Habilitationsschriften Recht

Timo Rademacher

Recht ohne Zufall?

Algorithmische Rechtsverwirklichung in der freiheitlichen Demokratie

C.H.BECK

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Habilitationsschriften Recht 1

Prof. Dr. Timo Rademacher

Recht ohne Zufall?

Algorithmische Rechtsverwirklichung in der freiheitlichen Demokratie

C.H.BECK

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) – Projektnummer 559134250, ein Fellowship am ZiF 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.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Zwischenfazits: 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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Adäquate Bestreitbarkeit 365
aa. Minimalanforderung: Information über die automatisierte Rechtsassistenz 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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 *für* 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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Befolgungsfrist 452

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„‚Menschenrechte' als Idee sind wichtig,
aber Menschenrechte als durchgesetzte Praxis retten Leben."

Susanne Baer[1]

Einleitung. Oder: Was wäre, wenn …

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

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

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

2 Dazu bspw. *Raz*, in: ders. (Hg.), The Authority of Law, ²2009, S. 163 (169 ff.), bes. S. 176: "Duty-imposing laws […] are the ultimate basis of the law." *Günther*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 523 (536): „Schon begrifflich gehört es zum deontischen Sinn einer Norm[,] dass aus dem Gesollten ein Sein wird […]." *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 156, dort Fn. 68: „Verwirklichungsanspruch" als allgemeines Element von Normen; zur Def. von *Möllers* a. a. O., S. 239: „Eine Norm ist die Affirmation der Verwirklichung einer Möglichkeit." Spezifisch zu Rechtsrealisierung im Kontext der neuen Technologien *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 160: "A law that does not aim at being effective does not qualify as law." Nur scheinbar krit. zum Bewirkungsauftrag des Rechts sind Äußerungen wie die von *Volkmann*, NVwZ 2009, 216 ff., bes. S. 222 zu verstehen: „Am Ende ist jede Aufwertung des Bewirkungsauftrags des Rechts nur um den Preis einer Schwächung seines Begrenzungs- und Kontrollauftrags zu haben." Genau besehen werden hier nur gegenläufige Bewirkungsaufträge gegenübergestellt. Anders, für das Recht der frühneuzeitlichen Staaten, aber die Erkenntnisse von *Schlumbohm*, Geschichte und Gesellschaft 23 (1997), 647 (660): „‚[D]aß es von jeher im Lande Sitte war, die Hochfürstlichen Verordnungen vor den Gemeinden herabzulesen und sodann nicht zu halten', ist wohl erst seit dem späten 18. Jahrhundert unerträglich geworden. Zuvor war beim Erlassen von Gesetzen der symbolische Aspekt […] manchmal wichtiger, als die Absicht, tatsächliches Verhalten zu ändern."

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

3 Mit dieser kurzen Übersicht wird deutlich, dass die Wendung ‚algorithmische Rechtsverwirklichung' einen ganzen Instrumentenkoffer öffnet, der abgestufte und fein differenzierte Arrangements bereithält und zulässt. Der Mensch als originärer Normadressat bleibt dabei nicht notwendig außen vor. Er kann und muss in mehr oder weniger hybriden Konstellationen einbezogen bleiben; und zwar schon rein praktisch, um die jedenfalls *noch* fehlenden Fähigkeiten von KI bei der Rechts- und der Kontexterkennung zu kompensieren.

4 Der *Fluchtpunkt* der Optimierung durch und mit KI ist dabei allerdings auch sehr deutlich: Die Verwirklichung von Recht kann und soll immer besser und immer flächendeckender erfolgen. Zwar ist KI gegenwärtig eben noch nicht ‚intelligent' genug, um ihr die Rechtsassistenz oder gar die Durchsetzung von Recht in großem Umfang anvertrauen zu können. An der Verbesserung der Systeme wird aber fortlaufend gearbeitet. Zumindest für bestimmte Bereiche ist damit zu rechnen, dass die Technologien so gut werden, dass bislang nie zu vermeidende Realisierungsdefizite massiv minimiert werden, Recht also nahezu vollständig verwirklicht (i. S. von: befolgt oder durchgesetzt) werden kann.

5 Ich will daher fragen, *was wäre, wenn* die technischen Probleme, welche die aktuelle Generation künstlicher Intelligenz noch als allzu ‚unklug' für Rechtsanwendungsoperationen im großen Umfang erscheinen lassen, hinreichend gut gelöst werden könnten. *Dürfte dann* die Verwirklichung von Recht immer und flächendeckend mithilfe von künstlich-intelligenten Systemen – in ihren diversen Abstufungen – optimiert werden? Eine gleichmäßige Rechtsverwirklichung, gar ein ganzes Rechtssystem ohne Zufälligkeiten wird – scheinbar verheißungsvoll – am Horizont sichtbar. Die so zugespitzte Frage bzw. Perspektive verweist auf den Existenzgrund von Recht zurück: Soll wirklich *alles* Recht *vollständig* realisiert werden? Oder gibt es von Rechts wegen gute Gründe, Illegalität unter bestimmten Umständen zu erhalten? Wenn ja, wann und wie? Darum soll es in diesem Buch gehen.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I. Recht und Realisierung

Im Ausgangspunkt der Untersuchung steht ein instrumentelles Normverständnis:[3] 6
Demokratisches Recht hat bzw. genauer gesagt: diejenigen, die es erlassen, haben einen auf die Zukunft bezogenen Realisierungs-[4] und damit Steuerungsanspruch.[5] Optimierungserfolgen[6] bei der Verwirklichung von Recht kommt daher auch und sogar gerade[7] in Demokratien eine erhebliche legitimierende Kraft zu (sogenannte *Out-Put*-[8] oder Performanzlegitimation); und ihnen kommt zudem erhebliche Legitimität zu, weil hinter dem Recht idealtypisch der Volkswille steht.[9] Das gilt für Erfolge bei der Durchsetzung von Ge- und Verboten als den immer noch zentralen Steuerungsmechanismen;[10] das gilt gleichermaßen für die Realisierung normativer Vorstellungen von Verteilungs- und Chancengerechtigkeit;[11] und es gilt in gewisser Weise sogar für das in westlichen Gesellschaften dominante Ideal möglichst freier

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

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

5 Hierzu bes. *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 2014, S. 99, demzufolge bei aller rechtssoziologisch motivierten Ausdifferenzierbarkeit der Funktionen des Rechts (ausf. Nachw. a. a. O., S. 98 ff.) diese sich letztlich „logisch" auf die Funktion der Verhaltenssteuerung herunterbrechen lassen. Aus der politisch-ökonomischen Theorie prononciert *Lepenies*, Verbot und Verzicht, 2022, S. 263: „Aufgabe von Regierungshandeln ist es, die Bevölkerung zu lenken." Zur Maßgeblichkeit des „realen Steuerungserfolgs" „für die Beurteilung der Steuerungsleistungen" von Recht *Franzius*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), GVwR I, [2]2012, § 4 Rn. 41; s. auch *Voßkuhle*, a. a. O., § 1 Rn. 16 ff. Skeptisch zur verhaltenssteuernden Leistung von Recht, *Luhmann*, in: ders. (Hg.), Ausdifferenzierung des Rechts, 1999, S. 73 (88).

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Realisierung und Zufall

Nun setzen natürliche, d. h. vor allem *menschliche* kognitive Grenzen der Wissensgenerierung und -verarbeitung eine zwar schwer bestimmbare, aber doch solide Grenze der Realisierung.[19] Das gilt für beide Formen der Realisierung von Recht: menschliche Befolgung wie auch menschliche Durchsetzung gegen Befolgungsunwillige.[20] Beiden ‚Gruppen' ist es letztlich nicht möglich, alles Recht zu kennen, es rasch genug ‚richtig'[21] auszulegen, und dann auch noch jederzeit und überall danach zu handeln; also entweder selbst das Recht von vornherein zu befolgen oder – soweit damit beauftragt oder dazu bereit – gegen nicht Befolgungswillige durchzusetzen. 8

Am Beispiel illustriert: Ob A bei der Planung seiner Geburtstagfeier mit 20 Personen weiß bzw. wissen will, wie viele Personen nach der geltenden Corona-Schutzverordnung im geschlossenen Raum zusammenkommen dürfen, hängt aus Sicht des Normgebers (des ‚Steuernden') von genauso vielen Unwägbarkeiten ab wie die Frage, ob im Fall eines Regelverstoßes durch A die Nachbarin B anwesend sein und rechtzeitig die Polizei informieren wird, um die Durchsetzung der Norm zumindest für die späteren Abendstunden zu ermöglichen; oder um wenigstens – etwa durch ein Bußgeld – von der für nächste Woche angesetzten Geburtstagsfeier von As Tochter T abzuschrecken. Steuerung durch Recht ist so verstanden eine vielschichtige Ressourcenfrage, die zu bewusster oder unbewusster *Ignoranz* sowie bewusster oder unbewusster *Devianz* des Adressaten der Steuerung Antworten herausfordert. Es ist intuitiv plausibel, aus diesem Befund prekärer Steuerung heraus dem Recht eine Form struktureller *Zufälligkeit seiner Realisierung* zu attestieren (liest A die Verordnung, versteht er sie, will er sie befolgen oder nicht, wird er dazu gezwungen usw.).[22] 9

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

10 Der Begriff Zufall passt freilich nur dann, wenn man darunter – in naturphilosophisch-deterministischer und seit der Spätscholastik wohl auch herrschender Lesart – ganz schlicht ein *subjektives* Erkenntnis- und Wissensdefizit über beobachtete Handlungs- und Kausalverläufe versteht,[23] die *deshalb* – also allein wegen dieses Wissensdefizits – als unvorhersehbar oder unvorhergesehen *wahrgenommen* werden.[24] Rechtsbefolgung und Rechtsdurchsetzung *sind* in diesem subjektiven Sinn aus Sicht des Normgebers zufällig, weil bis ins Letzte nie absehbar und damit auch nicht perfekt steuerbar.

11 Die Bedeutungen von Zufall sind allerdings schillernd.[25] Will man ihn wegen seiner begrifflichen Instabilität oder seiner in der Philosophie sogar attestierten mangelnden Seriosität[26] lieber nicht zur wissenschaftlichen Beschreibung der überkommenen Realisierungsarchitektur von Recht heranziehen, so erweist sich als brauchbar und begrifflich vergleichsweise stabil[27] der Begriff der Kontingenz: Kontingenz verstanden als dasjenige, was so *möglich* ist, allerdings zugleich *nicht notwendig* so werden, so sein oder so bleiben muss. Kontingenz ist das nicht-notwendige Nicht-Unmögliche (*nec impossibile nec necessarium*).[28]

12 Die Realisierung von Recht *ist* kontingent: möglich, aber nicht notwendig, deshalb stets „auch anders möglich".[29] Denn da nie in einem umfassenden Sinn rechtlich

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

Die Aufmerksamkeit galt und gilt deshalb stets mehr der Beseitigung des Kontingenten[32] als seiner Konturierung oder gar seiner Legitimierung.[33] Final gelungen ist diese Beseitigung bekanntlich nie, eben weil Menschen kognitiv nicht zur vollständigen Realisierung in der Lage und voluntativ auch nicht bereit dazu sind. Zufall bzw. in den begrifflichen Konturen klarer: Kontingenz lässt sich damit als zentrales Element der *Realisierung* von Recht und folglich als prägendes Attribut des Steuerungsinstru- 14

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

III. Künstliche Intelligenz und Optimierung der Realisierung des Rechts

15 Mit den Technologien, die heute unter dem Schlagwort der künstlichen Intelligenz verhandelt werden, könnte sich das ändern. Der Kontingenzbegriff könnte unpassend(er) werden. Mit KI-Technologien entstehen neue Mechanismen für die Ermittlung rechtserheblichen Wissens, für seinen Transfer und zunehmend auch für den unmittelbar-physischen Vollzug des Rechts. Diese Feststellung mag im Jahr 2025 nicht mehr innovativ erscheinen. Sie geht in den üblicherweise auf die Pathologien der Technologie fokussierenden rechtswissenschaftlichen Stellungnahmen und gesetzgeberischen Initiativen unserer Zeit aber meist unter und verdient daher Erwähnung. Diese Mechanismen, also künstliche Intelligenz bzw. künstlich-intelligente Systeme bis hin zu autonomen Aktanten, versprechen eine mindestens bessere, nach vor allem anfänglich sehr euphorischen Einschätzungen gar eine vollständige Erfassung und dadurch mögliche Steuerung der Realität.[35] Es entsteht, so eine verbreitete Vorstellung, sukzessive eine aus KI- und sonstigen digitalen Systemen untereinander und mit Menschen vernetzte Welt, in der *auch* die Realisierung normativer Programme in bislang nicht gekanntem Umfang möglich zu werden scheint.[36]

16 Knapp auf den Punkt gebracht: Wenn KI Recht anwenden und durchsetzen kann, und KI zunehmend allgegenwärtig ist, dann könnten Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung künftig ebenfalls allgegenwärtig werden.

17 Im Beispiel und ins Extreme projiziert: Die ‚smarte', mit Internet-Zugang und allerlei Sensorik ausgestattete Haustür von A könnte ‚wissen', wie viele und welche Gäste aktuell erlaubt sind, könnte die ankommenden Gäste zählen und gegebenenfalls

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

KI bzw. noch etwas weiter gefasst: digitale Technologien erscheinen damit als *die* passgenaue Lösung für das Problem der rechtlichen Steuerung der immer komplexeren arbeitsteiligen Gesellschaft[37] und ihrer überkommenen Wissensgenerierungs- und -verarbeitungsprobleme. Das ist das juristisch bislang noch zu wenig[38] reflektierte Proprium einer *gut funktionierenden* KI: die optimierte Realisierung normativ verfolgter Zwecke durch ein immer besseres Wissen über Gegenwart und Zukunft, was zumindest theoretisch dazu führen kann, dass die Lücke zwischen Norm und Normrealisierung immer kleiner wird. Denn bislang musste diese durchweg durch *menschliche* und damit kontingente Normbefolgung bzw. -durchsetzung geschlossen werden und wurde daher mehr oder weniger häufig eben gerade *nicht* geschlossen.[39] Heute nun steht das alte Ziel der Kybernetiker, die „Diskrepanz zwischen Entscheidung und Ausführung", den sogenannten „raumzeitlichen ‚lag'"[40] schließen zu können, als erreichbare Perspektive im Raum. Und das wiederum kann – zumindest theoretisch – zu einer immer nachhaltigeren Verdrängung subjektiver Zufälligkeit bzw. objektiver Kontingenz aus der Rechts- und damit letztlich aus unserer Gesellschaftsordnung führen. 18

Ergänzt sei an dieser Stelle noch, dass meine Perspektive eine durchweg pragmatisch-funktionale ist; ob dieses *Wissen*, von dem soeben die Rede war, ein Wissen *der* KI ist/sein wird, oder ob nur Menschen im eigentlichen Sinn ‚wissen' können, ist eine – neben den technischen Aspekten[41] – vor allem philosophische Frage, auf deren Beantwortung es für hiesige Zwecke m. E. nicht ankommen muss.[42] Es geht um etwas anderes: 19

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV. Grenzen der Optimierung? Zugleich: Gang der Untersuchung

20 Die zentrale Frage dieses Buches ist, ob oder wo das *prima facie* positive Optimierungsversprechen künstlicher Intelligenz durch ein Immer-Mehr an operationalisierbarem Rechts(realisierungs)wissen an rechtliche Grenzen stößt. Anders gewendet: Dürfen oder müssen wir als demokratisches Gemeinwesen in Zukunft die Realisierungsmechanismen des Rechts bewusst (auch) auf Kontingenz hin ausrichten? Ich will mich der Antwort auf diese Frage in drei großen Schritten nähern:

21 *Kapitel 1* beginnt deskriptiv mit den technischen Grundlagen des Optimierungsversprechens. Zunächst werden die *Begriffe und Eigenschaften* künstlicher Intelligenz und ihre grundlegenden Funktionsbedingungen dargelegt (→ § 1). Die Arbeit an diesem Kapitel begann bereits 2018, aber ich denke dennoch, dass dieser Abschnitt auch angesichts der jüngst rasanten Entwicklung der Technologien noch relevant ist: Die – wie man so schön sagt – ‚Basics' sind stabil geblieben. Es folgen sodann – als erster Hauptabschnitt des Buches – strukturierte *Anwendungsbeispiele* dafür, wo und wie staatliches Recht durch den Einsatz KI-basierter Verfahren besser realisiert wird oder werden soll bzw. wo das in absehbarer Zeit realistisch erscheint (→ § 2). *Technisch* geht es dabei wie gesagt nicht allein um automatisierte Überwachung (*Intelligent Surveillance*) oder die Verunmöglichung von Rechtsbrüchen (*Impossibility Structures*). Die Optionen für die Optimierung der Rechtsverwirklichung sind vielfältiger und ermöglichen auch dezidiert kommunikative Strukturen (insbesondere durch die hier sogenannten *Justification Structures*). Auch die Wirkungen von ‚bloßer' Assistenz bei der Rechtsbefolgung (hier sogenannte *Compliance Assistance Technologies* i. e. S.) dürfen nicht unterschätzt werden.

22 *Inhaltlich* wird der Fokus auf der Verwirklichung öffentlich-rechtlicher Verhaltenspflichten liegen. Ausführlich behandelt werden daher Anwendungsbeispiele aus dem Sicherheitsrecht, in einem weit verstandenen Sinn, d. h. einschließlich strafrechtlich begründeter Verhaltenspflichten. Instrumentell zwar naheliegende, aber materiell im Kern privatrechtliche Anwendungen (insbesondere *Smart Contracts*[43]) bleiben hingegen weitgehend außen vor: Das staatliche Steuerungsproblem stellt sich hier nicht vergleichbar, weil es dem Privatrecht und vor allem der Privatrechtsdurchsetzung zuallererst um die private Interessenbefriedung und -befriedigung geht, die nicht zwangsläufig durch staatliches oder supranationales Recht geleitet ist und auch nicht geleitet sein muss (vgl. nur beispielhaft die bedeutsame Rolle des Prozessvergleichs im Privatrecht).[44] Freilich sind die Grenzen hier fließend, nämlich immer dann, wenn private Rechtspositionen im Einzelfall nicht dispositiv sind oder mit ihnen

43 Dazu m. w. N. *Fries/Paal*, Smart Contracts, 2019.
44 Zum ‚Recht auf Rechtsverstoß' gegen *privatrechtliche* Pflichten → § 5 Rn. 162 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auch öffentliche Interessen verfolgt werden (beispielsweise mit dem zumindest auch demokratiefunktional begründbaren grundrechtlichen Schutz der freien Rede und der Presse im Urheberrecht[45] oder im Recht der sozialen Medien[46]).

Über die Deskription hinaus werden die beschriebenen Anwendungen bereits in Kapitel 1 daraufhin untersucht und wird kritisch hinterfragt werden, wie sie (die Anwendungen) aktuell rechtsdogmatisch bewältigt und vor allem begrenzt werden. Dabei wird es schwerpunktmäßig um die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verhinderung anlasslos-flächendeckender automatisierter Überwachungsmethoden gehen (die hier sogenannte ‚Anlassdogmatik'). Diese Rechtsprechung wird von vielen auch auf die neueren Formen von Rechtsdurchsetzungstechnologien übertragen (das ist die hier sogenannte ‚überwachungsakzessorische' Bewältigungsstrategie). Kapitel 1 schließt dann mit einem ersten ausführlichen Zwischenfazit: M. E. ist die überwachungsakzessorische Bewältigungsstrategie *gegenwärtig* durchaus dazu in der Lage, den Einsatz rechtsrealisierender Technologien zu begrenzen. In einer *Zukunft*, in der rechtserkenntnis- und rechtsdurchsetzungsfähige Technologien zur uns quasi umgebenden und damit allgegenwärtigen Infrastruktur werden, wird das aus verschiedenen, auch normativen Gründen aber immer weniger der Fall sein. 23

Kapitel 2 gilt dann den *Bedingungen und Maßstäben der Optimierung*. Diese sehe ich darin, dass diejenigen Leistungen, die bei der Realisierung normativer Programme bislang allein von Menschen erbracht wurden, durch den Einsatz von KI *per saldo* besser erbracht werden können müssen. Es geht daher zunächst um die (häufiger gestellte, aber oft direkt mit ‚nein' oder zumindest skeptisch beantwortete) Frage, *ob* überhaupt und wenn ja, *wie* eine kontextadäquate Konkretisierung, Realisierung und gegebenenfalls Korrektur von Recht von künstlich-intelligenten Maschinen vorgenommen werden kann (→ § 3).[47] Auf diesen Analysen aufbauend werde ich zu dem Ergebnis gelangen, dass *per saldo* bessere Leistungen durchaus möglich sind: zwar absehbar nicht in Form eines vollständigen Ersatzes von Menschen durch Maschinen (das ist in einer anthropozentrischen Welt ohnehin eine merkwürdige, trotzdem häufig anzutreffende Fragerichtung); aber immerhin mittels einer neuen, hybriden Arbeitsteilung zwischen Mensch und Maschine bei der Realisierung des Rechts (→ § 4). Auch Kapitel 2 schließt mit einem Zwischenfazit, in dem die These entwickelt und begründet werden soll, dass bzw. warum eine derartige Arbeitsteilung immer üblicher werden und damit aus normsoziologischen Gründen zu einer weiteren, nachhaltigen Optimierung der Realisierung von Recht beitragen wird 24

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

46 Dazu → S. 224 ff.

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

25 Kapitel 1 und Kapitel 2 legen folglich den Grund dafür, in Kapitel 3 nach der Legitimität und sogar der verfassungsrechtlichen Notwendigkeit der Erhaltung dieser Kontingenz zu fragen; und zwar nicht nur als theoretisches Gedankenspiel, sondern vor dem Hintergrund von technologisch-faktischen, rechtlichen und rechtssoziologischen Ausgangsbedingungen, welche die vollständige oder doch zumindest sehr weitgehende Verdrängung von Kontingenz überhaupt erstmals als eben technisch, rechtlich und sozial *realistische* Option erscheinen lassen.

26 *Kapitel 3* geht dann also diesen Schritt weiter zur Was-wäre-wenn-Frage: Was gilt, wenn KI so gut funktioniert, dass die in den Kapiteln 1 und 2 beschriebenen kontingenzverdrängenden Voraussetzungen vorliegen, und die Gesellschaft damit in die Lage versetzt ist, Recht flächendeckend einer vollständigen Realisierung zuzuführen oder zumindest nahe zu bringen? Es ist die Ausgangsthese oder vielleicht bescheidener: die anfängliche Intuition dieses Buches gewesen, dass es auf dem Weg der Optimierung Punkte gibt, an denen das ‚gut genug' in ein ‚zu gut' umschlagen kann.[48] Rechtssoziologisch sowie normentheoretisch lässt sich ein Verlustbefund im Fall vollständig realisierten Rechts wie gesagt leicht erstellen: Je weiter die Realisierung normativer Programme durch Wissensgenerierungs- und Wissensumsetzungsstrukturen optimiert wird, umso mehr verliert die Rechtsordnung ihre bislang prägende Kontingenz: Nichts, was normativ gesollt ist, kann mehr anders oder kann mehr nicht sein.[49] Ignoranz und Devianz gäbe es nicht.[50] Die (Erfahrung von) Kontingenz würde sich dann zunehmend bzw. im ‚optimalen' Fall sogar ganz auf die – jedenfalls

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

49 Zum Kontingenzbegriff → Rn. 11 f. (Einleitung).

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

für eine Demokratie konstitutive[51] – Kontingenz *des Rechts* verlagern,[52] also in den Kreationsprozess von Recht.[53] Das, was als „Binnenkontingenz" im Recht[54] oder als „Verhaltenskontingenz"[55] der Rechtsunterworfenen bei der Realisierung von Recht bezeichnet werden kann, droht hingegen verloren zu gehen. Freilich ist dieser Befund zunächst nur ein deskriptiver, entsprechend dem Erkenntnisinteresse der beiden genannten Wissenschaften. Verfassungsrechtlich, demokratietheoretisch, und rechtsdogmatisch hinterfragt klingt der Befund hingegen *prima facie* positiv; er scheint jedenfalls nicht undemokratisch, eher im Gegenteil, weil ja dem demokratisch gesetzten und auf Verwirklichung angelegten Recht eben zur Verwirklichung verholfen wird.[56]

Um dem rechtlich[57] etwas entgegensetzen zu können, muss nach einem *rechtlichen* 27
Eigenwert von Rechtsbrüchen gesucht werden (→ § 5). Grob lassen sich dabei individuelle und überindividuelle Zugriffe unterscheiden. So könnte zunächst *individuell* der Wille eines Rechtsunterworfenen, eine Norm *nicht* zu befolgen, oder, etwas milder ausgedrückt, könnte der Wunsch nach einem Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Rechtsgehorsam verfassungsrechtlich geschützt werden. Ein solch individueller Zugriff muss in einer grundrechtsstaatlich umfangreich abgefederten Demokratie (d. h. jenseits des *Radbruch*'schen Ausnahmefalls) aber von vornherein

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

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

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

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

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

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

57 Für eine moralphilosophisch (!) begründete Gegenposition s. *Raz*, in: ders. (Hg.), The Authority of Law, ^{2}2009, S. 233 (237 ff., 242): "no general [moral] obligation to obey [the law]." Vgl. aktuell auch *Akbarian*, Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation, 2023, S. 16 ff., auch S. 262 ff.; interdisziplinär angelegt zudem die Beiträge in *Hilbert/Rauber*, Warum befolgen wir Recht? 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zweifelhaft erscheinen. Nach der hier vertretenen und in § 5 näher begründeten Auffassung negiert der Einsatz von rechtsverwirklichender Technologie die Freiheit (oder Autonomie) von Individuen – anders als vielfach angenommen[58] – nämlich nicht, sondern macht sie (die Freiheit) im Falle guten Funktionierens (!) lediglich als einen jetzt schon vielfach rechtlich *begrenzten* Zustand besonders sichtbar. Denn das Grundgesetz „entspricht […] eher einem Verständnis ‚verfasster Freiheit' denn einem Schutz ‚vorrechtlicher Freiheit'."[59]

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

29 Stellt sich damit also tatsächlich heraus, dass auch die Kontingenz der Normrealisierung (Verhaltenskontingenz) nicht nur ein zwangsläufiges und lediglich zu tolerie-

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

V. Oder doch: alles bloße Fiktion?

Nun gehört die Frage, ob, durch wen und wofür KI rechtskonform eingesetzt werden darf, zu den meistdiskutierten Gegenwartsfragen. So ist seit Entstehen des entsprechenden Rechtsgebiets bzw. – je nach Betrachtung – seit seiner Wiederbelebung[63] vor nicht mehr als sieben oder acht Jahren[64] schon eine stattliche Zahl von juristischen Abhandlungen erschienen, die sich zuvorderst kritisch mit den möglichen Defiziten KI-gesteuerter Wissensgenerierung und KI-gesteuerten Entscheidens befassen.[65] Darunter sind auch Beiträge von mir selbst.[66] Zwischenzeitlich hat nun auch die Europäische Union mit dem *Artificial Intelligence Act* (Verordnung 2024/1689, im Folgenden AI Act) eine weit ausgreifende Horizontalregulierung von und für KI verabschiedet (wohingegen das – freilich schon im Ausgangspunkt deutlich zurückhaltende – US-amerikanische Pendant von der Trump-Regierung 30

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schon wieder zurückgenommen wurde[67]). Fast allen[68] diesen Interventionen ist gemein, dass sie auf den möglichen *Pathologien* aktueller KI aufbauen: Sei es die Intransparenz moderner maschineller Lernverfahren (sogenanntes *Black-Box*-Phänomen),[69] sei es die Gefahr der Verfestigung menschlicher Vorurteile in algorithmischer, folglich nur vermeintlich objektiver Form (sogenannte *Algorithmic Biases*).[70] Die Leitfrage dieses Buches, ob es ein Zuviel an rechtlicher Optimierung durch KI geben könnte, erscheint vor diesem Hintergrund vordergründig allzu mutig.

31 Aber: Der Einwand des ‚Es-funktioniert-(noch-)nicht' betrifft letztlich die „empirische Oberfläche"[71] des Problems – und diese wird dünner. Denn es wird intensiv daran geforscht, die genannten und weitere technische Defizite zu überwinden. Es sei einmal unterstellt, dass das gelingt (eine Unterstellung, die im Jahr 2025 übrigens weit weniger mutig klingt als zu Beginn dieses Buchprojekts im Jahr 2018). Was dann? Was wird gelten, wenn KI-Systeme transparente, menschlich beherrsch- und verantwortbare, zugleich datensichere[72] und hinreichend ressourceneffiziente,[73] und vor allem anderen: gut brauchbare rechtliche Beobachtungen, Schlussfolgerungen und vielleicht sogar Vorhersagen mit geringen Fehlerraten liefern und diese dann auch unmittelbar physisch umsetzen können? Diese Frage stellen sich bislang immer noch wenige.[74] Viele werden denken, dass sie verfrüht gestellt und vielleicht sogar naiv ist. Ich denke das nicht:

32 *Erstens* wird die Antwort Wichtiges über Sinn und Zweck normativer Ordnungen aussagen. *Zweitens* gibt die Rasanz, mit welcher sich in den vergangenen zehn Jahren die technologischen Möglichkeiten verbessert haben, Anlass, vorbereitet zu sein,

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

VI. Methodische Einordnungen

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

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

76 s. nochmals ausf. → S. 317 ff.

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

34 Während sich die futuristische Methode dabei durch die gesamte Untersuchung ziehen wird, haben die drei Kapitel im Übrigen jeweils eigene methodische Zugriffe. *Kapitel 1* folgt klassisch-rechtsdogmatischen Erkenntnisinteressen: Rechtserkenntnis- und entsprechend aktionsfähige Technologien sollen zunächst grundlegend kategorisiert und es sollen dabei auf mittlerer Abstraktionsebene Determinanten ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit herausgearbeitet werden. Normtheoretische (meist: Verlust-)Befunde, die mit den einzelnen Technologie-Kategorien verbunden sind, sollen an passenden, jeweils eigens gekennzeichneten Stellen schon hier aufgegriffen werden. Teils können sie auch gleich widerlegt oder zumindest relativiert werden.

35 Die Zugriffe in *Kapitel 2* sind demgegenüber theoretischer Natur. Sie sind als Beiträge zu den sogenannten materialen Rechtstheorien zu qualifizieren,[79] weil nachbarwissenschaftliche Erkenntnisse einbezogen werden sollen. Zunächst, d. h. in → § 3, werden Normtheorie und Technikwissenschaften miteinander verknüpft, indem die Leistungen von Menschen in normativen Ordnungen mit den korrespondierenden Fähigkeiten bzw. Defiziten von Maschinen abgeglichen und kontrastiert werden. Anschließend, in → § 4, wird gefragt, wie darauf aufbauend eine neue Arbeitsteilung von Mensch und Maschine bei der Realisierung von Recht aussehen könnte, die dezidiert demokratischen Ansprüchen genügt. Genutzt und zugleich ausgebaut werden dafür demokratietheoretische Vorarbeiten von *Andreas Funke*, die den *Bürger* als regelmäßigen Erstanwender von Recht – und damit originärem ‚Verwirklicher' von Recht – in den Mittelpunkt stellen.

36 *Kapitel 3* schließlich startet rechtssoziologisch: Näher untersucht werden – anknüpfend an *Luhmann* – die positiven Funktionen von Devianz im Recht. Dabei wird zugleich die *prima facie* fehlende Rezeptionsoffenheit des Rechts und der Rechtsdogmatik für diese Funktionen dargestellt. Das ist aber nur der erste Eindruck: Den Hauptteil des dritten Kapitels bilden die eingangs bereits inhaltlich skizzierten Überlegungen, wie die rechtssoziologisch (und auch normtheoretisch sowie rechtsökonomisch) relativ leicht begründbaren positiven Leistungen von Rechtsbrüchen eben doch im geltenden Verfassungsrecht verortet werden können. Geleistet werden soll damit auch ein Beitrag dazu, Theorie(n) und Dogmatik an dieser künftig regulatorisch besonders wichtigen Stelle in einen fruchtbaren Austausch zu bringen.

---

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel 1
Das Optimierungsversprechen: neue Realisierungsstrukturen für Recht

Die individuelle, wirtschaftliche und gesellschaftliche Bedeutung, die als ‚intelligent' bezeichneten Systemen heute beigemessen wird, muss nicht mehr erläutert werden.[1] Dasselbe gilt für ihre historische Entwicklung, deren Beginn sich auf *Alan Turings* Beitrag „Computing Machinery and Intelligence" und die mittlerweile berühmte *Dartmouth Conference* im Jahr 1956 datieren lässt.[2] Außerordentlich umfangreich ist die entsprechende, auch rechtsnahe Literatur hierzu mittlerweile, auf die hiermit verwiesen sei.[3] Vergleichsweise jung sind hingegen systematische Überlegungen dazu, ob und wenn ja, unter welchen Umständen die aktuelle Generation künstlich-intelligenter Technologien dazu führen könnte, dass der Vollzug von Recht flächendeckend bis hin zu seinem „Vollvollzug"[4] optimiert werden könnte. Um zu dieser Frage ausführen zu können, sind in diesem ersten Kapitel Erläuterungen dazu angezeigt, wie eine Optimierung der Realisierung von Recht durch KI technisch erfolgen kann. Dazu werden in einem ersten Schritt die Grundbegriffe knapp erläutert, die den immer noch schillernden Oberbegriff der künstlichen Intelligenz näher konturieren (sogleich, → § 1). In einem umfangreicheren → § 2 werden dann einzelne Anwendungsfelder künstlich-intelligenter Rechtserkenntnis und – noch avancierter – Rechtsrealisierung systematisiert und in insgesamt fünf große Gruppen unterteilt. 1

1 Für eine Übersicht über Chancen und Risiken von KI s. *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 14-66.
2 Eine anschauliche Zeittafel findet sich bei *Ertel*, Grundkurs KI, 2021, S. 7 ff.
3 Knapp und konzise *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 (9 f.), m. vielen weiteren Nachw.
4 Ebd., S. 42.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 1 Begriffe und Eigenschaften: künstliche Intelligenz in rechtswissenschaftlicher Betrachtung

1 Künstliche Intelligenz stellt einen Modebegriff dar. Ihn zu definieren, fällt aber immer noch schwer.

2 Besonders deutlich wird das an *relativen* Definitionen wie etwa der von *Elaine Rich* aus dem Jahr 1983: "Artificial Intelligence is the study of how to make computers do things at which, at the moment, people are better."[1] Diese Definition wirft einerseits natürlich die Frage auf, ob die damit umstandslos nahegelegte Konvergenz von Mensch und Maschine überhaupt wünschenswert ist.[2] Aber auch dann, wenn man das beiseitelässt, überzeugt der Ansatz nicht: Computer sind praktisch seit ihrer Erfindung in vielen Bereichen Menschen überlegen, ohne dass der populäre oder der wissenschaftliche Diskurs dafür das Attribut ‚intelligent' verliehen hätte.[3] Als einfaches Beispiel sei das Auswendiglernen und ‚Abrufen' von Gedichten genannt:[4] für einen Menschen meist mühsam, während ein Computer den Text binnen Sekunden speichern, indexieren und wiederfinden kann. Die OECD weist darauf hin, dass eine solche Gewöhnung an – nach menschlichen Maßstäben: geradezu krasse – Maschinenleistungen voranschreite, sodass *mittlerweile* sogar maschinelle Schrifterkennung (*Optical Character Recognition* – OCR) "by the general public" nicht mehr als KI gewertet würde, obwohl die Technologie eindeutig "textbook AI methods" anwende[5] (OCR wird mir daher im Folgenden auch weiterhin zur Illustration dienen; aber der Punkt, den die OECD machen will, leuchtet ein: *relative* Definitionen von KI sind letztlich nicht besonders nachhaltig).

3 Aber auch aus *nicht*-relativen Definitionsversuchen spricht eine gewisse Verlegenheit. Illustrieren lässt sich das an der Definition von „KI-System" im finalen Text des AI Act. Die entsprechende Norm lautet:

1 *E. Rich*, Artificial intelligence, 1983, S. 1. Ähnl., noch im Jahr 2017, *Finlay*, Artificial Intelligence and Machine Learning for Business, S. 10: "Artificial Intelligence is the replication of human analytical and/or decision making capabilities." Für eine krit. ("deeply flawed") Auseinandersetzung mit diesen relativen Definitionsansätzen s. *Kaplan*, Artificial Intelligence, 2016, S. 1 ff. Im Kontrast zu diesen Ansätzen steht die Methode der *Integrative Social Robotics*, deren *Non Replacement*-Prinzip besagt, dass "social robots may only do what humans should but cannot do". Dazu *Seibt*, in: Werthner et. al. (Hg.), Perspectives on Digital Humanism, 2022, S. 183 (186). Realistisch ist das freilich nicht.

2 Vgl. – neben Art. 1 Abs. 1 GG bzw. Art. 1 Abs. 1 GRC – noch deutlicher Art. 12 Abs. 1 der bremischen Landesverfassung: „Der Mensch steht höher als Technik und Maschine"; außerdem auf ethischer Basis die *Unabhängige Hochrangige Expertengruppe für Künstliche Intelligenz*, Leitlinien v. 8.4.2019, Rn. 9, 10 (Onlinequelle): „Die KI ist kein Selbstzweck, sondern [muss] auf den Menschen ausgerichtet sein."

3 Vgl. auch die Schilderungen bei *Ertel*, Grundkurs KI, 2021, S. 1 ff., der freilich im Erg. doch häufig auf die Definition von *Rich* zurückgreift.

4 Mit diesem Bsp. *Ertel*, Grundkurs KI, 2021, S. 202.

5 s. https://oecd.ai/en/wonk/definition, besucht am 25.4.2025.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„‚KI-System' [bezeichnet] ein maschinengestütztes System, das für einen in unterschiedlichem Grade autonomen Betrieb ausgelegt ist und das nach seiner Betriebsaufnahme anpassungsfähig sein kann und das aus den erhaltenen Eingaben für explizite oder implizite Ziele ableitet,[6] wie Ausgaben wie etwa Vorhersagen, Inhalte, Empfehlungen oder Entscheidungen erstellt werden, die physische oder virtuelle Umgebungen beeinflussen können" (Art. 3 Nr. 1 AI Act).

