte viele der neuesten Entwicklungen (Fortschritte im Bereich *explainable AI*, humanoide Robotik, KI-Agenten etc.) bereits als Prognosen enthalten und dass sie daher weiterhin eine tragfähige Grundlage für meine rechtlichen Überlegungen bilden.

Zum Gelingen dieses Buches haben viele Menschen beigetragen; nur wenigen kann ich an dieser Stelle namentlich danken. Zuvorderst zu nennen ist aber ganz ohne Zweifel Professor Dr. Jens-Peter Schneider, Betreuer und Erstgutachter der Arbeit. Er war mir von 2016 an der beste akademische Lehrer, den ich mir wünschen konnte. Die Zeit an seinem Freiburger Lehrstuhl, seine wissenschaftliche Neugier und sein wissenschaftliches Ethos werden mich mein Leben lang prägen. Den allergrößten Dank für diese Zeit und alle folgenden Gespräche und Diskussionen, lieber Herr Schneider! Ich freue mich sehr auf deren Fortsetzung. Herzlich danken möchte ich auch Professor Dr. Ralf Poscher. Er hat das Zweitgutachten in kürzester Zeit angefertigt und mir darin kritisch-konstruktive Anregungen gegeben, die mir geholfen haben, meine Argumente weiter zu schärfen.

Ausdrücklich nennen möchte ich zudem Professor Dr. Dr. h. c. mult. Eberhard Schmidt-Aßmann. Ich hatte das große Privileg und Glück, bei ihm promovieren zu dürfen. Ich weiß nicht, ob ich mich ohne seinen Zuspruch getraut hätte, den steinigen Weg in die Wissenschaft einzuschlagen – umso dankbarer bin ich heute dafür. Nicht minder herzlich fällt mein Dank an meinen ‚Habilbruder‘ Professor Dr. Nikolaus Marsch, D.I.A.P. (ENA) aus. Vom ersten Tag in Freiburg an war er anregender Diskussionspartner und wertvoller Ratgeber und wurde und ist akademische Familie im allerbesten Sinne. Und ich möchte meine Eltern nennen: Der geduldigen und liebevollen Unterstützung von Hedwig und Hans Rademacher verdanke ich schon immer und immer noch alles. Ihnen ist dieses Buch in Liebe gewidmet.

Hannover, im Juni 2025

Timo Rademacher

Inhaltsübersicht

Einleitung. Oder: Was wäre, wenn ...	23
Kapitel 1 Das Optimierungsversprechen: neue Realisierungsstrukturen für Recht	41
§ 1 Begriffe und Eigenschaften: künstliche Intelligenz in rechtswissenschaftlicher Betrachtung	42
§ 2 Anwendungen, Konzepte und Status quo der Dogmatik(en): künstlich-intelligente Strukturen zur Optimierung der Realisierungschancen des Rechts	70
Kapitel 2 Bedingungen und Maßstäbe der Optimierung: Funktionalität und Akzeptanz einer neuen Arbeitsteilung	269
§ 3 Der Vergleich Mensch/Maschine als Grundlage rechtlicher Beurteilung künstlich-intelligenter Realisierung von Recht	271
§ 4 Die Konturen einer neuen Arbeitsteilung von Mensch und Maschine bei der Realisierung von Recht	326
Kapitel 3 Grenzen der Optimierung: Kontingenz im Recht als Ziel und Mittel der Steuerung?	401
§ 5 Der rechtliche Wert des Auch-anders-möglich. Oder: Beweist sich die freiheitliche Demokratie durch die Möglichkeit zum Rechtsbruch?	403
§ 6 Realisierungsstrukturen der Nicht-Realisierung: Kontingenz durch Zufall?	522
Fazit. Und zwei Anliegen.	551
Literaturverzeichnis	555
Register	593

