

2.1.3 Autonomie

Digitale Berechenbarkeit versus Zufall in Literatur und Recht

Timo Rademacher und Erik Schilling

Mittels digitaler Methoden werden Menschen berechnet, ihre Vorlieben und ihr Verhalten ermittelt, und das immer präziser. Das hat eine ganze Reihe manifester Vorteile: Das Erheben von Präferenzen führt zu einer besseren Zuordnung und Nutzung von Ressourcen. Das Erfassen von Gesundheitsdaten ermöglicht bessere Therapien. Das Erfragen von Persönlichkeitstypen bietet die Chance, Verträge individuell zuzuschneiden. Doch die Optimierungen, die sich mittlerweile quer durch unsere Gesellschaft und unsere Rechtsordnung ziehen, haben ihren Preis: Individuell angepasste Gestaltungsmöglichkeiten oder komfortablere Dienste (positive Freiheit) werden gegen ein Mehr an staatlicher und/oder privater Überwachung und Datenverarbeitung (negative Freiheit) eingetauscht.¹ Viele Bürger*innen tun das ganz bewusst, etwa indem sie bereitwillig ihre personenbezogenen Daten in den sozialen Medien preisgeben. Ob und wo diese Tauschgeschäfte auf einer *überindividuellen* Ebene, also hinsichtlich des hier im Vordergrund stehenden Gemeinwohls,² noch als gemeinwohlfördernd oder schon als gemeinwohlschädlich zu gelten haben, ist eine Frage, die die Gesellschaft gegenwärtig beantworten muss.

1 Zu diesem sogenannten Technologieparadox siehe den einleitenden Beitrag von Chris Piallat in diesem Band. Richtig ist, dass die Dichotomie von positiver und negativer Freiheit kaum noch in der Lage ist, die komplexen Wechselwirkungen von Freiheit und Technik differenziert abzubilden. Siehe daher für eine komplexere Taxonomie von Freiheit und Technik Wagner, Ben: »Was bedeutet ›Freiheit‹ in einem soziologischen Kontext?«, in: Michael Oswald/Isabelle Borucki (Hg.), *Demokratietheorie im Zeitalter der Frühdigitalisierung*, Wiesbaden: Springer 2020, S. 201-218.

2 Zum Begriff und Verständnis des Gemeinwohls siehe den einleitenden Beitrag von Chris Piallat in diesem Band.

Klar aber ist schon jetzt: Digitalisierung bedeutet Freiheitsgewinne und Freiheitsverluste zugleich.

Entsprechend intensiv wird die Digitalisierung in den Geistes- und Sozialwissenschaften untersucht. Die voneinander weit entfernt liegenden Pole dieser Diskussion werden in der Einleitung zu diesem Buch umrissen: Sie reichen von Technik- und Interneteuphorie aus den Anfangstagen der Digitalisierung bis hin zu dystopisch anmutenden Warnungen vor der Superintelligenz und den Gefahren des Internets. An einige besonders wirkmächtige Stellungnahmen sei kurz erinnert: So fragt Armin Nassehi in seinem Buch *Muster* (2019) nach den Fundamenten, auf denen die Digitalisierung der Gegenwart ruht, und beleuchtet in einer problemgeschichtlichen Analyse ihr Entstehen im Laufe des 20. Jahrhunderts.³ Andreas Reckwitz setzt sich in seinem vieldiskutierten Buch über *Die Gesellschaft der Singularitäten* (2017) mit dem Zusammenhang von Digitalisierung und einer auf die Spitze getriebenen Selbstkuratierung auseinander.⁴ Shoshana Zuboff diagnostiziert in ihrem nicht weniger breit wahrgenommenen Buch *The Age of Surveillance Capitalism* (2019) eine Verschiebung der zentralen Bedrohung: weg vom totalitären Big-Brother-Staat hin zum privaten Überwachungs-Kapital aus dem Silicon Valley.⁵

Wir möchten zu diesen Diskussionen drei Thesen beisteuern:

- (1) Digitalisierung bedingt eine zunehmende Berechnung menschlichen Handelns, was – je nach Kontext – als Freiheitsgewinn und/oder Freiheitsverlust spürbar werden kann, also ambivalent ist. Die Literatur hat in Zukunftsromanen die Möglichkeit, die Folgen unserer digitalen Berechenbarkeit zu Ende zu denken.
- (2) Dem Recht kommt in unserer Gesellschaft die Aufgabe zu, Freiheitsgrenzen verbindlich abzustecken. Es kann sich an den fiktionalen Szenarien der Literatur orientieren, um frühzeitig Überlegungen zu Freiheitsgewinnen und -verlusten durch Digitalisierung anzustellen, die dann in die Ausgestaltung rechtlicher Regelungen einfließen können.
- (3) Inspiriert von den fiktionalen Welten der Literatur glauben wir, dass es ein wichtiges Element künftiger Freiheit sein könnte, den Zufall im Leben

3 Nassehi, Armin: *Muster. Theorie der digitalen Gesellschaft*, München: C.H. Beck 2019.

4 Reckwitz, Andreas: *Die Gesellschaft der Singularitäten. Zum Strukturwandel der Moderne*, Berlin: Suhrkamp 2017.

5 Zuboff, Shoshana: *The Age of Surveillance Capitalism*, New York: PublicAffairs 2019.

der Menschen zu bewahren, und das heißt vielleicht sogar: dem Zufall von *Rechts wegen* einen Platz in unserem Leben einzuräumen.

Wir entwickeln unsere Thesen vor allem anhand des Romans *Der Würfel* von Bijan Moini (Abschnitt 1). In dem Roman hat die Gesellschaft die Kontrolle an eine allgegenwärtige künstliche Intelligenz übergeben und dadurch eine optimierte Realität geschaffen, die allerdings, und das ist das für uns Spannende, bei Moinis Helden *Taso* eine auf den ersten Blick befremdliche Sehnsucht nach dem Zufall weckt. Aus dieser Roman-Welt greifen wir einen speziellen Aspekt zur rechtlichen Analyse (Abschnitt 2) heraus: Wir fragen, ob es gut wäre, wenn auch der Vollzug des Rechts optimiert wäre, das Recht also stets und überall herrschen würde, ungestört von den Zufällen individuell-normabweichenden Verhaltens. Vor diesem Hintergrund werfen wir die Frage auf (Abschnitt 3), ob diese Vision dystopische Züge hat, weshalb dem sich abzeichnenden digitalisierten Vollvollzug des Rechts ein *Recht zum Rechtsverstoß* entgegenzustellen wäre. Im Fazit (Abschnitt 4) plädieren wir für ein Menschenbild, das den Verzicht auf Berechnung in bestimmten Bereichen in Kauf nimmt, obwohl sie – etwa technisch – möglich wäre.⁶

1 Der berechnete Mensch in der Literatur

Literarische Texte der vergangenen Jahrzehnte, die sich mit Fragen der Digitalisierung beschäftigen, unterstreichen die Tendenz zu zunehmender Berechenbarkeit. International stark beachtet wurde Ian McEwans Roman *Machines Like Me* (2019),⁷ in dem die Frage nach digitaler Rationalität am Beispiel eines humanoiden Roboters und dessen Interaktion mit Menschen durchgespielt wird. Im deutschsprachigen Kontext setzt sich die Juristin und Schriftstellerin Juli Zeh intensiv mit Digitalisierung und Berechenbarkeit auseinander. Schon ihr früher Roman *Spieltrieb* (2004)⁸ lässt sich als Überlegung dazu verstehen, wie viel Berechenbarkeit das Alltagshandeln wünschenswer-

6 Teile unserer Thesen konnten wir mit den Studierenden einer digitalen Studiengruppungs-Arbeitsgruppe im Herbst 2020 diskutieren. Wir danken allen Beteiligten für die Gespräche und ihre Anregungen.