Offensichtlich problematisch an dieser und vergleichbaren[7] Definitionen sind Begriffe wie „in unterschiedlichem Grade", „anpassungsfähig sein *kann*", „beeinflussen *können*" (alles reichlich unbestimmt), und „autonom" (unbestimmt, philosophisch aufgeladen und – wie der relative Definitionsansatz – mit Vermenschlichungstendenz); und trotz der Unbestimmtheit ist die Definition eventuell sogar zu *eng* geraten.[8] Für einen Rechtsakt wie den AI Act, der sich ausdrücklich in den Dienst der „Rechtssicherheit" stellt und daher eine „klare Definition" von KI-System liefern will,[9] ist diese Definition daher, vorsichtig gesagt, unbefriedigend. 4

Hier soll nun kein weiterer Definitionsversuch unternommen werden. Vielversprechender und, so scheint mir, im wissenschaftlichen und immer mehr auch populären Diskurs mittlerweile gebräuchlich, ist vielmehr ein phänomenologischer Ansatz, der ‚künstliche Intelligenz' aus den *technischen* Einzelelementen bzw. -begriffen rekonstruiert, die die Grundlagen dessen bilden, was zusammenfassend eben als künstliche Intelligenz bezeichnet wird.[10] Hier sind vor allem zu nennen: maschinelles Lernen (dazu sogleich → I.), angewandte Statistik (→ II.), und symbolische künstliche Intelligenz (→ III.). Im Kern bildet dieser technisch orientierte ‚Dreiklang' übrigens auch den Zugriff ab, den die EU-Kommission für ihren Vorschlag für den AI Act gewählt hatte,[11] den der Gesetzgeber dann aber, für seine regulatorischen Zwecke, als zu *weit* verwarf.[12] Für den folgenden, dezidiert rechts*wissenschaftlichen* 5

6 Zum zentralen Begriff der Ableitung/Inferenz s. *Steen*, KIR 2024, 7 ff.

7 s. bspw. die i. R. des Gesetzgebungsverfahrens einflussreiche Definition der *Unabhängigen Hochrangige Expertengruppe für Künstliche Intelligenz*, Definition v. 8.4.2019, S. 1 (Onlinequelle); vgl. auch die der technischen Entwicklung angepasste Definition der OECD v. 5.3.2024, S. 4 (Onlinequelle), auf die ErwGr. 12 zum AI Act implizit verweist.

8 Nach Auffassung von *Roth-Isigkeit*, KIR 2024, 15 f., schließt die Def. des AI Act komplexe *regelbasierte* Systeme (dazu ab → S. 59) aus; dies offenlassend *Krönke*, NVwZ 2024, 529. Da ErwGr. 12, der die Def. in Art. 3 Nr. 1 AI Act näher konturiert, ausdrücklich auch „logik- und wissensgestützte Konzepte" erfasst, scheint mit eine erweiternde, komplexe regelbasierte Systeme auch erfassende Auslegung mit *Krönke* a. a. O. durchaus möglich.

9 Vgl. bes. ErwGr. 12 S. 2 zum AI Act.

10 Ähnl. *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 (9): „Vor allem aber sind seit 2010 Fortschritte bei der Beherrschung und Integration jener drei Elemente zu verzeichnen, die das Herzstück aller lernfähigen Systeme ausmachen: Daten, lernfähige Algorithmen und menschliche Supervision." Noch deutlicher *Finlay*, Artificial Intelligence and Machine Learning for Business, 2017, S. 11: "It's the combination of these individual components [data input, data (pre)processing, predictive models, decision rules (rule sets), response/output] that give us the 'AI'." Knappe, konzise Begriffserläuterungen nun bei *Seckelmann*, Die Verwaltung 56 (2023), 1 (4 ff.).

11 s. Anhang I AI Act-Entwurf (*EU-Kommission*, COM[2021] 206 final v. 21.4.2021).

12 Zu weit, weil er mit dem *pauschalen* Verweis auf "logic- and knowledge based approaches" und "statistical approaches" (vgl. ebd., lit. b und c) wohl auch einfache regelbasierte und daher gut nachvollziehbare

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zugang zur Materie scheinen mir die drei genannten Grundbegriffe aber weiterhin tauglich und in jedem Fall deutlich greifbarer als die umständliche und eher unbestimmte Definition des finalen AI Act.

I. Maschinelles Lernen und verwandte Begriffe

6 Der fachwissenschaftliche wie auch der populäre Diskurs assoziiert mit KI heute vor allem die Technologien des sogenannten maschinellen Lernens (*Machine Learning*). Die EU-Kommission nannte das maschinelle Lernen ebenfalls als erstes unter den „Techniken und Konzepten", auf die der AI Act nach ihrem Vorschlag Anwendung finden sollte.[13] Zumindest in Erwägungsgrund 12 listet der verabschiedete AI Act maschinelles Lernen auch weiterhin als zentrale KI-Technologie.

7 Diese Technologien sollen in einem gegebenen Datenbestand mithilfe statistischer Methoden[14] Datenpunkte identifizieren, denen in der Kombination nach menschlichen Maßstäben ein bestimmter Informationswert zukommt. Das sind z. B. bestimmte Bildpunkt-Muster, die den Schluss erlauben, bei der dem Computer vorgelegten Pixelmasse handele es sich um das Bild eines Menschen oder eines Pferdes. Gemeinhin ist hier die Rede davon, dass die Maschine in Anwendung einer vorgegebenen statistischen Methode aus den Daten selbstständig ‚lernt', welche Kombination aus Punkten phänotypisch für ein Pferd steht.[15]

8 Allerdings suggeriert ‚lernen' eine Verständnisebene, welche die Maschine im Fall des *Machine Learning* noch nicht erreicht. Dieser semantische Vorbehalt gilt jedenfalls dann, wenn man ‚lernen' nicht nur als einen Ablauf von *Wahrnehmung/Klassifikation der Welt → Verknüpfung mit Bekanntem → Mustererkennung* versteht, sondern

Software wie *Excel* etc. erfasst hätte. Bereits der Rat (s. Dok. 2021/0106[COD], S. 71) schlug daher vor, den Verweis auf statistische Methoden zu streichen. Am Ende wurde der phenomänologische Ansatz sogar ganz aus dem Normtext gestrichen. Ansätze dafür finden sich aber noch in ErwGr. 12. *Alternativ* hätte es sich angeboten, den Verweis auf die Techniken, die KI zugrunde liegen, beizubehalten, und eine *einschränkende* Bedingung anzufügen, dass vom AI Act nur solche Anwendungen der Technik erfasst sind, die aufgrund ihrer Architektur so komplex sind bzw. die in solche Entscheidungszusammenhängen eingesetzt werden, dass das die aufwändige Regulierung des AI Act rechtfertigen kann. Im Detail, nämlich bei der Def. dessen, was *Hochrisiko*-KI-Systeme sind, hat der Gesetzgeber diese Konstruktion auch gewählt (s. Art. 6 Abs. 3, 4, 6 AI Act), die m. E. eher geeignet gewesen wäre, die nun drohende *Over-regulation* zu vermeiden.

13 s. Anhang I lit. a AI Act-Entwurf (*EU-Kommission*, COM[2021] 2026 final).

14 Zu nennen sind hier ohne Anspruch auf Vollständigkeit künstliche neuronale Netze, lineare Regression, Naïve Bayes, *Support Vector Machines*, *Decision Trees*. Für eine gut lesbare Übersicht der je nach Anwendungsfeld unterschiedlich tauglichen Methoden s. *Ertel*, Grundkurs KI, 2021, Kapitel 8 f. Gut zugänglich auch *Siegel*, Predictive Analytics, 2016, bes. S. 168-173, der die Prinzipien v. a. am Bsp. von *Decision Trees* erläutert; sehr gut auch die Bsp. bei *Burrell*, Big Data & Society 3 (2016), 1, und *Kaminski*, in: Wiegerling/Nerurkar/Wadephul (Hg.), Datafizierung und Big Data, 2020, S. 151 (157 ff.).

15 Z. B. *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 (3), unter Verweis auf technikwissenschaftliche Lit.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wenn man ‚lernen' anspruchsvoller versteht als Prozess der Konstruktion von *Wissen*,[16]

> „das über unmittelbare Erfahrungen hinausgeht. Es [das Lernen] setzt auf Seiten des Lernenden die Überzeugung voraus, daß es in der Welt Regularien gibt, die sich zwar der unmittelbaren Beobachtung entziehen mögen, aber auf der Basis gehalterweiternder Schlußfolgerungen zu erschließen und zu ‚entdecken' sind."[17]

Solche selbstständig schlussfolgernde KI wird sprachlich abgrenzend als *Artificial General Intelligence* (AGI)[18] bezeichnet und in der Forschung zwar angestrebt,[19] ist aber auch im Jahr 2024 noch nicht erreicht (dazu unten, → III., mehr).[20] 9

Viel treffender als ‚lernen' erscheint für aktuelle Techniken des maschinellen Lernens der Begriff des *Beobachtens*: Die Maschine beobachtet und findet mittels einer vom Menschen vorgegebenen statistischen Methode[21] in einem gegebenen Set an Trainingsdaten wiederkehrende Muster, die mit möglichst hoher Spezifizität (Genauigkeit) bei gleichzeitig hinreichend hoher Generalisierbarkeit Indikatoren (*Features*)[22] für die Klassifikation ‚wahrscheinlich ein Pferd/wahrscheinlich kein Pferd' enthalten. Es handelt sich also um Induktion, nicht Deduktion, oder, wie *Eric Siegel* treffend schreibt: "Believing in such a rule is accepting *proof by example*".[23] 10

Ob Genauigkeit und Generalisierungskraft mit Blick auf die beabsichtigte Verwendung des Musters hoch genug sind, wird anhand von Validations- und Testdaten geprüft, die im Training nicht verwendet worden sind bzw. nicht verwendet worden sein dürfen. Mathematisch stark vereinfacht lässt sich das Resultat folgendermaßen illustrieren: 11

16 Für eine Übersicht über die rechtlich relevanten – also i. R. dieser Untersuchung im Vordergrund stehenden – Formen von Wissen *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (8 f.).

17 *Seel*, Psychologie des Lernens, 2003, S. 23.

18 Ein populärer Begriff ist auch der der „Superintelligenz", geprägt v. a. vom Philosophen *Bostrom*, Superintelligence, 2014, passim. Krit. zu solch alarmistischen Prophezeiungen *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 (3, 15).

19 Vgl. bspw. die noch allzu euphorische Erfolgsmeldung von *Pei* et al., Nature 572 (2019), 106 ff. Vorgestellt wird aber auch hier ‚nur' ein KI-Chip, der die Aufgabe ‚Fahrradfahren' besonders gut erfüllt. Zu AGI nochmals → § 1 Rn. 43 ff.

20 Vgl. etwa *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 59: „Insbesondere scheitern [Computer] daran, die Bedeutung von Inhalten jenseits der reinen Zeichenkette zu erfassen, den lebensweltlichen Kontext zu verstehen, in dem sie agieren, oder die gesellschaftlichen Folgen ihres Handelns in einen größeren Zusammenhang einzuordnen und sie selbstständig zu bewerten." Gegen die Antropomorphisierung, die mit bestimmten Begriffen wie "belief", "knowledge", "understanding" oder "self" einhergehen kann, *Shanahan*, arXiv:2212.03551v5 (16.2.2023), S. 2 f.

21 s. ausf. → § 1 Rn. 29 ff.

22 *Ertel*, Grundkurs KI, 2021, S. 202 ff.

23 *Siegel*, Predictive Analytics, 2016, S. 169.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Weil $x_{1\ Trainingsdatum} + x_{2\ Trainingsdatum} + x_{3\ Trainingsdatum} \ldots + x_{n\ Trainingsdatum} = y_{(Pferd)}$,

sei $x_{1\ Realdatum} + x_{2\ Realdatum} + x_{3\ Realdatum} \ldots + x_{n\ Realdatum} = p_{y\ (Pferd)}$.[24]

12 Wie gesagt ist das Ziel des Trainings die Erstellung von Mustern, die einerseits möglichst genau sind, also möglichst wenige Nicht-Pferde als Pferde auswerfen (Vermeidung von *False Positives* bzw. Reduzierung der Gefahr des *Underfitting*), andererseits aber hinreichend stark generalisieren (= robust[25] sind), d. h. in der Datengesamtmenge möglichst wenige Pferde übersehen; also etwa ein Pferd nicht nur deshalb als Nicht-Pferd klassifizieren, weil es im konkreten Fall eine andere Fellfarbe als die Tiere in den Trainingsdaten hat (Vermeidung von *False Negatives* bzw. Reduzierung der Gefahr des *Overfitting*).[26] Das Ergebnis sind Muster, die Näherungen akzeptieren *müssen*, um funktionieren zu können, es mit anderen Worten zulassen müssen, dass ein $x_{1\ Realdatum}$ in unterschiedlichen realen Anwendungen unterschiedlich stark an dem Ergebnis y_{Pferd} ‚beteiligt'[27] sein darf. Ich verwende im Buch statt des häufig verwandten Begriffs Algorithmus (= Handlungsvorschrift), der das Prozesshafte betont, den Begriff Muster, der das Ergebnis der algorithmisch durchgeführten Analyse/Suche bezeichnet;[28] er (der Begriff Muster) hat den Vorzug, dass er erstens anschaulicher umschreibt, um was es geht, und er zweitens nicht die sinistre Konnotation hat, die dem Begriff des Algorithmus mittlerweile anhaftet. Geläufiger – und deshalb auch im Titel des Buches beibehalten – ist freilich immer noch der Begriff Algorithmus.

13 Der Output, das y, stellt also stets ein Wahrscheinlichkeitsurteil (genauer daher p_y statt y) dar und ist damit in einem weiten technischen Sinn stets eine Prognose.[29] Sind diese Vorhersagen auf die Erkenntnis eines aktuellen Zustands gerichtet, also z. B. auf „Das Bild zeigt ein Pferd" oder „Das BIP beträgt aktuell so und so viele Billionen", lässt sich die gerade eingeführte Illustration folgendermaßen verallgemeinern:

Weil $x_{1\ gestern} + x_{2\ gestern} + x_{3\ gestern} \ldots + x_{n\ gestern} = y_{gestern}$,

sei $x_{1\ heute} + x_{2\ heute} + x_{3\ heute} \ldots + x_{n\ heute} = p_{y\ heute}$.

24 Nicht y, sondern p_y, da das Verhalten nicht mit Gewissheit, sondern mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit vorhergesagt wird.

25 Zum Begriff, am Bsp. von Inhaltsfiltertechnologien für Online-Plattformen, *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 83 ff.

26 Dieses Dilemma aus Individualisierung und Generalisierung wird als *Bias-Variance-Trade-off* bezeichnet. Klärend zu den Begrifflichkeiten *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (488 f.) m. w. N.

27 So treffend *Wojciech Samek*, zitiert nach *Lenzen*, F.A.Z. v. 24.5.2017, S. N4.

28 Vgl. zum Algorithmenbegriff statt vieler *Datenethikkommission der Bundesregierung*, 2019, S. 54 und ff.

29 *Wischmeyer*, in: Kulick/Goldhammer (Hg.), Der Terrorist als Feind? 2020, S. 193 (201).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ein vor allem in den Finanzwissenschaften eingeführter,[30] m. E. aber auch allgemein durchaus aussagekräftiger Begriff für solche Muster lautet *Nowcasting*. Abzugrenzen ist das *Nowcasting* vom *Forecasting*. Besonders große Erwartungen lagen zwischenzeitlich gerade auch auf Prognosen künftiger Ereignisse: 14

$$\text{Weil } x_{1\ \text{gestern}} + x_{2\ \text{gestern}} + x_{3\ \text{gestern}} \ldots + x_{n\ \text{gestern}} = y_{\text{heute}},$$

$$\text{sei } x_{1\ \text{heute}} + x_{2\ \text{heute}} + x_{3\ \text{heute}} \ldots + x_{n\ \text{heute}} = p_{y\ \text{morgen}}.$$

Schließlich ließe sich in der Zeitdimension noch eine dritte Variante ergänzen: die der retrospektiven Analytik. Sie ist etwa im strafrechtlichen Bereich denkbar, wenn es darum geht, statt aktueller oder künftiger Rechtsverstöße gezielt nach bereits abgeschlossenen Taten zu fahnden.[31] 15

Bei der aktuellen Generation künstlicher Intelligenz müssen Trainings-, Validations- und Testdaten zuvor in der Regel noch von Menschen z. B. eben als Abbildungen von Pferden oder Nicht-Pferden gelabelt (‚klassifiziert') werden. Die Rede ist deshalb von *Supervised Machine Learning*.[32] Meist werden dafür gezielt und mit großem menschlich-personellem Aufwand Datensätze gelabelt. Eine wichtige, aber auch sehr spezifische Quelle des *Labeling* sind beispielsweise die Übersetzungen offizieller Texte aus Staaten und von Organisationen mit mehreren Amtssprachen.[33] Jenseits der Spracherkennung erscheint freilich auch insoweit die Volksrepublik China im KI-Kontext besonders entschlossen. China ließ und lässt wohl weiterhin gezielt Trainingsdaten etwa auch für die dort immer flächendeckender eingesetzten Systeme zur Gesichtserkennung labeln.[34] Je nach Input-Daten – man denke an mehr oder weniger intime Fotoaufnahmen aus dem letzten Urlaub in der Cloud (für Bilderkennung) oder persönliche Gespräche etwa aus *Home-Assistant*-Systemen (für Spracherkennung) – liegen die datenschutzrechtlichen Fallstricke des *Labeling* in solchen Fällen offen zu Tage. 16

Teils entstehen die notwendigen Label auch durch die Nutzer von KI-Systemen selbst. Eine frühe Methode zum nutzergetriebenen *Labeling* sind die bekannten CAPTCHA-Verfahren, bei denen Internetnutzer Fotoaufnahmen klassifizieren müssen („Markiere von den gezeigten neun Bildern alle, die eine Ampel zeigen"), um den Zugang zu einer bestimmten Dienstleistung freizuschalten. Genutzt werden 17

30 Vgl. *Bánbura/Giannone/Reichlin*, ECB Working Paper No. 1275, Dez. 2010, S. 4: "We define nowcasting as the prediction of the present, the very near future and the very recent past." Für Anwendungsbsp. außerhalb der Finanzwirtschaft *Lampos/Cristianini*, ACM Transactions on Intelligent Systems and Technology 3 (2012), 1 ff.

31 Sog. *Retrospective Policing*; dazu *Gless*, in: Herzog/Schlothauer/Wohlers (Hg.), Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte, 2016, S. 165 (169 f.).

32 Vgl. *Ertel*, Grundkurs KI, 2021, Kapitel 8; zur Definition illustrativ a. a. O., S. 351.

33 So waren die Rechtstexte der EU eine wichtige – sozusagen ‚frei Haus' vorgelabelte – Lernquelle für das erfolgreiche Übersetzungsprogramm deepl.com.

34 s. *Böge*, F.A.Z. v. 9.4.2019, S. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

können diese Methoden nur in geringem Umfang, da sie für den Nutzer zeitaufwendig sind, eine Dienstleistung daher unattraktiver machen. Effizienter sind nutzerbasierte Lernsysteme dann, wenn sie die Labels gleichsam als „Beifang" der ohnehin gewünschten Nutzung generieren. Ein datenschutzfreundliches Beispiel dafür sind Autokorrektur-Systeme, deren Vorschläge Nutzer annehmen oder verwerfen, d. h. unmittelbar lernrelevantes Feedback auf ihrem Mobiltelefon bereitstellen. Anhand solchen Feedbacks können die Muster direkt auf dem Gerät des Nutzers ‚lernen' und dann mit den Mustern anderer Nutzer geteilt und kombiniert werden, ohne dass personenbezogene Daten des konkreten Nutzers dessen Sphäre verlassen mussten. Diese Variante des maschinellen Lernens wird als *Federated Learning* bezeichnet und ist durch den Verzicht auf personenbezogene Trainingsdaten an zentraler Stelle (*Data Pools*) datenschutzfreundlich.[35]

18 Zugleich passt hier der ansonsten viel zu häufig umfassend für *alle Machine-Learning*-trainierten Anwendungen genutzte[36] Begriff des *selbst*lernenden Systems; er besagt, dass das Verhältnis von $x_1 + x_2$ usw. zu y, also das Verhältnis des Inputs zum Output, *nicht* statisch oder „eingefroren"[37] ist (wie bei klassischer Technik, Beispiele: Lichtschalter oder Geschwindigkeitsmessgeräten[38]), sondern dynamisch *neue Trainings*daten verarbeiten und das zugrundeliegende x'e-Muster *während der Nutzung* des Systems anpassen kann.[39] Es ergibt m. E. guten Sinn, den oftmals unpräzise, weil zu weitgehend verwendeten Begriff der technischen (!) Autonomie intelligenter Systeme (Stichwort Autonomierisiko[40]) ebenso wie den Begriff des

35 Zum Ganzen *Leetaru*, Forbes v. 31.7.2019 (Onlinequelle). Eine andere datenschutzfreundliche Methode des *Machine Learning* stellt die sog. *Differential Privacy* dar. Dazu *Dwork/Roth*, Foundations and Trends in Theoretical Computer Science 9 (2014), 211 ff.; zu den durch *Differential Privacy* eintretenden Ungenauigkeiten *Steed* et al., Science 377 (2022), 928 ff.

36 Vgl. etwa *Tischbirek*, in: Kahl/Ludwigs (Hg.), HVwR V, 2023, § 126 Rn. 14 ff.; *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, 2019, S. 497 f., bes. Rn. 574; ähnl. *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 26 Rn. 118 f.; auch *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (3), aber klarstellend in Fn. 54.

37 *Herbert Zech*, ZfPW 2019, 198 (203). Der Begriff „eingefroren" passt grds. auch für *Large Language Models* (dazu ausf. ab → § 1 Rn. 44), bzw. er passt hier sogar besonders, weil deren Determiniertheit mit der sog. *Temperature* dieser Modelle/Muster korrespondiert, die gezielt „niedrig" gesetzt werden kann, sodass die Determiniertheit zunimmt; dazu *Liu/Škrjanec/Demberg*, arXiv:2311.09325v2 (3.7.2024), *Renze/Guven*, arXiv:2402.05201v3 (2.10.2024), S. 4 sowie *Song* et al., arXiv:2407.10457 (15.7.2024), S. 4 ff.; zur generellen Realisierbarkeit deterministischer KI-Systeme *Atil* et al., arXiv:2408.04667v2 (12.9.2024). Allerdings können aufgrund der Architektur dieser Modelle auch bei niedriger *Temperature* Hardware-bedingte und Stand heute unvermeidbare Varianzen auftreten, die aber (wohl) so minimal ausfallen und nur in absoluten Grenzfällen Ergebnisrelevanz besitzen, sodass wir sie für unsere Zwecke (und zum gegenwärtigen Stand der Forschung) vernachlässigen können; zu diesen Varianzen, die ein Zufallselement ins Spiel bringen, *Goldberg*, ACM Comput. Surv. 23 (1991), 5; *Kaddour* et al., arXiv:2307.10169 (19.7.2023), S. 33. Den Hinweis auf diese Restvarianz auch bei „eingefrorenen" LLM-Systemen verdanke ich *Christoph Engel*, weiterführende, technisch anspruchsvolle Recherchen und Vorarbeiten hierzu *Michael Moghaddam*.

38 Vgl. dazu *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 26 Rn. 119.

39 Vgl. auch *Kaminski*, in: Wiegerling/Nerurkar/Wadephul (Hg.), Datafizierung und Big Data, 2020, S. 151 (156 f.) m. w. N., der bei selbstlernenden Systemen von „transklassischer Technik" spricht.

40 Hierzu ausf. *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (163 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

selbst*lernenden* Systems auf *dieses* Szenario zu beschränken. Nach dem Training „eingefrorene" Systeme *haben* hingegen selbst *gelernt*, was sprachlich z. B. dadurch angezeigt werden kann, dass von ML-trainierten Systemen zu sprechen wäre. Selbstlernende KI-Systeme im engen Sinn sind in sensiblen Anwendungsbereichen – also jenseits der Autokorrektur-Funktion von *Messenger*-Diensten oder *Chatbots* und vergleichbar harmlosen Szenarien – noch selten[41] und nach teilweise vertretener Auffassung im staatlichen Einsatz sogar „kategorial ausgeschlossen".[42]

Wie das Beispiel der Autokorrektur-Systeme zeigt, lässt sich *Federated Learning* nur in solchen Szenarios einsetzen, in denen die Nutzenden ‚mitspielen'. Die Überlegungen gehen daher dahin, den allgemeinen Trend zur sogenannten *Gamification* bei der Nutzung von *Smart Phones* und anderen *Smart Devices* zu nutzen, um auf spielerische Art – z. B. während längerer Pendelfahrten zur Arbeit – zum Labeln aufzufordern, es gegebenenfalls aktiv durch Services oder sogar monetäre Kompensation zu belohnen. Es wird sich erweisen, ob diese Methode zentrale, datenschutzrechtlich problematische Trainingspools[43] effektiv wird ablösen können. 19

Bislang nur für ausgewählte Aufgaben eignet sich demgegenüber das sogenannte *Unsupervised Machine Learning*, das ohne menschlich gelabelte Daten auskommt.[44] Diese Systeme suchen in der basalsten Version in den Trainingsdaten abstrakt nach Mustern, die besonders häufig oder besonders stark korreliert auftreten (*Clustering* oder Segmentierung). Es handelt sich dabei vor allem um Verfahren der explorativen Datenanalyse,[45] bei denen das Erkenntnisziel nicht feststeht, sondern bewusst nach unbekannten Zusammenhängen gesucht wird. Es handelt sich um echte Wissensmehrungs-Verfahren, die etwa im Marketing oder der Produktforschung Einsatz finden. *Unsupervised Learning* kann aber auch im Bereich von Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung eingesetzt werden, indem der Fokus nicht auf die Cluster gerichtet wird, sondern auf ‚ausreißende' Datenmuster (sogenannte *Outliers*) – basierend auf der Annahme, dass das gefährliche oder deviante Verhalten in dem durchsuchten Datensatz eben die Ausnahme gegenüber dem ungefährlichen bzw. re- 20

41 So auch die Beobachtung von *Zech*, ZfPW 2019, 198 (203); s. auch *Hilgendorf*, JZ 2021, 444 (450) zum autonomen Fahren (§§ 1d ff. StVG), das vom autonomen *Lernen* derzeit noch weit entfernt ist.

42 So *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 26 Rn. 118: fehlende Bestreitbarkeit solcher Entscheidungen mangels Reproduzierbarkeit ihrer Ergebnisse. Anders nun BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, Az. 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 – Automatisierte Datenanalyse, Rn. 100, bes. a. E. Dazu auch nochmals ausf. unten, ab → § 2 Rn. 38.

43 Zu deren Notwendigkeit *EU-Kommission*, COM(2020) 66 final v. 19.2.2020, S. 4 f.

44 *Ertel*, Grundkurs KI, 2021, S. 351.

45 Zur Genese dieser Subdisziplin ursprünglich der Soziologie *Diaz-Bone*, Statistik für Soziologen, 2018, S. 300 m. w. N. Monographisch zu relevanten statistischen Methoden *Cleff*, Deskriptive Statistik und Explorative Datenanalyse, 2015, passim.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gelkonformen darstellt.[46] In der Theorie kann damit auch das sogenannte implizite Wissen sichtbar und technisch verarbeitbar gemacht werden.[47]

21 In fortgeschrittenen Varianten kommt unüberwachtes Lernen als Lernen durch Verstärkung (*Reinforcement Learning*) zur Anwendung, insbesondere in der Robotik[48] oder beim Erlernen von Spielen. Das System lernt hier durch *Trial and Error* in einem anspruchsvolleren Sinne selbsttätig: Die Input-Daten müssen nicht gelabelt sein (was z. B. bei den Handlungsmöglichkeiten eines mehrdimensional-physisch agierenden Roboters nicht mehr denkbar erscheint). Allerdings muss eine Belohnungsfunktion definiert werden, die im Fall des Erfolgs ein positives Feedback-Signal auslöst und sich der namensgebende Verstärkungseffekt[49] somit in die richtige Richtung einstellen kann. Das Programmierungs- bzw. Klassifikationsproblem ist beim *Reinforcement Learning* daher auf diese Belohnungsfunktion verlagert: Der Erfolg muss definiert werden. Der menschliche Lehrer kommt damit doch wieder ins Spiel.[50] Beim Erlenen von Spielen mit klaren Erfolgsdefinitionen – z. B. beim Brettspiel Go durch die KI-Software *AlphaGo*[51] – ist das noch vergleichsweise einfach, bei mehrdimensionalen robotischen Anwendungen schon nicht mehr, sodass hier an Schnittstellen für unmittelbar wertendes menschliches Feedback („Das war gut"/„Das war nicht gut") gearbeitet wird.[52]

22 Jedenfalls müssen die Trainings- bzw. Input-Datensätze und gegebenenfalls die menschlichen Feedback-Daten in möglichst großer Menge vorliegen oder etwa durch Sensoren unmittelbar generiert werden können. Denn die aktuellen Technologien benötigen noch sehr große Mengen an solchen Trainingsdaten, um Muster mit einer hinreichend starken Generalisierungskraft zu erstellen. Nicht anders sind die beeindruckenden Übersetzungssysteme wie *DeepL* entstanden, das auf umfangreiche Korpora übersetzter – also von Menschenhand gelabelter – Texte unter anderem der europäischen Institutionen aufbaute.[53] Werden solche Systeme hingegen auf Realdaten angewandt, die nicht wenigstens fragmentarisch das erlernte $x_1 + x_2 \ldots$ etc. aufweisen (logisch aber dennoch eventuell y darstellen), muss ein solches System

46 s. *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (373); für einen Anwendungsfall bei der US-amerikanischen *Securities and Exchange Commission* (SEC) s. *Freeman Engstrom* et al., 2020, S. 24: *Advanced Relational Trading Enforcement Metrics Investigation System* „ARTEMIS".

47 Skeptisch hingegen *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (14): „Das für menschliches Handeln einschließlich der Auslegung und Anwendung von Recht so wichtige implizite Wissen scheidet daher für die Programmierung aus."

48 Vgl. bspw. das Freiburger Verbundforschungsprojekt *reScale* (dazu www.brainlinks-braintools.uni-freiburg.de/de/rescale/; besucht am 22.8.2023).

49 *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 (13) spricht hier treffend von „responsiven Systemen".

50 Mit einem *Legal-Tech*-Beispiel *Yuan*, RW 9 (2018), 477 (488).

51 Ausf. zur Struktur des Lernens durch AlphaGo und AlphaGoZero *Ertel*, Grundkurs KI, 2021, S. 370 ff.

52 *Ertel*, Grundkurs KI, 2021, S. 351 ff.

53 *Merkert*, heise online v. 29.8.2017 (Onlinequelle).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

versagen. Anders ausgedrückt: Zu deduktiven Transferleistungen ist es nicht in der Lage.[54]

Hinsichtlich der Trainings- bzw. Inputdaten verknüpfen die Technologien des maschinellen Lernens wegen des enormen Datenbedarfs mit dem mittlerweile schon wieder aus der Mode geratenen Begriff *Big Data*. Sinnvoll ist der Begriff immer noch. Denn erst die massenhafte Verfügbarkeit (*Volume*) und schnelle technische Auswertbarkeit (*Velocity*) auch unstrukturierter digitaler Datenbestände (*Variety*) als Lern- oder eben Such-Reservoir für Muster hat den Leistungssprung maschinellen Lernens ermöglicht,[55] der nun das Attribut von (einem Anschein von) ‚Intelligenz' rechtfertigt. Tatsächlich besteht zwischen den mittlerweile weniger häufig genannten Konzepten von *Big Data Analytics*[56] bzw. *Predictive Analytics*[57] – die ihre Wurzeln in der Big-Data-Diskussion der frühen 2010er Jahre noch im Namen tragen – und der *Machine-Learning*-getriebenen Variante künstlicher Intelligenz vor allem ein begrifflicher Unterschied. Der in den letzten Jahren vollzogene Begriffswandel verdankt sich wohl der gegenüber *Big Data* größeren Werbewirksamkeit von *künstlicher Intelligenz*. 23

Wichtig ist zuletzt noch ein anderer Aspekt des maschinellen Lernens: Die beschriebene lernende Beobachtung vergangener Vorgänge führt zwar – im *Erfolgsfall* – zu einem System, das verlässlich richtig Input zu Output ordnet („Das ist y_{Pferd}."), führt aber – je nach verwendeter Lern-Methode – nicht zugleich zu Mustern, die nach menschlichen Maßstäben noch verständlich sind. Damit ist das bekannte *Black-Box*-Phänomen aufgerufen, bei dem allerdings mindestens drei Dimensionen zu unterscheiden sind: 24

- Ein Muster kann *erstens* deshalb undurchschaubar sein, schlicht weil es ein Geschäfts- oder sonstwie staatlich geschütztes Geheimnis ist.
- Es kann *zweitens* undurchschaubar wirken, weil – Stichwort *Big Data* – das Training auf Massendaten zu Mustern führt, die so komplex sind (so viele x'e enthalten), dass selbst diejenigen, die über eine grundsätzlich hinreichende technische Expertise verfügen, die Muster schlicht aufgrund ihrer Dimensionen nicht mehr durchdringen könnten (*Curse of Dimensionality*).

54 Vgl. *Garnelo/Shanahan*, Current Opinion in Behavioral Sciences 29 (2019), 17 m. w. N.

55 Die Idee, künstliche neuronale Netze zu entwickeln, findet sich bereit in dem 1943 veröffentlichten Artikel von *McCulloch/Pitts*, Bulletin of Mathematical Biophysics 5 (1943), 115 ff., ausgebaut dann von *Rosenblatt*, Cornell Aeronautical Laboratory, Report 85-460-1.

56 Prägend *Mayer-Schönberger/Cukier*, Big Data, 2013.

57 s. etwa – immer noch lesenswert – *Siegel*, Predictive Analytics, 2016.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- Schließlich – *drittens* – lässt sich noch eine spezifisch technische Form der *Black Box* ausmachen, nämlich die von *Andrew Selbst* und *Solon Barocas* sogenannten *Non-intuitive Models*".[58]

25 Zwei sehr gute Beispiele, um diese Form der *Black Box* zu verstehen, lieferte *Jenna Burrell* in einer frühen Studie von 2016, in der sie zwei einfache maschinelle Lernanwendungen selbst nutzt – ein neuronales Netz zwecks Handschrifterkennung und eine *Support Vector Machine* zum Training eines Spam-Filters – und die ‚Maschine' dann zwingt zu zeigen, "How the machine 'thinks'".[59]

26 Bei der Handschrifterkennung gelingt es ihr bildlich sichtbar zu machen, auf welche Bildpunkte das trainierte neuronale Netz ‚blickt', um zu dem Ergebnis zu gelangen, dass bzw. ob ein bestimmter Input eine 1, eine 2 oder eine andere Ziffer darstellt. Es handelt sich dabei um einen Unterfall der *explainable Artificial Intelligence* (xAI),[60] bei der durch *Feature Visualization*[61] *Heat Maps* erzeugt werden, also „Wärmebilder" ,[62] die visualisieren können, welche Bildpunkte für das ‚Urteil' der Software erheblich waren, und die dem Menschen damit erlauben zu hinterfragen, ob diese Bildpunkte aus seiner Sicht plausibel und sinnvoll mit dem Ergebnis verknüpft sind. Das Ergebnis von *Burrell* ist erstaunlich: Das an dem handschriftlichen Input trainierte Programm ‚blickt' auf Stellen der zu identifizierenden Ziffern-Bilder, die aus menschlicher Sicht keineswegs phänotypisch für eine, sagen wir: 7 stehen – und gleichwohl liefert die Software verlässlich gute Ergebnisse bei der Erkennung handschriftlicher Ziffern.

27 Nicht viel besser verhält es sich im Fall des Spam-Filters. *Burrell* testet diesen an einer E-Mail aus den 2000ern, die für einen Menschen wohl ohne weiteres als Spam erkennbar gewesen ist (sogenannter Nigeria 419 Scam[63]). Die verwendete Lernmethode (*Support Vector Machine*) erlaubt es anzuzeigen, mit welchem Gewicht bestimmte Begriffe in die Klassifizierungsentscheidung über „Spam ja/nein?" einfließen. Das Ergebnis ist, dass aus menschlicher Sicht *un*verdächtige Begriff wie "our" (0,500810 pro Spam), "click" (0,464474 pro Spam) oder "visit" (0,369730 pro Spam) maßgeblich sind. Interessanterweise[64] wies der von *Burrell* trainierte Algorithmus Ortsbezeichnungen wie „Nigeria" nicht als entscheidungserheblich aus (0,001861).

58 Grundl. zur Unterscheidung *Pasquale*, The Black Box Society, 2015; zum dritten Aspekt ausf. *Selbst/Barocas*, Fordham Law Rev. 2018, 1085 (1096 ff.).
59 *Burrell*, Big Data & Society 3 (2016), 1.
60 Dazu ausf. unten, → § 1 Rn. 49 ff.
61 *Samek* et al., Explainable AI, 2020.
62 *Lenzen*, F.A.Z. v. 24.5.2017, S. N4.
63 "My Dearest, Greetings to you my Dear Beloved, I am Mrs Alice Walton, a citizen of United State. I bring to you a proposal worth $ 1,000,000,000.00 […]", s. *Burrell*, Big Data & Society 3 (2016), 1 (8).
64 Vgl. auch *Waltl/Vogl*, DuD 2018, 613 (617): "On the one hand this is valuable information to assess the trustworthiness of a classifier, and on the other hand this information could also be used to determine whether a classifier is discriminating on problematic attributes […]."

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Als *Burrell* nun die pro-Spam-Begriffe aus ihrer Test-E-Mail entfernte, den Inhalt aber ansonsten – für einen Menschen unverkennbar ‚spamhaft' – unverändert ließ, klassifizierte sie die Software als Non-Spam. Sie hat händisch das vorgemacht, was zwischenzeitlich als „kontrafaktische Begründung" besondere Aufmerksamkeit in der xAI-Forschung erlangt hatte: die Systeme derart auszugestalten, dass sie protokausal angeben können, dass y bejaht wurde, weil x_k war, y hingegen vereint worden wäre, wenn kontrafaktisch x_r gewesen wäre.[65]

Vor allem zeigen die beiden Beispiele von *Burrell*, dass die Auswertungsergebnisse von KI-Technologien unter Umständen durchaus nachvollziehbar sein können in einem formellen, technischen Sinn – es kann je nach Lernmethode recht gut dargestellt werden, welche *Features* (welche x'e) für y_{Spam} usw. entscheidend oder zumindest erheblich waren. *Materiell* nachvollziehbar im Sinn von *sinnvoll* ist diese Darstellung damit aber noch lange nicht.[66] Mit *Jenna Burrell* gesprochen gilt: "When a computer learns and consequently builds its own representation of a classification decision, it does so without regard for human comprehension."[67] 28

II. Angewandte Statistik und deren Probleme

Die beschriebenen Funktionsbedingungen des maschinellen Lernens lassen sich zu einer epistemischen Grundannahme verallgemeinern: *Es ist der rein beobachtende – nicht: der verstehende – Blick zurück in die Vergangenheit, der die Gegenwart oder sogar die Zukunft erkennen lässt.*[68] Weil mit einem gesuchten y in einem Set an Trainings- und Testdaten aus der Vergangenheit eine bestimmte Konstellation an *Features* (x'en) verknüpft (‚gelabelt') wurde, gehen wir davon aus, dass diese Konstellation, erfasst sie eine Software heute erneut in den vorgegebenen Input-Daten, wieder den Schluss erlaubt, dass y vorliegt bzw. vorliegen wird. Welche der verschiedenen verfügbaren statistischen Methoden genutzt werden, bestimmt der 29

65 Ausf. hierzu → § 1 Rn. 53.

66 Nach der Klassifikation von *Burrell*, Big Data & Society 3 (2016), 1, bes. S. 4 ff., die auf der grundlegenden Unterscheidung von drei Arten von algorithmischer Opazität bei *Pasquale*, The Black Box Society, 2015, aufbaut, handelt es sich nur bei der fehlenden materiellen Nachvollziehbarkeit um diejenige *Black Box* bzw. Opazität, die „charakteristisch" für maschinelles Lernen sei. Opazität qua Geschäfts- oder Staatsgeheimnisses ("Opacity as intentional corporate or state secrecy", S. 3 f.), wegen der schieren Menge an Code und Muster-relevanten Input-Daten („Dimensionalität"), sowie wegen der fehlenden technischen Kompetenzen weiter Teile der Bevölkerung ("Opacity as technical illiteracy", S. 4, 9), würden hingegen auch bei klassischen Algorithmen vorkommen, die gemeinhin nicht als KI qualifiziert werden würden.