Inhaltsverzeichnis

Einleitung. Oder: Was wäre, wenn ...	23
I. Recht und Realisierung	25
II. Realisierung und Zufall	27
III. Künstliche Intelligenz und Optimierung der Realisierung des Rechts	30
IV. Grenzen der Optimierung? Zugleich: Gang der Untersuchung	32
V. Oder doch: alles bloße Fiktion?	37
VI. Methodische Einordnungen	39
 Kapitel 1 Das Optimierungsversprechen: neue Realisierungsstrukturen für Recht	 41
§ 1 Begriffe und Eigenschaften: künstliche Intelligenz in rechtswissenschaftlicher Betrachtung	42
I. Maschinelles Lernen und verwandte Begriffe	44
II. Angewandte Statistik und deren Probleme	53
III. Symbolische künstliche Intelligenz, General-purpose AI und explainable AI	59
IV. Legal Tech und hier sog. Law-abiding Technology	68
 § 2 Anwendungen, Konzepte und Status quo der Dogmatik(en): künstlich-intelligente Strukturen zur Optimierung der Realisierungschancen des Rechts	 70
I. Intelligent Surveillance	72
1. Begriff (zugleich Einordnung in die Kategorien des AI Act)	73
2. ... im Polizeirecht	76
a. Intelligente Videoüberwachung	77
b. Automatisierte Kennzeichenkontrollen	78
c. ‚Intelligente‘ Verdachtsgewinnung unter Einsatz von Radar- und LiDAR-Technologien	80
d. Data Mining	82
e. Fluggastdatenabgleich	87
aa. Grundzüge der gesetzlichen Regelungen und deren praktischer Einsatz	88
bb. Einschränkungen durch den EuGH	89

cc. Insbesondere: direkte Aussagen zur Nutzbarkeit von KI-Systemen	91
3. ... im Steuerrecht	94
4. ... im Finanzaufsichtsrecht	95
5. ... im Online-Kommunikationsrecht	99
6. Zum Stand der Diskussion: die Rechtsprechung zum Einsatz neuer Verdachtsgewinnungstechnologien in der dogmatischen Konsolidierungsphase	102
a. Das Konzept des Bundesverfassungsgerichts: Rechtschaffenheitsvermutung und Anlassdogmatik	103
aa. Scharfe Bestimmtheitsanforderungen	104
bb. Nur für gewichtige Schutzgüter (Katalog-Gebot)	107
cc. Grundsätzlich unzulässige Datenquellen, Verbot der Rundumüberwachung	107
dd. Konkretisierte Eingriffsschwellen (hier sog. Anlassdogmatik)	108
ee. Konsequenzen der Rechtsprechung für den Einsatz von KI zu Überwachungszwecken	112
ff. Sonderfall Data Mining innerhalb einer Behörde	114
b. Konvergenzen in der Rechtsprechung des EuGH	115
c. Dogmatisch-konzeptionelle Zweifel: Wäre es konzeptionell stimmiger, nach Gründen statt nach Anlässen zu fragen?	118
d. Grundrechtstheoretische Zweifel: Bildet das Recht auf informationelle Selbstbestimmung das falsche Schutzgut aus?	122
II. Impossibility Structures	126
1. Begriff	126
2. ... im Online-Kommunikationsrecht	129
a. Ursprung: Freiwilliges Filtern der Inhalte durch die Diensteanbieter	129
b. Filterpflichten aus dem neuen digitalen Urheberrecht?	131
c. Filterpflichten im Ehrschutzrecht: die Rechtssache Glawischnig	133
d. Filterpflichten im bisherigen Urheberrecht: die Rechtssachen YouTube und Cyando	135
e. Ausdrückliche proaktive Filterpflichten aus dem Unionsrecht: Anti-Terror-Gesetzgebung	138
f. Perspektive Digital Services Act: weitere Impulse in Richtung präventiver Rechtskontrolle mit allgemeiner Reichweite	140
3. ... im Datenschutzrecht	143