7 McEwan, Ian: *Machines Like Me*, London: Jonathan Cape 2019.

8 Zeh, Juli: *Spieltrieb*, München: btb 2006.

terweise prägen sollte. Verstärkt wird dies in *Corpus Delicti* (2009)⁹: Im Roman wird eine zukünftige Gesellschaft geschildert, die in Gesundheitsfragen optimiert ist und auch klare normative Vorgaben aufweist, wie sich die Individuen verhalten sollen. In ihrer essayistischen Publikation *Fragen zu Corpus Delicti* (2020)¹⁰ bezieht Juli Zeh diese Überlegungen unter anderem auf die Debatten rund um die Corona-Pandemie, insbesondere auf Bestrebungen nach digitaler Überwachung, etwa um Infektionsketten nachzuverfolgen.

Besonders relevant für die Frage nach Chancen und Risiken digitaler Berechenbarkeit ist Bijan Moinis Roman *Der Würfel* (2018).¹¹ Moini entwirft eine Zukunftsgesellschaft, die größere individuelle Freiheiten genießt als die in Zehs *Corpus Delicti*, weil kaum inhaltliche Verhaltensvorgaben gemacht werden. Gleichzeitig aber ist die digitale Überwachung erheblich weiter ausgebaut, etwa zum Zwecke der optimalen Befriedigung von Bedürfnissen und Verteilung von Ressourcen, wie auch zur Durchsetzung des Rechts. Ein Gegenmodell zu dieser fortschreitenden Digitalisierung entwirft Alexander Sperling in seinem Roman *Glashauseffekt* (2020).¹² Der Roman spielt im Jahr 2049; die zunehmende Umweltzerstörung hat dazu geführt, dass die Menschen auch im Hinblick auf die Digitalisierung auf einem – verglichen mit 2020 – niedrigeren Niveau angekommen sind.

Zu all diesen Romanen würde sich eine detaillierte Analyse lohnen. Wir beschränken uns hier jedoch auf Moinis *Der Würfel*, weil sich daran das in diesem Band im Vordergrund stehende Phänomen – Digitalisierung im Kontext von Freiheit und Autonomie – *in nuce* beobachten lässt.

Der Würfel spielt zu einem nicht genauer definierten Zeitpunkt in der Zukunft (Anfang/Mitte der 2030er Jahre). Das Leben in Deutschland wird in großen Teilen von einem intelligenten Algorithmus gesteuert, dem ›Würfel‹. Dieser ist demokratisch legitimiert, agiert also im Rahmen der Gesetze, die der Bundestag ihm beziehungsweise der Gesellschaft geben. Seine wesentliche Aufgabe besteht in umfassender Optimierung: Auf Basis der gesetzlich vorgegebenen Rahmenbedingungen sowie der ihm bekannten Vorlieben und Persönlichkeitseigenschaften der Bürger*innen kann der Algorithmus Ressourcen bestmöglich zuteilen und nutzen. Er ermöglicht es den einzelnen In-

9 Zeh, Juli: *Corpus Delicti* – Ein Prozess, München: btb 2010.

10 Zeh, Juli: *Fragen zu Corpus Delicti*, München: btb 2020.

11 Moini, Bijan: *Der Würfel*. Roman, Zürich: Atrium 2018.

12 Sperling, Alexander: *Glashauseffekt*. Ein Zukunftsroman, München: &Töchter 2020.

dividuen beispielsweise, Beruf oder Partner*in genau nach ihren Wünschen zu wählen.

Die Berechenbarkeit der Bürger*innen wird in einem sogenannten ›Pred-Score‹ abgebildet: Je höher der Score, umso stärker die Berechenbarkeit des Individuums und umso größer die Annehmlichkeiten, die der Würfel den Bürger*innen zukommen lässt. Auf Basis seiner Berechnungen gelingt es dem Würfel auch, Verbrechen so präzise vorherzusagen, dass die Kriminalität auf einem historischen Tiefstand angelangt ist. Hier scheinen Parallelen zu Steven Spielbergs Film *Minority Report* (2002) auf. Rechtsstreitigkeiten werden (innerhalb gewisser Grenzen) anhand von Informationen, die dem Würfel vorliegen, automatisiert und ad hoc entschieden – und zum Beispiel durch Drohnen auch automatisiert gelöst, das heißt vollstreckt.

Neben dem Würfel existieren mehrere Varianten der Organisation von Gesellschaft. In China herrscht der ›Harmonismus‹. Anders als der Würfel gibt dieser inhaltliche Präferenzen für das Verhalten vor. Der westliche ›Kubismus‹ dagegen zielt ausschließlich auf Berechenbarkeit und die damit verbundene Optimierung (zumindest noch) demokratisch bestimmter Vorgaben und Werte. Darüber hinaus gibt es in Deutschland bestimmte – gesetzlich garantierte – »Würfelfreie Zonen« (WfZ), die nicht vom Würfel überwacht und gesteuert werden. Dort leben diejenigen, die den Würfel aus freiheitlichen oder ideologischen Gründen ablehnen, etwa weil sie von der Autonomie des Individuums überzeugt sind oder einer Religion anhängen und den Würfel nicht als ›Gott‹ neben ihrem Gott tolerieren. Allerdings geraten die Würfelfreien Zonen immer stärker unter Druck, sich gegenüber den Kubisten für ihr abweichendes Verhalten zu rechtfertigen.

Der Protagonist des Romans, Taso, steht für eine weitere Variante. Als ›Gaukler‹ versucht er, sich dem Zugriff des Würfels durch möglichst willkürliches Verhalten zu entziehen. Sein Pred-Score liegt – mit einer dezenten Anspielung auf George Orwells berühmte Dystopie – bei 19,84 auf einer Skala von 1 bis 100 und gehört damit zu den niedrigsten überhaupt. Nahezu alle Alltagsentscheidungen nimmt Taso auf Basis eines Würfel- oder Münzwurfs vor: Er zieht morgens die Kleidung an, die ihm ein Würfel zufällig zuteilt (ein realer Würfel, nicht der Würfel-Algorithmus), und beantwortet Ja-/Nein-Fragen abhängig davon, ob ihm eine Münze Kopf oder Zahl zeigt. Im Roman wird so mit dem doppelt codierten Bild des Würfels eine Konstellation entworfen, in der maximales Kalkül (der Würfel als Algorithmus) und maximale Kontingenz (der Würfel als Zufallsinstrument) einander gegenüberstehen.