67 *Burrell*, Big Data & Society 3 (2016), 1 (10). An dieser Stelle noch ein Hinweis auf aktuellste Forschungen: Das Unternehmen *Anthropic* hat offenbar erste Erfolge dabei erzielt, auch in hochkomplexen LLM-Modellen (→ § 1 Rn. 44) *Features* zu identifizieren, die menschlich eben doch nachvollziehbar sind. Einsatzreif ist das energieintensive Verfahren, das erhebliche Chancen i. S. der *explainable AI* bieten dürfte, aber wohl noch lange nicht; s. hierzu *Templeton et. al*, Transformer Circutuis Thread v. 21.5.2024 (Onlinequelle).

68 Vgl. schon – dort noch auf den Begriff *Big Data* bezogen – *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (367).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Mensch bzw. genauer gesagt: wird in der Praxis eine Gruppe von Menschen bestimmen, die den keineswegs trivialen Auswahl- und anschließenden Trainingsprozess organisiert.[69] Dabei fiele der staatliche Umgang mit maschinellem Lernen alias künstliche Intelligenz wahrscheinlich leichter, wenn ‚Statistik' bereits als Referenz- und Handlungsfeld erschlossen wäre.[70] Gleichwohl erscheint es mir etwas zu überspitzt formuliert, das Sich-Verlassen auf maschinelle vergangenheitsbasierte Schlüsse als „implizites Gottvertrauen [in die] Objektivität numerischer Kategorisierungen" werten zu wollen.[71]

30 Dennoch rechtfertigen die statistischen Funktionsbedingungen von maschinellem Lernen die grundsätzliche Warnung vor Pfadabhängigkeiten, die dieser Form von KI in mehrfacher Weise zugrunde liegen können, und eben häufig auf diversen Auswahlentscheidungen der genannten Menschen(gruppe) beruhen – das Vertrauen in diese *Personen und* deren *Produkte* muss daher gleichermaßen problematisiert werden.[72] Die folgenden sechs Schlaglichter stellen eine Auswahl an möglichen statistikbedingten Fehlerquellen dar, die für rechtserkenntnisfähige Technologien eine besondere Bedeutung haben; viele der Fehlerquellen werden nun vom neuen Art. 10 AI Act [Daten und Daten-Governance] adressiert.[73] Einen Anspruch auf Vollständigkeit, was die möglichen Probleme anbelangt, erhebe ich hier nicht.[74]

31 *Sampling Bias*: Ein *Sampling Bias* oder *Selection Error* liegt vor, wenn eine bestimmte *Feature*-Konstellation, die in der Realität die Voraussetzungen von y erfüllt, in den Trainingsdaten unter- oder überrepräsentiert ist.[75] Das klassische Beispiel ist Software zur Auswahl von Bewerbern um Arbeits-[76] oder Studienplätze,[77] die – *prima facie* rational – anhand vergangener Leistungsdaten trainiert wurde. Problematisch wird das dann, wenn nicht überprüft wird, ob die Daten eventuell deshalb weiße Männer als besonders leistungsfähig ausweisen, weil der Arbeitgeber oder die

69 *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (12). Für eine differenzierende Darstellung der Vorgaben von menschlichen Programmierern (statistisch-mathematische Methode) und Trainern (Anwendung auf zu bestimmende Trainings- und Testdaten) *Zech*, in: Verhandlungen des 73. Deutschen Juristentages Hamburg 2020/ Bonn 2022 (Hg.), Bd. I: Gutachten (Gesamtband A - G + CD), 2020, S. A 34 ff.

70 Dazu *Voßkuhle*, in: ders./Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, ^{3}2022, § 1 Rn. 45: „Weiter auf [seine] Entdeckung warte[t] dagegen z. B. das […] Statistikrecht." Der Vorschlag der Kommission für den AI Act, „statistische Ansätze" *neben* maschinellem Lernen und regelbasierten Systemen als *eigenständige* dritte KI-Technikkategorie zu nennen (Anhang I lit. c AI Act-Entwurf), sie also ungeachtet davon zu erfassen, ob die statistischen Methoden im Rahmen maschineller Lernverfahren Anwendung finden oder nicht, wurde zutreffend als zu weitgehend kritisiert; der Unionsgesetzgeber ist ihm nicht gefolgt.

71 So *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 49. Zum sog. *Automation Bias* sogleich, → § 1 Rn. 35.

72 Ähnl. auch die Analyse von *Burchard*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 553 (567).

73 Hierzu mehr unten, → § 4 Rn. 139 f.

74 Für eine Gesamtübersicht über mögliche *Biases* in KI-Systemen s. *Richardson/Gilbert*, arXiv:2112.05700v1 (10.12.2021); *Ntoutsi* et al., arXiv:2001.09762v1 (14.1.2020).

75 Vgl. ausf. *Tischbirek*, in: Wischmeyer/Rademacher (Hg.), Regulating Artificial Intelligence, 2020, S. 103 Rn. 3 ff.; *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (492 ff.).

76 *Kim*, William & Mary Law Rev. 58 (2017), 857 ff.; *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 53 f.

77 Das Bsp. wird ausf. beschrieben bei *Hacker*, CMLR 55 (2018), 1143 (1148).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hochschule in der Vergangenheit schlicht nur weiße Männer beschäftigt bzw. immatrikuliert hat, sie also in den Trainingsdaten im Vergleich zur Gesamtheit leistungsfähiger Menschen zu häufig vorkommen. Ähnliches kann im verwaltungsrechtlichen Bereich passieren, wenn etwa gefahrenabwehrrechtliche Modelle ausschließlich am Inhalt von Polizeiakten trainiert werden, wenn und weil darin die *nicht*-pathologischen Fälle ebenso wie die (Devianz-)Daten sozial integrierter Gruppen unterhalb des üblichen polizeilichen Fahndungsspektrums fehlen.[78] Menschliche Vorurteile oder, neutraler formuliert: Auswahlentscheidungen werden hier durch die dann eben nur noch vermeintlich objektiv-neutrale Software fortgeschrieben (Fall des *Historical Sampling Bias*), jedenfalls bleibt das durch *Machine Learning* erzeugte Muster mit Blick auf bislang vernachlässigte Szenarien uninformiert.[79] *Philipp Hacker* illustriert am mittlerweile berüchtigten *Google-Gorilla*-Fall anschaulich, welch krasse Konsequenzen *Sampling Bias* haben kann: Verkennt die Erkennungssoftware eines autonomen Kraftfahrzeugs einen Menschen mit dunkler Hautfarbe als Tier (wenn bzw. weil die Software in der Trainingsphase nur anhand der Bilder hellhäutiger Menschen auf y_{Mensch} trainiert wurde), dann wird sie in einer Unfallkonstellation im Zweifel Schaden an diesem ‚Objekt' deutlich geringer gewichten und daher eher verursachen.[80] In einem solchen Fall läge kein historisch bedingter *Sampling Bias* vor, sondern einer, der auf eine schlichte Fehlauswahl der Trainingsdaten zurückzuführen wäre. Eine Lösung dieses Problem dürfte darin liegen, eine möglichst umfassende Datensammlung zu generieren, wo nötig und möglich durch Zufallsstichproben, was je nach Sachbereich bis hin zu experimenteller/randomisierter Entscheidungsfindung etwa durch Los gehen kann.[81]

Proxy Discrimination: Idealerweise wäre künstliche Intelligenz ein Instrument, um klassische Diskriminierungen zu bekämpfen.[82] Denn immerhin können verpönte Merkmale oder zumindest starke Korrelationen von y etwa mit der Hautfarbe sichtbar gemacht und aktiv aus den Trainingsdaten oder sogar aus dem Modell selbst entfernt werden;[83] freilich gegebenenfalls zum Preis einer geringeren Genauigkeit des Modells.[84] Dieser Vorzug KI-gesteuerter Erkenntnisverfahren droht aber 32

78 *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (494); *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (373).

79 Vgl., illustriert am Bsp. von Vergabeverfahren, in denen i. d. R. nur Daten über die Leistungen *erfolgreicher* Bieter genutzt werden können, *Hermstrüwer*, in: Wischmeyer/Rademacher (Hg.), Regulating Artificial Intelligence, 2020, S. 199 (206); ob andere Bieter, wären sie erfolgreich gewesen, bessere Leistungen erbracht hätten, lässt sich mit derartigen Modellen also kaum sagen.

80 *Hacker*, CMLR 55 (2018), 1143 (1147). Zum Stand von Bilderkennung und Diskriminierungsgefahren *Fabbrizzi* et al., arXiv:2107.07919v2 (24.6.2022).

81 Dazu ausf. *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (497): „Vorübergehend suboptimale – weil lotterieartige – Entscheidungen sind wohl unverzichtbar, um die Daten zu generieren, die langfristig für optimale Klassifikationen und Prognosen erforderlich sind (*Exploring*)."

82 *Capers*, North Carolina Law Rev. 95 (2017), 1241 ff.

83 *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (481, 501 ff.); s. auch *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (376) m. w. N.

84 Insoweit besonders krit. *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 56-58.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

durch das Phänomen der *Proxy Discrimination* verloren zu gehen.[85] *Proxies* sind Variablen (x'e), die zwar nicht selbst verpönt sind, aber stark mit einem verpönten Merkmal korrelieren; in der diskriminierungsrechtlichen Terminologie sind das die sogenannten indirekten Diskriminierungen.[86] KI-Verfahren sind geradezu darauf getrimmt, *prima facie* versteckte Korrelationen nutzbar zu machen, wenn ihnen zwar faktisch aussagekräftige Variablen fehlen oder ihnen, weil sie normativ unerwünscht sind, entzogen werden.[87] So ist der Geburtsort ein klassisches Proxy für die Hautfarbe (in den USA) bzw. den Migrationshintergrund (in Deutschland). Korreliert nun der Geburtsort – als vermeintlich nicht verpöntes *Feature* – mit einer statistisch signifikanten Kriminalitätsneigung, folgt daraus durch die Hintertüre *dunkle Hautfarbe/arabische Ethnie = kriminell*. Um solche *Proxies* erkennen und aus den Gleichungen eliminieren zu können, mehren sich – im ersten Moment kontraintuitiv – die Forderungen, wonach die verpönten Kriterien gezielt erfasst und gespeichert werden sollten, um Modelle anhand von ihnen gezielt testen zu können (vgl. nun Art. 10 AI Act).[88] Zudem spielen hier Konzepte eine wichtige Rolle, wonach generell (veränderbaren) Verhaltens- anstelle von (statischen) Eigenschaftsbezogenen Prädiktoren der Vorzug eingeräumt werden sollte.[89]

33 *Prima facie gewollte Verstärkungseffekte*: KI-Systeme sind in vielen Fällen Selektionsagenten, die dafür geschaffen sind, aus der Flut an Informationen solche auszuwählen, die – in der Regel aufgrund einer selbst oder von Dritten gewählten Voreinstellung – interessant oder relevant sein könnten. Nebenliegendes, eventuell Irritierendes bringen diese Agenten einem so Informierten ‚idealerweise' immer weniger zur Kenntnis. Besonders deutlich wird dieser Effekt erzeugt durch die Algorithmen mancher sozialer Netzwerke und News-Aggregatoren.[90] Dort wird er verhandelt unter den heute berühmten, wenn auch mittlerweile wegen der schwachen Empirie[91] eher kritisch kommentierten Stichworten der „Echokammern"[92] und „Filterblasen".[93]

85 s. *Hacker*, CMLR 55 (2018), 1143 (1148 ff.) m. w. N.; ausf. *Schwarcz/Prince*, Iowa Law Rev. 105 (2020), 1257 ff.

86 Vgl. hierzu, aber v. a. auch zu neueren Untersuchungen zu direkter Diskriminierung durch Algorithmen, *Adams-Prassl/Binns/Kelly-Lyth*, The Modern Law Rev. 86 (2023), 144 ff. m. w. N.

87 *Schwarcz/Prince*, Iowa Law Rev. 105 (2020), 1257 ff.

88 *Tischbirek*, in: Wischmeyer/Rademacher (Hg.), Regulating Artificial Intelligence, 2020, S. 103 Rn. 26 ff.; *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (501 ff.); s. aber auch *Veale/Binns*, Big Data & Society 4 (2017), 1. Mehr zu Art. 10 AI Act unten, → § 4 Rn. 139 f.

89 Vgl. dafür bes. EuGH, Gutachten 1/15 v. 26.7.2017 (Fluggastdatenabkommen EU/Kanada), Rn. 165: „Insoweit ist festzustellen, dass jede Maßnahme, die auf dem Postulat beruht, dass eines oder mehrere der [grundrechtlich verpönten] Merkmale *als solche, unabhängig vom konkreten Verhalten* des betreffenden Fluggasts, für das in der Bekämpfung von Terrorismus und grenzübergreifender schwerer Kriminalität bestehende Ziel der Verarbeitung von PNR-Daten erheblich sein könnte, gegen die in den Art. 7 und 8 der Charta in Verbindung mit deren Art. 21 niedergelegten Rechte verstößt." Hervorhebung hier.

90 Für eine Übersicht über die Diskussion s. *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 99 ff.

91 Dazu die Übersicht bei *Schemmel*, Der Staat 57 (2018), 501 (509 ff.).

92 Hierzu ibid., S. 507 f.

93 Begriffsprägend *Pariser*, Filter Bubble, 2017, passim.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Funktionieren diese Systeme gut, dann bewirken sie eine thematische Isolierung des Einzelnen am Maßstab seiner eigenen, immer weiter fokussierten und wiederholten *Präferenzen*, sozusagen ein immer weiter forciertes Zurückgeworfen-sein auf das ‚pure' Selbst (Echokammer) bzw. eine Gruppe, die dieses Selbst am genauesten spiegelt (Filterblase). Die potentiell negativen Konsequenzen für demokratische Gemeinwesen, die auf wechselseitigen Ausgleich und Kompromiss und das heißt zunächst: auf Konfrontation mit der jeweils anderen Auffassung angewiesen sind, werden intensiv diskutiert.[94] Ich gehe auf die rechtlichen Rahmenbedingungen dieser Effekte unten nochmals ausführlicher ein (→ S. 224 ff.). Jenseits individueller Präferenzen lassen sich Verstärkungstendenzen aber auch im Bereich der eigenen *Fähigkeiten* vermuten, nämlich dann, wenn zunehmend intelligente Lern- und Trainingshilfen darauf gerichtet sind, individuelle ‚Stärken zu stärken'. Werden diese in größeren Lebenskontexten eingesetzt, wie etwa bei Auswahlsoftware im Rahmen der Studienwahl, ist das zwar kein Pfad in eine soziale Isolation. Allerdings droht eine stark deterministische Gesellschaft(sordnung), in der zumindest ungeplante Experimentierräume sukzessiv verschlossen werden könnten (dazu → S. 541 ff.).

Ungewollte Verstärkungseffekte: Eng damit verwandt ist schließlich die Gefahr eines 34
ungewollten „Rückkoppelungseffekts"[95] für die Muster selbst, der eintreten kann, wenn Muster anhand zwar neuer realer Daten (nach)trainiert werden, diese neuen Daten allerdings aus Entscheidungen hervorgegangen sind, die unter Nutzung des ursprünglichen Musters getroffen wurden. Am Beispiel:[96] Werden aufgrund eines *Predictive-Policing*-Modells mehr Personendurchsuchungen in einem bestimmten Postleitzahl-Bezirk durchgeführt, dann werden in diesem Bezirk wahrscheinlich allein deshalb, also wegen des fokussierten Zugriffs, mehr Delikte aktenkundig und damit trainingsdatenfähig als zuvor. Das Modell wird daher für diesen Bezirk bzw. strukturell vergleichbare Bezirke potentiell immer präziser und erhöht damit die Wahrscheinlichkeit, dass ursprünglich in dem Modell enthaltene Verzerrungen immer stärkeres Gewicht erhalten.

Modelling Bias: Kein eigentliches Spezifikum von *Machine-Learning*-Technologien 35
stellt der in diesem Kontext auch häufig genannte *Modelling Bias* dar.[97] Diagnostiziert wird er bei Prädiktions- oder Klassifikationssystemen, deren Zielvariable y nicht einfach und objektiv verifizierbar ist (wie das Alter), sondern selbst Wertungen enthält (z. B. die gute oder weniger gute Eignung für eine ausgeschriebene Stelle oder für ein Studium, insbesondere durch Anknüpfung an Schulnoten), also

94 *Sunstein*, #Republic, 2017, passim; *Schemmel*, Der Staat 57 (2018), 501 (505 ff.); *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 213; *Wischmeyer*, ELJ 2019, 169 ff.
95 *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (493).
96 Nach *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (493).
97 Für eine knappe Zusammenfassung s. *Criado/Such*, in: Yeung/Lodge (Hg.), Algorithmic Regulation, 2019, S. 82 (85 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

durch einen menschlichen Programmierer modelliert ist. Dass hier im Rahmen der menschlichen Definition dessen, was gute oder schlechte Eignung ausmacht, menschliche (Vor-)Urteile oder disparate sozioökonomische Bedingungen einfließen können – und letztlich wohl sogar in gewissem Umfang einfließen sollen und dürfen –,[98] versteht sich von selbst. Zu einem Themenfeld künstlicher Intelligenz wird der *Modelling Bias* also nur dann und deshalb, weil man Maschinen an menschlich beeinflusste Faktoren anknüpfen lässt und Menschen den maschinell erstellten Prognosen und Klassifikationen *dann dennoch* einen *per se* höheren Objektivitäts- oder gar Richtigkeitsgrad attestiert (sogenannter *Automation Bias*).[99]

36 *Accuracy-Fairness-Trade-off*: Der vieldiskutierte *Accuracy-Fairness-Trade-off* schließlich meint den Umstand, dass Fehlerraten (*False Positives* wie auch *False Negatives*) über Subpopulationen ungleich verteilt sein können, selbst dann, wenn die Trainingsdaten selbst keine Verzerrungen enthalten mögen. Ursache dafür ist, dass statistische Verfahren auf eine Gesamtfehlerminimierung abzielen, und damit die Reduzierung von Fehlern zugunsten der Mehrheit und nicht von Minderheitspopulationen betreiben. Ohne Modifikation würde das dazu führen, dass die „Fehlerrate für Minderheiten stets höher ist als für Mehrheiten."[100]

37 Zuletzt bleibt noch festzuhalten, dass statistische Methoden gegenwärtig keine Kausalitäten aufdecken können, sondern lediglich Korrelationen anzeigen.[101] Die hintergründigen Kausalitätsmodelle, ohne die aus statistischen Erkenntnissen häufig keine sinnvollen Handlungsmaßgaben abgeleitet werden können, muss bislang der menschliche Auswerter beisteuern, da der Computer leicht sogenannte *cum-hoc-ergo-propter-hoc*-Schlüssen erliegt.[102] Ein simples Beispiel liefert eine berühmt gewordene Studie von *Rich Caruana* et al. von 2015:[103] Die Autoren fanden heraus, dass ein Muster, das darauf trainiert war, mögliche Komplikationen im Zusammenhang mit Lungenentzündungen vorherzusagen, Asthma als risiko*verringernden* Faktor enthielt. Das ist nicht nur *non-intuitive*, sondern nach allen medizinischen Kenntnissen offensichtlich falsch. Ursache dieser Korrelation war (wohl), dass Patienten, die an Asthma leiden, ihre Atmung aufmerksamer beobachteten, daher rascher ärztliche Hilfe suchten und diese dann wegen der Vorerkrankung auch schneller und intensiver erhielten.[104] Oder man denke, um ein weiteres Beispiel zu nennen, noch simpler an Daten, die erkennen lassen, dass die Zahl von Bränden positiv

98 Etwa i. R. der ggf. einschlägigen Antidiskriminierungsvorgaben.
99 Hierzu nochmals → § 4 Rn. 77, 82, auch zu technischen Reaktionsmöglichkeiten.
100 *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (495). Zu Lösungen unten, → § 3 Rn. 102 ff.
101 Statt aller *Wischmeyer*, in: Ebers et al. (Hg.), RechtsHdb. KI und Robotik, 2020, § 21 Rn. 2, 47.
102 Dazu *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 60.
103 *Caruana* et al., in: Cao (Hg.), Proceedings of the 21th ACM SIGKDD International Conference on Knowledge Discovery and Data Mining, 2015, S. 1721.
104 Vgl. auch *Selbst/Barocas*, Fordham Law Rev. 2018, 1085 (1123).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mit der Zahl der in einem Gebiet aufhältigen Feuerwehrleute korreliert.[105] Welches die falsche Schlussfolgerung hieraus wäre, liegt auch hier auf der Hand – für einen Menschen. Ein Computer, der ohne ein Bild der Welt im Ganzen vor diesen ‚Zahlen' stünde, könnte ohne menschliche Supervision eben diese falsche Reaktion anregen. Forschungen an *Kausal*zusammenhänge erschließender Statistik gibt es zwar,[106] aber sie stecken in den Anfängen.

III. Symbolische künstliche Intelligenz, General-purpose AI und explainable AI

Es fällt auf, dass rechtswissenschaftliche Abhandlungen zu KI seit Konstituierung dieses Rechtsgebiets – wir sprechen über einen Zeitraum von kaum zehn Jahren[107] – fast immer künstliche Intelligenz mit maschinellem Lernen gleichsetzen.[108] Dabei vertrauten Forschung und auch die wenigen praktischen Anwendungen in der ersten KI-Hochphase, die bis Ende der 1980er Jahre andauerte,[109] nicht auf das Konzept maschinellen Lernens.[110] *State of the Art* waren lange Zeit sogenannte regelbasierte oder symbolische Systeme. Diese Systeme sind gemeint, wenn heute von klassischer KI[111] oder etwas despektierlich von *Good old-fashioned AI*[112] die Rede ist. 38

Bevor ich diese Technologie/‚Lern'-Methode näher beschreibe (und auch darauf eingehe, was sie mit *explainable AI* und *General-purpose AI* zu tun hat, die heute – Stand 2025 – für die Schlagzeilen sorgt), noch einmal ein Hinweis zum Vorgehen: In diesem § 1 möchte ich möglichst knapp mit den Grundbegriffen von KI vertraut machen, soweit sie für die rechtswissenschaftliche Analyse hilfreich sind. Fragen der konkreten rechtlichen Leistungsfähigkeit von KI, z. B. als rechtserkenntnisfähige Technologien, behandele ich ausführlicher beim Mensch-Maschine-Vergleich in → § 3 (= S. 271 ff.). 39

105 Vgl. mit dieser Illustration schon *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (375).

106 *Barocas/Hardt/Narayanan*, Fairness and Machine Learning, 2021, S. 77 ff.; *Pearl/Mackenzie*, The Book of Why, 2019; *Mooij* et al., Journal of Machine Learning Research 17 (2016), 1 ff.

107 Erst seit 2015 finden sich bei beck-online Aufsätze zum Stichwort „künstliche Intelligenz" im zweistelligen Bereich; mittlerweile nähern wir uns langsam dem vierstelligen Bereich.

108 Bes. deutlich, weil sogar ohne Hinweis auf die Alternativen, *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 17 ff., bes. S. 20, dort Fn. 86; vgl. aber auch *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1, in und bei Fn. 38, mit knapper Darstellung auch des „symbolischen Ansatzes"; außerdem *Rademacher/Wischmeyer*, in: Wischmeyer/Rademacher (Hg.), Regulating Artificial Intelligence, 2020, S. V Rn. 5 und die einzelnen Arbeitsdefinitionen von *Artificial Intelligence* im gesamten Band.

109 *Garnelo/Shanahan*, Current Opinion in Behavioral Sciences 29 (2019), 17.

110 Einflussreich das Buch von *Minsky/Papert*, Perceptrons, 1969, über das die beiden Autoren in der 3. Aufl. von 1990 (Prologue, S. xii) mutmaßen, dass ihr Buch mit seinen kritischen Erkenntnissen dafür verantwortlich gewesen sein könnte, dass die schon in den 1940er Jahren begonnenen Forschungen an neuronalen Netzwerken (damals sog. "Perceptrons", vgl. dazu die Nachw. in → § 1 Fn. 55) bis in die 1990er Jahre unterbrochen wurden.

111 *Garnelo/Shanahan*, Current Opinion in Behavioral Sciences 29 (2019), 17.

112 *Kaplan*, Artificial Intelligence, 2016, S. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

40 Nun zur symbolischen KI. Eine gut nachvollziehbare Definition davon liefern *Marta Garnelo* und *Murray Shanahan*:

> "A symbolic AI system works by carrying out a series of logic-like reasoning steps over language-like representations. The representations are typically propositional in character, and assert that certain relations hold between certain objects [knowledge base[113]], while each reasoning step computes a further set of relations that follow from those already established, according to a formally specified set of inference rules [inference engine[114]]."[115]

41 Sprachlich eher verunglückt,[116] aber in der Sache ähnlich, nennt nun auch der einschlägige Erwägungsgrund 12 des AI Act symbolische KI als von der Regulierung erfasste Technologie:

> „Ein wesentliches Merkmal von KI-Systemen ist ihre Fähigkeit, abzuleiten. […] Zu den Techniken, die während der Gestaltung eines KI-Systems das Ableiten ermöglichen, gehören Ansätze für maschinelles Lernen […] sowie *logik- und wissensgestützte Konzepte*, wobei aus kodierten Informationen oder symbolischen Darstellungen der zu lösenden Aufgabe abgeleitet wird." ErwGr. 12, S. 3 und 5, Hervorhebung hier.

42 Aussagen symbolischer KI entstehen also aus Kombinationen von für sich selbst bereits aussagekräftigen Teilaussagen, denen durch eine regelgeleitete Komposition zusätzliche Aussagekraft zukommt (in der Linguistik/Logik: Kompositionalitätsprinzip).[117] Um in der oben verwendeten Formel zu sprechen: Die x'e einer maschinell trainierten KI sind nur in der jeweiligen konkreten Verknüpfung sinntragend (*entangled*), weshalb diese Lernmethode auch als *konnektionistisch* bezeichnet wird.[118] Im Gegensatz dazu sind die x'e einer symbolischen KI jeweils selbst sinntragend (*disentangled*[119]) und sind vor allem relational, verfügen also über Informationen über ihr hierarchisches (also z. B. kausales, zeitliches oder örtliches[120]) Verhältnis[121] zu weiteren Sinneinheiten. *Gary Marcus* und *Ernest Davis* sprechen von

113 Ibid., S. 23.
114 Ibid.
115 *Garnelo/Shanahan*, Current Opinion in Behavioral Sciences 29 (2019), 17. Vgl. auch ausf. *Harnad*, Physica D: Nonlinear Phenomena 42 (1990), 335 (336).
116 Besser gelungen *insoweit* der AI Act-Entwurf, wo in Anhang I lit. b zu KI gerechnet werden sollten: „Logik- und wissensgestützte Konzepte, einschließlich Wissensrepräsentation, induktiver (logischer) Programmierung, Wissensgrundlagen, Inferenz- und Deduktionsmaschinen, (symbolischer) Schlussfolgerungs- und Expertensysteme".
117 *Garnelo/Shanahan*, Current Opinion in Behavioral Sciences 29 (2019), 17 f.
118 *Harnad*, Physica D: Nonlinear Phenomena 42 (1990), 335 (337): "connectionism"; *Garnelo/Shanahan*, Current Opinion in Behavioral Sciences 29 (2019), 17: "connectionist paradigm", jeweils als alternativer Ausdruck für neuronale Netze. Auf die kurz vor Drucklegung dieser Arbeit erschienen Forschungen dazu, auch in maschinell trainierten Algorithmen sinntragende Informationszusammenhänge zu identifizieren, sei nochmals hingewiesen, s. Details in → § 1 Fn. 67.
119 *Garnelo/Shanahan*, Current Opinion in Behavioral Sciences 29 (2019), 17 (18).
120 Mit diesen Bsp. für Relationen, zurückgeführt auf *Kants* Kritik der reinen Vernunft, *Marcus/Davis*, Rebooting AI, 2019, S. 161 und ff.
121 *Y. Bengio/Courville/P. Vincent*, IEEE Transactions on Pattern Analysis and Machine Intelligence 35 (2013), 1798, 3.4.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Knowledge Frameworks,[122] gebräuchlich ist auch der Begriff der *Knowledge Base*.[123] Man könnte auch sagen, dass symbolische KI ‚plastisch' ist, gegenüber der ‚flachen' KI, die aus maschinellem Lernen resultiert. Um ein konkreteres Beispiel anhand des obigen Feuerwehrfalls zu bilden:[124] Symbolische KI ‚wüsste', dass offenes Feuer am Haus unerwünscht ist, dass Feuerwehrleute Feuer bekämpfen und deshalb *als Folge* des Feuers gerufen werden; und die Zahlen Feuer / Feuerwehrleute *deswegen* positiv korrelieren. Diese KI sollte den korrelationsbasierten Fehlschluss ausschließen, dass es häufiger brennt, weil mehr Feuerwehrleute vor Ort sind.[125] Kompositionelle Systeme erlauben damit Rekombinationen von Sinneinheiten, die das System zuvor nicht in den Trainingsdaten ‚gefunden', also nicht ‚gelernt' hatte.

Symbolische KI ist daher ihrem Grundgedanken nach nicht nur menschlich nachvollziehbar (eben weil aus je für sich sinntragenden x'en zusammengesetzt), sondern *idealiter* auch zu starken Generalisierungen fähig (deshalb auch der gerade in diesem Zusammenhang häufig anzutreffende Begriff der *Artificial General Intelligence* – AGI – oder *General Artificial Intelligence*), was sie wiederum vergleichsweise datensparsam macht.[126] Dass sich konnektionistische KI (also maschinelles Lernen) als aktuell dominante Methode und damit als Synonym für KI insgesamt durchsetzen konnte, liegt an der bisherigen (menschlichen)[127] Unfähigkeit, die auf reale Sachverhalte anzuwendenden Regeln und Relationen in hinreichender Zahl und Genauigkeit darzustellen, d. h. händisch zu programmieren. Versuche, zumindest bereichsspezifisch brauchbare Systeme (sogenannte Expertensysteme) zu schaffen, scheiterten in der Vergangenheit meist dann, sobald Regeln, Ausnahmen und Gegenausnahmen zu komplex wurden, wie es z. B. bei der menschlichen Kommunikation und Sprache der Fall ist.[128] Die Rede ist vom *Knowledge Acquisition Bottleneck*[129] oder *Symbolic Grounding Problem*.[130] Erfolgreich waren regelbasierte KI-Systeme nur, aber immerhin in Konstellationen mit klar abgrenzbaren, perfekt

43

122 *Marcus/Davis*, Rebooting AI, 2019, S. 161 f.

123 *Zhou/Zafarani*, ACM Comput. Surv. 53 (2020), 1 (11) m. w. N.

124 s. oben, → § 1 Rn. 37.

125 Für ein weiteres anschauliches Bsp. (Regenschirm/Regen) s. *Mosa*, Explainable AI vs Explaining AI – Part 2, Medium v. 7.1.2019 (Onlinequelle).

126 *Garnelo/Shanahan*, Current Opinion in Behavioral Sciences 29 (2019), 17.

127 Ein Plädoyer für eine Rückbesinnung auf symbolische Techniken, u. a. mit dem Ziel, bei der Entwicklung von *Artificial General Intelligence* Fortschritte zu machen, findet sich bei *Marcus/Davis*, Rebooting AI, 2019, bes. S. 155 ff.; s. auch *Brachman/Levesque*, Machines like Us, 2023, passim; lesenswert dazu *Brachman/Levesque*, F.A.Z. v. 25.7.2022, S. 18.

128 Vgl. ausf. *Kaplan*, Artificial Intelligence, 2016, S. 22 ff.; s. auch das Zitat von *Andrew Ng* bei *Burrell*, Big Data & Society 3 (2016), 1 (6): "[M]achine learning [is] the domain of '[applications] we cannot program 'by hand'." Eine frühe jur. Einschätzung von Expertensystemen liefert *Susskind*, The Modern Law Rev. 1986, 168 ff.

129 *Rubin* et al., in: Kwasny (Hg.), Proceedings of the 1993 ACM Conference on Computer Science, 1993, S. 522.

130 s. ausf. *Harnad*, Physica D: Nonlinear Phenomena 42 (1990), 335 ff.; anschauliche Bsp. für teils unterhaltsam fehlgeschlagene Versuche finden sich bei *Marcus/Davis*, Rebooting AI, 2019, S. 149 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

regelhaft bearbeitbaren Inputs, wie sie etwa auch bei Rechenprogrammen oder bestimmten Spielen vorkommen (z. B. Schach). Sobald aber der Gegenstand der künstlich-intelligenten Erfassung unsicher, wertungsoffen und/oder ambig ist, sind regelbasierte, also streng logische Exaktheit voraussetzende Systeme wenig leistungsfähig.[131]

44 Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang nun freilich auf die aktuellen, für viele immer noch überraschenden Fortschritte im Bereich des *Natural Language Processing* (NLP). Sie wurden mit der im Winter 2022 veröffentlichten Anwendung ChatGPT[132] auch einer breiten Öffentlichkeit bekannt.[133] ChatGPT und vergleichbare Anwendungen[134] sind Stand Frühsommer 2025 bereits extrem leistungsfähig, unter anderem, weil sie in der Lage sind, aufeinander aufbauende Frage-Antwort-Dialoge[135] in ganz unterschiedlichen Anwendungsdomänen[136] zu führen. Auch bei ChatGPT & Cie handelt es sich zwar letztlich um *Machine-Learning*-trainierte Modelle der Muster*erkennung* und vor allem der Muster*reproduktion* in bzw. zu Texten. Die Anwendungen setzen Texte so zusammen, dass die *wahrscheinlichste* Antwort auf die vom Nutzer gestellte Frage (*Prompt* genannt) aus dem vom Anbieter bzw. Nutzer vergebenen Quellenmaterial (z. B. dem Internet, beck-online, einem *Open-access*-verfügbaren Buch oder einer hochgeladenen PDF) generiert wird (sogenannte *Retrievel-augmented Generation* – RAG).[137] Wegen dieser Fähigkeit zur Textproduktion werden die Anwendungen häufig als LLMs bezeichnet, als *Large*

131 *Marcus/Davis*, Rebooting AI, 2019, S. 176.

132 Basierend auf der NLP-Anwendung GPT-3 (für *Generative Pre-trained Transformer*); dazu aus der technischen Lit. *T. B. Brown* et al., in: Larochelle et al. (Hg.), Advances in Neural Information Processing Systems 33, 2020, S. 1877; zur Technologie der *Transformer* grundlegend *Vaswani* et al., in: Guyon et al. (Hg.), Advances in Neural Information Processing Systems 30, 2017, S. 6000; informativ/zugänglich *Ertel*, Grundkurs KI, 2021, S. 338 ff. Zum im Frühjahr 2025 aktuellen Stand der Technik s. *Maslej* et al., The AI Index 2025 Annual Report. Stanford University, April 2025.

133 Dazu aus der Presse nur *Armbruster*, F.A.Z. v. 28.6.2021, S. 18; *Wulfers*, F.A.S. v. 11.12.2022, S. 26; *Pretschner* et al., F.A.Z. v. 9.1.2023, S. 18.

134 Einen Überblick über die aktuell "notable AI Models" liefern *Maslej* et al., The AI Index 2025 Annual Report. Stanford University, April 2025, S. 46 ff.

135 Dazu, dass bestimmte Fragetechniken, die die Anwendung dazu zwingen können, "[to] think step-by-step", die Antwortqualität erhöhen, *Shanahan*, arXiv:2212.03551v5 (16.2.2023), S. 8 f. Mittlerweile bieten fast alle großen Anwendungen diese *Step-by-step-reasoning*-Methode an.

136 Auf diese Fähigkeit der generellen Nutzung, d. h. ohne sog. "fine-tuning" für konkrete Anwendungskontexte (z. B. Tierbild- statt Gesichtserkennung), weisen hin *T. B. Brown* et al., in: Larochelle et al. (Hg.), Advances in Neural Information Processing Systems 33, 2020, S. 1877: "NLP has shifted from learning task-specific representations and designing task-specific architectures to using task-agnostic pre-training and task-agnostic architectures."