4. ... im Straßenverkehrsrecht	146
a. Kraftfahrzeuge mit hoch- oder vollautomatisierter Fahrfunktion	146
b. Kraftfahrzeuge mit autonomer Fahrfunktion	147
c. Inkurs: Überwachungsleistungen solcher Kraftfahrzeuge	148
d. Freiwilliger Einbau von Impossibility Structures durch die Kfz-Hersteller und der Einsatz jenseits von Kraftfahrzeugen	149
5. ... im Technikrecht allgemein? Ein futuristisches Gedankenexperiment um robotische Haushalts- und Servicehilfen	150
a. Orientierung am Straßenverkehrsrecht	152
aa. Pflicht zur allgemeinen Befolgung des situativ geltenden Rechts (hier sog. Law-abiding Technology)	152
bb. Verbot, zum Werkzeug für Gefährdungen zu werden	152
cc. Überwachungsleistungen auch von robotischen Haushalts- und Servicehilfen?	153
b. Orientierung an der allgemeinen Hilfeleistungspflicht gemäß § 323c StGB?	154
aa. Vorneweg: Tendenzen zu ‚freiwillig‘ hilfsbereiter KI	155
bb. Grundzüge von § 323c StGB	155
cc. § 323c StGB ist kein Technikrecht.	156
dd. Aber Übertragbarkeit des Rechtsgedankens von § 323c StGB auf ‚intelligente‘ Maschinen de lege ferenda?	157
ee. Irrelevanz des pflichtbeschränkenden Zumutbarkeitskriteriums für Maschinen	160
c. Ergebnis: keine analoge Anwendung der Normen de lege lata, aber dreifache Orientierung de lege ferenda	162
6. Zum Stand der Diskussion: dogmatische Gelassenheit, rechtstheoretische Besorgnis – beides unbegründet?	165
a. Rechtsdogmatische Bewältigung durch Überwachungsakzessorietät	166
aa. Eingriff vor allem in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung	166
bb. Prima-facie-Konvergenz mit der Rechtsprechung des EuGH	167
cc. Verfassungsrechtliche Hürden spezifisch für den Einsatz von Impossibility Structures	168
b. Unterschiede und Inkongruenzen zur Überwachungskonstellation, ‚blinde Flecken‘ in Randbereichen	173
aa. ... am Beispiel des Datenschutzrechts	173
bb. ... am Beispiel des Straßenverkehrsrechts	175

cc. ... am Beispiel von § 323c StGB	176
dd. ... bei der Erfassung bestimmter Sonderformen von Impossibility Structures	176
ee. Gebot einer eigenständigen Dogmatik für Impossibility Structures	177
c. Rechtstheoretische Implikationen von Impossibility Structures	177
aa. Entdialogisierung der Rechtsanwendung	177
bb. Entflexibilisierung der Rechtsanwendung	178
cc. Re-Dialogisierung und -Flexibilisierung durch ex-post- Lösungen	181
III. Compliance Assistance Technologies (i. e. S.)	182
1. Begriff	184
2. ... im Straßenverkehrsrecht	186
3. ... im Online-Kommunikationsrecht	188
4. ... im Infektionsschutzrecht	189
5. ... im Verbraucherschutzrecht	191
6. ... im Recht der Studienplatzvergabe	196
7. Zur (fehlenden) übergreifenden Diskussion	200
a. Dimensionen von Rechtswissensproblemen	201
b. Steuerungswirkungen bei den Adressaten	201
c. Rückwirkungen auch auf das Recht?	203
IV. Justification Structures	204
1. Begriff und erste Anwendung im Online-Kommunikationsrecht	205
a. Begriff	206
b. Details der Regelung im Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz	207
c. Einschätzung des Generalanwalts zur Unionsrechtskonformität	210
d. Erhebliche Unstimmigkeiten in der einschlägigen EuGH- Entscheidung	214
2. Rechtsdogmatisch-konzeptionelle Übertragbarkeit auf andere Rechtsgebiete?	217
a. Konzeptionelle Übertragbarkeit, gestufte Übergänge und Fehlerfolgen	217
b. Anschlussfähigkeit an die Anlassdogmatik des Bundesverfassungsgerichts?	220
c. Unzulänglichkeit einer bloß überwachungsakzessorischen Bewältigung	221
3. Theoretische Folgerung: Rechtsanwendungsoperation bleibt ein kommunikativer Prozess, allerdings in formalisierter(er) Struktur.	223