Moinis *Der Würfel* ist für die Auseinandersetzung mit dem Thema *digitale Berechenbarkeit* ein hochinteressantes und hochreflektiertes literarisches Beispiel, das sich besser als klassische Dys- oder Utopien dazu eignet, von gesellschaftswissenschaftlichen Disziplinen befragt zu werden. Der Würfel-Algorithmus ist demokratisch legitimiert und unterscheidet sich damit klar von autoritär fundierten Weltentwürfen, etwa der Religion oder der staatlichen Ideologie Chinas – ein Verweis des Romans auf das reale Experiment des ›Social Credit Systems‹ in einigen chinesischen Städten. Der Würfel stellt also gerade nicht das typische Schreckensszenario aus Überwachung und heteronomer Lenkung dar, das Dystopien oft zeichnen, etwa Juli Zehs ›Gesundheitsdiktatur‹ in *Corpus Delicti*. Im Gegenteil: Indem der Würfel den Menschen dabei hilft, ihr Leben an ihren Vorlieben auszurichten, verschafft er ihnen Freiheiten und ein nicht unerhebliches Glück: »Was spricht dagegen, dass jeder das arbeitet, was er am besten kann, sagt, was ihm nützt, und sich in jemanden verliebt, der zu ihm passt?«, wird Taso vom Würfel selbst gefragt.¹³ Der Würfel sorgt für »Sicherheit und eine integrale, effiziente Politik« und hilft, »Ressourcen zu schonen, zu forschen, [...] persönliches Potential auszuschöpfen, passende Freunde und Partner zu finden und gesund alt zu werden.«¹⁴

Tasos Argumente dagegen erscheinen schwach: Er pocht auf Selbstbestimmung, entscheidet sich aber stets nach dem Zufallsprinzip. Zum Würfel sagt er: »Zufall macht frei. Diese Münze ist unabhängiger als wir beide zusammen.«¹⁵ Doch ist das ein stark reduzierter Freiheitsbegriff. Er basiert ausschließlich auf der Freiheit *von* heteronomer Bestimmung (negative Freiheit), nicht hingegen auf autonomer Entscheidungsfreiheit *für* etwas (positive Freiheit).¹⁶ Entsprechend sagt die Richterin, für die Taso arbeitet und die sich später als Widerstandskämpferin entpuppt, zu ihm:

»Ich wusste bei Ihnen doch nie, woran ich war. Sie wirkten immer so [...] unentschlossen. Ein Extremgauler, ja, aber doch im System. Auf eine gewisse Art waren Sie angepasster als jeder andere Offliner, den ich kenne, komplett auf den Würfel eingestellt.«¹⁷

13 B. Moini: *Der Würfel* (Fn. 11), S. 159.

14 Ebd. S. 172.

15 Ebd. S. 181.

16 Zu den Freiheitsbegriffen s. oben, in und bei Fußnote 1.

17 B. Moini: *Der Würfel* (Fn. 11), S. 333f.

Was also zeichnet Tasos Einstellung aus, bevor er sich entschieden gegen den Würfel stellt und aktiven Widerstand versucht? Was macht den Zufall als Mittel für ihn attraktiv? Drei Formen von Zufälligkeit lassen sich resümieren, die der Roman am Beispiel seines Protagonisten verdeutlicht und die hier abstrahierend angeführt werden sollen:

- (1) Zufall: In vielen Szenen des Romans sorgt der objektive Zufall des Münz- oder Würfelwurfs dafür, dass Taso Dinge tut, die er ansonsten nicht täte. Im Roman bezieht sich das primär auf Alltagsfragen, etwa darauf, etwas zu essen, was Taso nicht kennt, oder Kleidung zu tragen, die nach gängigen ästhetischen Kriterien nicht zusammenpasst. Doch man kann den Gedanken auf größere Zusammenhänge übertragen und etwa die Frage stellen, ob nicht der (objektive oder zumindest subjektiv empfundene) Zufall¹⁸ fundamental für das Entdecken oder Erleben von Neuem ist. Dieses Konzept besitzt einen fließenden Übergang zum Begriff der Serendipität.
- (2) Serendipität: Mit dem Begriff ›Serendipität‹ wird die zufällige Beobachtung von etwas ursprünglich nicht Gesuchtem bezeichnet, das sich als neue und überraschende Entdeckung und Lernerfahrung erweist.¹⁹ Im Kontext des Romans lässt sich dies beispielsweise auf Tasos Beziehung mit Dalia beziehen, die er ›zufällig‹ vor seiner Haustür trifft. Rein algorithmisch hätten die beiden nie zusammengefunden. Dennoch lernen sie gerade aufgrund ihrer Unterschiedlichkeit voneinander – beispielsweise, den eigenen Standpunkt deutlicher zu fassen. Die Serendipität der unerwarteten Begegnung führt also zu einer Weiterentwicklung der beiden Figuren, die es ohne die unberechnete Begegnung in dieser Form nicht gegeben hätte.
- (3) Kontingenz: Mit dem Begriff ›Kontingenz‹ bezeichnen wir im Anschluss an Niklas Luhmann etwas, das weder notwendig noch unmöglich ist. Es kann also sein, wie es ist, wäre aber gleichzeitig auch anders möglich.²⁰

18 Dazu Vogt, Peter: Kontingenz und Zufall. Eine Ideen- und Begriffsgeschichte, Berlin: Akademie 2011.

19 So, in unserer Übersetzung, Reviglio, Urbano: »Serendipity as an Emerging Design Principle of the Infosphere: Challenges and Opportunities«, in: Ethics and Information Technology 21 (2019), S. 151-166, hier S. 152.

20 Luhmann, Niklas: Soziale Systeme, Berlin: Suhrkamp 2018, S. 47, 148ff. Ausführlich dazu Holzinger, Markus: Kontingenz in der Gegenwartsgesellschaft, Bielefeld: transcript 2007; zum Konzept und notwendigen Abgrenzungen zudem Ermakoff, Ivan: »The Structure of Contingency«, in: American Journal of Sociology 121 (2015), S. 64-125.

Algorithmen wie der Würfel verhindern ein Denken in Kontingenz. Denn in der Welt, die der Würfel organisiert, könnte nichts auch anders sein; stattdessen ist alles genau so, wie es sein soll, weil es entsprechend berechnet wurde. Das Eliminieren eines Bewusstseins von Kontingenz erschwert darüber hinaus ein Denken in fiktionalen Welten, in denen variierende Strukturen oder Szenarien erprobt werden können – darauf macht Juli Zeh in ihrem Roman *Spieltrieb* aufmerksam.²¹

Bijan Moinis *Der Würfel* dient damit als fiktionales Experiment, mit dem danach gefragt wird, welche Freiheitsgewinne und -verluste mit zunehmender digitaler Berechenbarkeit einhergehen. Der Roman ist für die Debatte deswegen so wichtig und weiterführend, weil in ihm weder ein rein utopisches noch ein rein dystopisches Szenario gestaltet wird. Stattdessen werden – am Beispiel des Protagonisten sowie anderer Figuren – die Vor- und Nachteile digitaler Berechenbarkeit sehr sorgfältig abgewogen. Indem dabei die Vorteile des Zufalls stark gemacht werden, bietet er ein Plädoyer dafür, auch in Kontexten hoher Berechenbarkeit für das Ungeplante offenzubleiben. Mit Denkfiguren wie Serendipität oder Kontingenz – verbunden mit dem ›Möglichkeitssinn‹ der Fiktion – lässt sich dies auf eine theoretische Ebene heben.

Dem folgend gehen wir nun der Frage nach, welche Implikationen diese aufgewertete Rolle des Zufalls in nicht-fiktionalen Kontexten haben könnte. Exemplarisch betrachten wir dazu die Durchsetzung von Recht.

2 Rechtsgehorsam, automatisierte Rechtskontrolle, digitaler Rechtsvollzug und Freiheit zu Devianz

Die Digitalisierung verspricht eine immer bessere, in Teilbereichen sogar vollständige Rechtsdurchsetzung.²² Das ist nicht nur positiv, sondern – schon

Für Oliver Marchart ist Kontingenz ein »Schlüsselbegriff gegenwärtiger sozialwissenschaftlicher Theoriebildung« (»Kontingenz«, in: Dagmar Comtesse [u.a.] (Hg.), *Radikale Demokratietheorie. Ein Handbuch*, Berlin: Suhrkamp 2019, S. 572–576, hier S. 572).