137 Die erstaunliche, vielleicht auch für manche erschütternde Einsicht, die dem zugrunde liegt, hat *Shanahan*, arXiv:2212.03551v5 (16.2.2023) auf den Punkt gebracht: "[A] great many tasks that demand intelligence in humans can be *reduced to next token prediction* with a sufficiently performant model." Hervorhebung im Original.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Language Models[138] oder *Large Generative AI Models* (unschön in der Abkürzung: LGAIMs).[139]

Was LLMs leisten, klingt und ist *technisch-methodisch* also zunächst vertraut: Es ist und bleibt *Machine Learning* und damit letztlich Statistik.[140] Was sie aber hervorhebt und so bedeutsam macht, ist, dass der Korpus an – mehr oder weniger ‚gut'/‚richtig' gelabelten – Daten, anhand derer sie trainiert wurden, so massiv ist, dass 45

> "they are models of the distribution of token sequences produced *collectively* by an enormous population of humans. Accordingly, they exhibit wisdom-of-the-crowd effects, while being able to draw on expertise in multiple domains."[141]

Da moderne Anwendungen zunehmend Text-, Bild- und Tonerkennung und -erstellung miteinander verkoppeln (sogenannte multimodale Systeme[142]), ist auch der Begriff LLM für solche Anwendungen freilich schon wieder zu eng. Der Europäische Rat hat sich erfolgreich dafür eingesetzt, diese Technologien im AI Act gesondert zu regulieren, und dafür den neuen, durchaus aussagekräftigen Begriff der "General-purpose AI Systems/Models" eingebracht (jetzt Artt. 51 bis 56 AI Act).[143] 46

Lässt man sich auf den Begriff der *General-purpose AI* ein, dann kommt man damit der *Artificial General Intelligence* (rechts-)begrifflich schon sehr nahe. Und man berücksichtigt mit dem Begriff, dass Sprach- und Texterkennung – zumal dann, wenn sie wie mit Bild- und Audioerkennung und -erstellung zu multimodalen Systemen kombiniert wird – letztlich die methodische Grundlage für praktisch 47

138 *Large Language Model* lässt begrifflich erkennen, dass es sich hierbei *eigentlich* lediglich um einen – freilich sehr leistungsfähigen – Fall von *Natural Language Processing* handelt; vgl. z. B. *Shanahan*, arXiv:2212.03551v5 (16.2.2023), bes. seine Def. auf S. 2: "LLMs are generative mathematical models of the statistical distribution of tokens in the vast public corpus of humangenerated text, where the tokens in question include words, parts of words, or individual characters including punctuation marks. They are *generative* because we can sample from them, which means we can ask them questions. But the questions are of the following very specific kind. 'Here's a fragment of text. Tell me how this fragment might go on. According to your model of the statistics of human language, what words are likely to come next?' […] Suppose we give an LLM the prompt [= input/question] 'The first person to walk on the Moon was', and suppose it responds with 'Neil Armstrong'. What are we really asking here? In an important sense, we are not really asking who was the first person to walk on the Moon. What we are really asking the model is the following question: Given the statistical distribution of words in the vast public corpus of (English) text, what words are most likely to follow the sequence 'The first person to walk on the Moon was'? A good reply to this question is 'Neil Armstrong'." Hervorhebung im Original.

139 Dazu eine gute Einordnung von *Hacker/A. Engel/Mauer*, arXiv:2302.02337 (5.2.2023).

140 s. gut lesbar *Shanahan*, arXiv:2212.03551v5 (16.2.2023), S. 2 ff. m. w. N.

141 Ibid., S. 9. Deshalb auch sog. Basismodelle/*Foundation Models*, grundl. hierzu *Bommasani* et al., arXiv:2108.07258 (12.7.2022).

142 Ibid., S. 6 f.; ausf. *Alayrac* et al., in: Koyejo et al. (Hg.), Advances in Neural Information Processing Systems 35, 2022, S. 23716; s. auch *T. B. Brown* et al., in: Larochelle et al. (Hg.), Advances in Neural Information Processing Systems 33, 2020, S. 1877.

143 s. *Council of the European Union*, 2021/0106(COD), dort Art. 3 Abs. 1b, für den ersten Aufschlag. Die rechtsverbindliche Def. von„KI-Modell mit allgemeinem Verwendungszweck" findet sich nun in Art. 3 Nr. 63 AI Act. Für eine gute Übersicht zu den materiell-rechtlichen Bestimmungen s. *A. Engel*, KIR 2024, 21 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

alle menschlichen Handlungen und damit *strukturell* eine Domänen-unspezifische, eben *generalistische* Anwendung bildet.[144] Es gibt auch schon Forschungen, wie *General-purpose AI* genutzt werden kann, um Roboter, namentlich Haushaltsroboter, mit ihren Nutzern in natürlicher Sprache interaktionsfähig zu machen.[145] Dieses Anwendungsbeispiel wird im Verlauf des Buches noch wichtig werden.[146]

48 Fehlerfrei arbeiten die Systeme Stand 2025 noch (lange?) nicht; in Öffentlichkeit und Wissenschaft wechseln sich aktuell das Erstaunen über die Leistungsfähigkeit der Systeme und die Sorge/der Hinweis auf weiterhin bestehende Fehler (Halluzinationen) in kurzer zeitlicher Folge geradezu wellenartig ab.[147]

49 Während die KI-Vergangenheit (bis gegen Ende der 1980er Jahre) also von symbolischen Methoden geprägt war, und in der Gegenwart der konnektionistische Ansatz dominiert, könnte die Zukunft kombinatorischen Lösungen gehören.[148] Über die Frage, ob und wie maschinelles Lernen dabei helfen kann, das *Knowledge Acquisition Problem* zu lösen, wird schon seit 1993 diskutiert.[149] Die unter anderem unter dem Stichwort *Representation Learning* firmierenden Forschungsvorhaben versuchen, die besondere Beobachtungskraft maschinellen Lernens (Mustererkennung, flexible Gewichtung) zu nutzen, um die spezifische Herausforderung symbolischer KI zu lösen (das *Symbolic Grounding Problem*). Eine Forschungsrichtung versucht dafür, *Machine-Learning*-Software zu zwingen, selbst symbolisch zu lernen, also x_1 bis x_n in selbstständig sinntragende Einheiten (z. B. Katze, Tier) aufzuspalten und deren relationale Struktur (auch „Kanten" genannt) zueinander zu erkennen[150] und auf zuvor nicht beobachtete (gelernte) Konstellationen anwendbar zu machen (Generalisierung). Vor allem sollen sie auch optisch für einen Nutzer in Form

144 Etwas voreilig hat DeepMind seine Anwendung Gato (beherrschte immerhin schon 604 unterschiedliche Aufgaben) bereits 2022 als "generalist AI" bezeichnet, dazu *Heikkilä*, MIT Technology Rev. v. 23.5.2022 (Onlinequelle).

145 *Ahn* et al., arXiv:2204.01691v2 (4.4.2022).

146 s. unten, ab → S. 150.

147 Krit. namentlich zur jur. Leistungsfähigkeit von ChatGPT & Cie *Ouellette* et al., Stanford Public Law Working Paper et al. v. 4.2.2025 (Onlinequelle). Scharf aus der Presse z. B. *Wiele*, F.A.Z. v. 17.5.2025, S. 9: „Alles falsch".

148 *Garnelo/Shanahan*, Current Opinion in Behavioral Sciences 29 (2019), 17 ff.; *Garnelo/Arulkumaran/Shanahan*, arXiv:1609.05518 (1.10.2016).

149 Vgl. *Rubin* et al., in: Kwasny (Hg.), Proceedings of the 1993 ACM Conference on Computer Science, 1993, S. 522, S. 522 ff.

150 *Garnelo/Shanahan*, Current Opinion in Behavioral Sciences 29 (2019), 17 (20); *Niederée/Nejdl*, in: Ebers et al. (Hg.), RechtsHdb. KI und Robotik, 2020, § 2 Rn. 112, sprechen von „hybriden Systemen". Ausf. und sehr gut lesbar die skeptische Darstellung von *Perkowski*, Desinformationsregulierung (Manuskript 2024), Kap. 3, A.II.2.b, am Bsp. der bes. anspruchsvollen, weil auf möglichst vollständiges und aktuelles ‚Wissen' angewiesenen automatisierten Erkennung von Desinformation. Eine aktuelle, für uns bes. relevante, vorsichtig optimistische Studie zur Realisierbarkeit von medizin-ethischen Ratgebersystemen, die einem hybriden Ansatz folgen (sog. *Fuzzy Cognitive Maps*), liefern *Meier* et al., The American Journal of Bioethics 2022, 1, bes. S. 3 ff. (zur Relevanz für die Rechtserkenntnisfähigkeit von Technologie unten, → § 3 Rn. 39).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sogenannter *Knowledge Graphs*[151] aus Knoten (z. B. Katze, Tier) und Kanten (also Relationen, z. B. *ist*) dargestellt werden. Das Ziel ist es, dadurch dem menschlichen Nutzer der Technologie ein menschlich nachvollziehbares *Explanation Interface* bieten zu können,[152] das Ergebnisse hinterfragbar macht. Erfolgreich getestet wurden solche Ansätze etwa schon bei einfachen 2D-Spielen wie BoxWorld und vor allem im Bereich der Bilderkennung, wo mit Technologien, die auf *explainable AI* zielen, der Output von „Pferd" hin zu „Pferd, *weil* lange Nase und vier Beine" ausdifferenziert werden kann.[153]

Diese Art von *Representation Learning* ist allerdings anspruchsvoll und fehleranfällig.[154] Zwar klingen die Zahlen zunächst beeindruckend: Stand März 2024 enthielt der Google *Knowledge Graph*[155] 54 Milliarden Entitäten (Personen, Orte, Tiere usw.) mit 1,6 Billionen Milliarden relationalen Verknüpfungen (Kanten). Das klingt nach viel, reicht aber natürlich bei weitem nicht aus, um eine auch nur in Ansätzen vollständige Realitätserfassung zu liefern, die für eine wirklich generalistische künstliche Intelligenz erforderlich wäre (einfaches Beispiel: Statt *ist* mag eine automatisiert erstellte Kante *stellt dar* lauten, meint aber dasselbe, ohne dass die Technologie das ohne Weiteres erkennen könnte[156]). 50

Allerdings ist das für viele Anwendungsszenarien möglicherweise auch gar nicht erforderlich. Mit einfacheren und gegenwärtig auch schon erfolgreichen Anwendungen von *explainable AI*[157] (xAI) oder auch seltener sogenanntem *Interpretable Machine Learning*[158] gelingt es, etwa bei graphischem Input darzustellen, warum ein 51

151 *Zhou/Zafarani*, ACM Comput. Surv. 53 (2020), 1 (11) m. w. N.

152 *Garnelo/Shanahan*, Current Opinion in Behavioral Sciences 29 (2019), 17 (18 ff.); *Chen* et al., arXiv:1806.10574 (28.12.2019); s. auch *Knight*, MIT Technology Rev. v. 9.8.2016 (Onlinequelle), der beschreibt, wie Trainingsdaten zunehmend mit auch relationalen Tags gelabelt werden (allg. zum *Labeling* → § 1 Rn. 16), z. B.: "A dog riding a skateboard". Skeptisch zu dem auch als "crowdsourcing" bezeichneten Vorgehen (falls das *Labeln* durch Laien geschieht) *Marcus/Davis*, Rebooting AI, 2019, S. 151 ff.

153 Am Bsp. eines Bildes einer Fahl-Ammer (einer Spatzenart) *Chen* et al., arXiv:1806.10574 (28.12.2019); s. dort auch zur Unterscheidung von *post hoc* arbeitenden „Erklärern" von solchen Systemen, deren Erkennungsprozesses ("reasoning processes") tatsächlich auch technisch auf je für sich selbst sinntragenden Einheiten aufbauen.

154 Ausf. *Perkowski*, Desinformationsregulierung (Manuskript 2024), Kap. 3, A.II.2. m. w. N.; s. auch *Garnelo/Shanahan*, Current Opinion in Behavioral Sciences 29 (2019), 17 (21), denen zufolge zwar viele Forschungsprojekte zu *Representation Learning* gestartet worden seien, mit bislang (2019) aber noch geringen Fortschritten; eine "truly satisfying synthesis of symbolic AI with [machine] learning" sei ein Fernziel.

155 Diese *Knowledge Base* wird von Google v. a. genutzt, um neben Suchanfragen die sog. *Knowledge Panels* mit spezifischen Informationen zu der Suchanfrage anzuzeigen, s. *Sullivan*, Google Blog v. 20.5.2020 (Onlinequelle).

156 *Perkowski*, Desinformationsregulierung (Manuskript 2024), Kap. 3, A.II.2.a.

157 Die Lit. zur xAI ist uferlos. Nur als Auswahl: *Molnar*, Interpretable Machine Learning, ^{2}2023 (Onlinequelle), bes. Abschnitt 3.1; *Gunning* et al., Applied AI Letters 2 (2021); ausf. die Beiträge in *Samek* et al., Explainable AI, 2020, mit einem übersichtlichen Einführungsbeitrag S. 5 ff.; einführend *Waltl/Vogl*, DuD 2018, 613 ff.

158 Zu den diversen Begriffen *D. S. Watson/Floridi*, https://ssrn.com/abstract=3509737 besucht am 17.3.2020, m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Objekt als ‚Pferd', nicht als ‚Hund' gelabelt wurde, und welche Bildpunkte für und welche gegen die Klassifizierung als ‚Pferd' sprechen. Das ist immerhin auch schon eine Form relationalen ‚Wissens',[159] wenn auch eine sehr einfache. Es handelt sich hierbei um die sogenannten *Heat Maps*, *Saliency Maps*[160] oder *Attention Maps*,[161] die im Bereich der xAI eine große Rolle spielen, die noch steigen dürfte.

52 So hat das Team um den KI-Entwickler *Aleph Alpha* und das DFKI schon vor einiger Zeit eine Anwendung vorgestellt, welche die *Heat Maps* nicht mehr nur – aber *auch* (Stichwort Intermodalität/*Multimodal Prompt*[162]) – für graphischen Input zur Verfügung stellt (= das Bilderkennungsbeispiel von soeben), sondern auch für die gerade so erfolgreichen LLM-Modelle. Soll heißen: Gibt man dem Modell von *Aleph Alpha* die Aufgabe, Text auszuwerten, dann ist dieses Modell in der Lage, diejenigen Worte oder Sätze farblich zu markieren, auf denen die Antwort basiert;[163] auch widersprechende Textstellen können als solche gekennzeichnet werden. Erweitert werden könnten solche Systeme noch dadurch, dass sie Konfidenzen (= Wahrscheinlichkeiten, die dem Output zugrunde liegen) anzeigen, farblich markieren, oder auch die sogenannten *Next Best Results* darstellen. Gerade vor dem Hintergrund der hiesigen Erkenntnis- und Anwendungsinteressen – also KI-basierte und -assistierte Rechtserkenntnis und -durchsetzung – ist diese Forschungsrichtung von xAI besonders wichtig: die Fähigkeit der Systeme, zuverlässig die Quellen für die von ihnen produzierten Texte, eventuell/perspektivisch auch Graphiken und Audioteile zu liefern. Mittlerweile (Stand 2025) sind alle gängigen Systeme mal mehr, mal weniger zuverlässig in der Lage, ihre Textproduktion mit relevanten und vor allem echten Quellen zu referenzieren (bei unseren am Lehrstuhl durchgeführten Versuchen halluzinierte die KI fast nur noch dann, wenn die wahrscheinlichste Antwort auf eine juristische Frage mit einer Quelle = Zitation verknüpft ist, die hinter eine Bezahlschranke verborgen ist, z. B. der beck-online-Datenbank).

53 Ebenfalls zu den Methoden von *explainable AI* gehört die längere Zeit vielbesprochene sogenannte kontrafaktische Begründung.[164] Sie soll nicht die positiv für die Entscheidung maßgeblichen Kriterien sichtbar machen, sondern anzeigen, welche Kriterien hätten erfüllt sein müssen, damit der Output *anders* ausgefallen wäre; da-

159 s. *Samek/K.-R. Müller*, in: Samek et al. (Hg.), Explainable AI, 2020, S. 5 (11). Dabei kommen teils erstaunliche Erkenntnisse zu Tage, vgl. etwa *Gless/Weigend*, JZ 2021, 612 (613), mit dem Bsp. einer KI, die Wolfs- und Husky-Darstellungen unterscheiden lernen sollte; da aber alle mit ‚Wolf' gelabelten Trainingsdaten Schnee zeigten, lernte sie, Schnee zu erkennen.

160 *Niederée/Nejdl*, in: Ebers et al. (Hg.), RechtsHdb. KI und Robotik, 2020, § 2 Rn. 129.

161 So *Deb* et al. arXiv:2301.08110 (23.1.2019), Abschnitt 1.

162 s. ibid., Abb. 1: Auf die Frage nach "What am I looking at?" liefert die xAI-Anwendung in dem multimodalen System von *Aleph Alpha* die Antwort "a lonely cabin" [mit entsprechender farblicher Markierung im Bild] "on the edge of a lake" [mit farblicher Markierung der Bildteile, die die Anwendung mit "lake" korreliert] usw. Zur Multimodalität auch schon soeben, → § 1 Rn. 46.

163 *Deb* et al., arXiv:2301.08110 (23.1.2019), Abschnitt 3, bes. 3.3 mit Abb. 6.

164 Bes. *Wachter/Mittelstadt/Russell*, Harvard Journal of Law & Technology 31 (2018), 842 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mit also z. B. statt eines Pferdes ein Hund erkannt oder statt ‚Genehmigung-zu-versagen' ein ‚Genehmigung-zu-erteilen' ausgeworfen worden wäre. Ein anschauliches Beispiel für eine Kombinationslösung findet sich bei *Hermstrüwer*: „Die Genehmigung wurde Ihnen versagt, weil Sie die Eigenschaft x_r aufweisen. Hätten Sie die Eigenschaft x_k aufgewiesen, wäre Ihnen die Genehmigung erteilt worden."[165] Die Idee kontrafaktischer Begründungen hat in den vergangenen Jahren zunächst viel Aufmerksamkeit erhalten, weil sie einen Weg aufzeigen sollte, „Transparenz" zu schaffen, ohne die unter Umständen geschäftsschädliche oder das sogenannte *Gaming* von KI-Anwendungen ermöglichende Offenlegung des Quellcodes der jeweiligen Anwendung vorauszusetzen. Das Anliegen ist sicher sinnvoll, das eigentliche *technische Black-Box*-Problem wird durch kontrafaktische Begründungen aber nicht unbedingt gelöst: Denn wenn x_r und x_k usw. keine *menschlich plausiblen* Gründe bzw. Gegengründe für y darstellen,[166] dann weiß der Adressat der ‚Erklärung' zwar möglicherweise, wie er einen anderen Output generieren kann ("explanation as enabling action"[167]). Er weiß aber in einem anspruchsvollen Sinn nicht, warum ein Output so und nicht anders ausgeworfen wurde/wird,[168] und ob diese Kriterien jenseits ihrer statistischen Verlässlichkeit kausale Zusammenhänge haben oder *Proxies* anderer, nicht beobachteter Hintergrundvariablen sind.

Festzuhalten ist jedenfalls schon an dieser Stelle, dass der Druck auf die Entwickler von KI, ihre Systeme in für den konkreten Anwendungskontext hinreichendem Maße *explainable* zu machen, durch die jüngste Rechtsprechung des EuGH zu Art. 22 Abs. 3 DSGVO und durch Art. 86 AI Act (Stichwort: *Recht* auf Erklärung) massiv steigen wird.[169] 54

Von den soeben beschriebenen, *lokalen* Ansätzen von xAI, die eine *konkrete* Entscheidung erklären soll, sind zu guter Letzt *globale* Erklärungen zu unterscheiden, die auf das Verständnis des gesamten Musters abzielen.[170] Besonders für Plausibilitätsanalysen interessant sind *reverse* xAI-Anwendungen, im Rahmen derer ein KI-System offenlegt, was es unter dem Label y = Pferd ‚gelernt' hat, also ein nach seinem ‚Wissen' prototypisches Pferd darstellt.[171] 55

165 *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (499).
166 Vgl. die Bsp. hierfür in → § 1 Rn. 25 ff.
167 *Selbst/Barocas*, Fordham Law Rev. 2018, 1085 (1120).
168 Mit diesem Einwand auch schon *Wachter/Mittelstadt/Russell*, Harvard Journal of Law & Technology 31 (2018), 842 (883) selbst. Krit. auch *Wischmeyer*, in: ders./Rademacher (Hg.), Regulating Artificial Intelligence, 2020, S. 75 Rn. 34 f. m. w. N. Der EuGH hat sich mittlerweile vorsichtig dahingehend geäußert, dass kontrafaktische Begründungen den Anspruch aus Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO auf Erläuterung der Logik einer automatisierten Entscheidung erfüllen *könnten*, s. Urt. v. 27.2.2025, Rs. C-203/22 (Dun & Bradstreet Austria) Rn. 62; m. E. zutreffend zurückhaltend hierzu *Hense/Niekrenz*, KIR 2025, 240 (243).
169 Ausf. unten, → § 4 Rn. 148.
170 s. *Niederée/Nejdl*, in: Ebers et al. (Hg.), RechtsHdb. KI und Robotik, 2020, § 2 Rn. 128 m. w. N.
171 *Samek/K.-R. Müller*, in: Samek et at. (Hg.), Explainable AI, 2020, S. 5 (10).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV. Legal Tech und hier sog. Law-abiding Technology

56 Nicht unerwähnt bleiben soll schließlich in diesem Abschnitt über die Terminologie der Begriff *Legal Technology*, kurz *Legal Tech*. Namentlich *Wolfgang Hoffmann-Riem* verwendet den Begriff weit im Sinn von „Nutzung digitaler Techniken bei der Rechtsanwendung".[172] Darunter fallen dann *thematisch* zivilrechtliche, öffentlich-rechtliche und sanktionen-/vollstreckungsrechtliche Anwendungsfälle gleichermaßen.[173] *Methodisch* sind einfache regelbasierte Systeme ebenso wie komplexe maschinell trainierte Systeme erfasst, und – im Verhältnis zum menschlichen Beitrag, also sozusagen *architektonisch* – wird das gesamte Spektrum von algorithmenbasierten, -getriebenen und -determinierten Entscheidungen abgedeckt.[174]

57 Mit dieser Weite würde sich der Begriff grundsätzlich auch zur Abdeckung des in diesem Buch verfolgten Erkenntnisinteresseses eignen.[175] Ich werde ihn gleichwohl nicht verwenden. Denn mir scheint, dass der Begriff *Legal Tech* in der KI-und-Recht-Diskussion insgesamt zunehmend spezifischer und enger gebraucht wird, nämlich zur Beschreibung der „Umgestaltung v. a. der Rechtsdienstleistungsbranche durch die Digitalisierung".[176] Die besondere, auf die realweltliche Durchsetzung von staatlichem und supranationalem Recht fokussierte Perspektive, die in dieser Arbeit eingenommen wird, soll hinter dieser eher wirtschaftlich ausgerichteten Begriffsprägung nicht unsichtbar werden.

58 Deshalb werde ich gleich in → § 2 spezifischere Begrifflichkeiten für die Beschreibung und Systematisierung von Technologien vorschlagen, die Menschen bzw. genauer: *die jeweiligen (Erst-)Adressaten*[177] bei der Realisierung von an sie gerichteten Normen in unterschiedlichem Maße unterstützen können: von der rechtsrelevanten Information (*Compliance Assistance Technologies*) bis hin zum Zwang (*Impossibility Structures*), mit graduellen Abstufungen dazwischen (*Justification Structures*). Einige der Begrifflichkeiten sind mittlerweile in die Diskussion schon gut eingeführt (das gilt besonders für Begriff der *Impossibility Structure*), andere sind hier erstmals

172 *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (2); *ders*., Recht im Sog der digitalen Transformation, 2022, S. 244 ff.

173 Vgl. *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (17 ff.).

174 Ibid., S. 4.

175 Wegen der damit nach Auffassung der Autoren einhergehenden „Simplifizierung" einer komplexen Idee krit. zum Begriff *Hähnchen/Bommel*, JZ 2018, 334 (335).

176 So *Steinrötter/Warmuth*, in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Hg.), Handbuch Multimedia-Recht, 56. EL Stand Mai 2021, Teil 30 Rn. 1 m. w. N. Mit dem Hinweis, dass der Begriff den Einsatz digitaler Technologien „insbesondere bei der Erbringung (vor allem anwaltlicher) Rechtsdienstleistungen" meine, auch *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (2) selbst. Jedenfalls ist der Sprachgebrauch nicht einheitlich, deshalb krit. *Werthmann*, in: Ebers et. al. (Hg.), RechtsHdb. KI und Robotik, 2020, § 22 Rn. 1 ff.

177 Diese etwas mühsame Umschreibung bedeutet kurz gesagt: Es wird fast durchweg um die Rechtsanwendung durch juristische Laien gehen, denn diese sind – freilich mit Ausnahmen, vgl. die ab → S. 191 beschriebenen Anwendungen im Verbraucherschutz- und Studienrecht – die Erstadressaten von Recht (dazu nochmals ausf. unten, ab → S. 328). Die Perspektive professioneller Rechtsanwender wird in anderen Arbeiten fokussiert.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vorgeschlagene Wortneuschöpfungen (das gilt namentlich für die *Justification Structures*). Ich gehe in → § 2 ausführlich auf die Konzepte ein und liefere Beispiele für einschlägige Anwendungen.

Ein weiteres Konzept liegt quer zu diesen Kategorien und soll deshalb bereits hier kurz vorab eingeführt werden: Die Idee von der Notwendigkeit der hier sogenannten *Law-abiding Technology*.[178] Während die in → § 2 beschriebenen Anwendungen grundsätzlich vom Menschen ausgehen – wie wird er gezwungen bzw. dabei unterstützt, Recht zu realisieren, dessen Erstadressat er wäre? – beschreibe ich mit *Law-abiding Technology* künstliche Aktanten mit großem Aktionsradius in einem weiten Sinn: Maschinen, Roboter, bestimmte Programme wie avancierte *Digital Personal Assistants*, die selbst (Erst-)Adressaten von Recht sein können *müssen*, um ihre eigentliche Funktionalität ausüben zu können. Ich komme an den für meine Überlegungen entscheidenden Stellen auf diesen Begriff bzw. solche Aktanten zurück;[179] hier soll nur als Illustration des Gemeinten das geläufige Beispiel autonomer Fahrzeuge dienen: Jedenfalls wenn diese in gemischten Verkehren ‚agieren' (können) sollen, werden sie mit einem wachsenden Aktionsradius in der Lage sein müssen, sich an die für menschliche Akteure im gleichen Raum geltenden Regeln in analoger Weise halten zu können; sie werden eben, in diesem Sinne, *law-abiding* sein müssen.[180] Ich werde auf diese Kategorie, wie gesagt, noch zu sprechen kommen. 59

178 Soweit ersichtlich ist der Begriff auch im anglo-amerikanischen Schrifttum noch nicht etabliert. Er findet sich in der hier vorgeschlagenen Verwendung nur bei *Perritt/Sprague*, Columbia Science & Technology Law Rev. 16 (2015), 385, bes. S. 421 ff., die freilich (2015!) noch sehr einfache Methoden beschreiben, um Kleinst-Drohnen "automatically law abiding" zu machen. *Prakken*, Artificial Intelligence and Law 25 (2017), 341 (342) rechnet die hier aufgeworfene Frage zum Forschungsfeld *AI & Law*.

179 Bes. unten, → S. 247 ff.

180 Das ist auch bereits die in Deutschland geltende Rechtslage, s. unten, → S. 146 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 2 Anwendungen, Konzepte und Status quo der Dogmatik(en): künstlich-intelligente Strukturen zur Optimierung der Realisierungschancen des Rechts

1 Dass das demokratisch gesetzte und grundrechtlich konturierte Recht *nicht* auf seine flächendeckende Befolgung[1] und damit Durchsetzung abzielen könnte, wird erst jüngst wieder[2] in Erwägung gezogen. Bezeichnenderweise geschieht das gerade im Zusammenhang mit dem Auftreten künstlicher Intelligenz.[3] Jenseits dieser noch vereinzelten Stimmen wurde und wird bislang aber doch eher auf die teils erheblichen Defizite fokussiert, die bei Befolgung und/oder Vollzug des Rechts bestehen;[4] *hierfür*, also für die Beseitigung der Realisierungsdefizite, wird gemeinhin nach Instrumenten gesucht. Gerade in den jüngeren, unional geprägten Rechtsgebieten wie dem Daten- und Verbraucherschutzrecht und dem Recht der Plattformregulierung zielen die Rechtsakte mit ihren extrem hohen Bußgeldern auf starke Abschreckungseffekte und damit einen hohen *Compliance*-Druck ab. Aber auch in klassischen Feldern wie dem Steuerrecht oder der Terrorabwehr wird seit jeher nach Möglichkeiten der *Compliance*-Optimierung gesucht. Darum – also die Steigerung der Rechtsbefolgung/-durchsetzung durch neue Technologien – geht es in diesem § 2. Die Auswahl der folgenden Anwendungsbeispiele erfolgte nach drei Kriterien:

2 *Erstens* handelt es sich um Lebensbereiche, in denen KI besondere, *rechtlich* relevante Optimierungserfolge bereits hervorgebracht hat oder alsbald hervorzubringen verspricht (bzw. hervorbringen muss, Stichwort autonomes Fahren).

3 Das Ziel ist *zweitens*, mit der Auswahl das Potential technologiebasierter Wirkungsstrukturen in der Breite veranschaulichen und systematisieren zu können. Vollständigkeit innerhalb der einzelnen Kategorien wird nicht angestrebt. Sie ist auch gar nicht nötig, denn das Optimierungspotential von KI ist methodisch „allgemein

1 Die Pflicht zum Rechtsgehorsam scheint – neben der Steuer- und Wehrpflicht – die eine Grundpflicht der Bürger zu sein, auf die sich die Staatsrechtslehrertagung 1982 bei aller sonstigen Zurückhaltung einigen konnte, vgl. den Bericht von *Schuppert*, AöR 107 (1982), 614 (615 ff.). Vgl. auch *Schieder*, Ethisch motivierter Rechtsungehorsam, 2018, S. 258.

2 Vgl. die ältere Diskussion rund um die Möglichkeit zum zivilen Ungehorsam, z. B. bei *Raz*, in: ders. (Hg.), The Authority of Law, ^{2}2009, S. 262 ff.; *Habermas*, Merkur 38 (1984), 15 ff.; *R. Dreier*, Recht – Staat – Vernunft, ^{2}2016, S. 39 ff., 73 ff.

3 Bes. *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 478; s. außerdem *Burchard*, JRE 27 (2019), 527 (547 ff.); *Wischmeyer*, in: Ebers et al. (Hg.), RechtsHdb. KI und Robotik, 2020, § 20 Rn. 61; *Bernzen/Kehrberger*, RW 10 (2019), 374 ff.; *Becker*, ZUM 2019, 636 ff.; *Rademacher*, JZ 2019, 702 ff.; *Rostalski*, GA 166 (2019), 481 ff.; knapp *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (398).

4 Jüngst etwa *Kube*, AöR 146 (2021), 494 (502 f.). Dazu, dass die Forderung nach einem besseren, bzw. neutraler: nach *mehr* Vollzug von Recht auf einer verzerrten Wahrnehmung nur der extremen und damit meist schädlichen Regelabweichungen in der/durch die Öffentlichkeit liegen könnte, *Kühl*, Brauchbare Illegalität, 2020, S. 12: „Allein der Blick auf diese Beispiele [Enrons Bilanzfälschung, VWs Diesel-‚Betrug'] zeigt, wie sehr unsere Perspektive auf Regelabweichungen durch das öffentlich sichtbare Scheitern dieser Organisationen verzerrt wird." s. zudem die Nachw. a. a. O., S. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

angelegt und durchwirkt alle Lebensbereiche".[5] Es geht darum, Anschaulichkeit im Sinn einer *Strukturierung* der technologiebasierten Optimierungsmöglichkeiten für die Realisierung des Rechts zu entwickeln. Maßstab dafür ist die durch die jeweilige Technologie bewirkte *Unmittelbarkeit* des angestrebten Steuerungserfolgs.

Aus diesem Fokus auf den demokratisch gesetzten Steuerungszweck von Recht erklärt sich auch, warum die Beispiele zuvorderst aus dem deutschen und europäischen öffentlichen Recht stammen, dessen „Domäne [die] Verhaltenssteuerung im Allgemeinwohlinteresse" ist,[6] und die Beispiele zu einem kleinen Teil auch aus dem Strafrecht stammen, dem es zumindest nach der herrschenden, die präventiven Straftheorien betonenden Meinung (jedenfalls auch) um hoheitliche Verhaltenssteuerung[7] geht.[8] Privatautonom gesetztes Recht und insbesondere das große Thema der sogenannten *Smart Contracts*[9] bleibt wegen der Fokussierung auf den demokratischen Steuerungsanspruch hingegen grundsätzlich außerhalb der Betrachtung.[10] Nur soweit es um zivilrechtliche Rechtspositionen geht, die strafrechtlich oder sonst wie durch öffentlich-rechtliche Verhaltensgebote abgesichert sind, sind auch Regelungen aus dem Zivilrecht von Interesse. Das gilt zuvorderst für das Urheberrecht, in dem automatisierte Rechtsdurchsetzung derzeit schon ins Werk gesetzt wird und wo die entsprechenden Technologien ohnehin nicht auf rein privatrechtliche Einsatzszenarien beschränkt sind. Vereinzelt nehme ich auch Bezug auf Beispiele aus Drittstaaten wie den USA, weil dort die Bereitschaft, rechtsrealisierende Techno- 4

5 *Burchard*, JRE 27 (2019), 527 (534).

6 *Bruns*, Umsetzung der EU-Verbandsklagerichtlinie in deutsches Recht, 2022, S. 2; und weiter: „Zivilrecht und Zivilprozess haben hingegen für die Verhaltenssteuerung eher eine flankierende und unterstützende Bedeutung, und zwar insbesondere dort, wo das Instrumentarium des öffentlichen Rechts keine zufriedenstellenden Ergebnisse zeitigt." Ähnl. *Bunz*, CCZ 14 (2021), 81 (85): „Das Zivilrecht (etwa […] § 138 Abs. 1 BGB) verbietet nicht ein bestimmtes Handeln. Dies stünde dem Zivilrecht auch gar nicht zu. Es ordnet lediglich zivilrechtliche Ansprüche an für den Fall, dass auf bestimmte Art und Weise gehandelt wird – etwa unter Verwendung sittenwidriger oder aus anderem Grunde unwirksamer Vertragsklauseln. Das Zivilrecht regelt also keine Verbote, sondern Rechtsverhältnisse und ordnet Rechtsfolgen an."

7 Vgl. *Renzikowski*, in: Dölling (Hg.), FS Gössel, 2002, S. 1 (12) m. w. N.

8 In § 2 interessiert also nicht die „sekundäre Normordnung" der Sanktionen, sondern es interessieren die primären Verhaltenspflichten, die den eigentlichen Strafnormen als im Kern öffentliches Recht vorausgehen. Prägnant dazu *Haffke*, in: Schünemann (Hg.), FS Roxin, 2001, S. 955 (957): „zufällige Platzierung […] der Verhaltensnorm im Strafrecht". Zur Unterscheidung ausf. *Renzikowski*, in: Dölling (Hg.), FS Gössel, 2002, S. 1 ff. Vgl. auch BVerfG, Urt. v. 25.2.1975 = BVerfGE 39, 1 – Schwangerschaftsabbruch I = NJW 1975, 573 (580): „[Das Strafgesetz] soll sagen, was für den Einzelnen Recht und Unrecht ist." Dort allerdings auch eine *prima facie* verwirrende, scharfe Gegenüberstellung einer „sozialethische[n] und – ihr folgend [sic!] – rechtliche[n] Bewertung menschlicher Handlungen" als Ziel demokratischen Rechts einerseits und einer „sozialtechnischen Verwendung des Gesetzes" i. S. der Steuerungsperspektive andererseits. Die Gegenüberstellung verdunkelt, dass das eine das andere nicht ausschließt. Plausibel wird die Aussage des BVerfG, wenn man beachtet, dass das konkret geprüfte Gesetz über den Schwangerschaftsabbruch den Schutz des *einzelnen* Lebens zugunsten einer „Gesamtrechnung" (so die Gesetzesbegründung, zitiert a. a. O.) an Schwangerschaftsabbrüchen hintanstellen wollte. *Das* hielt das BVerfG damals für unzulässig.

9 Dazu nach wie vor hervorragend der Band von *Fries/Paal*, Smart Contracts, 2019.

10 s. hierzu, auch zu den Grenzen privatinitiativer automatisierter Rechtsdurchsetzung, die Nachw. unten, in → § 2 Fn. 486.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

logien zu erproben, höher als im europäischen Rechtskreis ist. Der Dominanz englischsprachiger Literatur sowie der diskursiven Anschlussfähigkeit ist es dann auch geschuldet, dass für die folgende Strukturierung englische Begriffe genutzt werden. Völkerrecht bleibt als solches außen vor. Auf die im völkerrechtlichen Schrifttum jüngst ebenfalls intensiver untersuchten Funktionen von Rechtsbrüchen[11] wird aber an passender Stelle[12] eingegangen werden.

5 *Drittens* war für die Auswahl der Anwendungsbeispiele auch ausschlaggebend, dass dem KI-bedingten Optimierungspotential in den beschriebenen Rechtsgebieten bereits jetzt – teils versteckt, teils offensiv – Zufallsarrangements oder zumindest ‚Beimischungen' von Zufälligkeit entgegengesetzt werden. Hierauf wird aber nicht in diesem § 2, sondern abschließend in → § 6 eingegangen.

6 Was nun die Strukturierung angeht, so schlage ich vor, zwischen *Intelligent Surveillance* (→ I.), *Impossibility Structures* (→ II.), *Compliance Assistance Technologies* (→ III.), *Justification Structures* (→ IV.) und *Preference Assistance Technologies* (→ V.) zu unterscheiden.

7 Innerhalb dieser Kategorien liefere ich zunächst jeweils eine knappe begriffliche Einordnung, bevor kleine Berichte über beispielhafte Anwendungen folgen, die ihrerseits in der Regel grob nach Rechtsgebieten sortiert sind (z. B. *Intelligent Surveillance* … im Sicherheitsrecht, … im Steuerrecht, … im Recht der Online-Kommunikation usw.). Rechtsdogmatische und -theoretische Zwischenbemerkungen zum Stand der Diskussion um die jeweiligen Technologien stehen jeweils am Ende einer Kategorie. Mit diesen Zwischenbemerkungen verfolge ich das Anliegen, die ‚großen Linien' in den jeweiligen Debatten (soweit schon vorhanden) herauszuarbeiten, und strebe weniger danach, die (verfassungs-)rechtliche Zulässigkeit einer *konkreten* Anwendung im Detail zu beurteilen. Insofern verweise ich auf die knappen Hinweise direkt in den Berichten. Ein größeres erstes Zwischenfazit zu den konzeptionellen Verschiebungen bei der Durchsetzung staatlichen Rechts durch und mithilfe von künstlicher Intelligenz schließt diesen § 2 ab (→ VI.).

I. Intelligent Surveillance

8 *Elizabeth Joh* hat die bisherige Diskussion um „smarte" – also KI-gestützte – staatliche Rechtsdurchsetzung in den USA vor einiger Zeit treffend als „Echo" der Überwachungsstaatsdiskussionen der Vor-KI-Zeit bezeichnet.[13] Diese pointier-

11 *Marxsen*, Völkerrechtsordnung und Völkerrechtsbruch, 2021, passim und bes. S. 195 ff.
12 s. unten, → § 5 Rn. 39.
13 *Joh*, Int. J. Law in Context 26 (2019), 177 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

te Wertung beschreibt nach meiner Einschätzung auch die deutsche Debatte gut: Im Mittelpunkt der Diskussion um neue Technologien zwecks Rechtsdurchsetzung stehen nach wie vor die durch KI potentiell erheblich verbesserten *Erkenntnis*möglichkeiten der staatlichen Rechtsdurchsetzungsorgane, die präventiv wie repressiv genutzt werden können, um einen Gefahr- oder Straftatverdacht zu gewinnen. Auch wenn Überwachung natürlich streng genommen *selbst* noch keine Realisierungswirkung erzielen kann, können und sollen entsprechende ‚intelligente' Technologien hier folglich nicht außen vor bleiben. Im Gegenteil: Da sich auch im deutschen Rechtsdiskurs eine Art von ‚überwachungsakzessorischer' Bewältigung auch der auf *physische Realisierung* gerichteten Technologien abzeichnet,[14] ergibt es guten Sinn, die hier sogenannte *Intelligent Surveillance* an den Beginn der Untersuchung zu stellen.