V. Sonderfall: Preference Assistance Technologies	224
1. Worum es hier nicht geht: die (eindeutig) dunklen Seiten der Personalisierbarkeit durch künstliche Intelligenz	225
2. Der gesellschaftlich-verfassungsrechtliche Hintergrund von Diensten wie Google News: Präferenzoptimierung als Gebot?	227
3. Die regulatorisch-einfachrechtliche Ebene: Präferenzoptimierung als Rechtsanspruch	230
a. Algorithmen-Transparenz für die Nutzer	230
b. Nicht-diskriminierender Zugang	232
c. Jeder (s)ein eigener Redakteur?	234
VI. Zwischenfazit I: verminderte Kontingenz durch immer mehr ‚hilfsbereite‘ Maschinen?	237
1. Methodische Vorbemerkung: der Narrativ-Begriff im rechtswissenschaftlichen Gebrauch	238
2. Ausgangspunkt: Infrastrukturalisierung der (Möglichkeit zur) Rechtsanwendung	240
3. Macht: zur (neuen) Möglichkeit ihrer Realisierung	243
4. Schutz: vom Überwachungs- zum Hilfeleistungsnarrativ	247
a. Von der Überwachung zur Hilfeleistung: ein Wechsel des Narrativs	248
aa. Warum ‚Überwachung‘ begrifflich immer seltener passen wird.	248
bb. Warum wir stattdessen häufiger im hier sog. Hilfeleistungsnarrativ agieren werden.	249
cc. Verfassungs- und rechtsdogmatische Relevanz des Narrativwechsels: der Unterschied zwischen Hin- und Wegschauen	250
b. Ein gewichtiger technikbedingter Einwand gegen den Narrativwechsel: Hilfsbereite Technologie schaut – anders als ein Mensch – nie einfach zufällig (!) ‚hin‘.	251
c. Drei Gegeneinwände	252
aa. Der Einwand ist technologisch nicht nachhaltig.	252
bb. Der Einwand ist gesellschaftlich dauerhaft nicht vermittelbar.	253
cc. Der Einwand ist auch rechtlich nicht durchhaltbar.	256
d. Ein normativer Einwand: Wohnt nicht doch einer jeden Hilfeleistungspflicht ein Moment der Überwachung inne (d. h. Gleichzeitigkeit der Narrative statt Alternativität)?	260
e. Perspektive: Zukunft	264

5. Zuletzt ein Widerspruch gegen die Thesen von der Naturalisierung und Entdialogisierung der Rechtsanwendung	265
Kapitel 2 Bedingungen und Maßstäbe der Optimierung: Funktionalität und Akzeptanz einer neuen Arbeitsteilung	269
§ 3 Der Vergleich Mensch/Maschine als Grundlage rechtlicher Beurteilung künstlich-intelligenter Realisierung von Recht	271
I. Die Leistungen von Menschen bei der Realisierung von Recht als Ausgangspunkt	271
1. Realisierung des Gesollten	271
2. Konkretisierung zur Normanwendung	273
3. Korrektur bei Normanwendung	274
4. Reflexion über die Norm	274
5. Bestätigung des Sollens	275
6. Adressatenfunktion für die Zuschreibung von Verantwortung	276
7. Querliegend dazu: Parameter, die die Anwendung von Recht strukturieren	276
II. Erfüllung durch Maschinen? Der Mensch/Maschine-Vergleich als Grundlage für die Analyse hybrider Interaktionszusammenhänge	278
1. Konkretisierung des normativen Programms	280
a. Mensch	280
b. Maschine	282
aa. Rechtstraining durch Machine Learning – hat Grenzen.	283
bb. Symbolische KI als notwendige Ergänzung	287
cc. Sonderfall automationsgerechte Rechtssetzung und der sog. Digitalcheck für alle Gesetze	288
c. Mensch vs. Maschine	290
aa. Im Ausgangspunkt ähnlich: Alles ist Entscheiden unter Wahrscheinlichkeitsurteilen.	290
bb. Das zentrale Problem: einzelfalladäquates Entscheiden	291
cc. Auch nicht einfach: Wertungen	294
dd. Spezifische Stärken maschineller Prognosesysteme	295
d. Ergebnisse des Vergleichs	298
2. Korrektur und technische Reflexion des Normprogramms	298
a. Mensch vs. Maschine	298
b. Noch einmal zurück: Maschine	300
3. Bestätigung durch Technikeinsatz und menschliche Reflexion des Normprogramms	302