21 Mit Markus Gabriel lässt sich von unterschiedlichen ›Sinnfeldern‹ sprechen, in denen jeweils – zu Teilen kontingente – Perspektiven auf ›Welt‹ zum Zuge kommen und damit ggf. konkurrieren. Vgl. Gabriel, Markus: *Warum es die Welt nicht gibt*, Berlin: Ullstein 2013, S. 87–95.

22 Diskursprägend Ferguson, Andrew Guthrie: *The Rise of Big Data Policing*, New York: New York University Press 2017. Mit einem umfassenden Überblick über die englisch-

ganz intuitiv – auch ein Beispiel für die Gleichzeitigkeit von Freiheitsgewinnen und -verlusten: Einerseits nämlich dürfte die Herstellung rechtmäßiger Zustände von der Mehrheit der Menschen grundsätzlich als wünschenswertes Gemeinwohl-Ziel anerkannt werden. Andererseits ist anzunehmen, dass das Versprechen eines *Vollvollzugs* des Rechts mittels Technologie, also der flächendeckend-zwangswise Herstellung rechtmäßiger Zustände, ebenfalls bei einer Mehrheit auf Skepsis oder gar Ablehnung stößt. Dies illustrieren auch die literarischen Texte. Hier scheint ein Zielkonflikt zwischen negativer und positiver Freiheit beziehungsweise Schutz und Autonomie auf, den wir im Folgenden kurz umreißen möchten.

Der Ausgangspunkt unserer Überlegungen ist von einem Vollvollzug des Rechts, wie er von Moini beschrieben wird, denkbar weit entfernt: Unsere freiheitliche Gesellschaft zeichnet aus, dass die Rechtsordnung zu ihrer Durchsetzung nicht auf flächendeckenden physisch-strukturellen Zwang oder flächendeckende Sanktion beruht. Vielmehr soll der Rechtsvollzug aus einer freiwilligen, wenn auch nicht gänzlich unbeeinflussten Entscheidung der vom Recht Betroffenen (Normadressat*innen) heraus geschehen. Die Pandemie des Jahres 2020 hat das eindrucksvoll bestätigt. Der Regelbruch war vielleicht nicht die Regel, aber auch nicht selten. Dies erlaubte es China, das mit digitaler Überwachung und scharfen Sanktionsdrohungen die Pandemie schon im Winter 2020/21 zeitweise unter Kontrolle zu haben schien, sich als »Sieger im Systemwettbewerb« darzustellen.

Die Freiwilligkeit der Normbeachtung lässt sich aber durchaus positiv deuten: soziologisch als brauchbare Illegalität,²³ juristisch als Nachholung von im Normtext versäumter Kontextualisierung im Sinne des sogenannten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes,²⁴ staats-theoretisch und radikaldemokra-

sprachige Literatur Marks, Amber/Bowling, Benjamin/Keenan, Colman: »Automatic Justice? Technology, Crime, and Social Control«, in: Roger Brownsword/Eloise Scotford/Karen Yeung (Hg.), *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*, Oxford: Oxford University Press 2017, S. 705-730, bes. S. 707-710, 714f.

23 Vgl. Luhmann, Niklas: *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin: Duncker & Humblot 1999, S. 304-314.

24 Man kann in solchen Konstellationen davon sprechen, dass das Recht, bezogen und gemessen an seinem legitimen Ziel, eine Art von Overblocking betreibt bzw. vorschreibt. Vgl. dazu Rademacher, Timo: »Wenn neue Technologien altes Recht durchsetzen: Dürfen wir es unmöglich machen, rechtswidrig zu handeln?«, in: *Juristenzeitung* 74 (2019), S. 702-710, hier S. 707ff.; Becker, Maximilian: »Von der Freiheit, rechtswidrig handeln zu können«, in: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 2019, S. 636-648, hier S. 637

tisch als ziviler Ungehorsam²⁵ oder – freilich eng verwandt²⁶ – philosophisch als Ausdruck menschlicher Vernunft.²⁷ Der kleinste gemeinsame Nenner dieser Ansätze ist, dass sie alle einen im weiten Sinne dialogischen Umgang mit dem Recht beschreiben und diesen positiv bewerten. Die Umsetzung des Rechts wird als Aushandlungsprozess mit den Umständen des Einzelfalls, der Gesellschaft und letztlich sogar mit sich selbst verstanden.²⁸ Das realisierte Recht soll damit sicher nicht zufällig sein, aber – in diesem positiven Verständnis – doch als kontingent in dem Sinne erkannt werden, dass aus der kritischen Konfrontation von Recht, Realität und Rechtsunterworfenem Rückschlüsse auf eine alternative Ausgestaltung des Rechts folgen – und damit seine potenzielle Weiterentwicklung.

Dogmatisch und positivistisch denkende Jurist*innen haben mit diesen Ansätzen allerdings ihre Probleme. Denn wenn Normen in demokratischen Verfahren geschaffen werden, ist dadurch auch die Freiheit der oder des Einzelnen gewährleistet.²⁹ Das gilt jedenfalls dann, wenn die demokratische Mehrheit nicht allein durch freie Wahlen zustande kommt, sondern sich die parlamentarisch-demokratische Mehrheit auch an Grundrechte und sonstiges Verfassungsrecht halten muss. Wenn das Recht derart verfahrensmäßig legitimiert ist, ist die Überlegung, der oder die Einzelne könne ein Recht darauf haben, dem Recht die Gefolgschaft zu verweigern, rechtsdogmatisch schwer erträglich.³⁰ Ein Recht auf Devianz oder genauer: ein Recht darauf, rechtswidrig handeln zu können, passt schlecht in unser rechtliches Denken. Stattdessen sind die Dialog- und Diskursräume zur Kritik und Veränderung des Rechts selbst rechtlich verfasst, nämlich in Form von Wahlen, gerichtlichen (Verfassungs-)Beschwerden oder Bürger begehren und -entscheiden.

bezeichnet die urheberrechtlichen Upload-Filter auch als Folge von »unpassendem Recht« (gemeint ist das Urheberrecht).

- 25 Siehe v.a. Habermas, Jürgen: »Recht und Gewalt – ein deutsches Trauma«, in: Merkur 38 (1984), S. 15-28, hier S. 16. Aus der juristischen Literatur M. Becker: Von der Freiheit, rechtswidrig handeln zu können (Fn. 24), S. 636.
- 26 Vgl. J. Habermas: Recht und Gewalt (Fn. 25), S. 23.
- 27 Vgl. Rostalski, Frauke: »Brave New World«, in: Goldammer's Archiv 166 (2019), S. 481-488, hier S. 483 m. w. N.
- 28 Vgl. auch Poscher, Ralf: »Verwaltungsakt und Verwaltungsrecht in der Vollstreckung«, Verwaltungsarchiv 89 (1998), S. 111-136, hier S. 113: »Kampf um Rechtsbehauptungen kommunikativ absorbiert«, mit Verweis auf Luhmann.
- 29 Zu Freiheit als Verfahren bzw. durch Verfahren im Zusammenhang mit digitalen Technologien siehe B. Wagner: Was bedeutet »Freiheit«? (Fn. 1), S. 206 m. w. N.
- 30 Dreier, Ralf: Recht – Staat – Vernunft, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1991, S. 41.

Nur »[w]o Gerichte fehlen oder ihre Sprüche nicht vollziehbar sind, ist faktischer Widerstand als Ungehorsam die Rückzugsbastion der Freiheit«. ³¹ Ein »Dialog« *contra legem* ist damit Unrecht.