I. Begriff (zugleich Einordnung in die Kategorien des AI Act)

Mit nicht immer ganz klarer Definition/Abgrenzung verläuft die Diskussion unter 9
den Stichworten *Predictive Policing*,[15] *Smart Law Enforcement*,[16] *Intelligent Surveillance*,[17] automatisierte Verdachtsgewinnung[18] bzw. *Automated Suspicion Algorithms*,[19] oder *Intelligence Augmentation* (IA).[20] Es geht darum, dass neue Technologien, also aktuell besonders *Machine-Learning*-gestützte KI-Anwendungen, genutzt werden sollen, um Gefahren oder Straftaten staatlicherseits *maschinell* gezielt erkennen und dann *menschlich* verhindern oder sanktionieren zu können. Hierfür hat der Begriff der *Intelligent Surveillance* m. E. den größten deskriptiven Wert: Er kombiniert die maschinelle ‚Erkenntnis', das maschinell ‚Gesehene', ‚Gehörte' oder eventuell sogar ‚Gerochene' könne gefährlich oder verboten sein (= ‚Intelligenz'), mit der noch fehlenden physischen Durchsetzung durch das KI-System selbst (= ‚nur' Überwachung). Wir haben es daher – in der klassischen Terminologie des Sicherheitsrechts gesprochen – mit Verdachtsgewinnungsverfahren zu tun,[21] die durch den Einsatz

14 Details hierzu dann unten, ab → S. 166.
15 Hierzu u. a. *Koch*, Predictive Policing und Gefahrenkategorien, 2023; *Trute/S. Kuhlmann*, GSZ 2021, 103 ff.; *He. Hofmann*, Predictive Policing, 2020; *Sommerer*, Personenbezogenes Predictive Policing, 2020; *Wischmeyer*, in: Kulick/Goldhammer (Hg.), Der Terrorist als Feind? 2020, S. 193; *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 ff.
16 *Wischmeyer*, in: Kulick/Goldhammer (Hg.), Der Terrorist als Feind? 2020, S. 193 ff.; *Rademacher*, in: Wischmeyer/Rademacher (Hg.), Regulating Artificial Intelligence, 2020, S. 225 ff.; zivilrechtlich *N. Kuhlmann*, in: Fries/Paal (Hg.), Smart Contracts, 2019, S. 117 ff.
17 *Rademacher*, JZ 2019, 702 (703).
18 *Rademacher*, in: Eifert (Hg.), Digitale Disruption und Recht, 2020, S. 45 ff.
19 *M. L. Rich*, Penn Law Rev. 164 (2016), 871 (876). Monographisch mit/zu diesem Begriff jüngst *Leffer*, Automated Suspicion Algorithms, 2025, passim, zur Def. und Abgrenzung S. 39.
20 *Pasquale*, George Washington Law Rev. 87 (2019), 1 (47).
21 Grundlegend *Bull*, in: Osterloh/Schmidt/Weber (Hg.), Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung, 2004, S. 29 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

‚intelligenter' Technologie besonders effizient gemacht werden sollen.[22] Um diesen Aspekt – also: Einsatz neuer Technologien – noch hervorzuheben, könnte man auch etwas umständlicher von *Automated Intelligent Surveillance* sprechen. Aber mir scheint, dass jedenfalls hier, in diesem Buch, der Kontext ausreichend klarstellt, dass es um maschinelle ‚Intelligenz' geht, nicht um menschliche. Es folgen sogleich (→ Rn. 20 ff.) einige Beispiele für entsprechende Anwendungen in unterschiedlichen Referenzfeldern des deutschen Rechts.

10 Zuvor ist allerdings noch eine terminologische Selbstkorrektur, vielleicht ja auch nur eine Klarstellung angezeigt: Soweit ich früher[23] den Begriff *Predictive Policing* zur Beschreibung auch der nun folgenden Anwendungen vorgeschlagen habe (*technisch* ist jede automatische Bewertung eine Prognose[24]), scheint es mir angezeigt, von dieser weiten Verwendung von *Predictive Policing* in Zukunft abzugehen. Der Grund dafür ist, dass der Begriff zunehmend exklusiv für *Risk* (!) *Assessments* weit im Vorfeld von tatsächlichem deviantem Verhalten genutzt wird/werden soll, die also *künftiges* Verhalten vorhersagen und nicht aktuelles Verhalten erkennen sollen. Ein solch stark zukunftsbezogenes Verständnis von *Predictive Policing* hat sich nach meinem Eindruck vor allem im Europäische Parlament durchgesetzt; nach dem Willen der beiden Berichterstatter des EP zum AI Act[25] sollten als „Predictive Policing" nämlich folgende KI-Anwendungen definiert werden:

> "the placing on the market, putting into service or use of an AI system for making individual *risk* assessments of natural persons in order to assess the *risk* of a natural person for offending or reoffending or for *predicting* the occurrence or reoccurrence of an actual or potential criminal offence *based on profiling* of a natural person or on assessing personality traits and characteristics or past criminal behavior of natural persons or groups of natural persons." Hervorhebungen hier.

11 Und wichtig: Solchermaßen definiertes *Predictive Policing* sollte nach dem Willen der Berichterstatter *vollständig verboten* werden. Der finale Text des AI Act übernimmt das Verbot mit nur kleinen Modifikationen am Wortlaut in seinem Art. 5 Abs. 1 lit. d Hs. 1. Die entscheidende Frage ist nun, ob das für uns eine Rolle spielt, also ob nun einige oder alle oder viele Anwendungen, die im Folgenden als *Intelligent Surveillance* vorgestellt werden, nunmehr pauschal verboten sind. Die Antwort ist ein klares ‚Nein' (sogleich, → Rn. 17 f.). Aber: Der sprachlich und systematisch – zumindest an dieser Stelle – wirklich grob misslungene AI Act lädt zu Missverständnissen geradezu ein; ganz offensichtlich war sich der Unionsgesetzgeber selbst nicht ganz sicher, was er hier eigentlich regeln bzw. verbieten wollte bzw. sollte. Zur

22 Zur Einordnung auch schon *Rademacher*, in: Zimmer (Hg.), Regulierung für Algorithmen und KI, 2021, S. 229 ff., auf dem die folgenden Überlegungen auch teilweise aufbauen.
23 Vgl. *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 ff.
24 Dazu schon oben, → § 1 Rn. 13 sowie unten, → S. 290 ff.
25 s. *Benifei/Tudorache*, 2021/0106(COD) v. 20.4.2022, S. 54.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Illustration dieser scharfen Behauptung drucke ich im Folgenden den Wortlaut der einschlägigen Passagen im AI Act ab.

Verboten ist jetzt also folgende Art von KI-gestützter Überwachung: 12

> „das Inverkehrbringen, die Inbetriebnahme für diesen spezifischen Zweck oder die Verwendung eines KI-Systems zur Durchführung von *Risiko*bewertungen in Bezug auf natürliche Personen, um die *Wahrscheinlichkeit*, dass eine natürliche Person eine Straftat begeht, *ausschließlich auf der Grundlage des Profiling* einer natürlichen Person oder der Bewertung ihrer persönlichen Merkmale und Eigenschaften zu bewerten oder vorherzusagen". Hervorhebung hier.

Halbsatz 2 schwächt das Verbot freilich sofort wieder ab: 13

> „[D]ieses Verbot gilt nicht für KI-Systeme, die dazu verwendet werden, die durch Menschen durchgeführte Bewertung der Beteiligung einer Person an einer kriminellen Aktivität zu unterstützen, die sich bereits auf objektive und überprüfbare Tatsachen stützt, die in unmittelbarem Zusammenhang mit einer kriminellen Aktivität stehen."

Diese Systeme sind dann grundsätzlich ‚nur' Hochrisiko-Anwendungen i. S. von Artt. 6 ff. AI Act (siehe Anhang III lit. d AI Act) und müssen daher besondere Anforderungen erfüllen (zu Ausnahmen *hiervon* siehe aber Art. 6 Abs. 3 AI Act). Verboten sind sie jedenfalls nicht, zumindest nicht von Unionsrechts wegen. 14

Erwägungsgrund 42 S. 3 zum AI Act ergänzt noch, dass das Verbot in Art. 5 Abs. 1 lit. d AI Act 15

> „nicht Risikoanalysen [betrifft], die nicht auf dem Profiling von Einzelpersonen oder auf Persönlichkeitsmerkmalen und -eigenschaften von Einzelpersonen beruhen, wie etwa KI-Systeme, die Risikoanalysen zur Bewertung des Risikos eines Finanzbetrugs durch Unternehmen auf der Grundlage verdächtiger Transaktionen durchführen, oder Risikoanalyseinstrumente einsetzen, um die Wahrscheinlichkeit vorherzusagen, dass Betäubungsmittel oder illegale Waren durch Zollbehörden, beispielsweise auf der Grundlage bekannter Schmuggelrouten, aufgespürt werden."

Auch dem Unionsgesetzgeber war also klar, dass es dieser Klarstellung bedürfe, weil der Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 lit. d AI Act sehr leicht zu weit verstanden werden könnte.[26] Das zentrale oder zumindest ein zentrales Problem scheint mir zu sein, dass die Schwierigkeiten, die bei der Bestimmung des Begriffs des *Profiling* i. S. von Art. 4 Nr. 4 DSGVO/Art. 3 Abs. 4 JI-Richtlinie bestehen, vom Gesetzgeber in den AI Act importiert werden (Art. 3 Nr. 52 AI Act). Profiling *selbst* wird übrigens vom AI Act nicht verboten; soweit es „im Zuge der Aufdeckung, Ermittlung oder Verfolgung von Straftaten" eingesetzt wird, wird es vom AI Act ‚nur' als Hochrisiko-Technologie klassifiziert.[27] 16

26 Krit. auch *Busche*, AöR 149 (2024), 207 (246).

27 s. Anhang III Nr. 6 lit. e AI Act. Interessant ist, dass das ursprünglich ebenfalls als *High-Risk*-Anwendung eingeordnete polizeilich-strafrechtliche *Data Mining* im Trilog aus dem entsprechenden Katalog heraus-

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

17 Hier ist noch unerfreulich viel Auslegungsarbeit zu leisten;[28] für uns spielt das aber glücklicherweise keine entscheidende Rolle: Die für uns wichtige Klarstellung, was der Unionsgesetzgeber hier im Kern eigentlich gemeint und verboten hat, findet sich versteckt in Satz 1 von Erwägungsgrund 42. Anliegen des Unionsgesetzgebers war es, dass „natürliche Personen in der EU stets nach ihrem tatsächlichen Verhalten beurteilt werden", und

> „natürliche Personen in der EU stets nach ihrem tatsächlichen Verhalten beurteilt werden [und] niemals allein nach dem Verhalten, das von einer KI auf der Grundlage ihres Profiling, ihrer Persönlichkeitsmerkmale oder -eigenschaften wie Staatsangehörigkeit, Geburtsort, Wohnort, Anzahl der Kinder, Schulden oder Art ihres Fahrzeugs vorhergesagt wird, ohne dass ein begründeter Verdacht besteht, dass diese Person an einer kriminellen Tätigkeit auf der Grundlage objektiver nachprüfbarer Tatsachen beteiligt ist, und ohne dass eine menschliche Überprüfung stattfindet".

18 Also: Sobald eine Technologie zumindest auch an konkretes *tatsächliches Verhalten* einer Person anknüpft, greift das Verbot von Art. 5 Abs. 1 lit. d AI Act schon nicht mehr.[29] Man fragt sich aufrichtig verwundert, was den Unionsgesetzgeber davon abgehalten hat, diese reichlich simple Bedingung im verbindlichen Normtext auszuformulieren, statt den notorisch auf- und überladenen *Profiling*-Begriff zu verwenden.

19 Bei den im Folgenden vorgestellten Anwendungen geht es gerade darum, objektive, nachprüfbare Tatsachen im *aktuellen* Verhalten einer überwachten Person mithilfe künstlicher Intelligenz aufzuspüren. Um es am Beispiel konkret zu machen: Der sogleich vorgestellten smarten Videoüberwachung etwa geht es um die Auswertung von Verhaltensdaten, die auf die konkrete und gegenwärtige „*Begehung* einer Straftat hindeuten" (vgl. etwa § 44 Abs. 4 S. 2 PolG BW, auf den ich später ausführlicher eingehe), nicht darum festzustellen, ob ein solches *Risiko* – also in Zukunft – besteht.

2. … im Polizeirecht

20 Das Polizeirecht liefert mittlerweile eine Vielzahl an Ermächtigungsgrundlagen für Überwachungsmaßnahmen, die im weiteren Sinn auf künstlicher Intelligenz basieren. Eine grobe Vorab-Kategorisierung kann danach vorgenommen werden, ob die

---

gefallen ist, vgl. Annex III lit. g AI Act-Entwurf (dort wurden als *High-Risk*-Anwendung definiert "AI systems intended to be used for crime analytics regarding natural persons, allowing law enforcement authorities to search complex related and unrelated large data sets available in different data sources or in different data formats in order to identify unknown patterns or discover hidden relationships in the data"). Ausdrücklich *keine High-Risk*-Anwendungen sind nach ErwGr. 59 S. 6 „KI-Systeme, die speziell für Verwaltungsverfahren in Steuer- und Zollbehörden sowie in Zentralstellen für Geldwäsche-Verdachtsanzeigen, die Verwaltungsaufgaben zur Analyse von Informationen gemäß dem Unionsrecht zur Bekämpfung der Geldwäsche durchführen, bestimmt sind […]."

28 Krit. (auch zur fehlenden Kompetenz der EU) und wie hier für ein enges Verständnis des Art. 5 AI Act insgesamt plädierend *Krönke*, NVwZ 2024, 529 (531 f.).

29 So jetzt auch *Busche*, AöR 149 (2024), 207 (246 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mit der Überwachung betrauten Behörden Daten neu erheben oder vorhandene Daten zweckändernd nutzen, oder ob die Erhebung durch oder unter Mitwirkung von Privaten erfolgt. Interessant ist, das sei vorneweg gesagt, dass die mögliche „reflexive Dimension“[30] von KI-basierter oder -unterstützter staatlicher Überwachung bislang – soweit ersichtlich – ungenutzt bleibt: also KI zur Überwachung der Überwacher zu nutzen.

a. Intelligente Videoüberwachung. Paradigmatisch für staatliche *Intelligent Surveillance* steht die ‚intelligente' Videoüberwachung.[31] Sie soll in der Lage sein, automatisch zu erkennen, ob in ihrem Erfassungsbereich etwas Gefährliches oder Verbotenes geschieht und soll zumindest[32] Alarm schlagen können. In den USA sind vergleichbare Systeme schon flächendeckend ausgerollt,[33] in Deutschland wurden und werden sie getestet unter anderem von der Bundespolizei am Bahnhof Berlin-Südkreuz, von der baden-württembergischen Landespolizei[34] und der in Rheinland-Pfalz.[35] Die Bundespolizei kann sich dafür bislang lediglich auf die polizeiliche Datenschutz-Generalklausel in § 29 Abs. 1 S. 1 i. V. mit § 27 BPolG[36] stützen, die es der Bundespolizei erlaubt, Videoaufnahmen an bestimmten Orten zwecks Gefahrerkennung anzufertigen und sodann „personenbezogene Daten [zu] nutzen, soweit dies zur Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben erforderlich ist“.[37] Ob dieses „Nutzen“ angesichts der strengen Bestimmtheitsanforderungen des Bundesverfassungsgerichts 21

30 Begriff von *Ralf Poscher*, Diskussionsbeitrag auf der Tagung Fachdialog Sicherheitsforschung „(Selbst)Überwachung: Zur Relevanz von neuen Techniken und Nutzungspraktiken für die zivile Sicherheit“, am 29.1.2021, via Webex.

31 Für *Volkmann*, NVwZ 2009, 216 f. steht schon die sozusagen klassische Videoüberwachung „paradigmatisch“ für das Sicherheitsbedürfnis der modernen Gesellschaft und den damit verbundenen sozialen Steuerungsanspruch des Staates.

32 Denkbar sind natürlich auch Erkennungssysteme, die im Gefahren(verdachts)fall bzw. im Fall von Regelverstößen automatisiert Sanktionen auf den Weg bringen. In China offenbar schon seit geraumer Zeit im Einsatz sind Überwachungssysteme, die Fußgänger, die rote Ampeln übertreten, per Gesichtserkennung identifizieren und automatisiert Bußgeldbescheide ausstellen, s. Nachw. bei *Joh*, Int. J. Law in Context 26 (2019), 177 (180).

33 *Ferguson*, The Rise of Big Data Policing, 2017, S. 86 ff., beschreibt das 9.000 Kameras umfassende System *Domain Awareness System* (DAS) in New York.

34 Vgl. *Sprenger*, in: Ebers et al. (Hg.), RechtsHdb. KI und Robotik, 2020, § 31 Rn. 45 ff.

35 Hier geht es um sog. „Handy-Blitzer“, d. h. Videoauswertungen, die Verstöße gegen § 23 Abs. 1a StVO automatisiert erkennen können sollen. Dazu rechtspolitisch befürwortend (wegen der erheblichen Gefährdung durch die Handynutzung am Steuer), rechtlich mangels Rechtsgrundlage aber abl., *Roggan*, NZV 2023, 145. So nun auch AG Trier, Urt. v. 2.3.2023, Az. 27c OWi 8041 Js 2838/23: keine taugliche Rechtsgrundlage.

36 Das BPolG sollte zwar umfassend reformiert werden, bis Stand Mai 2025 ist das allerdings nicht erfolgt. Dezidierte KI-Klauseln enthält die Novelle freilich nicht bzw. kaum.

37 Hinzuweisen ist i. d. Zusammenhang auf § 27 BPolG, der der Bundespolizei u. a. an Bahnhöfen den „Einsatz [von] selbsttätige[n] Bildaufnahme- und Bildaufzeichnungsgeräte[n]“ erlaubt, aber selbst nicht die Ermächtigung zur Nutzung, insb. nicht zur automatisierten Auswertung enthält. Dafür steht derzeit, wie gesagt, nur § 29 BPolG zur Verfügung.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

an Eingriffsermächtigungen im Sicherheitsrecht auch den Einsatz ‚intelligenter' *Auswertungs*techniken umfasst, ist im Schrifttum umstritten.[38]

22 Eindeutiger ist die Rechtslage in Baden-Württemberg. Im dortigen Polizeigesetz findet sich in § 44 PolG BW eine ausdrückliche Ermächtigung zum Einsatz solcher Systeme. Die Norm nennt zuerst in gewohnter Manier die Orte und Gelegenheiten, wo bzw. bei denen Video- und Tonaufnahmen[39] zulässig sind. Das sind nach Absätzen 1 bis 3 der Norm „öffentlichen Veranstaltungen und Ansammlungen, die ein besonderes Gefährdungsrisiko aufweisen", besonders schützenswerte Objekte[40] oder öffentliche Orte, an denen „sich die Kriminalitätsbelastung […] von der des übrigen Gemeindegebiets deutlich abhebt und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass dort auch künftig mit der Begehung von Straftaten zu rechnen ist." Die intelligente Komponente der Überwachung folgt dann ganz unscheinbar in Absatz 4 der Norm:

> „[1]Der Polizeivollzugsdienst kann die nach Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 sowie Absatz 2 und 3 angefertigten Bildaufzeichnungen auch automatisch auswerten. [2]Die automatische Auswertung darf nur auf das Erkennen solcher Verhaltensmuster ausgerichtet sein, die auf die Begehung einer Straftat hindeuten."

23 § 44 Abs. 4 S. 2 PolG BW fordert damit neben der möglichst gezielten Sachverhaltsermittlung von der ‚Maschine' zugleich eine rechtliche Klassifikation und/oder Prognose. Hier zeigt sich, dass eine scharfe analytische Trennung zwischen reiner Sachverhaltsermittlung und rechtlicher Beurteilung/Bewertung angesichts der „Verwobenheit von Fakten und Normen"[41] oftmals nicht möglich sein wird.[42]

24 *b. Automatisierte Kennzeichenkontrollen.* Während die von § 44 PolG BW zugelassenen Verhaltensanalysen technisch komplex sind, ist eine andere ‚intelligente' Form der staatlichen Videoüberwachung bereits im Einsatz und technisch auch deutlich einfacher gelagert: die Nutzung von Kennzeichenerfassungssystemen im Straßenverkehr, die auf vergleichsweise simplen Bilderkennungstechnologien aufbauen. Sie sollen schlicht Kennzeichen von Kraftfahrzeugen richtig auslesen.

25 Im Anschluss an den *Kennzeichenkontrollen-II*-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts und die *Section-Control*-Entscheidungen der (Ober-)Verwaltungsgerichte in

38 *Schenke*, in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hg.), Sicherheitsrecht des Bundes, [2]2019, § 27 BPolG Rn. 18 m. w. N. zum Streitstand. Hierzu Details unten, → § 2 Rn. 87.

39 Die Möglichkeit automatisierter Auswertung von Tonaufnahmen wird hier nicht weiter vertieft, da sie in Deutschland m. W. bislang ungebräuchlich ist. Das liegt einerseits an der besonderen Grundrechtsrelevanz wegen des möglichen Eingriffs in das Recht am nicht-öffentlich gesprochenen Wort, andererseits daran, dass die Technologien wohl noch nicht ausgereift sind. Für einige Bsp. und zur US-amerikanischen Diskussion unten, in → § 2 Fn. 830.

40 s. für Details § 27 Abs. 1 Nr. 4 PolG BW.

41 Vgl. *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, ab S. 194, Zitat S. 197.

42 s. für das allg. VerwR ausf. *J.-P. Schneider*, in: Schoch/Schneider (Hg.), VwVfG, Stand Grundwerk Juli 2020, § 24 Rn. 29 ff. m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hannover bzw. Lüneburg hat beispielsweise der niedersächsische Polizeigesetzgeber ein ganzes Arsenal an Ermächtigungen zum Einsatz solcher Technologien geschaffen. Einschlägig sind – systematisch etwas unglücklich verteilt – § 32 Abs. 6 NPOG und § 32a NPOG.[43] Es geht dabei um so unterschiedliche Zwecke wie streckenbezogene Geschwindigkeitskontrollen anhand der Nummernschilder (§ 32 Abs. 6 NPOG);[44] um deren Identifikation „zur Verhinderung des weiteren Gebrauchs von Kraftfahrzeugen ohne ausreichenden Versicherungsschutz“ [45] (diese und alle folgenden Bsp.: § 32a Abs. 1 NPOG) sowie – klassischer – um die Identifikation zur „Abwehr erheblicher Gefahren“; außerdem um die Nutzung von Kennzeichenkontrollen zur „Verhütung von Straftaten von erheblicher Bedeutung mit Grenzbezug aufgrund polizeilicher Lageerkenntnisse“ und an bestimmten Orten (im Kern ist das die sogenannte Schleierfahndung); ferner: automatisierte Kennzeichenkontrollen zur „Verhütung von Straftaten“ an Orten, wo „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass dort Personen Straftaten von erheblicher Bedeutung verabreden, vorbereiten oder verüben“ werden und in der unmittelbaren Nähe bestimmter anderer Orte wie Versorgungseinrichtungen und Amtsgebäuden, wenn „Tatsachen die Annahme rechtfertigen“, dass bestimmte Straftaten dort begangen werden sollen. Oder es geht um Kennzeichenkontrollen an „Kontrollstellen“, die eingerichtet werden dürfen, wenn „Tatsachen die Annahme rechtfertigen“, dass z. B. Straftaten von erheblicher Bedeutung (irgendwo) begangen werden sollen und die Kontrollstelle (konkret hier) für deren Verhütung erforderlich ist.

Die Normen enthalten außerdem zahlreiche Vorkehrungen im Sinne des Grund- 26
rechtsschutzes durch Verfahren, die das Bundesverfassungsgericht in *Kennzeichenkontrollen II* vorgegeben hat: Dazu zählen z. B. die Pflicht zur sofortigen Löschung der Daten im Nicht-Trefferfall;[46] zum grundsätzlich *offenen* Einsatz der Kennzeichenlesesysteme;[47] oder zur besonderen schriftlichen Anordnung ihres Einsatzes.[48] Grundsätzlich verboten ist die Erstellung von „Bewegungsbildern“[49] und der flä-

43 Jeweils i. d. F. vom 17.12.2019, gültig seit 28.12.2019 (Nds. GVBl., S. 428).

44 Das ist das sog. *Section Control*, weil die Durchschnittsgeschwindigkeit auf einer längeren Wegstrecke durch Erkennung und Speicherung eines Kennzeichens bei Einfahrt in den kontrollierten Bereich und bei Ausfahrt ermittelt wird, dazu – die Verfassungskonformität der Norm bejahend – OVG Lüneburg, Urt. v. 13.11.2019, Az. 12 LC 79/19 = NZV 2020, 145 – Section Control (mit zust. Anm. *Müller*) m. w. N. zur Rspr.- und Normhistorie, und BVerwG, Beschl. v. 31.7.2020, Az. 3 B 4/20 = NZV 2021, 99, zur Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde gegen das Urteil des OVG.

45 § 32a Abs. 1 S. 1 Nr. 6 NPOG, zurückgehend (wohl) auf die ausdr. Nennung eines solchen Einsatzzweckes in BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 94. Interessant ist insofern § 58 des neuen Sächsischen Polizeivollzugsdienstgesetzes, der anlasslose Stichprobenkontrollen nicht nur zum Auffinden von Kfz ohne ausreichenden Pflichtversicherungsschutz zulässt, sondern auch „mit dem Ziel der Sicherstellung gestohlener oder sonst abhanden gekommener Kraftfahrzeuge oder Kraftfahrzeugkennzeichen“ (§ 58 Abs. 1 Nr. 2 SächsPVDG).

46 Vgl. § 32 Abs. 6 S. 3, § 32a Abs. 3 S. 1 NPOG.

47 Vgl. § 32 Abs. 6 S. 1, 4, § 32a Abs. 4 NPOG.

48 Vgl. § 32a Abs. 5 NPOG.

49 Vgl. § 32a Abs. 3 S. 2 NPOG.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

chendeckende Einsatz der Technologien.[50] Auszuschließen ist, dass die „Insassen" der Fahrzeuge „zu sehen sind oder sichtbar gemacht werden können".[51] Schließlich ist speziell der Einsatz zum Zweck der Ermittlung von fehlendem Versicherungsschutz „auf Stichproben zu begrenzen".[52]

27 Andere Bundesländer[53] und auch der Bund[54] haben strukturell vergleichbare Vorschriften erlassen. Der extreme Spezifizitäts- und Detailgrad der Normen ist dem im Sicherheitsrecht besonders scharf gestellten Bestimmtheitsgebot geschuldet, worauf ich im Rahmen der systematischen Zusammenschau näher eingehen werde (→ S. 104 ff.).

28 *c. ‚Intelligente' Verdachtsgewinnung unter Einsatz von Radar- und LiDAR-Technologien.* Verdachtsgewinnungsverfahren unter Einsatz von Radar- und LiDAR-Technologien befinden sich meines Wissens noch im experimentellen Stadium. Ihre Besonderheit könnte darin liegen, dass sie in der Lage sein könnten, einen verhaltensbezogenen Gefahren- oder Anfangsverdacht zu generieren, ohne dafür auf die Auswertung personenbezogener Daten angewiesen zu sein. Das wäre einigermaßen revolutionär, weshalb ein erster Anwendungsfall von LiDAR-Technologie hier näher analysiert werden soll.

29 Es handelt sich um den Probeeinsatz eines Systems durch die Stadt Rüsselsheim am Main, das dazu dienen soll, Verstöße gegen ein immissionsschutzrechtlich motiviertes Durchfahrverbot für Lastkraftwagen von mehr als 7,5 Tonnen Gewicht zu detektieren.[55] Theoretisch könnten dafür Kennzeichenlesegeräte genutzt werden, wenn und weil das Kennzeichen in den Datenbanken der Zulassungsbehörden mit dem zulässigen Gesamtgewicht des Fahrzeugs verknüpft ist. Die LiDAR-Technologie kommt jedoch im ersten Schritt ohne Kennzeichenerfassung aus: LiDAR arbeitet mit Laserstrahlen, die für das menschliche Auge ungefährlich sind. Im Unterschied zu Radar, das methodisch an sich vergleichbar mit Strahlen arbeiten, erlaubt es die LiDAR-Technologie, die Tiefe von Objekten zu erfassen, erlaubt also mit anderen Worten dreidimensionale Modellierung. An einem Kontrollpunkt A wird nun

50 Vgl. § 32a Abs. 1 S. 3. Speziell für die Geschwindigkeitskontrolle fehlt die Einschränkung des „Nicht-Flächendeckenden", s. dazu aber OVG Lüneburg, Urt. v. 13.11.2019, Az. 12 LC 79/19 = NZV 2020, 145 (146): „Dem Kläger kann […] nicht in der Annahme gefolgt werden, von Verfassungs wegen müsse die in § 32 [Abs. 6] NPOG enthaltene Ermächtigung zur Kennzeichenerfassung […] gesetzlich weiter gehend eingegrenzt werden, etwa auf Strecken mit besonderer Unfallträchtigkeit oder einer überdurchschnittlich hohen Quote von Geschwindigkeitsverstößen […]. Im Übrigen besteht jedenfalls gegenwärtig auch deshalb kein Anlass für den Landesgesetzgeber, den Anwendungsbereich des § 32 [Abs. 6] NPOG zu beschränken, weil […] jegliche Anzeichen für eine flächendeckende Ausdehnung in Niedersachsen als Massenerscheinung fehlen; dies liegt auch angesichts des […] Aufwands fern."

51 § 32 Abs. 6 S. 2, § 32a Abs. 1 S. 2 NPOG.

52 § 32a Abs. 1 S. 6 NPOG.

53 Z. B. § 51 i. V. m. § 27 PolG Baden-Württemberg.

54 Z. B. § 63c StVG, § 163g StPO.

55 s. ausf. *D. Müller*, SVR 2022, 41 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mithilfe dieser Technologie bzw. der damit verknüpften Mustererkennungssoftware ein Profil der einfahrenden Fahrzeuge nach Größe und anderen Formmerkmalen erstellt und zusammen mit einem Zeitstempel zwischengespeichert. Ergänzt wird die Erfassung durch eine Bildaufnahme, die allerdings so niedrigauflösend sein soll, dass Details des Fahrzeugs und insbesondere seiner Fahrerin nicht erkennbar sind. LiDAR-Aufnahmen, die nicht in das Profil ‚Lkw' passen, werden sofort gelöscht. Die zwischengespeicherten Daten sollen nun so individuell sein, dass sie eine Wiedererkennung des Fahrzeugs an Kontrollpunkt B ermöglichen. Ist der zeitliche Abstand zwischen A und B so kurz, dass es den Rückschluss erlaubt, dass tatsächlich nur eine Durchfahrt vorliegt (eine Anfahrt z. B. an einen Supermarkt wäre ja erlaubt), dann löst das System an Kontrollpunkt B eine hochauflösende Bildaufnahme aus, die dann von der Bußgeldbehörde weiter bearbeitet wird.

Dieter Müller hat sich in einem Gutachten-Aufsatz[56] als einer der ersten ausführ- 30
lich mit den juristischen Implikationen dieser Konstruktion befasst; in Auseinandersetzung gerade auch mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in *Kennzeichenkontrollen II*.[57] *Müller* geht davon aus, dass das Rüsselsheimer Modell nach deren Maßstäben *keinen* Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung darstellt, weil

> „am Kontrollpunkt A mittels LiDAR und Kamera für sich genommen, d. h. ohne Hinzuziehen der am Kontrollpunkt B gewonnenen Zusatzinformationen, keine Identifizierung von Kfz und Fahrenden möglich ist[. Weil damit] an Kontrollpunkt A ein Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung [also] vollständig ausgeschlossen ist",[58]

erfolge auch der Abgleich an Kontrollpunkt B seinerseits nicht mit personenbezogenen Daten (im Fall von *Kennzeichenkontrollen II*: mit dem Fahndungsregister; im Fall von *Section Control*:[59] mit dem bei Einfahrt in die Kontrollstrecke gespeicherten Kennzeichen).[60] Folge: Es bedürfe, so *Müller*, keiner eigenständigen Rechtsgrundlage für die Erfassung des Fahrzeugprofils an Kontrollstelle A und des Abgleichs/der Zeitauswertung an Kontrollstelle B; vielmehr reiche vorliegend *insgesamt* die ordnungswidrigkeitsrechtliche Dokumentationserlaubnis von *schon als solchen erkannten* Verdachtsfällen aus.[61]

Wenn diese Lesart zuträfe, dann könnte das erhebliche Folgen haben: Es wäre 31
einerseits ein technologiebasiertes Verdachtsgewinnungsverfahren geschaffen, das mangels Eingriffs in ein Grundrecht keiner gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage

56 Ausweislich der *-Fußnote wurde das dem Aufsatz zugrundeliegende Gutachten im Auftrag des Unternehmens erstellt, das die in Rüsselsheim eingesetzte Technologie entwickelt hat.
57 Dazu schon soeben, → § 2 Rn. 25 f.
58 *D. Müller*, SVR 2022, 41 (48).
59 Dazu schon oben, in/bei → § 2 Fn. 44.
60 *D. Müller*, SVR 2022, 41 (48).
61 § 100h Abs. 1 S. 1 StPO i. V. m. § 46 Abs. 1 OWiG.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bedürfte, und das andererseits in seinem Anwendungsbereich zumindest potentiell weit über die Typenkontrolle von Fahrzeugen ausgeweitet werden könnte: *Müller* selbst weist auf Technologien in der Erprobungsphase hin, die das Gewicht von Fahrzeugen mittels LiDAR erfassen können sollen.[62] Zudem finden sich Berichte darüber, das Forschergruppen an Verfahren der Verhaltens- und Gestenerkennung durch immer weiter „miniaturisiertes" Radar arbeiten,[63] das es erlauben soll, z. B. riskantes Verhalten im Straßenverkehr[64] und im Haushalt[65] als solches zu erkennen. Auch hierbei handelt es sich – das ist der zentrale Unterschied zur intelligenten Videoüberwachung – zunächst wohl um die Verarbeitung von *nicht* personenbezogenen Daten,[66] die erst im Fall eines Treffers z. B. einen Alarm oder eine Videoaufnahme auslösen könnten. Auch hierzu folgt die rechtliche Wertung an späterer Stelle (→ § 2 Rn. 128 ff.).

32 *d. Data Mining.* Ein rechtlich erneut kategorial anders gelagertes, weil nicht mit Daten*neu*erhebungen verbundenes Beispiel intelligenter Überwachung bieten die diversen Ermächtigungsgrundlagen für das, was mittlerweile unter dem Oberbegriff des polizeilichen *Data Mining* Bekanntheit erlangt hat.[67] Normbeispiele liefern § 6a Antiterrordateigesetz [ATDG], § 7 Rechtsextremismus-Datei-Gesetz [RED-G], § 25a des hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung [HSOG] und § 49 des hamburgischen Gesetzes über die Datenverarbeitung der Polizei [PolDVG]. Bei allen Unterschieden im Detail geht es diesen Ermächtigungsgrundlagen durchgängig darum, die automatisierte Auswertung von bereits beim Staat *vorhandenen* Daten zu erlauben, um Verhaltens- oder Beziehungsmuster zu erkennen, die für bestimmte Straftaten oder Gefahren indikativ sind. Es geht also, in der datenschutzrechtlichen Terminologie gesprochen, oftmals um zweckändernde Datenweiterverarbeitungen.

33 ‚Gemustert' werden dürfen (bzw. durften – siehe sogleich) im Fall der beiden Landesgesetze undifferenziert die „polizeilichen Datensysteme" (§ 49 Abs. 1 PolDVG) oder die von Polizeibehörden „gespeicherten personenbezogenen Daten" (§ 25a Abs. 1 HSOG). Bei ATDG und RED-G geht es um die jeweils namensgebenden Verbunddateien, die sowohl von polizeilichen wie auch nachrichtendienstlich tätigen Bundes- und Landesbehörden beschickt werden müssen. Das Mustern selbst

62 *D. Müller*, SVR 2022, 41 (47 f.).
63 s. *Fraunhofer-Institut für Hochfrequenzphysik und Radartechnik FHR*, Radar: Für Mensch und Umwelt, www.fhr.fraunhofer.de/de/geschaeftsfelder/mensch_und_umwelt.html, besucht am 26.4.2023.
64 s. *Weißenfels/Wilking*, technikjournal v. 20.5.2021 (Onlinequelle).
65 Sog. „Präsenzsensoren", hierzu nur *Spehr*, F.A.Z. v. 11.7.2023, S. T 4.
66 Es handelt sich nicht um biometrische Daten i. S. v. Art. 4 Nr. 14 DSGVO, da es nicht um die eindeutige Identifikation einer bestimmten Person geht, sondern um die Suche nach verallgemeinerbaren Handlungsmustern, die gerade *nicht* typisch für eine konkrete Person sein dürfen, damit der Ansatz funktioniert.
67 Hierzu ausf. *Sprenger*, in: Ebers et al. (Hg.), RechtsHdb. KI und Robotik, 2020, § 31 Rn. 30 ff. m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fasst § 6a Abs. 5 ATDG – wenig anschaulich – unter dem Begriff der „erweiterten Datennutzung", und definiert diese folgendermaßen:

> „(5) [1]Eine erweiterte Nutzung sind das Herstellen von Zusammenhängen zwischen Personen, Personengruppierungen, Institutionen, Objekten und Sachen, der Ausschluss von unbedeutenden Informationen und Erkenntnissen, die Zuordnung eingehender Informationen zu bekannten Sachverhalten sowie die statistische Auswertung der gespeicherten Daten. [2]Hierzu dürfen die beteiligten Behörden des Bundes Daten auch mittels
>
> 1. phonetischer oder unvollständiger Daten,
> 2. der Suche über eine Mehrzahl von Datenfeldern,
> 3. der Verknüpfung von Personen, Institutionen, Organisationen, Sachen oder
> 4. der zeitlichen Eingrenzung der Suchkriterien
>
> aus der Datei abfragen sowie räumliche und sonstige Beziehungen zwischen Personen und Zusammenhänge zwischen Personen, Personengruppierungen, Institutionen, Objekten und Sachen darstellen sowie die Suchkriterien gewichten."