4. Realisierung des normativen Programms	304
a. Maschine	304
b. Mensch	305
c. Mensch vs. Maschine	305
5. Verantwortungszuschreibung	306
a. Maschine	306
b. Mensch vs. Maschine I: Antworten-Können	308
c. Mensch vs. Maschine II: Dokumentierbarkeit und Korrigierbarkeit (insbesondere De-biasing)	312
aa. Datenintensive Testverfahren	313
bb. "How much bias is too much?"	313
cc. Curse of Dimensionality	314
dd. Rechtliche Rezeption welcher algorithmischen Fairnessmaße?	315
d. Zwischenbetrachtung	317
III. Anstelle eines Zwischenfazit: eine Warnung und eine Relativierung	317
1. Defizit-Fokussierung als Anreiz und potentiell unbewusste Legitimierung des KI-Einsatzes; deshalb: Desiderat einer defizitunabhängigen Bewältigungsstrategie	319
2. Mit dem Menschen als Maßstab: Um perfekte Rechtsanwendung geht es nicht.	321
a. Besser reicht.	321
b. Besser als wer zu welchem Zeitpunkt?	323
§ 4 Die Konturen einer neuen Arbeitsteilung von Mensch und Maschine bei der Realisierung von Recht	326
I. Vorüberlegungen: Wer ist derzeit zuständig für die Rechtsfindung?	327
1. Der Diskurs über die Zuständigkeit für die Realisierung des Rechts: zwischen Fiktion, Professionalismus und Republikanismus	328
a. Fiktion (Bundesverfassungsgericht)	329
b. Professionalismus	332
c. Republikanismus	337
aa. Das gemeinsame Anliegen der hier sog. republikanischen Auffassungen	337
bb. Vorzüge der Konzeption	339
cc. Nachteile der Konzeption?	341

2. Drängt ein republikanisches Rechts- und Bürgerschaftsverständnis zum Einsatz von Compliance Assistance Technologies i. w. S.?	342
a. Das republikanische Bürgerschaftsverständnis als Motor zur Schaffung von anspruchsvollen Arrangements der Rechtsbefolgungsassistenz	343
b. Wirkungen auf die Richtigkeitsmaßstäbe der Rechtsanwendung, größere Fehlertoleranz	345
c. Ein drittes Narrativ: Compliance Assistance als Ertüchtigung zur Ausübung republikanischer Zuständigkeit für die Rechtsverwirklichung	346
3. Methodische Vergewisserung: warum ‚bürgerliche Ertüchtigung‘ als Perspektive der nachfolgenden Konturierung?	348
II. Konturen einer doppelt hybriden Arbeitsteilung bei der Realisierung von Recht	351
1. Bürgerliche Verantwortung: Ausgestaltungsoptionen für eine technologieassistierte ‚Ertüchtigung‘ zur Realisierung des Rechts	352
a. Compliance Assistance Technologies i. e. S.	352
aa. Geeignetheit zur Ertüchtigung	352
bb. Erforderlichkeit zur Ertüchtigung	354
cc. Angemessenheitsfragen	354
b. Impossibility Structures	355
aa. Grundsatz: Zwang als Ertüchtigung ungeeignet	356
bb. Ausnahme I (wenig überzeugend): Verteilung rechtlicher Angriffslasten als kontingente gesetzgeberische Ausgestaltungsentscheidung?	356
cc. Ausnahme II (vielversprechender): Wenn Rechtsbefolgung ohne (schnelle) physische Intervention gar nicht mehr möglich ist	358
c. Justification Structures	359
aa. Prima facie starke Überwachungskomponente von Justification Structures: zur Ertüchtigung ungeeignet?	360
bb. Oder: Justification Structures als besonders ernst gemeinter Versuch, Rechtsanwendung als Dialog mit dem Bürger zu begreifen?	360
d. Spezifische Rückfragen an das Recht	362
2. Regulierung des technischen Systems: Verlässlichkeit und Bestreitbarkeit der maschinellen Rechtsanwendungsoperationen	362
a. Hinreichende Verlässlichkeit	363