Zwar ist ein solches Urteil zeitgebunden, nämlich an die wohlwollende Beobachtung des real existierenden deutschen demokratischen Grundrechtsstaats. Auch die angelegten Maßstäbe für dieses Urteil sind zeitgebunden und damit eben nicht zwangsläufig universell »richtig«. Jürgen Habermas illustriert diesen Punkt in einem Aufsatz von 1984 eindrucklich mit dem Verweis auf Kant und dessen Einschätzung, es sei richtig, Frauen und Tagelöhner vom Wahlrecht auszuschließen. ³² Aus der bundesrepublikanischen Geschichte gibt einem das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Strafbarkeit homosexueller Handlungen nicht weniger zu denken: Das Gericht hielt die Strafbarkeit für verfassungskonform. ³³

Habermas leitet aus seiner Beobachtung ein Plädoyer für eine Anerkennung des zivilen Ungehorsams »als Bestandteil der politischen Kultur eines entwickelten demokratischen Gemeinwesens« ab. Der demokratische Staat müsse das Sanktionieren eines Regelbrechers unter Umständen mit »Zurückhaltung« üben. Die Gründe des Ungehorsams müssten dafür, dass der Delinquent diese Zurückhaltung verdient, »aus anerkannten verfassungslegitimierenden [sic!] Grundsätzen begründe[t]« werden können; der Delinquent sei dann ein »potentieller Hüter [der staatlichen] Legitimität«. ³⁴ Doch dieser Ansatz gibt zu denken, wenn man berücksichtigt, dass auch die Querdenken-Bewegung von 2020/21 ihren ätzenden Ungehorsam gegen Versammlungsauflagen ganz unproblematisch verfassungsrechtlich verankern und damit als zivilen Ungehorsam verklären konnte – methodisch (!) nicht viel anders als die Friedensbewegung von 1983, auf die sich Habermas mit seinen Thesen bezogen hat. ³⁵

31 So Waechter, Kay: Sicherheit und Freiheit in der Rechtsphilosophie, Tübingen: Mohr Siebeck 2016, S. 30.

32 J. Habermas: Recht und Gewalt (Fn. 25), S. 24.

33 BVerfG Urteil v. 10.5.1957 – 1 BvR 550/52, E 6, S. 389 – Homosexuelle.

34 J. Habermas: Recht und Gewalt (Fn. 25), S. 25f.

35 Interessant ist, dass Habermas als verfassungsrechtliche Verankerung des damaligen zivilen Ungehorsams – es ging um den Kampf gegen die Umsetzung des NATO-Doppelbeschlusses – meint, nicht auf den in Art. 2 Abs. 2 GG verankerten Lebensschutz zurückgreifen zu können (da sich auch die Gegenseite hierauf berufen könne), sondern vor allem auf die Nicht-Reversibilität eines Atomkrieges und die damit verbundene

Aber unabhängig davon, wie man sich nun zu dem normativen Konzept von Habermas positionieren will, galt eines bislang mit Gewissheit: Zumindest eine *faktische* Freiheit zur Devianz gab es immer. Denn eine Rechtsnorm kennzeichnet ein bestimmtes Verhalten zunächst lediglich als wünschenswert, verbleibt also auf einer abstrakten, rein kommunikativen Ebene, ohne selbst etwas zur Realisierung dieses Wunsches beitragen zu können.³⁶ Der demgegenüber zurückhaltende Einsatz von staatlichem Zwang oder staatlicher Sanktion zur Durchsetzung staatlicher Ziele hat – in vordigitalen Zeiten – nicht nur etwas mit dem Menschenbild vernunftbegabter und deshalb regeltreuer Bürger*innen zu tun. Vielmehr ist die Zurückhaltung eine Frage fehlender Ressourcen (gewesen).³⁷ Unabhängig davon, ob es wünschenswert wäre, an jede Ecke einen Polizisten oder eine Polizistin zu stellen – es ist schlicht nicht möglich (gewesen).

Rechtsdurchsetzung hat(te) daher etwas subjektiv Zufälliges oder (untechnisch gesprochen) Stichprobenhaftes. Sie hängt beispielsweise vom Rechtsverfolgungswillen etwaiger Geschädigter ab oder davon, ob ein Regelbruch überhaupt bemerkt wurde. Daher wurde in der Vergangenheit eher Klage über Vollzugsdefizite geführt.³⁸ Bereits gegen Ende des 20. Jahrhunderts suchte man nach Möglichkeiten, Rechtsbefolgung jenseits von Norm und Befehl durch psychologisch informierten Mitteleinsatz, das sogenannte Nudging, zu verbessern. Es war beziehungsweise ist der Versuch, sich eine (vielleicht) vorhandene, mit Mitteln der Psychologie entdeckbare und unbewusste Berechenbarkeit des Menschen zunutze zu machen. Befriedigend im

Unzulänglichkeit der (einfachen) Mehrheitsregel für entsprechende Entscheidungen. Vgl. J. Habermas: *Recht und Gewalt* (Fn. 25), S. 27.

36 Wir folgen hier dem von Möllers, Christoph: *Die Möglichkeit der Normen*, Berlin: Suhrkamp 2018, S. 125ff., etablierten Normbegriff.

37 Vgl. R. Poscher: *Verwaltungsakt und Verwaltungsrecht* (Fn. 28), S. 117, formuliert unter Rückgriff auf Luhmann: »Alle Macht auszuüben, würde den Machthaber überanstrengen. Moderne Gesellschaften müssen sich [deshalb] so organisieren, daß die Machtmittel und Sanktionen, die ihren Machthabern zur Verfügung stehen, nur in verschwindend wenigen Fällen eingesetzt werden.«

38 Diskursprägend Lübke-Wolff, Gertrude: *Modernisierung des Umweltordnungsrechts*, Bonn: Economica 1996, sowie die Beiträge in Renate Mayntz (Hg.), *Implementation politischer Programme*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften Bd. I, 1980, Bd. II, 1983.

Sinne von effektiv sind die Ergebnisse nur bedingt.³⁹ Es überrascht daher nicht, dass das Recht weiterhin zu einem nicht kleinen Teil aus Arrangements besteht, die mit der Unberechenbarkeit des Menschen (genauer: der Unberechenbarkeit des menschlichen Rechtsgehorsams) rechnen und deshalb Haftung und Sanktion für Regelbrüche vorsehen.

In der Gegenwart ändert sich dies jedoch. Moinis *Würfel* führt uns eine Welt vor, die – in Ansätzen – schon die unsere ist. Es gibt immer mehr »intelligente« (Infra-)Strukturen, die Rechtsgehorsam nicht *ex post* sanktionieren, sondern *ex ante* psychisch oder physisch erzwingen. Wir unterscheiden hier *intelligent surveillance* einerseits und *impossibility structures* andererseits. Prototypisch für *intelligent surveillance* steht die sogenannte intelligente Videoüberwachung. Hierbei filmt die Kamera nicht mehr einfach nur »dumm« alles, was in ihrem Erfassungsbereich geschieht. Sie soll dank KI-getriebener Technologie zur Bilderkennung und -auswertung vielmehr in der Lage sein, verbotenes oder gefährliches Verhalten zu erkennen und Alarm zu schlagen (sogenanntes *predictive policing*⁴⁰). Idealerweise würden Delikte auf diese Weise sogar verhindert, jedenfalls aber wäre damit flächendeckende Sanktionierung und Haftbarmachung von Regelbrechenden möglich.