Ähnliche Definitionen enthalten alle der oben genannten Gesetze, wobei die beiden Landesgesetze anschaulicher von einer „automatisierten Anwendung zur Datenanalyse" (§ 49 PolDVG) oder „automatisierten Anwendung zur Auswertung vorhandener Daten" sprechen (§ 25a HSOG). Welche Techniken eingesetzt werden dürfen, spezifiziert(e) keine der genannten Normen,[68] sodass gerade auch Muster miterfasst sind, die aus künstlicher Intelligenz im oben beschriebenen Sinn resultieren.[69] 34

Alle Normen zum *Data Mining* sehen sich erheblicher verfassungsrechtlich begründeter Kritik ausgesetzt. Sie entzündet sich vor allem an der partiellen Durchbrechung des datenschutzrechtlichen Zweckbindungsgrundsatzes und des informationellen Trennungsprinzips zwischen unterschiedlichen Behörden, die beide die sicherheitsrechtliche Struktur der Bundesrepublik prägen. Eingeführt werde durch die jeweiligen „Datenpools" ein übergreifendes „informationelles Verfügbarkeitsprinzip".[70] Konkret wird gerügt, dass die für die Durchbrechung bislang legislativ vorgesehenen Eingriffsschwellen zu niedrig[71] und/oder zu unbestimmt seien.[72] Vereinfacht gesagt geht es stets um die Frage, was bei der ermittelnden Stelle eventuell schon bekannt sein muss, bevor sie mithilfe des *Data Mining* unter Einbeziehung von *für andere Zwecke* bzw. *von anderen Behörden* angelegten staatlichen Datenbanken nach neuen Zusammenhängen und Erkenntnissen suchen darf.[73] 35

68 Dazu krit. *Arzt*, in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hg.), Sicherheitsrecht des Bundes, [2]2019, § 6a ATDG Rn. 26.
69 I. d. S. auch *Golla*, NJW 2021, 667 (671 ff.); andeutungsweise auch BVerfG, Beschl. v. 10.11.2020, Az. 1 BvR 3214/15 = BVerfGE 156, 11 – Antiterrordateigesetz II, Rn. 73: „mit praktisch allen informationstechnisch möglichen Methoden".
70 *Arzt*, in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hg.), Sicherheitsrecht des Bundes, [2]2019, § 6a ATDG Rn. 7 f.
71 Z. B. ibid., Rn. 7 ff.
72 Ibid., Rn. 22.
73 Zur erfolgreichen Verfassungsbeschwerde gegen § 6a Abs. 2 ATDG (zu niedrige Eingriffsschwelle für das Mustern zu strafrechtlichen Zwecken) s. *Golla*, NJW 2021, 667 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

36 Besonders offen gehalten waren insofern die landesrechtlichen Normen, die das *Data Mining* auf Anordnung (immerhin!) des Behördenleiters bzw. seines Vertreters „in begründeten Einzelfällen" zulassen wollten. Das RED-G (§ 7) und das ATDG (§ 6a) sind spezifischer abgefasst und sehen konkrete und differenzierte Eingriffsschwellen für straf- und gefahrenabwehrrechtliche sowie nachrichtendienstliche Datenauswertungen vor. In der gefahrenabwehrrechtlichen Dimension, die uns vorliegend besonders interessieren soll, weil sie unmittelbar auf die Durchsetzung von Verhaltenspflichten bezogen ist, sind das beispielsweise „Tatsachen[, welche] die Annahme rechtfertigen, dass eine [qualifizierte] Straftat [des internationalen Terrorismus][74] begangen werden soll". Das *Data Mining* muss „für die Verhinderung [dieser] Straftat erforderlich [sein], um weitere Zusammenhänge des Einzelfalls aufzuklären". In seiner ersten *Data-Mining*-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht diese Schwelle im Wege verfassungskonformer Auslegung dahingehend spezifiziert, dass zumindest eine „hinreichend konkretisierte Gefahr"[75] der Begehung einer qualifizierten Straftat bestehen muss.[76]

37 In der im Jahr 2023 ergangenen Entscheidung zu den beiden *landes*rechtlichen Vorschriften war eine solche verfassungskonforme Auslegung schwerlich möglich; dafür waren die Vorschriften zu unbestimmt. Nicht überraschend hat das Bundesverfassungsgericht sie deshalb für verfassungswidrig erklärt, dabei allerdings detailliert aufgezeigt, unter welchen Voraussetzungen, d. h. vor allem ab welchen

74 Definiert in § 6a Abs. 3 S. 2, Abs. 2 S. 2 ATDG: „Qualifizierte Straftaten des internationalen Terrorismus sind Taten des internationalen Terrorismus, die einen Straftatbestand nach den §§ 89a, 89b, 91, 102, 129a, 129b, 211 oder 212 des Strafgesetzbuchs erfüllen."

75 Das BVerfG definiert die im 141. Band (S. 220 [271] – BKA-Gesetz) erfundene Kategorie so: Es müssen „zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter bestehen. […] Eine hinreichend konkretisierte Gefahr [i. d. S.] kann danach schon bestehen, wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt, sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen." Nach bis dato g. h. M. handelte es sich beim Beschriebenen freilich um einen Fall der *konkreten* Gefahr. Hier muss bzw. musste die auf Tatsachen gestützte, hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts bestehen. In Anwendung der sog. je-desto-Formel durften aber (traditionell selbstverständlich) Abstriche bei der Vorhersehbarkeit des *exakten* Kausalverlaufs gemacht werden, u. a. abhängig davon, wie gewichtig die potentiell geschädigten Güter sind. Die *konkretisierte* Gefahr spaltet also nun den bisher einheitlichen, aber flexiblen Begriff der konkreten Gefahr in zwei Kategorien auf, verengt daher potentiell massiv den Erfassungsbereich der traditionellen, auf die konkrete Gefahr bezogenen Generalklauseln und sonstigen Eingriffsermächtigungen der Polizeigesetze. Zum Ganzen *Möstl*, GSZ 2021, 89 (90 f.) m. w. N. sowie zu den von BVerfGE 141, 220 angestoßenen Reformen der Landespolizeigesetze. Bes. krit. zur Rspr. *M. Thiel*, Die Verwaltung 53 (2020), 1 (2 f.). Das BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, Az. 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = BVerfGE 165, 363 – Automatisierte Datenanalyse, Rn. 58, geht nunmehr davon aus, dass es sich bei der „hinreichend konkretisierte[n] Gefahrenlage" um die „traditionelle" Eingriffsschwelle im Bereich der Gefahrenabwehr" handele, definiert aber a. a. O., Rn. 106, gleichwohl weiterhin i. S. des gespaltenen Begriffs: „Eine hinreichend konkretisierte Gefahr setzt voraus, dass zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr […] bestehen."

76 BVerfG, Beschl. v. 10.11.2020, Az. 1 BvR 3214/15 = BVerfGE 156, 11 – Antiterrordateigesetz II, Rn. 118.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eingriffsschwellen „deterministische“[77] und sogar „selbstlernende“ Systeme alias „Künstliche[] Intelligenz“[78] zu präventivpolizeilichen Zwecken eingesetzt werden dürfen. Kurz: Der Einsatz selbstlernender Systeme soll ab Vorliegen einer zumindest „konkretisierten Gefahr“ möglich sein,[79] der von deterministischen Systemen ist unter stark reduzierten[80] Voraussetzungen zulässig.

38 Auf die wichtige Schwellenfrage gehe ich in der Zusammenschau von staatlicher *Intelligent Surveillance* ausführlicher ein, weil sich hier verallgemeinerbare und konsolidierte ‚große Linien‘ der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung herausarbeiten lassen (ab → S. 102). Zunächst sei hier in eher technischer Perspektive die vom Bundesverfassungsgericht zentral gestellte Unterscheidung zwischen deterministischen und selbstlernenden Systemen aufgegriffen; und *hier* ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch Vorsicht geboten, was Verallgemeinerungen anbelangt. Die Unterscheidung klingt zwar einfach, ist aber bei genauerem Hinsehen problematisch. Kurz gesagt ist unklar, ob das Gericht einen engen Begriff des selbstlernenden Systems verwendet (= dynamische *Weiter*entwicklung des Systems während der *Nutzungs*phase), oder den zu weiten Begriff des selbstlernenden Systems, der schlicht alle ML-*trainierten* Systeme erfasst, unabhängig davon, ob sie nach dem Training „eingefroren“ wurden oder eben auch danach noch weiterlernen.[81]

39 Bei schnellem Lesen scheint es so, als meine das Gericht mit „lernfähige[n] Systeme[n], also Künstlicher Intelligenz“ alle Systeme, die auf einem „maschinellen Lernprozess“ *aufbauen*, in dessen Verlauf sich „komplexe algorithmische Systeme […] immer mehr von der ursprünglichen menschlichen Programmierung lösen [könnten]“.[82] Daraus folgten sodann *möglicherweise* („könnten“, „droht“, „besteht […] eine Gefahr“) die ML-typischen *Black-Box*-[83] und Diskriminierungs*risiken*.[84] Deretwegen

> „dürften [sic?] selbstlernende Systeme in der Polizeiarbeit nur unter besonderen verfahrensrechtlichen Vorkehrungen zur Anwendung kommen, die trotz der eingeschränkten Nachvollziehbarkeit ein hinreichendes Schutzniveau sichern.“[85]

77 BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, Az. 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = BVerfGE 165, 363 – Automatisierte Datenanalyse, Rn. 101.
78 Ibid., Rn. 100.
79 s. hierzu in Zusammenschau die Rn. 106, 110, 120 f. i. V. m. Rn. 100 f. in BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, Az. 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = BVerfGE 165, 363 – Automatisierte Datenanalyse.
80 s. bes. ibid., Rn. 108. Zu dieser potentiell folgenreichen Randnummer ausf. unten, → § 2 Rn. 108 ff.
81 Zu diesen Begrifflichkeiten oben, → § 1 Rn. 18.
82 BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, Az. 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = BVerfGE 165, 363 – Automatisierte Datenanalyse, Rn. 100.
83 s. hierzu oben, → § 1 Rn. 24 ff.
84 Hierzu → S. 53 ff.
85 BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, Az. 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = BVerfGE 165, 363 – Automatisierte Datenanalyse, Rn. 100.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

40 Schon dieser letzte Satz weckt freilich Zweifel daran, ob das Bundesverfassungsgericht wirklich einen weiten Begriff des selbstlernenden Systems (also unter Einschluss auch „eingefrorener" Systeme[86]) nutzen wollte. Diese Zweifel werden durch die Gegenüberstellung zu den vom Bundesverfassungsgericht sogenannten „deterministischen Systemen" erhärtet. Deterministisch – und hinsichtlich der grundrechtlichen Eingriffstiefe weniger gravierend[87] – seien „Systeme, deren Analysefunktion sich […] nicht eigenständig verändern kann, sondern [die] in der Software unveränderlich vorprogrammiert ist"; freilich „können [auch] diese komplex und für die Anwendenden und Betroffenen schwer nachvollziehbar sein", weshalb „der Gesetzgeber [auch] dann für schützende Regelungen" sorgen müsse.[88] Diese Definition von *deterministischem* System würde es auch erlauben, ein maschinell trainiertes und sodann „eingefrorenes" KI-Modell als deterministisches System zu fassen.

41 Im Ergebnis denke ich, dass das Bundesverfassungsgericht sprachlich wenig glücklich, aber in der Sache klug spezifisch für seine Zwecke *ein relatives* Verständnis des selbstlernenden Systems vorgibt, das folgendermaßen zu verstehen ist: Grundsätzlich fallen darunter alle ML-trainierten Systeme. Wenn diese allerdings für die Nutzung eingefroren sind (d. h. technisch-formal deterministisch sind), *und* wenn Testverfahren gegen diskriminierende Ergebnisse sowie Verfahren der *explainable AI* umgesetzt werden, die die beschriebenen abstrakten *Black-Box*- und Diskriminierungsgefahren *in concreto* auflösen oder doch zumindest erheblich reduzieren, dann liegt ein im Sinn des Bundesverfassungsgerichts deterministisches System vor, das von Grundrechts wegen weniger restriktiven Voraussetzungen unterliegt.

42 Zwei zusätzliche Überlegungen bzw. Aspekte im Urteil sprechen für einen solchen relativen Begriff des Selbstlernens:

- *Erstens* leitet das Gericht seine Überlegungen zur Verwendung selbstlernender Systeme mit der unscheinbaren, aber wichtigen Bemerkung ein, dass ein „lernfähige[s] System[],[89] also künstliche[] Intelligenz (KI)" ein „[b]esonderes Eingriffsgewicht […] haben" „*kann*", und zwar: „je nach Einsatzart".[90] Damit vermeidet das Gericht, dass schon der Einsatz von heutzutage relativ banaler Bilderkennungssoftware z. B. für die Zwecke automatisierter Kennzeichenkontrollen – technisch immer noch ein Parade-Anwendungsfall für KI-Systeme –, dass also *allein schon* der Einsatz einer solchen Software zu einem besonders hohen Eingriffsgewicht

86 Zu diesen Begrifflichkeiten oben, bei/ab → § 1 Rn. 18.
87 Vgl. BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, Az. 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = BVerfGE 165, 363 – Automatisierte Datenanalyse, Rn. 120 f. i. V. m. Rn. 101, 100.
88 Ibid., Rn. 101.
89 Ich verstehe „lernfähig" hier als Synonym für „selbstlernend". Aber auch das ist eine sprachliche Diskrepanz, welche Rn. 100 in BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, Az. 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = BVerfGE 165, 363 – Automatisierte Datenanalyse, schwer interpretierbar macht.
90 Ibid., Rn. 100. Hervorhebung hier.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

führen würde. Das wäre angesichts des Stands der Technik und vor allem der relativ einfachen menschlichen Überprüfbarkeit im Einzelfall (= Bilder nebeneinander halten!) keine sinnvolle Wertung.

- Für das relative, d. h. vom konkreten Einsatzfeld und dem Stand der Technik abhängige Verständnis dessen, was im Sinne des Gerichts *selbstlernend* ist, spricht *zweitens*, dass das Gericht die selbstlernenden Systeme in einem Atemzug mit einem *anspruchsvollen* Verständnis von *Predictive Policing* nennt; anspruchsvoll in dem Sinn, dass *Predictive Policing* theoretisch auch zwar statistisch signifikante und polizeilich gut brauchbare, aber menschlich *nicht mehr (oder noch nicht) nachvollziehbare Ergebnisse* liefern könnte, die sich also – in den Worten des Gerichts – als *selbstständige* „maschinell[e] Gefährlichkeitsaussagen" über Personen erweisen könnten.[91] Aber genau das, also die menschlich fehlende Nachvollziehbarkeit, ist eine Frage des konkreten Einsatzfeldes und kann durch allerlei Instrumente der *Explainability* soweit reduziert und durch Test-, Evaluations- und Sicherungssysteme flankiert werden, dass im konkreten Fall keine relevanten Unterschiede zu einer menschlichen Arbeitsteilung mit ebenfalls gestuften Wissensbildungsprozessen und den damit verbundenen menschlichen *Black-Box*-Effekten mehr bestehen müssen.

Es bleiben letztlich bedauerliche und angesichts des Standes der Debatte überflüssige Zweifel, was genau mit dem entscheidenden Begriffspaar des selbstlernenden und des deterministischen Systems gemeint sein soll. Diese Uneindeutigkeit an dieser doch recht zentralen Stelle teilt das Bundesverfassungsgericht freilich mit dem Europäischen Gerichtshof, auf den das Verfassungsgericht auch ausdrücklich, aber leider auch wieder unklar („vgl."[92]) verweist.[93] Der EuGH hat sich zwar noch nicht zum *Data Mining* im soeben beschriebenen Sinn äußern können, dafür aber zum sogenannten Fluggastdatenabgleich und dem auch dort möglichen Einsatz von KI. Darum wird es jetzt gehen. 43

e. Fluggastdatenabgleich. Alle drei bisherigen Beispiele – also die intelligente Videoüberwachung, die Kennzeichenerfassung und die diversen Formen des *Data Mining* – haben gemeinsam, dass die Polizeien/Strafverfolgungsbehörden die Überwachungs- und Auswertungsarbeit selbst leisten, freilich gegebenenfalls unter Nutzung meist ‚zugekaufter' Software.[94] Der Zugriff erfolgt über polizeilich installierte Kameras bzw. auf staatliche Datenbanken. Anders verhält es sich in den folgenden 44

91 Vgl. – unter Verweis auf *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 ff., wo es dezidiert um solche *nicht* nachvollziehbaren Anwendungen geht – BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, Az. 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = BVerfGE 165, 363 – Automatisierte Datenanalyse, Rn. 97, 99.

92 BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, Az. 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = BVerfGE 165, 363 – Automatisierte Datenanalyse, Rn. 100.

93 Krit. zur missverständlichen Wortwahl des EuGH, die sich *mutatis mutandis* auf das BVerfG-Urteil übertragen lässt, *Kostov*, GSZ 2023, 14 (15 f.), und → § 2 Rn. 56.

94 Zu dieser Wissens- und Herrschaftsproblematik → § 2 Rn. 418 und → § 4 Rn. 160 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

drei Anwendungsfeldern, in denen in unterschiedlicher Intensität *Private* in die Überwachung eingebunden sind: als Überwachungsdaten-Beschaffer über Dritte (sogleich, hier unter e.), als Daten-Beschaffer über sich selbst (Steuerrecht, dazu ab → S. 94), und als Daten-Auswerter über Dritte (Finanzaufsichtsrecht, namentlich Geldwäschebekämpfung, dazu ab → S. 95).

45 *aa. Grundzüge der gesetzlichen Regelungen und deren praktischer Einsatz.* Das erste Anwendungsbeispiel, das auf private Datenbeschaffung über Dritte baut, zählt noch zum Sicherheitsrecht im klassischen Sinn. Es geht um den sogenannten Fluggastdatenabgleich, den der Bundesgesetzgeber in Umsetzung der entsprechenden EU-Richtlinie (EU) 2016/681 [PNR-Richtlinie] im Fluggastdatengesetz [FlugDaG] vorgesehen hat. Gemustert werden diejenigen Daten, die eine Fluggesellschaft über die von ihr beförderten Personen erhebt und die sie dann an die beim BKA eingerichtete Fluggastdatenzentralstelle liefern muss (§§ 2, 1 Abs. 1 FlugDaG). Ziel des Verfahrens ist einmal ein Abgleich der Daten mit Fahndungsdateien, also die Suche nach zur Suche ausgeschriebenen Personen.[95] Das soll uns hier nicht weiter interessieren. Interessant ist vielmehr der sogenannte vorzeitige[96] Musterabgleich. Ziel hierbei ist es gem. § 4 Abs. 1 Hs. 1 FlugDaG, bislang nicht gesuchte/bekannte

> „Personen zu identifizieren, bei denen tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sie eine [in Hs. 2 näher bezeichnete terroristische Straftat oder schwere grenzüberschreitende Delikte] begangen haben oder innerhalb eines übersehbaren Zeitraumes begehen werden".

46 Entsprechende „Treffer, die aus einem vorzeitigen [Muster-]Abgleich resultieren, werden von der Fluggastdatenzentralstelle individuell überprüft",[97] bevor diese Stelle die Daten an die für Folgemaßnahmen zuständigen Ermittlungsbehörden[98] weiterleiten darf. Eine irgendwie konkretisierte Eingriffsschwelle ist nach dem Richtlinien-, wie auch nach dem Gesetzeswortlaut nicht zu überschreiten, das Verfahren *scheint* – siehe sogleich – vielmehr auf alle das Bundesgebiet verlassenden bzw. alle einreisenden Fluggäste anzuwenden zu sein.[99] Eine Differenzierung nach präventiven und repressiven Zwecken erfolgt auf der Ebene des Musterabgleichs nicht, vielmehr stehen beide gleichberechtigt nebeneinander.

47 Die bislang verfügbaren bzw. genutzten Muster sind nach den öffentlich zugänglichen Informationen wenig komplex, basieren (wohl) noch nicht auf maschinellem

95 s. hierzu *Ruthig*, in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hg.), Sicherheitsrecht des Bundes, [2]2019, § 4 FlugDaG Rn. 3 m. w. N.

96 „Vorzeitig" meint v*or Abflug* eines Passagiers von oder *vor Ankunft* auf einem deutschen Flughafen, s. § 4 Abs. 2 S. 1 FlugDaG.

97 § 4 Abs. 2 S. 2 FlugDaG.

98 s. §§ 6 ff. FlugDaG.

99 § 4 Abs. 2 S. 1 FlugDaG.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Lernen, sondern auf leicht erfassbaren symbolischen Elementen[100] und werfen daher viele der in → § 3 beschriebenen KI-spezifischen Fragen noch nicht auf. Zudem scheint die Zahl der *False Positives* außerordentlich hoch zu sein,[101] sodass die ‚Intelligenz' des Verfahrens noch stark angezweifelt werden kann. Allerdings *kann* § 4 FlugDaG mit seinen offenen Formulierungen („Muster") ohne Weiteres auch den Einsatz von maschinell trainierten Mustern gestatten, sodass der Fluggastdatenabgleich mittlerweile eines der zentralen Referenzfehler für Verdachtsgewinnungsverfahren unter Nutzung moderner Technologien geworden ist.[102] Zudem hat der Gesetzgeber hier die Gefahren algorithmischer Diskriminierung ausdrücklich erkannt und mit § 4 Abs. 3 S. 7 FlugDaG ein lange Liste von Merkmalen (z. B. Ethnie, Religion, Sexualleben) aufgestellt, die *nicht* Bestandteil („Prüfungsmerkmal") der Muster sein dürfen.

bb. Einschränkungen durch den EuGH. In diese richtlinienrechtlichen bzw. gesetzlichen Vorgaben hat der EuGH mit seinem Urteil zur PNR-Richtlinie im Frühsommer 2022 allerdings erheblich eingegriffen. Einige der darin im Wege primärrechtskonformer, insbesondere Artt. 7, 8 GRC verpflichteter Interpretation der Richtlinie[103] vorgenommenen Modifikationen und Klarstellungen sind im Weiteren relevant: 48

Hinsichtlich der geschützten Güter bzw. verfolgten Straftaten (also bezüglich der *Zwecke* der Ermittlungsmaßnahme) müssten, so der EuGH, die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung sicherstellen, dass die Taten *erstens* tatsächlich zur schweren Kriminalität gehören, und nicht Taten der „gewöhnlichen Kriminalität" erfassen[104] – was aufgrund der reichlich komplizierten Verweistechnik ins nationale Strafrecht, mit der die Richtlinie die Delikte bestimmt, nach denen geforscht werden muss,[105] durchaus denkbar ist. 49

100 Vgl. hierzu bereits *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (371); das BKA selbst gibt zumindest öffentlich keine informative Auskunft über die verwendeten Muster, vgl. www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Aufgabenbereiche/Zentralstellen/Fluggastdatenspeicherung/FAQ/faq_node.html, besucht am 20.4.2023.

101 Vgl. BT-Drs. 19/9536 v. 17.4.2019, S. 5: Nach Auskunft der Bundesregierung wurden von 94.098 sog. „technischen Treffern" von der Fluggastdatenzentralstelle 277 „fachlich positiv" überprüft und anschließend zur weiteren Verwendung an die Bundespolizei übermittelt.

102 Vgl. *Trute/S. Kuhlmann*, GSZ 2021, 103 (108 ff.); *Sprenger*, in: Ebers et al. (Hg.), RechtsHdb. KI und Robotik, 2020, § 31 Rn. 28 f.; *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (410 ff.).

103 Zum Gebot einer geltungserhaltenden Auslegung von Unionssekundärrecht EuGH, Urt. v. 21.6.2022, Rs. C-817/19 (Ligue des droits humains), Rn. 86. Der EuGH kam damit ohne eine (teilweise) Nichtigerklärung der Richtlinie aus.

104 Ibid., Rn. 149 ff.

105 s. Art. 3 Rn. 9 RL (EUR) 2016/681, der „schwere" Kriminalität definiert durch Verweis auf „die in Anhang II [der Richtlinie] aufgeführten strafbaren Handlungen, die nach dem nationalen Recht eines Mitgliedstaats mit einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung *im Höchstmaß* von mindestens drei Jahren bedroht sind". Hervorhebung hier. Diese Technik führt dazu, dass z. B. ein einfacher Betrug (§ 263 StGB) schwere Kriminalität wäre. Zur Kritik daran schon *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (413).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

50 Wichtig ist sodann *zweitens*, was der EuGH unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten als „*Zusammenhang* zwischen [Fluggast-]Daten und den Zielsetzungen der Verarbeitung dieser Daten"[106] verlangt: Insoweit würden es Artt. 7, 8 GRC

> „von den Mitgliedstaaten [verlangen], u. a. [?] bei der […] vorgesehenen individuellen Überprüfung auf nicht automatisierte Art dafür zu sorgen, dass die Anwendung des durch die Richtlinie geschaffenen Systems auf terroristische Straftaten und auf schwere Kriminalität mit einem – zumindest mittelbaren – objektiven Zusammenhang mit der Beförderung von Fluggästen beschränkt wird."[107]

51 Diese Beschränkung *kann* also, *muss* aber offenbar nicht schon zwingend in das Design der Muster einfließen. Zudem ist der geforderte Zusammenhang relativ lose:

> „[A]uch strafbare Handlungen, die keinen […] unmittelbaren Zusammenhang mit der Beförderung von Fluggästen aufweisen,[[108] können] je nach den Umständen des Einzelfalls einen mittelbaren Zusammenhang mit der Beförderung der Fluggäste aufweisen [was dem EuGH ausreicht]. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Beförderung auf dem Luftweg als Mittel zur Vorbereitung solcher strafbaren Handlungen dient oder dazu, sich nach deren Begehung der strafrechtlichen Verfolgung zu entziehen."[109]

52 Was es hingegen nach Auffassung des Gerichtshofs ausdrücklich *nicht* braucht, um den notwendigen Zusammenhang zwischen Ziel und Mittel herzustellen, ist ein *konkreter Anlass* für die Maßnahme etwa in Form von „irgendwelche[n] objektive[n] Anhaltspunkte[n] dafür[,] dass die betreffenden Fluggäste in terroristische Straftaten oder schwere Kriminalität verwickelt sein könnten". *Vorausgesetzt*, die Kontrolle findet aus Anlass der Überschreitung einer EU-*Außen*grenze statt.[110] Die angebotene Ratio dafür (also für den Verzicht auf einen konkreten Anlass) ist – vorsichtig gesagt – kryptisch:

> „Die Übermittlung und Vorabüberprüfung der PNR-Daten von Fluggästen, die in die Union ein- oder aus der Union ausreisen, können nämlich angesichts der Art der Bedrohungen für die öffentliche Sicherheit, die sich aus terroristischen Straftaten und schwerer Kriminalität mit einem – zumindest mittelbaren – objektiven Zusammenhang mit der Beförderung von Fluggästen zwischen der Union und Drittstaaten ergeben können, nicht auf einen bestimmten Kreis von Fluggästen beschränkt werden. Somit ist davon auszugehen, dass es den erforderlichen Zusammenhang zwischen diesen Daten und dem Ziel der Bekämpfung solcher strafbaren Handlungen gibt, so dass die PNR-Richtlinie nicht allein deshalb über das absolut Notwendige

106 EuGH, Urt. v. 21.6.2022, Rs. C-817/19 (Ligue des droits humains), Überschrift vor Rn. 153. Hervorhebung hier.

107 Ibid., Rn. 157. Dazu, dass die Richtlinie diesen Konnex nicht schon von sich aus sicherstellen kann, s. a. a. O., Rn. 154 und bereits *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (412 f.).

108 Als Bsp. für einen unmittelbaren Zusammenhang nennt EuGH, Urt. v. 21.6.2022, Rs. C-817/19 (Ligue des droits humains), Rn. 155 Anschläge mit Flugzeugen und auf Flugzeuge oder bestimmte Formen des Menschen- und Drogenhandels.

109 Ibid., Rn. 156. Auch *Kostov*, GSZ 2022, 267 (271) geht davon aus, dass die einschränkende Wirkung dieser Anforderung im Erg. eher „fraglich" erscheint.

110 Zu der besonderen völkerrechtlich-diplomatischen Genese des Fluggastdatenabgleichs *Kostov*, GSZ 2022, 267 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> hinausgeht, weil sie den Mitgliedstaaten vorschreibt, die PNR-Daten aller dieser Fluggäste systematisch zu übermitteln und vorab zu überprüfen."[111]

Anders sei es hingegen bei Flugbewegungen innerhalb der EU (EU-Flüge). Hier fordern Artt. 7, 8 GRC nach Auffassung des Gerichtshofs Zurückhaltung: Lediglich im Fall „einer als real und aktuell oder vorhersehbar einzustufenden terroristischen Bedrohung" dürfe ein Mitgliedstaat eine Auswertung *aller* Ein- und Ausreisen anordnen.[112] Ansonsten dürfe nur selektiv ausgewertet werden, d. h. die Fluggastdatenkontrollen durch Muster müssten sich auf 53

> „die Übermittlung und Verarbeitung der PNR-Daten von Flügen beschränken, die etwa bestimmte Flugverbindungen, bestimmte Reisemuster oder bestimmte Flughäfen betreffen, für die es Anhaltspunkte gibt, die eine solche Anwendung rechtfertigen können."[113]

Insoweit brauche es dann also doch eines mehr oder weniger zu konkretisierenden Anlasses, um die Verarbeitung verhältnismäßig erscheinen zu lassen.[114] 54

cc. Insbesondere: direkte Aussagen zur Nutzbarkeit von KI-Systemen. Schließlich ist der Fokus auf diejenigen Ausführungen zu lenken, die der EuGH, gemeinsam mit Generalanwalt *Giovanni Pitruzella*, zum Einsatz von künstlicher Intelligenz macht. Beide haben erkannt, dass die Ermächtigung zum Einsatz von „Mustern" in diese Richtung genutzt werden kann, einschließlich der Nutzung maschineller Lernverfahren. Auf den ersten Blick erteilt der EuGH dem Einsatz spezifisch von *Machine Learning* eine klare Absage: 55

> „Zu den Kriterien, die die [Fluggastdaten]-Zentralstelle [für den Musterabgleich] heranziehen kann, ist zunächst festzustellen, dass sie nach dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 3 Buchst. b der PNR-Richtlinie ‚im Voraus festgelegt' worden sein müssen. Wie der Generalanwalt in Nr. 228 seiner Schlussanträge[115] ausgeführt hat, steht dieses Erfordernis der Heranziehung von Tech-

111 EuGH, Urt. v. 21.6.2022, Az. C-817/19 (Ligue des droits humains), Rn. 162.

112 Ibid., Rn. 171.

113 Ibid., Rn. 174.

114 Vgl. hierzu auch *Kostov*, GSZ 2022, 267 (271): „zwar nicht personenbezogene, jedoch lagebezogene Anhaltspunkte" als Eingriffsschwelle gefordert.

115 s. GA *Pitruzzella*, Schlussanträge v. 27.1.2022, Rs. C-817/19 (Ligue des droits humains), Rn. 228: Es gehe „sowohl aus dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 3 Buchst. b der PNR-Richtlinie als auch aus dem [darin] vorgesehenen System von Garantien, die mit der automatisierten Verarbeitung von PNR-Daten einhergehen, hervor, dass die Funktionsweise der Algorithmen, die im Rahmen der in Art. 6 Abs. 3 Buchst. b vorgesehenen Analyse verwendet werden, transparent und das Ergebnis ihrer Anwendung nachvollziehbar sein muss. Dieses Transparenzerfordernis bedeutet natürlich nicht, dass die verwendeten ‚Profile' veröffentlicht werden müssen. Es verlangt jedoch, dass die Erkennbarkeit der algorithmischen Entscheidungsfindung gewährleistet ist. Zum einen schließt das Erfordernis, wonach die Kriterien, anhand deren die Analyse zu erfolgen hat, ‚im Voraus festgelegt' werden müssen, nämlich aus, dass sich die Kriterien ohne menschlichen Eingriff ändern lassen, und steht daher der Nutzung von KI-Technologien, die auch als ‚machine learning' bezeichnet werden und einen höheren Detaillierungsgrad aufweisen können, aber selbst für Betreiber, die eine automatisierte Verarbeitung vorgenommen haben, schwer zu interpretieren sind, entgegen. [Anm. TR: Der GA vermischt hier die Frage des dynamisch-selbstlernenden Charakters und der Interpretationsfähigkeit von Machine-learning-Systemen bzw. ihres Outputs.] Zum anderen muss […] gemäß der in Art. 6 Abs. 5 und 6 […] beschriebenen Garantie, wonach jeder einzelne Treffer

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nologien der künstlichen Intelligenz im Rahmen selbstlernender Systeme (‚machine learning') entgegen, die – ohne menschliche Einwirkung und Kontrolle – den Bewertungsprozess und insbesondere die Bewertungskriterien, auf denen das Ergebnis der Anwendung dieses Prozesses beruht, sowie die Gewichtung der Kriterien ändern können."[116]

56 Dieser Passus klingt nach einer Absage an die Nutzung von *Machine-Learning*-Technologien insgesamt, doch ist die Position des EuGH *bei genauem Lesen*[117] differenzierter:

- *Erstens* ist zu berücksichtigen, dass der EuGH – in dieser Nuance übrigens differenzierter als der Generalanwalt – nicht pauschal *Machine-Learning*-basierte Muster ausschließt, sondern dies durch den angefügten Relativsatz qualifiziert: „[…] die – *ohne menschliche Einwirkung und Kontrolle* – den Bewertungsprozess und insbesondere die Bewertungskriterien […] sowie die Gewichtung der Kriterien ändern können." Der EuGH rekurriert also auf das, was hier als selbstlernendes System im engeren Sinn bezeichnet wurde,[118] d. h. auf Systeme, die aufgrund dynamischer Feedback-Responsivität während der Nutzung sich derart weiterentwickeln können, dass eine „menschliche Einwirkung und Kontrolle" durch Test und Evaluation – anders als bei einem erlernten und *dann „eingefrorenen"* Muster[119] – tatsächlich unmöglich oder doch zumindest erheblich erschwert ist.
- *Zweitens* ist damit auch klar, dass die *explorative* Nutzung von *Machine Learning*,[120] also die Suche nach bislang unbekannten relevanten Kriterien und Zusammenhängen von und für grenzüberschreitende Kriminalität und Terrorismus in den vorhandenen Trainingsdaten, zulässig bleibt.

57 Ich verstehe den EuGH an der genannten Stelle also nicht kategorisch im Sinn eines: *Machine-Learning*-trainierte Muster sind unbedingt verboten; sondern sie müssen bestimmten Bedingungen entsprechen (wie gesagt insbesondere: „eingefro-

bei der automatisierten Verarbeitung von PNR-Daten nach Maßgabe von Art. 6 Abs. 2 Buchst. a auf andere, nicht automatisierte Art individuell überprüft wird, nachvollzogen werden können, weshalb das Programm zu einem solchen Treffer gelangt ist, was sich u. a. dann nicht gewährleisten lässt, wenn Selbstlernsysteme verwendet werden. [Anm. TR: *explainable AI* ignoriert der GA.*]* Gleiches gilt für die Kontrolle der Rechtmäßigkeit dieser Analyse, auch in Bezug auf den nicht diskriminierenden Charakter der erzielten Ergebnisse, mit der der Datenschutzbeauftragte und die nationale Kontrollstelle […] betraut sind. Die Transparenz der Funktionsweise der verwendeten Algorithmen ist auch eine notwendige Bedingung, um den Betroffenen die Ausübung ihrer Beschwerderechte und ihres Rechts auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz zu ermöglichen."

116 EuGH, Urt. v. 21.6.2022, Rs. C-817/19 (Ligue des droits humains), Rn. 194.

117 Plausibel daher leider die Befürchtung von *Kostov*, GSZ 2023, 14 (16), dass die missverständliche Ausdrucksweise des EuGH „für Polemik und Fehlinterpretationen anfällig [ist], etwa [dahingehend,] dass der EuGH den Einsatz von maschinellem Lernen im Kontext der Fluggastdatenverarbeitung per se verboten habe." Unzutreffend – jedenfalls nach hier vertretener Auffassung – bspw. die Auslegung bei *Eisele*, NJW 2022, 2886 Rn. 11: „Der EuGH teilt insoweit der Heranziehung von Technologien der Künstlichen Intelligenz in Form von selbstlernenden Systemen zur Aufstellung von Kriterien eine Absage."

118 s. oben, → § 1 Rn. 18.

119 Zum Begriff → § 1 Rn. 18.

120 Dazu oben, → § 1 Rn. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rene“ Muster sein), um nutzbar zu sein.[121] In diese Richtung geht auch folgende Aussage des EuGH, die unmittelbar an die dem *Machine Learning* gewidmeten Ausführungen anschließt:

> „Darüber hinaus brächte der Rückgriff auf solche Technologien die Gefahr mit sich, dass der nach den Bestimmungen der PNR-Richtlinie erforderlichen individuellen Überprüfung der Treffer und der Rechtmäßigkeitsprüfung die praktische Wirksamkeit genommen wird. Wie der Generalanwalt in Nr. 228 seiner Schlussanträge im Wesentlichen ausgeführt hat, kann es sich nämlich angesichts der für die Funktionsweise von Technologien der künstlichen Intelligenz kennzeichnenden mangelnden Nachvollziehbarkeit als unmöglich erweisen, den Grund zu erkennen, aus dem ein bestimmtes Programm einen Treffer erzielt hat. Unter diesen Umständen könnte die Nutzung solcher Technologien den Betroffenen auch ihr in Art. 47 der Charta verankertes Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf nehmen, […] damit insbesondere gerügt werden kann, dass die erzielten Ergebnisse nicht frei von Diskriminierung seien.“[122]

Der EuGH stellt damit über die Statik der Muster hinaus (= eingefrorene Muster) Anforderungen an das, was als Erklärbarkeit oder Plausibilität der Muster bezeichnet werden kann (*explainable AI*[123]), und er verlangt – wenn auch verklausuliert – Absicherungen gegen potentiell diskriminierende Effekte. Bei alledem erkennt der EuGH übrigens mit zu begrüßender Klarheit an, dass der Einsatz automatisierter Verfahren zu einer „erheblichen Zahl ‚falsch positiver‘ Ergebnisse“ führen wird, was freilich deren Nutzung nicht ausschließen soll, sondern ‚nur‘ dazu zwinge, strenge Anforderungen an die menschliche Überprüfung des Ergebnisses zu formulieren.[124] Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass der EuGH nicht nur ausdrücklich die sozusagen ‚händische‘ Prüfung der Daten durch einen Menschen verlangt, sondern zusätzlich – wie sich aus der vorstehend abgedruckten Passage ergibt – verlangt, dass das automatisierte Ergebnis *selbst* auf für den *menschlichen* Prüfer nachvollziehbaren Kriterien beruht. Das ist bei genauem Hinsehen sogar eine doppelte Absicherung, die insbesondere dem *Automation Bias*[125] entgegenwirken kann und vermutlich (der EuGH nutzt diesen Begriff nicht) auch soll. 58

Umfassende Dokumentationspflichten runden das Sicherungsregime des EuGH mit Blick auf die Nutzung von „Mustern“ wie auch deren „individuelle Überprüfung“ durch einen menschlichen Beamten ab: 59

> „In diesem Kontext [= große Zahl an *False Positives*] haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass die [Fluggastdaten]-Zentralstelle […] jede Verarbeitung von PNR-Daten, die im Rahmen der Vorabüberprüfung, einschließlich der individuellen Überprüfung auf nicht automatisierte

121 So auch das Verständnis des Urteils von *Kostov*, GSZ 2023, 14 (15 f.).
122 EuGH, Urt. v. 21.6.2022, Rs. C-817/19 (Ligue des droits humains), Rn. 195.
123 Dazu oben, → § 1 Rn. 51 ff.
124 EuGH, Urt. v. 21.6.2022, Rs. C-817/19 (Ligue des droits humains), Rn. 206 und ff.
125 s. dazu unten, bei → § 4 Rn. 77.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Art, vorgenommen wird, zum Zweck der Überprüfung ihrer Rechtmäßigkeit und zur Selbstkontrolle dokumentiert."[126]

3. … im Steuerrecht

60 Ein weiteres Beispiel für potentiell KI-gestützte Überwachung liefert der 2016 neugefasste § 88 Abs. 5 AO.[127] Die Norm ermächtigt die Finanzbehörden im Rahmen der ihnen aufgetragenen Amtsermittlung (§ 88 Abs. 1 AO) zur ergänzenden Nutzung von sogenannten Risikomanagementsystemen

> „zur Beurteilung der Notwendigkeit weiterer Ermittlungen und Prüfungen für eine gleichmäßige und gesetzmäßige Festsetzung von Steuern und Steuervergütungen sowie Anrechnung von Steuerabzugsbeträgen und Vorauszahlungen automationsgestützte Systeme […] (Risikomanagementsysteme)" (§ 88 Abs. 5 S. 1 AO).