b. Adäquate Bestreitbarkeit	365
aa. Minimalanforderung: Information über die automatisierte Rechtsassistentz	365
bb. Adressatenadäquate Nachvollziehbarkeit der Assistenz	366
cc. Im Detail: Compliance Assistance Technologies i. e. S.	368
dd. Im Detail: Impossibility Structures	369
ee. Im Detail: Justification Structures	370
c. Ansätze für entsprechende Regulierungen im geltenden Recht	370
aa. ... in Sachen Verlässlichkeit	371
bb. ... in Sachen Bestreitbarkeit	376
3. Staatliche Verantwortung: Arrangements zur ‚Verschaltung‘ von bürgerlicher/privater mit professioneller Rechtsanwendung	380
a. Behördliche Aufsicht und Beschwerderechte, staatliche Wissensgenerierung	381
aa. Anknüpfung an den rechtsdogmatischen Diskurs zur staatlichen Gewährleistungsverantwortung	381
bb. Ansätze für eine entsprechende Regulierung im geltenden Recht	382
cc. Grundlage aufsichtsrechtlicher Intervention: Protokollierung	385
dd. Ergänzende Arrangements der staatlichen Wissensgenerierung	385
b. Gerichtlicher Rechtsschutz (individuelle Intervention)	386
c. Rechtsfortbildungs-/Innovationsarrangements (objektive Intervention)	389
III. Zwischenfazit II: noch weiter verminderte Kontingenz durch immer mehr ‚Ertüchtigung‘ bei der Rechtsverwirklichung	391
1. Vor allem: Die Präsenz rechtserkenntnisfähiger Technologien zwecks Ertüchtigung kann zugleich das hier sog. Hilfeleistungsnarrativ aktivieren – ein spannungsreiches Abwägungsdreieck entsteht.	391
2. Zusätzlich: Technologiebedingte Formalisierung von Rechtsanwendungsprozessen reduziert Kontingenz subtil und inkrementell.	393
a. Beobachtung: Rechtserkenntnisfähige KI leitet Normanwendung in formalisierte(re) Strukturen.	393
b. Annahme: Wer formalisiert weiß, wie er rechtmäßig zu handeln hat, wird grundsätzlich normgerecht handeln oder wenigstens nicht-normgerechtes Handeln geheim halten. Das gilt jedenfalls in einer grundsätzlich funktionierenden Normordnung.	394

c. Folgerung: Der durch die Überführung in Formalisierungszusammenhänge erzeugte Rechtfertigungsdruck reduziert Kontingenz bereits unterhalb der Schwelle von Justification oder Impossibility Structures.	396
3. Quintessenz. Oder: der ‚theoretische Rest‘	397
Kapitel 3 Grenzen der Optimierung: Kontingenz im Recht als Ziel und Mittel der Steuerung?	401
§ 5 Der rechtliche Wert des Auch-anders-möglich. Oder: Beweist sich die freiheitliche Demokratie durch die Möglichkeit zum Rechtsbruch?	403
I. Rechtssoziologischer Ausgangs- und Anschlusspunkt: Luhmanns „brauchbare Illegalität“ und ihre Rezeption in der Rechtswissenschaft	405
1. Brauchbare Illegalität nach Luhmann	406
2. Eingeschränkte Rezeptionstauglichkeit: kein im engeren Sinn rechtlicher Beschreibungsanspruch	409
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)	411
II. Übersetzung des ‚Auch-anders-möglich‘ in dogmatische Kategorien	413
1. (Kein) Recht zum Rechtsbruch	413
2. (Kein) Recht auf ignorantia legis	414
3. Recht auf Möglichkeit zum Rechtsbruch	414
4. Recht auf Möglichkeit zum unerkannten Rechtsbruch	415
5. Ergänzung I: Macht es einen Unterschied, nach einem Recht auf Möglichkeit zu fragen, sich <i>für</i> das Recht zu entscheiden?	416
6. Ergänzung II: die völkerrechtliche Diskussion um Funktionen von Illegalität	418
III. Sieben Gründe (und ein Vorschlag), Verhaltenskontingenz von Rechts wegen zu bewahren	419
1. Rechtsdogmatischer Ausgangspunkt: die Möglichkeit zum Rechtsbruch als instabiler Reflex der Freiheitlichkeit des Gemeinwesens	422
a. Vorab: Das grundgesetzliche Zensurverbot als allgemeiner Rechtsgrundsatz?	422
aa. Von vornherein nicht im Anwendungsbereich des Unionsrechts	423