Während *intelligent surveillance* immerhin die Freiheit lässt, die vollstreckungs- beziehungsweise sanktionsrechtlichen Konsequenzen des eigenen Handelns zu tragen (sich zum Beispiel die Freiheit zu regelabweichendem Verhalten durch ein Bußgeld zu erkaufen), unterbinden *impossibility structures* das rechtswidrige Handeln selbst.⁴¹ Der Mensch ist dadurch zwar

39 Dazu ausführlich O'Hara, Laurence: »Grundrechtsschutz vor psychisch vermittelter Steuerung – Beschränkte Autonomie und verhaltenswissenschaftliche Annahmen in der Grundrechtsdogmatik«, in: Archiv des öffentlichen Rechts 145 (2020), S. 133-187.

40 Das Konzept von *predictive policing* geht über die intelligente Videoüberwachung hinaus und erfasst je nach Wortgebrauch alle Big-Data- oder KI-getriebenen Analysemethoden zu Sicherheitszwecken. Gute Übersicht zum aktuellen Forschungsstand bei Sprenger, Johanna: »Verbrechensbekämpfung«, in: Martin Ebers/Christian Heinze/Tina Krügel/Björn Steinrötter (Hg.), Rechtshandbuch Künstliche Intelligenz und Robotik, München: C.H. Beck 2020, § 31, m. w. N. bes. in Fn. 135.

41 Grundlegend Rich, Michael: »Should We Make Crime Impossible?«, in: Harvard Journal of Law & Public Policy 36 (2013), S. 795-838, bes. S. 802-804 zur Definition. Zur Einführung in die deutsche Diskussion T. Rademacher: Wenn neue Technologien altes Recht durchsetzen: Dürfen wir es unmöglich machen, rechtswidrig zu handeln? (Fn. 24). In der deutschen Diskussion ist mitunter auch von »embedded law« die Rede, siehe M. Becker: Von der Freiheit, rechtswidrig handeln zu können (Fn. 24), S. 637.

nicht berechenbar(er), aber seine Unberechenbarkeit in Sachen Rechtsgehorsam wird neutralisiert. *Impossibility structures* in diesem Sinn sind etwa die Filtersysteme, die die Kommunikationsströme im Internet nicht (nur) überwachen, sondern immer häufiger auch direkt verhindern, dass rechtswidrige Kommunikation erfolgt. Wenngleich die EU sich noch nicht dazu durchringen kann, den Einsatz von *impossibility structures* zum Beispiel durch Plattform- und Suchmaschinenbetreiber verbindlich vorzuschreiben, gibt es doch immer mehr Rechtsakte und Vorschläge für neue Rechtsakte, die zum Einsatz ermuntern oder ihn zumindest ausdrücklich erlauben (Stichwort Upload-Filter).⁴² *Impossibility structures* sind aber auch in der analogen Welt denkbar, wenn etwa intelligente Steuerungssysteme verhindern, dass sich Autos anders als im Rahmen des straßenverkehrsrechtlich Zulässigen nutzen lassen.⁴³

Wenngleich diese Beispiele gegenwärtig noch punktuell erscheinen, sollte berücksichtigt werden, wie weit verbreitet digitale ›intelligente‹ Systeme in unserer Umwelt bereits sind und alsbald sein werden. Moinis *Der Würfel* ist – in diesem Sinne – kein Zukunftsroman, sondern ein Roman über unsere Gegenwart, in dem einige Entwicklungen weitergedacht werden, deren Anfänge wir schon heute konkret beobachten. Er wirft damit die auch juristisch drängende Frage auf, wie sehr wir künftig von Sensorik umgeben sein werden und sein wollen, die erkennen kann, ob wir rechtstreu oder rechtswidrig handeln, oder dies gar technisch verunmöglicht und sanktioniert.

42 Eine starke Ermunterung ist Art. 17 Abs. 4 der EU-Richtlinie 2019/790 über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt. Vgl. auch Art. 6 über »Proaktive Maßnahmen« des Vorschlags der EU-Kommission für eine Verordnung zur Verhinderung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte, COM(2018) 640 final v. 12.9.2018. Eine ausdrückliche Erlaubnis von *impossibility structures* findet sich im neuen Vorschlag der EU-Kommission für einen *Digital Services Act* v. 15.12.2020, COM(2020) 825 final. Art. 6 des Vorschlags stellt klar, dass Diensteanbieter wie etwa Youtube, Facebook oder auch Amazon mit seinem von vielen Diensteanbietern genutzten Cloud-Dienst AWS weiterhin in den Genuss von Haftungsprivilegien kommen sollen (Art. 5 des Vorschlags), und zwar auch dann, wenn sie ihre Plattformen *freiwillig* nach rechtswidrigen Inhalten ihrer Nutzer*innen filtern. Eigentlich war das Haftungsprivileg für Diensteanbieter geschaffen worden, die Nutzer*innen lediglich einen Upload von Inhalten ermöglichen, ohne selbst Einfluss auf die Inhalte nehmen zu wollen (sogenannte Hosting-Dienste).

43 Der Hersteller Volvo hat entsprechende Systeme für seine künftigen Fahrzeuge bereits angekündigt. Siehe Maak, Niklas: »Sie sind alle auf 180«, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung v. 10.3.2019, S. 38.

3 Ein ›Recht zum Rechtsverstoß‹ im digital optimierten Recht?

Wie verhalten sich Grundgesetz und bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu einem möglichen digitalisierten Vollvortrag des Rechts? Wie steht das Gericht im Spannungsverhältnis von menschlicher Unberechenbarkeit und Autonomie (einschließlich der Freiheit zum Rechtsverstoß) und technologisch ermöglichter ›perfekter‹ Durchsetzung des demokratisch-rechtsstaatlich gesetzten Rechts?

Vorneweg: Ein Recht zum Rechtsverstoß oder präziser: ein Recht auf Gegen-Recht-verstoßen-Können hat das Bundesverfassungsgericht nie anerkannt. Es kann dies aus seiner institutionellen Eigenlogik heraus vielleicht auch nicht tun. Denn nach seinem Selbstverständnis als ›Optimierer‹ unseres Rechtssystems wird das Gericht immer versuchen, dafür zu sorgen, dass Bürger*innen einen legitimen Freiheitswunsch auch *rechtsförmlich* artikulieren können (›Freiheit durch Verfahren‹). Und dennoch zeigt das Gericht, wenn es um Überwachung und Rechtsdurchsetzung geht, interessanterweise dieselbe ambivalent-abwägende Haltung, die in Moinis *Würfel* zum Ausdruck kommt.⁴⁴

In einer seiner zentralen Entscheidungen zum Einsatz automatisierter Erkennungstechnologien, also nach hiesiger Diktion einem Fall von *intelligent surveillance*,⁴⁵ etablierte das Verfassungsgericht im Jahr 2018 eine *Vermutung zugunsten der Rechtschaffenheit* von Bürger*innen.⁴⁶ Konkret ging es in dem Verfahren um automatisierte Kennzeichenkontrollen, mit denen Fahrzeuge gefunden werden sollen, die im Fahndungsregister verzeichnet sind.

44 Wichtig ist an dieser Stelle der Hinweis, dass hier keine verfassungsrechtlich ›saubere‹ Gesamteinordnung dazu geliefert werden kann, ob, wo, wie und von wem neue Technologien eingesetzt werden dürfen, um Rechtsregeln einem Vollvortrag anzunähern. Dazu sind die möglichen Technologien intelligenter Überwachung zu vielfältig. Dazu Rademacher, Timo/Perkowski, Lennart: »Staatliche Überwachung, neue Technologien und die Grundrechte«, in: Juristische Schulung 60 (2020), S. 713-720.