61 Entsprechend der im Steuerrecht besonders weitreichenden Mitwirkungspflichten der Bürger (§ 90 AO) ist der Gegenstand der ‚Überwachung' vor allem das vom Bürger *selbst* vorgelegte Material, also seine Steuererklärung. Das Risikomanagementsystem dient dazu, diejenigen Steuererklärungen „herauszufiltern", die einer *menschlichen* Prüfung bedürfen.[128] Alle nicht vom System ausgesteuerten Steuererklärungen können und sollen hingegen grundsätzlich unmittelbar Grundlage der nach § 155 Abs. 4 AO vorgesehenen vollautomatisierten Steuerfestsetzung werden und so die mit der Automatisierung des Steuerverfahrens verbundenen Effizienzerwartungen realisieren helfen.[129] Einer zwingenden Überprüfung durch menschliche Amtsträger, wie sie bei den zuvor genannten Anwendungsbeispielen entweder implizit oder ausdrücklich vorgesehen ist, soll es hier also gerade möglichst nicht geben.

62 Allerdings war sich der AO-Gesetzgeber der Defizite aktueller KI- oder auch nur algorithmenbasierter Erkennungstechnologien bewusst. In den Sätzen 3 bis 4 von § 88 Abs. 5 AO finden sich deshalb recht ausführliche Regelungen zur Sicherstellung bzw. Prüfung der Leistungsfähigkeit und der Einheitlichkeit/Gleichmäßigkeit der Prüfung und damit Besteuerung:

> „[3]Das Risikomanagementsystem muss mindestens folgende Anforderungen erfüllen:
>
> 1. die Gewährleistung, dass durch Zufallsauswahl eine hinreichende Anzahl von Fällen zur umfassenden Prüfung durch Amtsträger ausgewählt wird,

126 EuGH, Urt. v. 21.6.2022, Az. C-817/19 (Ligue des droits humains), Rn. 207.

127 Dazu allg. *Braun Binder*, in: Wischmeyer/Rademacher (Hg.), Regulating Artificial Intelligence, 2020, S. 295 ff. m. w. N.

128 *Rätke*, in: Klein (Hg.), Abgabenordnung, 2024, § 88 Rn. 91 m. w. N.

129 Vgl. auch S. 2 von § 88 Abs. 5 AO: „Dabei [also beim Einsatz der Risikomanagementsysteme] soll auch der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit der Verwaltung berücksichtigt werden." Das bedeutet nach *Rätke*, in: Klein (Hg.), Abgabenordnung, 2024, § 88 Rn. 95, dass „Bagatellfälle" nicht zur menschlichen Prüfung vorgeschlagen werden sollten.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. die Prüfung der als prüfungsbedürftig ausgesteuerten Sachverhalte durch Amtsträger,
3. die Gewährleistung, dass Amtsträger Fälle für eine umfassende Prüfung auswählen können,
4. die regelmäßige Überprüfung der Risikomanagementsysteme auf ihre Zielerfüllung.

[4]Einzelheiten der Risikomanagementsysteme dürfen nicht veröffentlicht werden, soweit dies die Gleichmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit der Besteuerung gefährden könnte. [5]Auf dem Gebiet der von den Landesfinanzbehörden im Auftrag des Bundes verwalteten Steuern legen die obersten Finanzbehörden der Länder die Einzelheiten der Risikomanagementsysteme zur Gewährleistung eines bundeseinheitlichen Vollzugs der Steuergesetze im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen fest."

Einer wie auch immer gearteten Eingriffsschwelle bedarf es für den Einsatz des Risikomanagementsystems konsequenterweise nicht. Vielmehr können und sollen ja gerade alle Steuererklärungen entsprechend kontrolliert werden, sofern sich das System als zweckmäßig im Sinn eines guten ‚Ersatzes' für die bisher angeordnete menschliche Prüfung durch Mitarbeiter der Finanzämter erweist. 63

Wichtig ist, dass das Risikomanagement i. S. von § 88 Abs. 5 AO nach im steuerrechtlichen Schrifttum vertretener Ansicht bezüglich der Datenquellen *nicht* auf die Steuererklärung selbst beschränkt ist; andere Datenquellen wie „z. B. Daten von Kapitalanlegern aus Liechtenstein" oder sonstiges „Kontrollmaterial" sollen ebenfalls in die Musterung nach Auffälligkeiten und Anlässen für eine menschliche Überprüfung mit einbezogen werden dürfen.[130] Zu den Einzelheiten, insbesondere zur Leistungsfähigkeit des Systems, ist entsprechend der Geheimhaltungsanordnung in § 88 Abs. 5 S. 4 AO wenig bekannt.[131] 64

4. … im Finanzaufsichtsrecht

Ein in seinen Dimensionen ganz erstaunliches Überwachungsregime verlangen die EU-Geldwäscherichtlinien, von denen es mittlerweile die fünfte gibt.[132] Umgesetzt sind sie in Deutschland im Geldwäschegesetz [GwG]. Dessen Anliegen ist es, die vom GwG „Verpflichteten" – Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen, Rechtsanwältinnen und Notare, Wirtschaftsprüfer und viele andere[133] – dafür zu ‚nutzen', 65

130 Vgl. für die Bsp. *Rätke*, in: Klein (Hg.), Abgabenordnung, 2024, § 88 Rn. 95.

131 Zur im Schrifttum geäußerten Kritik an der Geheimhaltungspflicht (diese im Erg. allerdings zurückweisend) *Rätke*, in: Klein (Hg.), Abgabenordnung, 2024, § 88 Rn. 105 m. w. N.

132 s. nur RL (EU) 2018/843 v. 30.5.2018 – 5. Geldwäsche-Richtlinie. Hierzu nun ausf. *Leffe*, Automated Suspicion Algorithms, 2024, passim, zu den so langsam bewusster werdenden verfassungsrechtlichen Bedenken – jedenfalls wenn man die Rspr. des BVerfG undifferenziert anwendet – bes. S. 188 ff.; *Schindler*, Geldwäschegesetzgebung und Steuerrecht, 2021, ebenso passim, bes. S. 44 ff. Spezifisch zur Nutzung von KI bei der Geldwäsche-Überwachung auch *Bertrand/Maxwell/Vamparys*, 10.11.2020 (Onlinequelle).

133 Die Zahl der Verpflichteten ist immens, mittlerweile sind sogar „Kunstlagerhalter" grds. nach dem GwG verpflichtet, vgl. § 2 Abs. 1 GwG, konkret Nr. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verdachtsfälle von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung[134] durch ihre jeweiligen Auftraggeber möglichst effektiv *aufzuspüren* (§§ 10 ff. GwG), deren Umsetzung zumindest vorläufig *zu verhindern* (§ 46 GwG) und der Zentralstelle für Finanztransaktionenuntersuchungen[135] solche Verdachtsfälle „unverzüglich"[136] zu *melden* (§ 43 GwG).[137] Rechtstechnisch handelt es sich damit also um eine Überwachung von Privaten durch Private auf gesetzliche Anordnung.[138]

66 Für uns konkret interessant sind zuvorderst die „Sorgfaltspflichten", die den Verpflichteten auferlegt sind, um Verdachtsfälle zunächst einmal aufspüren zu können. Diese Sorgfaltspflichten umfassen zunächst mehr oder weniger selbstverständlich Anmutendes wie die Identifikation der Vertragspartner,[139] was insbesondere anonyme und reine Nummernkonten und Ähnliches verbietet. Zudem müssen die Verpflichteten auch Verfahren etablieren, um feststellen zu können, ob es sich bei einem Kunden um eine „politisch exponierte Person" (eine sogenannte PEP[140]) oder einen ihrer Familienangehörigen oder eine ihr „bekanntermaßen nahestehende Person" handelt.[141]

67 Zum Ort für KI-Anwendungen werden die Sorgfaltspflichten mit § 10 Abs. 1 Nr. 5 GwG. Denn demnach zählt zur allgemeinen Sorgfalt, die jeder Verpflichtete im Umgang mit seinen Kunden zu gewährleisten hat,

> „die *kontinuierliche Überwachung der Geschäftsbeziehung* einschließlich der Transaktionen, die in ihrem Verlauf durchgeführt werden, zur Sicherstellung, dass diese Transaktionen übereinstimmen
>
> a) mit den beim Verpflichteten vorhandenen Dokumenten und Informationen über den Vertragspartner und gegebenenfalls über den wirtschaftlich Berechtigten, über deren Geschäftstätigkeit und Kundenprofil und,

134 Mit Geldwäsche meint das GwG Geldwäsche i. S. des § 261 StGB, vgl. den Verweis in § 1 Abs. 1 GwG. Terrorismusfinanzierung definiert § 1 Abs. 2 GwG, ebenfalls unter Verweis auf das StGB.

135 Die Zentralstelle wird in §§ 27 ff. GwG näher ausgestaltet und stellt eine als *Financial Intelligence Unit* firmierende Einheit im Zollkriminalamt dar; dazu *Da Rosa*, in: Herzog/Achtelik (Hg.), GwG, [4]2020, § 27 Rn. 6 ff. Die Zentralstelle untersteht gleichwohl direkt der Aufsicht des BMF, die teilweise auf Rechtsaufsicht beschränkt ist, s. § 28 Abs. 2 GwG.

136 Zur Unverzüglichkeit sehr streng OLG Frankfurt, Beschl. v. 10.4.2018, Az. 2 Ss-Owi 1059/17 = NStZ 2020, 173 (174 ff.).

137 Bei den Meldungen handelt es sich nicht um Strafanzeigen i. S. v. § 158 Abs. 1 StPO, sondern um Meldungen *sui generis*, s. *Da Rosa*, in: Herzog/Achtelik (Hg.), GwG, [4]2020, § 43 Rn. 5 ff. Ein Verdacht i. S. v. § 43 GwG ist auch nicht mit einem – anspruchsvolleren – strafprozessualen Anfangsverdacht gleichzusetzen, s. BVerfG(K), Beschl. v. 31.1.2020, Az. 2 BvR 2992/14 = NJW 2020, 1351 Rn. 43. Zur Frage, ob eine Strafanzeige zur örtlich zuständigen Polizei oder Strafverfolgungsbehörde eine Meldung nach § 43 GwG ersetzen kann, s. *Da Rosa*, in: Herzog/Achtelik (Hg.), GwG, [4]2020, § 43 Rn. 9 ff.

138 Zur Kritik an der Inpflichtnahme Privater *Brian/Pelz*, in: Brian/Pelz (Hg.), BeckOK GwG, Einführung, 21. Ed. 1.3.2025, Rn. 1 m. w. N.

139 Vgl. § 10 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 11 GwG.

140 Vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 10.4.2018, Az. 2 Ss-Owi 1059/17 = NStZ 2020, 173 (174).

141 § 10 Abs. 1 Nr. 4 GwG.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) soweit erforderlich, mit den beim Verpflichteten vorhandenen Informationen über die Herkunft der Vermögenswerte" (Hervorhebung hier).

Anlass für die „kontinuierliche Überwachung" ist allein die Geschäftsbegründung an sich (§ 10 Abs. 3 Nr. 3 GwG).[142] Auch soweit Verpflichtete im Fall bestimmter Kunden, Transaktionen oder Dienstleistungen nur die „vereinfachten Sorgfaltspflichten" nach § 14 GwG beachten müssen (wenn bzw. weil die allfällige Risikoanalyse nach § 5 GwG ergibt, dass insoweit „nur ein geringes Risiko der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung besteht") müssen 68

„[d]ie Verpflichteten in jedem Fall die Überprüfung von Transaktionen und die Überwachung von Geschäftsbeziehungen in einem Umfang sicherstellen, der es ihnen ermöglicht, ungewöhnliche oder verdächtige Transaktionen zu erkennen und zu melden." (§ 14 Abs. 2 S. 2 GwG)

Zumindest die kontinuierliche Überwachung von Geschäftsbeziehungen, die Massengeschäfte darstellen (wie etwa Banktransaktionen), ist ihrem Umfang nach immens und kann deswegen nicht menschlich, sondern nur noch im Wege der automatisierten Mustererkennung geleistet bzw. muss maschinell vorstrukturiert und -sortiert werden.[143] Zu beachten ist hier zusätzlich, dass der *Gegenstand* der Überwachung mit der Expansion des Geldwäschetatbestands in § 261 StGB in den vergangenen Jahren erheblich ausgedehnt wurde: Als Tatobjekt der Geldwäsche qualifiziert mittlerweile *jeder* Gegenstand, der aus einer *jeden* beliebigen rechtswidrigen Tat stammen kann.[144] Entsprechend bezeichnet auch *Europol* "Financial intelligence" als "a clear example of big data", "requiring computational analysis to reveal patterns, trends, and associations".[145] Schon 2013/14 gingen immerhin 20 % der von Europol erfassten *Suspicious Transaction Reports* (STRs ~ Verdachtsmeldungen) auf die Rasterung nach *Suspicious Transaction Patterns* zurück.[146] In der einschlägigen Kommentarliteratur heißt es dann etwa, speziell mit Blick auf die Überwachungspflicht nach § 10 Abs. 1 Nr. 5 GwG: 69

„Aufgrund der sachlichen Verbindung zu den Überwachungspflichten nach § 6 GwG, § 25g Abs. 2 KWG empfiehlt sich eine Einbindung in die von den Verpflichteten vorzuhaltenden allgemeinen EDV-Überwachungsmaßnahmen, etwa in Form eines Abgleiches mit eingesetzten Parametern im Rahmen automatisierter Researchprogramme, mit den Typologiepapieren des Bundeskriminalamtes, etc."[147]

142 Klarstellend, dass sich die „kontinuierliche Überwachung" natürlich nicht im Moment der Begründung erschöpft, sondern ihrem Wortlaut und Zweck nach auf die Dauer der gesamten Geschäftsbeziehung angelegt ist, *Krais*, in: Brian/Pelz (Hg.), BeckOK GwG, 21. Ed. 1.3.2025, § 10 Rn. 53.

143 Vgl. *Da Rosa*, in: Herzog/Achtelik (Hg.), GwG, [4]2020, § 43 Rn. 29 f.; *Europol – Financial Intelligence Group*, 2017, S. 22, 37.

144 Die nach § 261 Abs. 1 S. 1 StGB a. F. vorgesehene Begrenzung der tauglichen Vortaten auf Verbrechen und einen (freilich umfangreichen) Katalog an bestimmten Vergehen, ist mit der zum 18.3.2021 in Kraft getretenen Neufassung der Norm aufgehoben geworden.

145 *Europol – Financial Intelligence Group*, 2017, S. 37.

146 Ibid., 2017, S. 22.

147 *Figura*, in: Herzog/Achtelik (Hg.), GwG, [4]2020, § 10 Rn. 30.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

70 Freilich sind die (öffentlich bekannten!) maschinellen Muster, die derzeit genutzt werden, um das interne Geldwäschemonitoring der verpflichteten Stellen zu ermöglichen bzw. vorzustrukturieren, relativ simpel. Dazu zählen etwa auch einfache Bar-Umsatzschwellen im Fall von Kreditinstituten.[148] Daher dürfte eine manuelle menschliche Überprüfung von automatisch generierten Überwachungshinweisen unumgänglich sein,[149] bevor bzw. damit ein Verpflichteter der Pflicht nachkommen kann, tatsächlich *Verdachts*fälle von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung an die Zentralstelle zu melden (definiert als „Tatsachen, die darauf hindeuten, dass […]", vgl. § 43 Abs. 1 GwG). Dabei finden sich in der Rechtsprechung zum GwG erstaunlich strenge Maßstäbe dafür, wann von einer Meldung *abgesehen* werden darf. Beispielhaft:

> „Eine *in jeder Hinsicht* gesetzeskonforme Herkunft des in dieser Höhe eingezahlten Bargeldes war für die Bank mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln vorliegend | *nicht sicher* belegbar, so dass bereits bei den Bareinzahlungen, erst Recht aber bei der Überweisung unter Zugrundelegung der [verstärkten] Sorgfaltspflichten nach [§ 15 GWG n. F. – da die Kundin im konkreten Fall Ehefrau einer PEP war] die Voraussetzungen der Verdachtsmeldung gegeben waren."[150]

71 Wichtig ist schließlich in Bezug auf die *Folgen* der Verdachtsmeldung nach § 43 GwG, dass die Verpflichteten die zugrundeliegende Transaktion auch vorläufig zu *blockieren* haben, entweder bis die Zentralstelle oder eine Staatsanwaltschaft sie freigibt oder bis der dritte Werktag nach dem Tag der Meldung verstrichen ist, je nachdem, welches dieser beiden Ereignisse früher eintritt. Mit dieser heute in § 46 GwG näher geregelten Blockadepflicht unterstreicht der Gesetzgeber seine primär *präventive* Intention, die darauf aus ist, „Geldwäscheverdachtshandlungen möglichst noch vor der Durchführung unterbinden zu können."[151] Wir haben es also mit einem Arrangement zu tun, das bei genauem Hinsehen bereits auf der Schwelle zur hier sogenannten *Impossibility Structure* steht[152] (dazu ausführlich → S. 126 ff.).

148 Vgl. die aufschlussreiche Darstellung in OLG Frankfurt, Beschl. v. 10.4.2018, Az. 2 Ss-Owi 1059/17 = NStZ 2020, 173 (174): „Bei Privatkunden ohne PEP-Status wurde bei ‚Hohen Bargeldeinzahlung/Fresh Money' erst bei einer Transaktion über 200.000,- € eine Meldung generiert. Zu Kunden mit PEP-Status wurde eine solche Meldung bereits bei Bargeldeinzahlungen in Höhe von 40.000,- € generiert."

149 Vgl. i. d. S. auch *Da Rosa*, in: Herzog/Achtelik (Hg.), GwG, [4]2020, § 43 Rn. 29: „Bloße Warnmeldungen durch ein eingesetztes technisches Monitoring-System *(systemgenerierte Regeltreffer)* sind dabei aufgrund der Breite und Fehleranfälligkeit der verwendeten Parameter und ‚Scores' ohne weitere Abklärung des Fachpersonals des Instituts noch nicht per se auffällig oder ungewöhnlich." Hervorhebung im Original.

150 So OLG Frankfurt, Beschl. v. 10.4.2018, Az. 2 Ss-Owi 1059/17 = NStZ 2020, 173 (174 f.). Positiv – und damit restriktiver – allerdings die Definition der h. M., vgl. dafür statt vieler *Da Rosa*, in: Herzog/Achtelik (Hg.), GwG, [4]2020, § 43 Rn. 38 m. w. N.

151 OLG Frankfurt, Beschl. v. 10.4.2018, Az. 2 Ss-Owi 1059/17 = NStZ 2020, 173 Ls. 1, bezogen noch auf die Pflicht zur „unverzüglichen" Meldung von Verdachtsfällen in § 11 GwG a. F. (heute § 43 GwG).

152 Zumindest theoretisch. Rein praktisch handelt es sich wohl v. a. um eine Verzögerungsstruktur, weil die zuständige *Financial Intelligence Unit* mit der Bearbeitung der unzähligen Verdachtsmeldungen völlig überfordert ist; s. für Nachw. und Zahlen *El-Ghazi/Jansen*, NZWiSt 2022, 465 (466 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. … im Online-Kommunikationsrecht

Das abschließende, in seinen Dimensionen durchaus mit dem Geldwäschemonitoring vergleichbare Anwendungsbeispiel für *Intelligent Surveillance* finden wir im Medienaufsichtsrecht. Es handelt sich dabei um ein seit Februar 2021 zunächst von der Landesanstalt für Medien Nordrhein-Westfalen (LfM) erprobtes und sodann[153] von allen Bundesländern übernommenes System, das der Überwachung von Internetkommunikation dient. Das KIVI[154] genannte Programm stellt nach Auskunft der LfM ein „Werkzeug basierend auf künstlicher Intelligenz" dar (wohl eine Art *Webcrawler* zur Bild-, Text-, Quellen- und Netzwerkanalyse[155]), das „automatisch nach potenziellen Rechtsverstößen im Netz suchen und unseren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern vorarbeiten" soll.[156] Das System wurde auf bestimmte „Verstoßkategorien" trainiert, kann Feedback der Mitarbeiter der LfM verarbeiten (und scheint damit selbstlernend zu sein) und analysierte Stand 2022 „täglich 10.000 Seiten" auf den Kanälen Twitter, YouTube, VKontakte und Telegram.[157] Nach Medienberichten war eine Ausweitung auf TikTok geplant.[158] Die LfM beschreibt als Ziel ihrer Bemühung eine „flächendeckend bessere Erkennbarkeit von Verstößen". Es kann davon ausgegangen werden, dass die Überwachung sich bislang nur auf öffentlich zugängliche Kommunikationsforen[159] bezieht. Ansonsten läge ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG[160] oder in das Computer-Grundrecht vor, wofür dann ersichtlich die Voraussetzungen fehlen würden (zur Rechtsgrundlage sogleich). Genutzt wird das Werkzeug von der LfM selbst, entwickelt wurde es privatwirtschaftlich.[161] 72

153 Vgl. *Sagatz*, Tagesspiegel Background Digitalisierung & KI v. 24.5.2022 (Onlinequelle).

154 Für „Künstliche Intelligenz und Vigilante", vgl. ibid.

155 Vgl. die Beschreibung bei *Tieschky*, Süddeutsche Zeitung v. 24.8.2021 (Onlinequelle); *Sagatz*, Tagesspiegel Background Digitalisierung & KI v. 24.5.2022 (Onlinequelle).

156 Grundlegend zu solchen Technologien immer noch *Rückert*, ZStW 129 (2017), 302 ff., der allerdings gerade das „dauerhafte Monitoring des Internet" ausklammert und nur knapp – wegen Vergleichbarkeit mit einer Vorratsdatenspeicherung (zweifelhaft) – als „äußerst bedenklich" qualifiziert, s. a. a. O., S. 308.

157 Im Mai 2025 schreibt die LfM auf ihrer Website, dass ein „automatisierte[s] Monitoring von über 10.000 öffentlichen Social-Media-Profilen und Websites" stattfinde.

158 *Tieschky*, Süddeutsche Zeitung v. 24.8.2021 (Onlinequelle).

159 Zum Begriff der *öffentlich zugänglichen* Daten speziell in Online-Kommunikationsräumen ausf. *Rückert*, ZStW 129 (2017), 302 (310 ff.).

160 Vgl. grundlegend BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Az. 1 BvR 370/07 = BVerfGE 120, 274 – Online-Durchsuchung, Rn. 292 f.: „Das heimliche Aufklären des Internet greift danach dann in Art. 10 Abs. 1 GG ein, wenn die [im konkreten Fall:] Verfassungsschutzbehörde zugangsgesicherte Kommunikationsinhalte überwacht, indem sie Zugangsschlüssel nutzt, die sie ohne oder gegen den Willen der Kommunikationsbeteiligten erhoben hat. So liegt es etwa, wenn ein mittels Keylogging erhobenes Passwort eingesetzt wird, um Zugang zu einem E-Mail-Postfach oder zu einem geschlossenen Chat zu erlangen. | Dagegen ist ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG zu verneinen, wenn etwa ein Teilnehmer eines geschlossenen Chats der für die Verfassungsschutzbehörde handelnden Person seinen Zugang freiwillig zur Verfügung gestellt hat und die Behörde in der Folge diesen Zugang nutzt. Erst recht scheidet ein Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis aus, wenn die Behörde allgemein zugängliche Inhalte erhebt, etwa indem sie offene Diskussionsforen oder nicht zugangsgesicherte Webseiten einsieht."

161 *Tieschky*, Süddeutsche Zeitung v. 24.8.2021 (Onlinequelle).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

73 Die LfM beschrieb die „Trefferquote des KI-Tools" schon 2022 als hoch. Im Bereich Pornographie habe sie bei 94 % gelegen. Insgesamt habe man bei 20.000 Trefferfällen binnen eines Jahres nach menschlicher Durchsicht 6.700 als *True Positives* eingestuft.[162] Eine *Whitelist* vertrauenswürdiger Websites soll helfen, die Zahl der *False Positives* zu reduzieren.[163]

74 Besonders stellt die Landesanstalt die Schutzmechanismen für die eigenen Mitarbeiter heraus: Denen melde das System die Treffer zur weiteren Kontrolle und gegebenenfalls Weiterleitung an die Strafverfolgungsbehörden, allerdings in einer Weise, die „möglicherweise verstörende Inhalte zunächst unscharf [darstelle] – was gerade bei Gewaltdarstellungen wie Tötungsvideos die psychische Belastung [der Mitarbeiter] mindern" könne.[164] Zuständig für die Erst-Sichtung der Treffer sind zunächst juristische Laien (nach Medienberichten studentische Hilfskräfte), eine Zweitkontrolle vor Weiterleitung an die Strafverfolgungsbehörden erfolge durch Juristen der Anstalt.[165] Die LfM setzt dabei bewusst vorrangig auf Strafverfahren und nur hilfsweise auf Primärrechtsschutz (Slogan: „Viel mehr als nur Löschen"[166]); eine Löschungsaufforderung an die jeweilige Plattform/den jeweiligen Telemediendienst ergehe nur, falls die Strafverfolgungsbehörden nicht in der Lage seien, einen Verantwortlichen zu ermitteln.[167]

75 Eine Rechtsgrundlage für den Einsatz des Tools ist nicht ganz einfach zu finden. Erforderlich ist sie wohl jedenfalls, wenn und weil durch die umfassenden Auswertungstechniken unweigerlich personenbezogene Daten verarbeitet werden. Damit sind die Grundrechte auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG bzw. – im Anwendungsbereich des Unionsrechts – von Art. 8 GRC aktiviert.[168] Erwägenswert ist zwar, ob eine Form der vom Bundesverfassungsgericht grundsätzlich ohne Gesetzesvorbehalt zugelassenen „Online-Streife" vorliegt. In der Literatur werden die Ausführungen des Gerichts speziell zu Art. 10 Abs. 1 GG ganz überwiegend dahingehend verallgemeinert,[169] dass auch ein Eingriff in das Recht auf

162 *Meineck*, netzpolitik.org v. 8.4.2022 (Onlinequelle).
163 Ibid.
164 Alle Zitate in diesem Abschnitt stammen von der Website *Landesanstalt für Medien NRW*, Viel mehr als nur löschen, www.medienanstalt-nrw.de/imagebroschuere/viel-mehr-als-nur-loeschen.html, besucht am 11.3.2022. Heute (Stand Mai 2025) nicht mehr abrufbar.
165 *Tieschky*, Süddeutsche Zeitung v. 24.8.2021 (Onlinequelle).
166 *Landesanstalt für Medien NRW*, Viel mehr als nur löschen, www.medienanstalt-nrw.de/imagebroschuere/viel-mehr-als-nur-loeschen.html, besucht am 11.3.2022.
167 *Tieschky*, Süddeutsche Zeitung v. 24.8.2021 (Onlinequelle).
168 So auch *Golla*, DSRITB 9 (2018), 871 f.
169 s., aufbauend auf BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Az. 1 BvR 370/07 = BVerfGE 120, 274 – Online-Durchsuchung, Rn. 293 zum Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG, für das Polizeirecht *Roggenkamp*, in: Specht/Mantz (Hg.), Hdb. DatenschutzR, 2019, § 21 Rn. 32 f. m. w. N.; strafprozessrechtl. *Griesbaum*, in: Hannich (Hg.), Karlsruher Kommentar zur StPO, 2019, § 161 Rn. 12a: „Die Online-Streife in allgemein zugänglichen Bereichen ohne gezielte Datenerhebung ist ohne weiteres zulässig. [Erst die] gezielte Suche nach Informationen über eine Person bedarf hingegen einer Rechtsgrundlage".

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

informationelle Selbstbestimmung dann nicht vorliege, wenn eine Behörde ungezielt „allgemein zugängliche Inhalte erhebt, etwa indem sie offene Diskussionsforen oder nicht zugangsgesicherte Webseiten einsieht".[170] So dürften die Dinge hier, wie gesagt, liegen. Allerdings hat das Gericht damals (2008) sicherlich nicht bedacht, dass dieser Streifengang hochautomatisiert mit dem Ziel einer ‚flächendeckenden' Überwachung des Kommunikationsverkehrs erfolgen könnte.[171]

Die LfM beruft sich in einer Antwort auf eine IFG-Anfrage von Netzpolitik.org auf die „Wahrnehmung [ihrer] öffentlich-rechtlichen Aufgaben i. S. von Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO in Verbindung mit dem Jugendmedienschutz-Staatsvertrag [JMStV] sowie dem Landesmediengesetz NRW".[172] Das könnte ein Verweis auf die Aufgabengeneralklausel in § 88 Abs. 1 LMG NRW sein, wonach 76

> „[d]ie LfM […] im Interesse der Allgemeinheit die nach den Vorschriften dieses Gesetzes und den aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsvorschriften sowie die ihr nach dem Medienstaatsvertrag und anderen Rechtsvorschriften übertragenen erforderlichen Entscheidungen und Maßnahmen [trifft]."

Der Medienstaatsvertrag erscheint mit Blick auf die hier vorliegende Maßnahme allerdings wenig ergiebig, es findet sich lediglich in § 104 Abs. 1 S. 1 über die „Organisation" der Medienaufsicht die sehr allgemeine Bestimmung, dass, „[s]oweit nichts anderes bestimmt ist, […] die zuständige Landesmedienanstalt [siehe dafür § 106] die Einhaltung der Bestimmungen nach diesem Staatsvertrag [überprüft]." Ähnlich offen formuliert ist § 14 Abs. 1 S. 1 JMStV, wonach „[d]ie zuständige Landesmedienanstalt die Einhaltung der für die Anbieter geltenden Bestimmungen nach diesem Staatsvertrag und der Bestimmungen der §§ 10a und 10b des Telemediengesetzes [überprüft]." Nach § 20 JMStV kann sie *dann*, wenn sie einen Verstoß festgestellt hat, die „erforderlichen Maßnahmen gegenüber dem Anbieter" treffen. 77

Ergiebiger ist das LMG NRW in § 88 Abs. 4: Danach ist die LfM „[i]m Rahmen ihrer Aufsichtsfunktion […] kontinuierlich zur *Beobachtung* von Rundfunkprogrammen und Telemedienangeboten verpflichtet" (Hervorhebung hier). Bei dem von der LfM eingesetzten „Tool" handelt es sich definitiv um eine Beobachtung. Der Wortlaut von § 88 Abs. 4 LMG NRW ‚trägt' daher grundsätzlich; und i. V. mit Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO ist dies auch datenschutzrechtlich anknüpfungsfähig. Allerdings handelt es 78

170 BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Az. 1 BvR 370/07 = BVerfGE 120, 274 – Online-Durchsuchung Rn. 293.

171 Eine eigene Rechtsgrundlage fordert daher auch *Rückert*, ZStW 129 (2017), 302 (306, 314 f.). Zur Vertiefung auch sogleich, bei → § 2 Rn. 87.

172 *Meineck*, netzpolitik.org v. 25.5.2022 (Onlinequelle). Noch offener die Angaben auf der Website der LfM (*Landesanstalt für Medien NRW*, Viel mehr als nur löschen, www.medienanstalt-nrw.de/imagebrosch uere/viel-mehr-als-nur-loeschen.html, besucht am 11.3.2022): „Das Internet ist kein rechtsfreier Raum – und hier aktiv zu sein, ist ein zentraler gesetzlicher Auftrag der Landesanstalt für Medien NRW. Wir kontrollieren, verfolgen, bringen Verstöße zur Strafanzeige, arbeiten eng mit der Staatsanwaltschaft und Polizei zusammen." Heute (Mai 2025) nicht mehr aufrufbar.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich zugleich um eine durch automatisierte Mittel massiv verstärkte Beobachtung, die darüber hinaus auch ausdrücklich auf eine flächendeckende Überwachung zumindest bestimmter digitaler Kommunikationskanäle angelegt ist. Zweifel an der hinreichenden Bestimmtheit der gegenwärtig verfügbaren Rechtsgrundlagen sind daher angezeigt.[173]

79 Die Lücke soll übrigens durch den Digitale-Medien-Staatsvertrag (DMStV) geschlossen werden, dessen Entwurf wenige Tage vor Abschluss des Manuskripts veröffentlicht wurde. § 109a MStV würde dann eine – umzusetzende – Ermächtigung zur „Nutzung technischer Mittel in der Aufsicht" vorsehen.[174] Eine Eingriffsschwelle/Anlassbindung sieht die neue Vorschrift nicht vor.

6. Zum Stand der Diskussion: die Rechtsprechung zum Einsatz neuer Verdachtsgewinnungstechnologien in der dogmatischen Konsolidierungsphase

80 Unterstellen wir nun, dass die genannten Verfahren hinreichend gut funktionieren; also derart wenige *False Positives* und *False Negatives* liefern, dass von einer gleichermaßen effektiven wie effizienten Überwachung auszugehen ist. Diese Überwachung würde das ‚Ressourcenproblem' Mensch bei der Rechtsdurchsetzung zwar nicht lösen; denn wie gesagt: Es geht ‚nur' um *Überwachung*, die definitionsgemäß menschliche Folgehandlungen erfordert, um Effekte in der Realität zu erzielen. Eine derart effektivierte Überwachung würde aber immerhin zu einem erheblich gesteigerten Durchsetzungs- und damit Befolgungsdruck für Recht insgesamt führen.

81 Folgerichtig sind mit den hier sogenannten *Intelligent-Surveillance*-Technologien vielfältige Ängste vor dem diktatorischen Überwachungsstaat verbunden. Sie erhalten mit dem chinesischen *Social-Credit*-System ein reales Anschauungsobjekt. Während somit die *faktischen* Grenzen einer staatlichen, flächendeckenden Massenüberwachung schwächer werden, gewinnen *normative* Grenzziehungen umso größere Bedeutung. Insbesondere das Bundesverfassungsgericht ist hier mittlerweile aktiv geworden und hat in mehreren Judikaten elastische, aber gleichwohl starke Grenzen für automatisierte staatliche Überwachung gezogen. Um dieses ‚Bollwerk' gegen den Überwachungsstaat soll es hier zunächst gehen, seine grundsätzlichen Konturen und zentralen Aussagen werden aufgezeigt (→ a.). Die noch weniger ausgebaute

173 A. A. *Kühling*, ZUM 2023, 566 (572): „Noch weniger problematisch (als der Einsatz von KI zu Detektions- und Löschungszwecken durch *Unternehmen*) ist der bisherige Einsatz von KI durch die Aufsichtsbehörden. Dabei besteht allgemein Einigkeit darin, dass die Verwaltung Zugriff auf KI-Technologien benötigt, um ihre Aufgaben auch künftig zu bewältigen. Das gilt schon aus Effektivitäts- und Effizienzgesichtspunkten und nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Personalmangels. Diese allgemeinen Erwägungen greifen auch für die Medienaufsicht insbesondere bei[m] Jugendschutze[]." Zum Bestimmtheitsgrundsatz beim Einsatz automatisierter Überwachungstechnologien → § 2 Rn. 87 ff.

174 Der Entwurf ist hier abrufbar: https://rundfunkkommission.rlp.de/digitale-medien-staatsvertrag, besucht am 23.6.2025.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtsprechung des EuGH wird an passender Stelle mit in die Betrachtung einbezogen (→ b.). Es folgen sodann zwei kritische Anmerkungen zur Tragfähigkeit des verfassungsgerichtlichen Konzepts zur Regulierung von *Intelligent Surveillance*: Zwar liefert die gegenwärtige Dogmatik durchaus brauchbare Ergebnisse und ist praktisch handhabbar. Aber sowohl dogmatisch-konzeptionell (→ c.) wie auch grundrechtstheoretisch (→ d.) hat sie Lücken, die in einigen Fällen zu wenig überzeugenden argumentativen ‚Verrenkungen' führen. Die relativ ausführliche Darstellung und Kritik der Überwachungsdogmatiken in Deutschland und auf Unionsebene erscheint mir hier sinnvoll und geboten, weil darauf aufbauend dann im nächsten Abschnitt (→ II.) diejenigen Anwendungsszenarien von Technologien beschrieben und dogmatisch eingeordnet werden können, die dann eben doch *selbst* die physische Rechtsdurchsetzung leisten können. Hingewiesen sei vorneweg darauf, dass die hier folgenden Ausführungen insbesondere unter a., c. und d. eine ergänzte und aktualisierte Fassung eines bereits vorab veröffentlichten Beitrags von mir darstellen.[175]

a. Das Konzept des Bundesverfassungsgerichts: Rechtschaffenheitsvermutung und Anlassdogmatik. Das Bundesverfassungsgericht hat sich mittlerweile in fünf großen Entscheidungen mit Technologien befasst, die *Intelligent Surveillance* oder – im klassischen Sprachgebrauch – automatisierte Verdachtsgewinnung leisten können, wie sie hier soeben illustriert wurde. Es handelt sich dabei um die Entscheidung zur Rasterfahndung (2006),[176] die beiden Entscheidungen zu automatisierten Kennzeichenkontrollen (2008[177] bzw. 2018[178]) und um die noch recht jungen Entscheidungen zum sogenannten *Data Mining* (2020[179] bzw. 2023[180]). Einige der speziell für den Einsatz von KI-Systemen relevanten Aussagen des Gerichts wurden schon im Rahmen der soeben präsentierten Fallstudien dargestellt, wo sie jeweils relevant waren. Hier geht es nun um eine grundsätzlichen ‚Linie' des Gerichts; die gibt es m. E. und sie hat sich mittlerweile konsolidiert: 82

Die gemeinsame Kernaussage der genannten Entscheidungen ist, dass die anlasslos-automatisierte Verdachtsgewinnung von Verfassungs wegen erheblichen Restriktionen unterliegt. Der rechtsdogmatische Aufhänger dafür ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. In dieses Grundrecht greifen fast alle Verfahren der *Intelligent Surveillance* ein, wenn und weil sie personenbezogene Daten ‚mustern'. Nach einer zwischenzeitlichen Rechtsprechungsänderung des Gerichts ist nunmehr 83

175 Vgl. *Rademacher*, in: Zimmer (Hg.), Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz, 2021, S. 229 (252 ff.).

176 BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006, Az. 1 BvR 518/02 = BVerfGE 115, 320 – Rasterfahndung.

177 BVerfG, Urt. v. 11.3.2008, Az. 1 BvR 2074/05 = BVerfGE 120, 378 – Kennzeichenkontrollen I.

178 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II. Für eine ausf. Anm. s. *Bull*, AöR 145 (2020), 291 ff.