bb. Fehlende Übertragbarkeit auf Konstellationen jenseits der Kommunikationsgrundrechte	424
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.	426
aa. Der Schutz vor Überwachung schützt als Reflex die Möglichkeit zum Rechtsbruch mit.	427
bb. Vertrauen in die Rechtschaffenheit der Bürger als Kern des Schutzes vor Überwachung	428
cc. ... aber: Vertrauen kann akut, kann aber v. a. auch systemisch enttäuscht werden (Perspektive der Critical Race Studies).	430
c. Die Möglichkeit zum Rechtsbruch als Ausdruck des Misstrauens in den Staat und seine Repräsentanten (Missbrauchsvorsorge)?	433
2. Der Erhalt der Möglichkeit zum Rechtsbruch durch Konstitutionalisierung der Normtheorie?	435
a. Normative Steuerung als zuerst kommunikativer Vorgang?	436
b. Normative Steuerung als Realisierungsarrangement	438
3. Der Rechtsbruch selbst als grundrechtlicher Freiheitsgebrauch?	441
a. Das Abwägungsgewicht ver- und gebotswidrigen Verhaltens: null	442
b. Einwand I: individuell-konkret	443
aa. Die notwendige Eigenständigkeit des Vollstreckungseingriffs ...	443
bb. ... begründet keinen notwendigen Eigenwert des Rechtsbruchs.	447
c. Einwand II: individuell-systemisch	448
aa. Brauchen wir eine Determinierungsgesamtrechnung?	448
bb. Der entscheidende Unterschied: Die Überwachungsgesamtrechnung schützt v. a. rechtmäßiges Verhalten, die Determinierungsgesamtrechnung soll rechtswidriges schützen.	449
cc. Freiheitsschutz als zentrale Aufgabe des materiellen Rechts („Recht auf Nicht-Recht“)	450
dd. Zwischenstufen: vom Verbot zur Haftung, vom Sofortvollzug zur Befolungsfrist	452

4. Der Rechtsbruch als Tauschgeschäft (rechtsökonomische Argumentation)?	455
a. Das Law-as-Price-Konzept	456
b. Vermittelnde Ansätze	459
c. Relevanz der Diskussion in/für Deutschland?	463
aa. Normtheoretischer Zugriff: der Preischarakter von Recht in Andreas Hoyers monistischer Rechtstheorie	463
bb. Die gesellschaftsrechtliche Diskussion um „nützliche Pflichtverletzungen“	466
d. Zahlreiche inhärente Probleme des Konzepts	473
aa. Undemokratisch	473
bb. Nur unter hohen freiheitsrechtlichen Kosten praktikabel	476
5. Die Möglichkeit zum Rechtsbruch als Gebot von Rechtsstaatlichkeit?	479
6. Überzeugend, aber von beschränkter Reichweite: der Rechtsbruch als Mittel demokratischer Kommunikation (der sog. zivile Ungehorsam)	481
a. Der zivile Ungehorsam: Rechtsbruch als Kommunikation	481
b. Konstitutive Elemente zivilen Ungehorsams	483
aa. Gewaltfreiheit	483
bb. Öffentlichkeit des Rechtsbruchs	484
cc. Grundgesetztreue Motivation	485
c. Eingeschränkte Reichweite des zivilen Ungehorsams	487
aa. Rechtfertigungsstrategien: vom Ungehorsam zum bloßen prima-facie-Ungehorsam	487
bb. Justification Structures realisieren die Grundidee zivilen Ungehorsams.	490
cc. Gegenständliche Beschränkungen auf geringfügige und kurzfristige Rechtsbrüche	490
d. Was bleibt: Die Ermöglichung (nicht Rechtfertigung) zivilen Ungehorsams ist mehr als nur ein Akt politischer Klugheit.	492
7. Überzeugend, und mit Reichweite: der Rechtsbruch als Mittel demokratischen Lernens (Devianz als Instrument gesellschaftlicher Wissensgenerierung)	494
a. Ziviler Ungehorsam als (zu) anspruchsvoller und kurzlebiger Grund für den Erhalt von Devianz	494
b. Bedarfe für mittel- und längerfristig offene Räume devianten Verhaltens? Devianz als Instrument gesellschaftlicher Wissensgenerierung	495