45 BVerfG Beschluss v. 18.12.2018 – 1 BvR 142/15, E 150, S. 244 – Kennzeichenkontrollen 2.

46 Siehe ebd., Rn. 51, wo das Gericht zusätzlich darauf hinweist, dass staatliche Überwachung Einschüchterungseffekte auslösen kann, sodass Bürger*innen eventuell sogar auf legales Handeln verzichten. Daher: »Zur Freiheitlichkeit des Gemeinwesens gehört es, dass sich die Bürger grundsätzlich fortbewegen können, ohne dabei beliebig staatlich registriert zu werden, hinsichtlich ihrer Rechtschaffenheit Rechenschaft ablegen zu müssen und dem Gefühl eines ständigen Überwachtwerdens ausgesetzt zu sein [...].«

Die vom Gericht etablierte Rechtschaffenheitsvermutung besagte hier sinn- gemäß, dass der Staat von seinen Bürger*innen nicht verlangen darf, ständig nachzuweisen, dass sie (beziehungsweise ihr Auto) *nicht* amtlich zur Fahn- dung ausgeschrieben sind – unabhängig davon, dass die Abfrage gar nicht zu spüren wäre, denn sie erfolgt ja automatisiert im Vorbeifahren. Diese Vermu- tung dürfe der datenverarbeitende (also: der überwachende) Staat nur durch- brechen, wenn es dafür einen Anlass gibt.⁴⁷ Der Staat muss also zum Beispiel den Verdacht haben, dass gesuchte Personen beziehungsweise Fahrzeuge in einer bestimmten Gegend aufzufinden sein werden (oder allgemeiner, jen- seits des konkreten Beispiels: dass etwas Gefährliches passieren könnte oder etwas Strafbares passiert ist), etwa durch einen Hinweis aus der Bevölkerung oder eine Streife gehende Polizistin. Das Zufällige, das in einer solchen An- lassbindung verborgen liegt, wird vom Gericht konserviert. So schafft es ei- nen mehr oder weniger großen Freiheitsraum für abweichendes Verhalten und verweist den Staat auf reaktive Arrangements zum Umgang mit der Un- berechenbarkeit der Bürger*innen im Rechtsgehorsam.

Aber doch nicht ganz: Denn ausdrücklich sollen auch anlassunabhängige Kontrollen möglich bleiben.⁴⁸ Wenn

polizeiliche Kontrollen an ein gefährliches oder risikobehaftetes Tun bezie- hungsweise an die Beherrschung besonderer Gefahrenquellen anknüpfen, kann schon darin ein dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügender Grund liegen. Die Rechtfertigung für Kontrollen kann dort bereits an der besonderen Verantwortung der Betroffenen gegenüber der Allgemeinheit anknüpfen und bedarf deshalb eines darüberhinausgehenden Anlasses grundsätzlich nicht.⁴⁹

47 BVerfG Beschl. v. 18.12.2018 – 1 BvR 142/15, E 150, S. 244 Rn. 93 – Kennzeichenkontrollen 2. Jüngst bestätigt von BVerfG Beschl. v. 10.11.2020 – 1 BvR 3214/15, Rn. 102, 107ff. – Antiterrordateigesetz II, und BVerfG Beschl. v. 27.5.2020 – 1 BvR 1873/13 = NJW 2020, 2699 Rn. 145–150 – Bestandsdatenauskunft II.

48 Es ist dann auch von ›Verdachtsgewinnungsverfahren‹ die Rede. Grundlegend hierzu Bull, Hans Peter: »Polizeiliche und nachrichtendienstliche Befugnisse zur Verdachtsgewinnung«, in: Lerke Osterloh/Karsten Schmidt/Hermann Weber (Hg.), Festschrift Peter Selmer, Berlin: Duncker & Humblot 2004, S. 29–50.

49 BVerfG Beschl. v. 18.12.2018 – 1 BvR 142/15, E 150, S. 244 Rn. 94 – Kennzeichenkontrollen 2: »Für automatisierte Kennzeichenkontrollen kommt das etwa in Betracht, wenn mit ihnen Gefahren bekämpft werden, die sich gerade aus dem Betrieb der Kraftfahrzeuge ergeben, etwa die Durchsetzung der Versicherungspflicht durch Kontrollen zum Auffinden unversicherter Fahrzeuge.«

Zudem seien auch »stichprobenhaft«⁵⁰ durchgeführte Straßenverkehrskontrollen oder anlasslose Kontrollen in weiten Teilen etwa des Umwelt- und Wirtschaftsverwaltungsrechts« weiterhin erlaubt (wobei hier in der Entscheidung unklar bleibt, ob diese auch automatisiert erfolgen dürfen oder nicht).⁵¹ Etwas abgesetzt davon heißt es dann noch, dass Kontrollen, um verhältnismäßig zu sein, nicht »flächendeckend« eingeführt werden dürfen.⁵²

Was bedeutet dies für die Frage nach Berechnung und Freiheit in der digitalen Welt? Bei aller Zurückhaltung im Hinblick auf Verallgemeinerungen verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung kann man folgende These aufstellen:

In einem ersten Schritt konserviert das Bundesverfassungsgericht mit seiner ›Anlassdogmatik‹ die reaktive Art des staatlichen Rechtsvollzugs – unter Rückgriff auf eine allgemeine Rechtschaffenheitsvermutung. Es bleiben damit Freiräume für die autonome Entscheidung des Menschen (etwa für abweichendes Verhalten) und damit für die (subjektive) Zufälligkeit des Rechtsgehorsams. Im nächsten Schritt verdünnt das Gericht die Anlässe aber deutlich, indem schon gefährliches oder gefahrgeneigtes Verhalten von Bürger*innen (etwa Autofahren) einen ausreichenden Anlass für ›anlasslose‹ automatisierte Kontrollen geben kann. Dies aber wird unter den Vorbehalt gestellt,⁵³ dass solche Kontrollen nicht flächendeckend sein dürfen; das Zufällig-Stichprobenhafte mit seinen devianzsichernden Effekten bleibt also *ein bisschen* erhalten.

50 Dazu, dass Stichprobenkontrollen trotz ihrer Zufälligkeit nicht willkürlich im rechtsstaatlichen Sinne sind, BVerfG Beschl. v. 28.6.1994 – 1 BvL 14/88, E 91, S. 118 (124) – Bezirksrevisor: Stichproben seien »nicht, wie es scheinen 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.«

51 BVerfG Beschl. v. 18.12.2018 – 1 BvR 142/15, E 150, S. 244 Rn. 94 – Kennzeichenkontrollen 2.

52 Ebd., Rn. 100.

53 Wobei in der zitierten Entscheidung die Bezüge an dieser Stelle zugegeben unklar sind, da die Ausführungen zu »anlasslosen Kontrollen« in Rn. 94 erfolgen, die zum Verbot einer »flächendeckenden« Überwachung indes in Rn. 100, sodass hier große Restunsicherheiten verbleiben.

4 Ein austariertes Verhältnis von Berechnung und Zufallselementen für individuelle und gesellschaftliche Freiheit

Die von uns analysierten Beispiele aus der zeitgenössischen Literatur illustrieren, dass die digitale Erfassung des Menschen in mancher Hinsicht durchaus wünschenswert sein kann: Zahlreiche Figuren in Moinis Roman schätzen die Optimierung, die ihnen der Würfel-Algorithmus in verschiedenen Lebensbereichen bietet, etwa bei der Partnervermittlung oder der Verbrechensbekämpfung. Die Beispiele zeigen aber auch, wo Berechenbarkeit als Norm an Grenzen stößt: Die Literatur veranschaulicht mit ihren fiktionalen Zukunftsexperimenten, welche positive Rolle Formen von Zufall, Serendipität oder ein Bewusstsein für Kontingenz im Leben spielen können: als Grundlage für das Entdecken oder Erleben von etwas Neuem, als Beobachtung von etwas ursprünglich nicht Gesuchtem, das sich als überraschend nützlich oder angenehm erweist, oder als Voraussetzung für ein Denken in fiktionalen Welten, in denen variierende Strukturen oder Szenarien erprobt werden können. Zufall, Serendipität oder Kontingenz schaffen damit wichtige Gegengewichte zu einer berechneten Welt und vermeintlich berechenbaren Menschen.

Dies lässt sich auf das Recht als Anschauungsfeld übertragen: Der Verstoß Einzelner gegen demokratisch gesetzte Rechtsnormen ermöglicht der Gesellschaft insgesamt einen Einblick in alternative Welten. Oft wird diese Erfahrung von Devianz gesamtgesellschaftlich unerwünscht sein, denn die meisten Rechtsnormen erweisen sich als gut und vernünftig für das Gemeinwohl. Aber das gilt nicht für alle Normen, und das positive Urteil über unsere Normen gilt nicht für immer. Hier kann das (aus Sicht der Gesellschaft) Zufällige, das in der einzelnen menschlich-unberechneten Abweichungshandlung liegt, im Idealfall zu einer Form von Serendipität werden, das heißt Lernerfahrungen ermöglichen und Reflexionsprozesse auslösen. Die damit potenziell verbundene Einsicht in die Kontingenz des Rechtssystems kann den Blick schärfen für Varianten der Normgebung, die aktuell nicht verwirklicht, aber möglich (und vielleicht wünschenswert) sind.

Aus rechtsphilosophischer und (wohl) sogar aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist es angesichts des immer wirkmächtigeren digitalisierten Rechtsvollzugs beziehungsweise immer wirksamerer digitalisierter Überwachung sinnvoll, bewusst Möglichkeiten zum Rechtsverstoß im Rechtssystem selbst vorzusehen, beispielsweise durch Elemente des Zufalls im Rechtsvollzug (nur eine zufällig ausgewählte Anzahl an Normverletzungen wird geahndet oder Ähnliches). Was *prima facie* wenig rechtsstaatlich scheint,

entpuppt sich bei genauem Hinsehen als Strategie der Flexibilisierung und Dialogisierung des Rechts: eine Leistung, die früher rein faktisch durch die Unmöglichkeit eines technisch optimierten Vollvollzugs des Rechts erbracht wurde, die heute und vor allem zukünftig aber als bewusste architektonische Leistung in das Rechtssystem wird eingeschrieben werden müssen. Das auf diese Weise vermittelte ›Recht zum Rechtsverstoß‹ ist demnach kein einklagbares Recht, aber eine wichtige Denkfigur, die den Wert des Auch-anders-sein-Könnens des Rechts illustriert und dabei hilft, Freiheit(sräume) auszuloten.

In seinem Buch über *Die Möglichkeit der Normen* fordert Christoph Möllers bereits einen Ort des Zufalls in der Rechtsordnung:

Wenn man unterstellt, dass die technologische Entwicklung nicht per se aufzuhalten ist, müssen die Leistungen normativer Ordnungen [z.B. Ermöglichung von Devianz im Recht] in sie integriert werden. Dazu könnte es gehören, die Vorgaben [...] durch Zufallsarrangements anzureichern.⁵⁴

Mit seiner flexiblen ›Anlassdogmatik‹ – dem dreistufigen Konzept aus (1) grundsätzlich gebotenem Anlass, (2) ausnahmsweise anlasslosen Kontrollen, die aber (3) nicht flächendeckend sein dürfen – hat das Bundesverfassungsgericht eine Stellschraube für solche Arrangements geschaffen.⁵⁵

Es erlaubt damit dem rechtsdurchsetzenden Staat, die Unberechenbarkeit der Bürger*innen in Sachen Rechtsbefolgung zurückzudrängen, ohne dadurch den Weg für einen digitalen Vollvollzug freizugeben, der *jede* Freiheit zur Normabweichung und damit jede Form von Serendipität verdrängt.

Vor diesem Hintergrund können nun die eigentlich schwierigen – und zugleich spannenden – Fragen gestellt werden: Wenn nicht überall, *wo genau* wollen wir als technisch optimierte Wesen in einer berechneten Welt le-

54 C. Möllers: *Die Möglichkeit der Normen* (Fn. 36), S. 478. Eigentlich hat der Zufall in der Rechtswissenschaft keinen guten Leumund, er gilt als zu lösendes Problem (z.B. Haftung für zufällige Schäden, vgl. beispielhaft §§ 446, 848 BGB). Nur unter eher engen Voraussetzungen kommt Zufall nach herrschender Meinung als rechtsstaatlich akzeptabler Steuerungsmechanismus für staatliches Handeln infrage.

55 Dies gilt trotz der Unsicherheit, ob das in der zitierten Entscheidung des BVerfG aufgebaute Urteil so verallgemeinerungsfähig ist. Zusätzliche Fragen, die hier nicht vertieft werden können, wirft das im Grundgesetz in Art. 5 Abs. 1 S. 3 vorgesehene Zensurverbot auf, das im Rahmen der Kommunikationsregulierung im Internet durch Upload-Filter und sonstige Technologien des Moderierens von Inhalten besonders zu berücksichtigen ist.

ben? Wo soll, darf oder muss Raum für die fehlende Perfektion gelassen werden?⁵⁶ Die Fragen reichen weit über literarische Imaginationsräume und den Rechtsvollzug hinaus. Sie sind genuin philosophische Fragen, die diejenigen, die sie stellen, zwingen, sich grundlegend zu den Bedingungen des Menschseins zu positionieren. Das von uns abgesteckte Feld in Literatur und Recht bietet einen Ausgangspunkt, um Hoffnung und Unbehagen im Hinblick auf neue Technologien verallgemeinernd zu diskutieren. Wir plädieren dabei für ein austariertes Verhältnis von Berechnung und Zufallselementen als Element individueller und gesellschaftlicher Freiheit.

56 Hier ist abschließend auf eine jüngere Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) zu verweisen, der zum »Schutz der nationalen Sicherheit [und zur] Bekämpfung schwerer Kriminalität« die in der EU eigentlich unzulässige anlasslose »Vorratsdatenspeicherung« im speziellen Fall von IP-Adressen mit der Begründung zugelassen hat (EuGH Urteil v. 6.10.2020 – verb. Rs. C-511/18, C-512/18 und C-520/18 (La Quadrature du Net), Rn. 156), dass »im Fall einer im Internet begangenen Straftat die IP-Adresse der einzige Anhaltspunkt sein kann, der es ermöglicht, die Identität der Person zu ermitteln, der diese Adresse zugewiesen war, als die Tat begangen wurde« (ebd., Rn. 154). Kurz gesagt: Wenn und weil bestimmte Delikte – namentlich nennt der EuGH Kinderpornografie (ebd.) – ohne eine Vorratsdatenspeicherung im Internet strukturell nicht verfolgbar wären, ist die Speicherung *aller* IP-Adressen mit den Unionsgrundrechten vereinbar.