c. Das Recht auf Möglichkeit zum unerkannten Rechtsbruch: rechtliche Fundierung im Demokratieprinzip	500
aa. Irrtumsanfälligkeit, Reversibilität und (deshalb) Innovationsoffenheit als die drei Kern-Strukturelemente der Demokratie	500
bb. Formal-demokratische Innovationsarrangements allein reichen dafür nicht aus.	501
cc. Rechtsdogmatische und -praktische Voraussetzungen der Wissensgenerierung: Recht auf unerkannten Rechtsbruch, Verzicht auf Justification Structures, aber nicht zwingend auf Compliance Assistance i. e. S.	504
8. Vorschlag: Maßstäbe und Konturen für die demokratisch motivierte Wissensgenerierung durch Rechtsbruch	507
a. Vorneweg: privater Selbst- und Drittschutz (der ‚gute Samariter‘)	508
b. Inhaltliche Konturen und Maßstäbe für ein Recht auf Möglichkeit zum unerkannten Rechtsbruch	510
aa. Inhalts- und akzeptanzfokussierte Vorschläge (gesellschaftliches Lernenwollen im Fokus)	511
bb. Mein Vorschlag: ein wissensfokussiertes Modell (gesellschaftlicher Lernbedarf im Fokus)	512
cc. Potentiell hoher Lernbedarf: altes, erfolgreiches Recht	513
dd. Geringerer Lernbedarf: junges Recht	514
ee. Ambivalenter Lernbedarf: altes, erfolgloses Recht	514
ff. Sonderfall Risikoregulierungsrecht	515
gg. Hilfskriterien	516
hh. Zusammenfassung	517
c. Rechtstechnische Konturen eines Rechts auf Möglichkeit zum unerkannten Rechtsbruch	517
IV. Ein letztes Zwischenfazit	519
§ 6 Realisierungsstrukturen der Nicht-Realisierung: Kontingenz durch Zufall?	522
I. Der Zufall als Steuerungsmechanismus im Recht – bisher	524
1. Verbreitet: grundsätzliche Ablehnung	525
2. Ausnahme-Fallgruppe I: Entscheidung unter praktischer (v. a. zeitbedingter) Gleichwertigkeit der Alternativen	527
3. Ausnahme-Fallgruppe II: Entscheidung unter theoretischer Gleichwertigkeit der Alternativen	527
	21

4. Ausnahme-Fallgruppe III: Entscheidung unter rechtlich bedingter Gleichwertigkeit der Alternativen (hier sog. ‚verbotenes Wissen‘)	528
5. Fortschreitende Verengung der Ausnahmen im gegenwärtigen Recht	529
a. Weniger praktisch bedingt gleichwertige Handlungsalternativen dank KI-gestützter Wissensgenerierung und -verarbeitung	529
b. Materiale Gleichheitskonzepte zwingen zu immer detaillierterer und differenzierterer Wissensgenerierung (weniger rechtlich bedingte Gleichwertigkeit von Handlungsalternativen).	530
c. Explorative KI könnte manche ‚Theorien‘ über die Gleichwertigkeit von Handlungsalternativen in Frage stellen.	531
II. Der Zufall als versteckter Baustein in der Anlassdogmatik des Bundesverfassungsgerichts	531
1. Die besondere Legitimität von Stichprobenkontrollen	532
2. Der Zufall im Kern der hier sog. Anlassdogmatik selbst	535
3. Exkurs: zur Zufälligkeit des sog. Personalized Law	537
III. Der Zufall als Steuerungsmechanismus unter den Funktionsbedingungen einer KI-optimierten Rechtsordnung; zugleich: Perspektiven für die Forschung	538
1. Unbrauchbarkeit des Zufalls im hier sog. Hilfeleistungsnarrativ	539
2. Exkurs zum materiellen Recht I: Kontingenz durch Recht. Oder: das Recht als Chance, es trotzdem zu versuchen	541
a. Beispielhaft: (Kein) Zufall bei der Studienzulassung?	542
b. Mehr Zufall bei der Studienzulassung! Revolution – oder im rechtlichen Kern ein konservativer Vorschlag?	542
c. Das ‚revolutionäre‘ Fragment: ein Eigenwert des Zufalls?	544
3. Exkurs zum materiellen Recht II: das Konzept der Serendipität. Oder: Preference Assistance Technologies als Hindernis individueller Lernerfahrungen	546
Fazit. Und zwei Anliegen.	551
Literaturverzeichnis	555
Register	593