179 BVerfG, Beschl. v. 10.11.2020, Az. 1 BvR 3214/15 = BVerfGE 156, 11 – Antiterrordateigesetz II.

180 BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, Az. 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = BVerfGE 165, 363 – Automatisierte Datenanalyse.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

jede Musterung als solche als Eingriff zu werten, unabhängig davon, ob sie als Trefferfall einer menschlichen Polizistin zur weiteren Verwendung weitergeleitet oder als Nicht-Treffer sofort wieder gelöscht wird.[181] *Intelligent Surveillance* bedarf daher grundsätzlich (wie gesagt: sobald sie personenbezogene Daten verarbeitet) einer gesetzlichen Eingriffsermächtigung, ohne Bagatellvorbehalt;[182] und sie muss sich der grundrechtlichen Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung stellen.

84 Bekanntlich ist bei Verallgemeinerungen aus einzelnen Entscheidungen besondere Vorsicht angezeigt, wenn sie aus der Verhältnismäßigkeitsprüfung hervorgehen sollen. Wenngleich das Verfassungsgericht mit seinem Maßstäbeteil gerade selbst auf Verallgemeinerungsfähigkeit abzielt,[183] bildet spezifisch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einen stark vom Kontext der im jeweiligen Verfahren angegriffenen polizeilichen Maßnahmen geprägten Maßstab; für die damit aufs Engste verknüpften, herausgehobenen Bestimmtheitsanforderungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung[184] gilt notwendigerweise dasselbe. Nichtsdestotrotz können aus den genannten Entscheidungen des Verfassungsgerichts m. E. vier allgemeine Anforderungen herausdestilliert werden, die für den Einsatz von *Intelligent Surveillance* zentral sind.[185] Sie lassen sich unter den folgenden vier Schlagworten zusammenfassen: *scharfe Bestimmtheitsanforderungen*, *Katalog-Gebot*, *‚Quellen'-Schutz*, und *Eingriffsschwellen*.

85 *aa. Scharfe Bestimmtheitsanforderungen.* In allen Entscheidungen hat das Gericht eine erhöhte grundrechtliche Eingriffstiefe damit begründet, dass die Automatisierung gegenüber menschlicher Auswertung sowohl in der Breite (Zahl der kontrollierbaren Personen) wie auch in der Tiefe (individuelle Perspektive) eine deutlich erhöhte Effektivität der Überwachung bewirke.[186] Der Konformitätsdruck steigt durch den Einsatz von intelligenter Technologie gegenüber dem klassisch-menschli-

181 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 45. Zu der hochrelevanten Frage, ob die reine Umgebungserfassung, die z. B. von autonomen Fahrzeugen in großem Umfang durchgeführt werden muss, nach diesen und den europäischen datenschutzrechtlichen Maßstäben einen Eingriff darstellt, s. – überzeugend verneinend – *K. Hofmann*, ZD 2023, 18 ff.

182 Grundlegend immer noch BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, Az. 1 BvR 209/83 u.a. = BVerfGE 65, 1 (45) – Volkszählungsurteil: angesichts der modernen „Informationstechnologie[n] eigenen Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten" gäbe „es unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung kein ‚belangloses' Datum mehr."

183 Dazu *Lepsius*, in: Jestaedt et al. (Hg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 159 (168 ff.), ausf. auch zu den Problemen, die diese „Methode" bereitet.

184 Vgl. *Marsch/Rademacher*, Die Verwaltung 54 (2021), 1 (21 ff.).

185 s. hierzu schon *Rademacher*, in: Zimmer (Hg.), Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz, 2021, S. 229 (252 ff.).

186 Vgl. bes. deutlich BVerfG, Urt. v. 11.3.2008, Az. 1 BvR 2074/05 = BVerfGE 120, 378 (406 f.) – Kennzeichenkontrollen I; BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 98; ähnl. BVerfG, Beschl. v. 10.11.2020, Az. 1 BvR 3214/15 = BVerfGE 156, 11 – Antiterrordateigesetz II, Rn. 54; BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, Az. 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = BVerfGE 165, 363 – Automatisierte Datenanalyse, Rn. 78. Aus der Lit. *Golla*, DSRITB 9 (2018), 871 (880); *Rückert*, ZStW 129 (2017), 302 (326 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

chen Überwachen daher potentiell massiv an. Hinzu kommt, dass die Verfahren als Verdachts*gewinnungs*verfahren (bzw. Verdachts*ergänzungs*verfahren im Fall des *Data Mining*), um bestimmungsgemäß zu funktionieren, gerade solche Personen massenhaft betreffen müssen – d. h.: deren Daten verarbeiten müssen –, die keinen Anlass für die staatliche Maßnahme gegeben haben: „Informationserhebungen gegenüber Personen, die den Eingriff durch ihr Verhalten nicht veranlasst haben, sind *grundsätzlich* von höherer Eingriffsintensität als anlassbezogene."[187] Das ist die sogenannte große Streubreite[188] der hier einschlägigen Überwachungsarrangements.

Die eingriffsabmildernden Rahmenbedingungen der Verfahren, insbesondere die *Spezifizität* der Überwachung[189] oder den Umstand der gegebenenfalls *öffentlichen* Datenerhebung (im Fall der Kennzeichenkontrollen) benennt das Gericht zwar in der Regel ausdrücklich als mildernde Faktoren.[190] Aber daraus folgt letztlich nie etwas Greifbares:[191] Es bleibt bzw. blieb in den Entscheidungen angesichts des auf breite Wirkung angelegten Verdachtsgewinnungs- bzw. -ergänzungszwecks der Maßnahmen und/oder der besonderer Effektivität der Überwachung bei einem Eingriff von erheblichem Gewicht. 86

Daraus folgen nach überkommener Dogmatik zunächst erhöhte – nach Ansicht vieler: allerdings zu hohe – Anforderungen an die gebotene *Bestimmtheit* der gesetz- 87

187 So bes. deutlich BVerfG, Urt. v. 11.3.2008, Az. 1 BvR 2074/05 = BVerfGE 120, 378 (402) – Kennzeichenkontrollen I, Hervorhebung hier; s. für das *Data Mining* auch BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, Az. 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = BVerfGE 165, 363 – Automatisierte Datenanalyse, Rn. 77, für die konkret in Rede stehenden Normen sodann Rn. 126, 136, 140.

188 s. zur Definition bes. BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006, Az. 1 BvR 518/02 = BVerfGE 115, 320 (354) – Rasterfahndung: „Grundrechtseingriffe, [sind] durch eine hohe Streubreite gekennzeichnet [wenn] zahlreiche Personen in den Wirkungsbereich der Maßnahme einbezogen werden, die in keiner Beziehung zu einem konkreten Fehlverhalten stehen und den Eingriff durch ihr Verhalten nicht veranlasst haben [. . .]." Zu Missverständnissen hinsichtlich des Begriffs s. die Nachw. bei *Rademacher*, JZ 2019, 702 (706 f.), dort bes. in Fn. 45.

189 Gemeint ist damit der Umstand, dass dann, *wenn* technologische Verdachtsgewinnungsmaßnahmen gut funktionieren, die Trefferfälle und somit die belastende Wirkung etwaiger *menschlicher* Kenntnisnahme und insb. von Folgemaßnahmen auf diejenigen Personen beschränkt wäre, bei denen tatsächlich ein Verdacht vorliegt. Das hat potentiell erhebliche Auswirkungen auf das Eingriffsgewicht, s. dazu ausf. *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (396 ff.); schon zuvor *Spiecker gen. Döhmann*, K&R 2014, 549 (551). Ob sich Menschen weniger „überwacht fühlen, wenn sie davon ausgehen, dass ihre Daten rein maschinell ausgewertet werden[,] ist empirisch ungeklärt", so *Moll/F. Schneider*, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 104 (2021), 92 (11).

190 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 96.

191 Das übersieht m. E. *Golla*, DSRITB 9 (2018), 871 (874 f.), wenn er maßgeblich aus der Öffentlichkeit von verarbeiteten Daten auf eine geringe Intensität des Grundrechtseingriffs schließt. Auch die von ihm vorgeschlagene Verringerung der Eingriffsintensität dadurch, dass die „Datenverarbeitung auf Gruppen, Seiten oder Ereignisse anstelle von Individuen" konzentriert werden könne bzw. müsse, überzeugt mich nicht, weil dadurch die Streubreite letztlich ja sogar vergrößert, die Spezifizität der Treffermeldungen also verringert und das dadurch ausgelöste menschliche Interesse an den Inhalten potentiell häufiger fehlgelenkt würde; zur bes. belastenden Wirkung von zu vielen *False Positives*, die dann *menschlich* geprüft werden müssen, schon BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006, Az. 1 BvR 518/02 = BVerfGE 115, 320 (356 f.) – Rasterfahndung, und *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (394 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lichen Eingriffsermächtigungen.[192] Wenn das Verfassungsgericht nicht grundsätzlich bereit ist, von seinen sehr hohen Bestimmtheitsanforderungen abzurücken, dann lässt es die bisherige Rechtsprechung jedenfalls unwahrscheinlich erscheinen, dass das Gericht automatisierte Auswertungen in Zukunft auf Basis allein der polizeilichen Datenverarbeitungsgeneralklauseln gestatten wird; jedenfalls solange, wie diese keine ausdrücklichen Verweise auf derartige Verfahren enthalten.

88 Am Beispiel: Die allgemeine Erlaubnis zur „Nutzung" von Videoaufnahmen zum Zweck der Gefahrenerkennung im Bundespolizeigesetz[193] dürfte – eben wegen der Unschärfe des Begriffs *Nutzung* – den Anforderungen des sicherheitsrechtlichen, streng verstandenen Bestimmtheitsgebots schwerlich genügen, um darauf auch automatisierte Auswertungen stützen zu können.[194] Auch die Ermächtigung der Landesanstalt für Medien zur „Beobachtung" von Telemediendiensten erscheint mir vor dem Hintergrund der Streubreite der Maßnahme zu wenig bestimmt, um den Maßstäben des Verfassungsgerichts aktuell zu genügen.[195]

89 Hinzu tritt – immer noch in Sachen Bestimmtheit –, dass das Bundesverfassungsgericht in *Kennzeichenkontrollen II* besonders deutlich gemacht hat, dass automatisierte Kontrollen ebenfalls *gesetzlich* hinreichend bestimmte „übergreifende Anforderungen" erfüllen müssen, zu denen das Gericht „Transparenz, individuellen Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrolle" zählt.[196] KI-basierte Verfahren stellen insoweit besondere Herausforderungen dar, etwa in Sachen statistischer Diskriminierungsschutz[197] oder der Notwendigkeit, den Einsatz zu protokollieren und Feedback-Daten zum fortlaufenden Training zu generieren, zu speichern und zu nutzen.

192 Mit Nachdruck nun BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, Az. 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = BVerfGE 165, 363 – Automatisierte Datenanalyse, Rn. 112-122.

193 § 29 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 27 Abs. 1 BPolG; dazu Näheres oben, bei → § 2 Rn. 21.

194 So wohl auch, allg. zur Frage der Tragfähigkeit der Generalklauseln, der *BfDI* v. 23.3.2022 (Onlinequelle), S. 7 ff.; möglich sei aber immerhin, ohne gesonderte Rechtsgrundlage, der Einsatz von Texterkennungssoftware. Grundlegend a. A. *Trute/S. Kuhlmann*, GSZ 2021, 103 (109 f.): „Einer [neuen, über die Datenverarbeitungsgeneralklauseln hinausgehenden Rechtsgrundlage] wird es aber jedenfalls dann nicht bedürfen, wenn die Polizei […] ausschließlich auf ohnehin zum Zwecke der Gefahrenabwehr bereits erhobene Daten zurückgreift. Insofern tritt die durch ein PP-System anhand dieser Daten generierte Prognose lediglich an die Stelle, die ansonsten ein Polizeibeamter anhand eben dieser Erkenntnisse getroffen hätte." Allerdings scheint mir die Argumentation unvollständig: Bei auf Breitenwirkung angelegten Verdachtsgewinnungsverfahren (= Verdachtslosigkeit + Streubreite) tritt die automatisierte Prognose ja gerade nicht an die Stelle einer *ohnehin* von einem menschlichen Polizeibeamten getroffenen Prognose, weil es so viele Polizeibeamte schlicht nicht gibt. Der Sinn und Zweck der hier behandelten Verfahren ist es ja gerade, das *Fehlen* menschlicher Ressourcen durch die Leistungsfähigkeit der Technologie zu kompensieren. Der Überwachungsdruck wird damit in der Summe größer.

195 A. A. aber wohl *Kühling*, ZUM 2023, 566 (572), s. schon in → § 2 Fn. 173. Großzügiger auch *Golla*, DSRITB 9 (2018), 871 (876 f.), der aber wenigstens „diffuse Anhaltspunkte" für eine situationsgebundene Schadensprognose fordert, damit die polizeilichen Generalklauseln Verdachtsgewinnungseingriffe im offenen Online-Verkehr tragen können sollen.

196 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 101, 153.

197 s. oben, → § 1 Rn. 30 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Solange die Polizei- und andere einschlägige Gesetze keine *verfahrens*rechtlichen *Automatisierungs*generalklauseln enthalten, die entsprechende Anforderungen übergreifend als Rahmenvorgaben enthalten,[198] muss dem Bestimmtheitsgebot für automatisierte Verdachtsgewinnung wohl in jedem einzelnen Ermächtigungsfall Rechnung getragen werden.

bb. Nur für gewichtige Schutzgüter (Katalog-Gebot). Zweitens erlauben die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen in der Zusammenschau die Schlussfolgerung, dass der mit *Intelligent Surveillance* verbundene Verdachtsgewinnungs/-ergänzungseingriff eben wegen des „grundsätzlich erheblichen Gewichts" nur dann als verhältnismäßig anerkannt wird, wenn er *zum Schutz von hinreichend gewichtigen Rechtsgütern* erfolgt (konkretisierte Zweckbestimmung). Der jeweils zuständige Gesetzgeber ist demnach gefordert, einen Katalog an mehr oder weniger spezifizierten Schutzgütern zu erstellen. Es kommen dafür konkrete Straftaten in Frage, aber auch – allgemeiner – die klassische Liste aus Leib, Leben, Freiheit und Bestand des Bundes und der Länder. Vor diesem Hintergrund hat sich etwa an der baden-württembergischen Regelung des § 44 Abs. 4 S. 2 PolG BW Kritik entzündet, weil darin die intelligente Videoüberwachung ganz allgemein zum „Erkennen solcher Verhaltensmuster" erlaubt wird, „die auf die Begehung [irgend]einer Straftat hindeuten".[199] 90

cc. Grundsätzlich unzulässige Datenquellen, Verbot der Rundumüberwachung. Umgekehrt sind bestimmte Daten*quellen* und Daten*typen* tabu bzw. nur unter nochmals verschärften Anforderungen auswert- bzw. nutzbar: beispielsweise Daten aus der eigenen Wohnung bzw. solche, die den Kernbereich privater Lebensgestaltung betreffen; oder solche, die die Datenanalyse auf in Art. 3 Abs. 3 GG genannte Kriterien stützen könnten; das hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil *Automatisierte Datenanalyse* besonders betont.[200] 91

Ebenfalls unzulässig sollen nach ständiger Rechtsprechung „additive Überwachungsmaßnahmen" sein für den Fall, dass sie derart umfassend ausfallen, dass räumlich und zeitlich eine „Rundumüberwachung" vorliegt.[201] Das Bundesverfassungsgericht will durch dieses aus der Menschenwürde abgeleitete und daher unbedingte (!) Verbot vermeiden, dass der Staat die seit dem *Volkszählungsurteil* 92

198 Zur Möglichkeit, im Stil von Generalklauseln auf „Vorschriften des allgemeinen oder des polizeilichen Datenschutzrechts" zurückgreifen zu können, eher zurückhaltend BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, Az. 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = BVerfGE 165, 363 – Automatisierte Datenanalyse, Rn. 114.

199 s. oben, → § 2 Rn. 22. Zur Kritik *Wendt*, ZD-Aktuell 2018, 6122.

200 BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, Az. 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = BVerfGE 165, 363 – Automatisierte Datenanalyse, Rn. 77 (für Art. 3 Abs. 3 GG), Rn. 59, 81 (für aus Online-Durchsuchungen und Wohnraum-Überwachung erlangte Daten); vgl. hierzu auch schon *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (406, 408 f.).

201 Hierzu ausf. und aktuell *Benz*, Additive Überwachungsmaßnahmen, 2024, S. 266 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

immer wieder beschworenen „Persönlichkeitsprofile“[202] erstellen kann.[203] Die Hürden für das Verbot liegen damit freilich hoch: Neben einer Datenerhebung und -verknüpfung aus vielen verschiedenen Quellen müssten die Daten auch für erhebliche Zeit[204] gespeichert werden, damit wirklich aussagekräftige Persönlichkeitsbilder erstellt werden können. Diese Rechtsprechungslinie taucht daher bislang nur im Rahmen von sehr langfristigen oder Dauerüberwachungsmaßnahmen auf sowie bei der Online-Durchsuchung;[205] sie dürfte im Fall der *per definitionem* gezielten *Intelligent Surveillance*[206] also nicht greifen (jedenfalls wenn keine anschließende Datenspeicherung auf Vorrat erfolgt).

93 Im Hinterkopf behalten sollte man zudem, dass gar nicht mehr so sicher erscheint, dass das Gericht Persönlichkeitsprofile (oder gar die *bloße Möglichkeit* ihrer Erstellung) weiterhin *per se* als Würdeverstoß werten will; jedenfalls hat es diese ohnehin problematische Figur[207] kürzlich stark relativiert: In der Entscheidung *Automatisierte Datenanalyse* hat das Gericht genau gesehen, dass *Data Mining* in der Tat die *faktische* Möglichkeit schafft, „mit einem Klick umfassende Profile von Personen, Gruppen und Milieus zu erstellen“. Das führte das Gericht aber gerade nicht zur Annahme der Verfassungswidrigkeit *per se*, sondern ‚nur‘ dazu, dass eben „dieselben verfassungsrechtlichen Anforderungen“ gelten sollen, „wie sie auch an andere tief in die Privatsphäre eingreifende Überwachungsmaßnahmen der Gefahrenabwehrbehörden gestellt werden.“[208] Dass die Behörden Persönlichkeitsprofile erstellen *können*, ist damit offenbar nicht mehr das Problem; sie *dürfen* es freilich nicht tun, wenn und weil ein Persönlichkeitsprofil so, wie das Bundesverfassungsgericht es seit dem Volkszählungsurteil als grundrechtsstaatliches *No-Go* beschrieben hat, wohl nie eine erforderliche staatliche Maßnahme darstellen wird.

94 *dd. Konkretisierte Eingriffsschwellen (hier sog. Anlassdogmatik).* Die vierte Anforderung stellt schließlich die wohl größte Hürde auf: Das Gebot der Verhältnismäßigkeit – so das Bundesverfassungsgericht in *Kennzeichenkontrollen II* in besonderer Deutlichkeit und Allgemeinheit – verlange, dass staatliche Überwachungsmaßnah-

202 Grundl. zu dieser Angst des Gerichts BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, Az. 1 BvR 209/83 u.a. = BVerfGE 65, 1 – Volkszählungsurteil, S. 42 f. Die Definition von „Persönlichkeitsbild“ fällt notorisch schwer. Einen neueren, bedenkenswerten Vorschlag liefern *Bode*, Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, 2012, S. 458, und, darauf auf- und ausbauend, *Benz*, Additive Überwachungsmaßnahmen, 2024, S. 269 f., 291.

203 Zuletzt wieder diskutiert, aber im Erg. wie stets verneint, von BVerfG, Beschl. v. 1.12.2020, Az. 2 BvR 916/11, 2 BvR 636/12 = BVerfGE 156, 63 – Elektronische Fußfessel, Rn. 250 f.

204 Für deren Bestimmung kommt es auf den Einzelfall an, s. *Benz*, Additive Überwachungsmaßnahmen, 2024, S. 273 f.

205 Für eine Rspr.-Übersicht aktuell *Benz*, Additive Überwachungsmaßnahmen, 2024, S. 265 f.

206 Dazu oben, → § 2 Rn. 9.

207 Zur grds. Kritik *Hahne*, Die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Registermodernisierung, Manuskript 2024, Abschnitt E.II.5.e und ff. Zur Krit. auch schon die Nachw. in → Fn. 75 (Einleitung).

208 Beide Zitate von BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, Az. 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = BVerfGE 165, 363 – Automatisierte Datenanalyse, Rn. 150 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

men *an einen konkreten „Anlass" gebunden* sein müssten, der die staatliche Datenverarbeitung vorhersehbar mache und begrenze und deshalb auch gesetzlich präzise normiert werden müsse (sogenannte Eingriffsschwelle).[209]

Das Gebot der Anlassbindung von staatlichen Kontrollen stützt das Bundesverfassungsgericht einerseits auf die aus der Rechtsprechung mittlerweile gut bekannten *Chilling Effects*, die das „Gefühl eines ständigen Überwachtwerdens" auf die freie und *erlaubte*[210] Grundrechtsausübung der Bürger haben könnte[211] – und die es folglich grundsätzlich zu *vermeiden* gelte. Das Gericht gibt damit einem in der Bevölkerung latent vorhandenen Misstrauen gegen den Staat juridischen Raum, dass sich dessen einzelne Repräsentanten ihrerseits womöglich (oder häufig? Oder zu oft? Oder nicht oft genug?) nicht an das geltende Recht halten oder der Staat insgesamt ins Totalitäre abgleiten könnte.[212] 95

In der Entscheidung *Kennzeichenkontrollen II* tritt zu dieser empirisch-soziologischen Begründung der Anlassdogmatik des Gerichts noch ein zweiter, stärker normativ bzw. wohl sogar rechtsphilosophisch fundierter Strang hinzu, der auch eine Reaktion auf die mitunter heftige Kritik an der Figur der *Chilling Effects*[213] sein könnte. So gehöre „[z]ur Freiheitlichkeit des Gemeinwesens", 96

209 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 93; dazu auch *Löffelmann*, GSZ 2023, 92 ff., krit. dazu, dass Anlass und Rechtsgut vom BVerfG „als zwei verschiedene Größen" behandelt werden (a. a. O., S. 94).

210 Dass das Gericht *Chilling Effects* auf *erlaubte* Verhaltensweisen befürchtet, lässt sich v. a. daran ablesen, dass es in den hier näher untersuchten Entscheidungen auf die Gefahr des *Missbrauchs* der verarbeiteten Daten durch die staatlichen Stellen hinweist, vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 10.11.2020, Az. 1 BvR 3214/15 = BVerfGE 156, 11 – Antiterrordateigesetz II, Rn. 96.

211 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 51, 98; BVerfG, Urt. v. 11.3.2008, Az. 1 BvR 2074/05 = BVerfGE 120, 378 (402) – Kennzeichenkontrollen I; BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006, Az. 1 BvR 518/02 = BVerfGE 115, 320 (355) – Rasterfahndung. In BVerfG, Beschl. v. 10.11.2020, Az. 1 BvR 3214/15 = BVerfGE 156, 11 – Antiterrordateigesetz II taucht das Gefühl des Überwachtwerdens zwar nicht auf, doch rekurriert das BVerfG hier auf die „Gefahr des Missbrauchs" bei der Verarbeitung von Daten, s. a. a. O., Rn. 96.

212 Hierzu schon *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (400 f.).

213 BVerfG, Urt. v. 2.3.2010, Az. 1 BvR 256/08 = BVerfGE 125, 260 – Vorratsdatenspeicherung, Sondervotum Eichberger, S. 380 f.; harsch *Dreier*, in: ders. (Hg.), GG Bd. I, ^{3}2013 Art. 2 I Rn. 87 m. w. N. Monographisch *Staben*, Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung, 2016, passim. Eine Übersicht über aktuelle empirische Forschungen liefern *Moll/F. Schneider*, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 104 (2021), 92 ff., bes. S. 6 f. Es gebe sich „verdichtende Hinweise" auf *Chilling Effects* in der Bevölkerung, ausgelöst durch staatliche Überwachung, aber weitere Forschung sei notwendig. Ähnl. *Büscher* et al., DuD 2023, 503 ff., dort S. 509 f. zum nachbarwissenschaftlichen Forschungsstand. Gegen die Kritik am BVerfG grundlegend *Eifert*, in: Herdegen et al. (Hg.), VerfassungsR-HdB, 2021, § 18 Rn. 119, der das Gefühl des Überwachtwerdens bzw. dessen Vermeidung als von vornherein „*normativen* Bezugspunkt einer mit dem grundgesetzlichen Freiheitsverständnis unvereinbaren anlasslosen oder vollständigen Überwachung" versteht (Hervorhebung hier). Hiergegen lässt sich freilich einwenden, dass das Gericht das dann auch so sagen müsse, denn: „Bei allem Respekt vor der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts muss auch festgestellt werden, dass diese sich nicht als Stimulans für neues Vertrauen erwiesen, sondern im Gegenteil das Misstrauen eines Teils der kritischen Öffentlichkeit noch verstärkt hat. Man kann irrationaler Angst eben nicht dadurch ihre Wirkung nehmen, dass man sie für berechtigt erklärt"; so treffend *Bull*, AöR 145 (2020), 291 (307).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„dass sich Bürgerinnen und Bürger 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 (vgl. BVerfGE 107, 299 [328]; BVerfGE 115, 320 [354 f.]; BVerfGE 120, 378 [402]; BVerfGE 122, 342 [370 f.]; BVerfGE 125, 260 [335])."[214]

97 Das freiheitliche Gemeinwesen, so kann man diesen Gedanken noch etwas weiter entfalten, basiere folglich auf einem grundsätzlichen *Vertrauen*,[215] dass seine Mitglieder auch ohne ständige Kontrolle ihrer Rechtschaffenheit eben das *sind*:[216] wenigstens so *hinreichend* rechtschaffen, dass das soziale Gefüge, dessen Ermöglichung und Erhaltung staatliche Gewalt als Vorbedingung *sowohl* von Freiheit *wie* von Gemeinwesen verpflichtet ist, ohne präventiv-staatliche Intervention Bestand hat (hier sogenannte Rechtschaffenheitsvermutung).[217] Der damit gewährte Vertrauensvorschuss ist natürlich widerleglich. Aber dafür muss der Bürger *etwas tun* (= im Sinn der überkommenen polizeirechtlichen Störerdogmatik irgendeinen Anlass liefern bzw. – als Nicht-Störer – in einem Anlass verfangen sein[218]), *nicht* umgekehrt.

98 Unklar bleibt aus dieser Perspektive, die eine Verhaltenstransparenz *der Bürger* gegenüber Staat und Gesellschaft ganz bewusst ausschließt, ob der Bestand des sozialen Gefüges dadurch gewährleistet wird, dass die Bürger sich eben im Großen und Ganzen an das Recht halten. Oder ob Ursache hierfür ist, dass zwar rechtliche „Verhaltensabweichung die Regel und nicht die Ausnahme ist",[219] dass aber die Regeleinhaltung in großem Umfang schlicht nicht erforderlich ist, um ein geordnetes Gemeinwesen zu erhalten. *Thomas Wischmeyer* etwa neigt Letzterem zu und folgert

214 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 51. Hervorhebung hier. Notabene: Die in der Klammer genannten Rechtsprechungsnachweise enthalten zwar die Argumentation mit den *Chilling Effects*, nicht jedoch die grundsätzliche Rechtfertigungsfreiheit des Bürgers. Diese erscheint m. W. in BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 51 tatsächlich erstmals.

215 Auf die Rolle von Vertrauen zur Erhaltung von Devianz gehe ich ausf. ab → S. 422 ein.

216 Vgl. in d. S. etwa *Rostalski*, GA 166 (2019), 481 (487 f.); a. A. *Kube*, AöR 146 (2021), 494 (506): „[D]ie Rechtsbefolgung durch die Bürger ist zwar staatlich erwünscht und erwartet, aber nicht Gegenstand staatlichen Vertrauens. Denn es bleibt – im Rahmen der zur Verfügung stehenden Ressourcen – stets die Option der zwangsweisen Rechtsdurchsetzung." Mit Blick auf die referierte Rspr. des BVerfG, die die Beschränkung staatlicher Überwachung und damit verbundener Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten gerade von der Ressourcenfrage abgekoppelt hat, scheint mir diese Einschätzung nicht mehr ganz zutreffend. Umgekehrt geht aber auch *Rostalski* sehr weit, wenn sie (scheinbar?) argumentiert, dass es einem freiheitlichen Gemeinweisen entspreche, auf eine „*bloße* Ansprache [des] Bürgers durch Vernunftgründe" zu setzen (Hervorhebung hier).

217 s. hierfür schon *Rademacher*, in: Zimmer (Hg.), Regulierung für Algorithmen und K Künstliche Intelligenz, 2021 , S. 229 (252 und ff.).

218 *Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 272 f., weist zutreffend nach, dass nur im ersten Fall klassische Zurechnungsgesichtspunkte tragen; im zweiten Fall geht es hingegen richtigerweise um „Aufopferungserwägungen".

219 So eine Einschätzung von *Wischmeyer*, in: Baumgärtel/Hoppen (Hg.), Informationstechnik und Recht, 2021, S. 9 (22), anschließend an die soziologischen Thesen von *Heinrich Popitz*: „Kein System sozialer Normen könnte einer perfekten Verhaltenstransparenz ausgesetzt werden, ohne sich zu Tode zu blamieren. Eine Gesellschaft, die jede Verhaltensabweichung aufdeckte, würde zugleich die Geltung ihrer Normen ruinieren."

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

daraus, dass erst das bewusste Nicht-Wissen(-Wollen) um die *tatsächliche* Rechtsbefolgung das Recht vor weitreichenden „Glaubwürdigkeitsverlusten“[220] und zugleich die zur Durchsetzung bzw. zur Behebung von Rechtsverstößen berufenen offiziellen Stellen vor einer Überlastung schütze.[221]

Zwangsläufig unterbelichtet bleiben in dieser Dogmatik die *Chilling Effects* fehlender Rechtsdurchsetzung. Diesen Aspekt macht *Hans Peter Bull* stark, wenn er darauf hinweist, dass die 99

> „Schwächung der Sicherheitsorgane im Namen der Freiheit [...] auch zu schwächerem Schutz der Bürger vor Straftätern, zugespitzt also zu größeren Entfaltungsmöglichkeiten für Störer und Rechtsbrecher führen [kann], und darüber hinaus allenfalls [zu] mehr Freiheit, sich selbst zu schützen, also eine Teilprivatisierung der Staatsaufgabe Sicherheit.“[222]

Dass diese Sorge keine theoretische ist, zeigen zwei Beispiele, einmal aus dem analogen, einmal aus dem digitalen Bereich. Hier ist zum einen die mittlerweile vielfach beobachtete Wirkung von *Hate Speech* im Rahmen von Onlinekommunikation zu nennen. Sie kann zum Phänomen des *Silencing* führen: Diskursteilnehmer, die ruhiger und interessiert an einer sachlichen Debatte sind, werden durch rechtswidrige oder grenzwertige Äußerungen anderer Teilnehmer aus dem Diskurs gedrängt.[223] Davon sind besonders, aber nicht nur, vulnerable Gruppen betroffen. 100

Als krasses Beispiel aus dem analogen Bereich kann eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts Ansbach dienen, zur verneinten Rechtmäßigkeit einer Überwachungskamera in einem Fitnessstudio: 101

> „Zwar mag die Videoüberwachung für manche eher ein willkommenes Gefühl der Sicherheit als einen unangenehmen Anpassungsdruck auslösen. Die Risiken der Aufklärbarkeit eines Diebstahls oder Übergriffs liegen aber primär im Verantwortungsbereich der Trainierenden selbst [...]. Wer das Smartphone nicht in den Spind sperrt, ist sich regelmäßig der so erleichterten Möglichkeit eines Diebstahls im Trainingsraum im Fitnessstudio bewusst. Auch dass die Aufklärung von Straftaten in einem verhältnismäßig engen Raum unter vielen sich fremden Menschen erschwert ist, dürfte den Trainierenden als Teil des allgemeinen Lebensrisikos be-

220 Es erscheint mir allerdings zweifelhaft, ob man dem auf der verfassungsrechtlichen Judikatur aufbauenden Datenschutzrecht deshalb wirklich die *rechtlich relevante* Funktion zuschreiben darf, den Staat vor der Blamage zu schützen, dass der Umfang der tatsächlichen Devianz ‚ans Licht‘ kommen könnte; in diese Richtung *Wischmeyer*, in: Baumgärtel/Hoppen (Hg.), Informationstechnik und Recht, 2021, S. 9 (21 f.): „Praktisch wird eine Überlastung des Sanktionensystems insbesondere dadurch verhindert, dass den Trägern und Trägerinnen des Sanktionssystems großflächig Verhaltensinformationen vorenthalten werden. Damit sind wir wieder beim Datenschutzrecht, dem auf diese Weise eine weitere, bisher kaum beachtete Funktion für die Stabilisierung des Rechtssystems zukommt.“

221 *Wischmeyer*, in: Baumgärtel/Hoppen (Hg.), Informationstechnik und Recht, 2021, S. 9 (21).

222 *Bull*, AöR 145 (2020), 291 (311).

223 Vgl. *Morath*, Tagesspiegel Background Digitalisierung & KI v. 8.7.2021: „Die Folge ist, dass sich immer mehr Menschen aus Netz-Diskursen zurückziehen. Eine Umfrage des Marktforschungsinstituts ‚Forschungsgruppe g/d/p‘ im Juni 2020 ergab, dass 42 Prozent aller Befragten aufgrund von Hassreden vorsichtiger eigene Beiträge im Internet formulieren oder darauf verzichten, etwas zu posten.“

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wusst sein. Es liegt in der Hand der Trainierenden selbst, dieses Risiko bei Bedarf zu minimieren, indem beispielsweise Trainingsgeräte in der Nähe der Empfangstheke gewählt werden oder zu zweit oder zu einer ‚risikoärmeren' Uhrzeit trainiert wird."[224]

102 Es dürfte sich hierbei zwar um einen außergewöhnlich üblen Fall des *Victim Blaming* handeln, der hoffentlich Seltenheitswert hat. Aber er zeigt wie unter dem Brennglas die von *Bull* beschriebene Privatisierungsgefahr.

103 *ee. Konsequenzen der Rechtsprechung für den Einsatz von KI zu Überwachungszwecken.* Was sind nun die *dogmatischen* Konsequenzen dieser doppelt[225] fundierten *grundsätzlichen* Freiheit vor Überwachung? Unstreitig dürfte aus der Anlassbindung zunächst folgen, dass Überwachungsmaßnahmen nicht „flächendeckend" eingesetzt werden dürfen;[226] und es bietet die Anlassbindung bzw. das dahinterstehende Verbot einer „ständigen" Überwachung zudem einen Ansatzpunkt für die ebenfalls quantitativ arbeitende sogenannte Überwachungsgesamtrechnung, für die mittlerweile Vorschläge vorliegen, wie sie operationalisiert werden könnte.[227]

104 Jenseits dessen wird das Bild diffuser: Es gibt Autoren, die das Gebot der Anlassbindung so konsequent durchsetzen wollen, dass *automatisierte* Verdachtsgewinnung grundsätzlich nur noch aus Anlass einer konkreten Gefahr im engen Sinn zulässig sein soll.[228] Die Technologie bzw. ihr Einsatz wäre damit weitgehend unzulässig und unsinnig. Eine Verdachtsgewinnungsmaßnahme ergibt wenig Sinn, wenn eine konkrete oder doch eine zumindest konkretisierte Gefahr[229] bereits mit anderen, *nicht* automatisierten Mitteln erkannt wäre. *Intelligent Surveillance* würde dann lediglich einer Verdachtsbestätigung oder (immerhin) einer weiteren Eingrenzung eines bereits mehr oder weniger stark verdächtigen Personenkreises bzw. Raumes/Umfeldes dienen können (Stichwort *Data Mining*).

105 Das Bundesverfassungsgericht selbst ist hier jedenfalls heute[230] deutlich weniger restriktiv. Dahinter mag Realismus stecken: Es hat besonders deutlich in *Kennzeichenkontrollen II* (an)erkannt, dass es eine Vielzahl an Verdachtsgewinnungsarran-

224 VG Ansbach, Urt. v. 23.2.2022, Az. AN 14 K 20.00083 = BeckRS 2022, 7643 – Keine Videoüberwachung im Fitnessstudio, Rn. 41. Hier geht es natürlich um privates Datenschutzrecht. Allerdings wird dem Sicherheitsrecht(sdatenschutzrecht) mittlerweile häufig *allgemein* maßstabsbildende Kraft zugewiesen; gegen diesen Kurzschluss *Marsch/Rademacher*, Die Verwaltung 54 (2021), 1 (12 ff.).

225 D. h. durch die Figur der *Chilling Effects* sowie die hier sog. Rechtschaffenheitsvermutung.

226 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 100.

227 *Poscher/Kilchling/Landerer*, Überwachungsbarometer für Deutschland, Januar 2022; für die Grundzüge immer noch *Roßnagel*, NJW 2010, 1238 ff. Vertiefend, im Erg. gut begründet skeptisch zur Überwachungsgesamtrechnung *Busche*, AöR 149 (2024), 207 (250 ff.).

228 So bes. prononciert *Sommerer*, Personenbezogenes Predictive Policing, 2020, S. 167 f.

229 Zum feinen Unterschied zwischen konkreter und konkretisierter Gefahr in → § 2 Fn. 75.

230 In BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006, Az. 1 BvR 518/02 = BVerfGE 115, 320 – Rasterfahndung hat das Gericht als Eingriffsschwelle noch eine konkrete (oder zumindest konkretisierte) Gefahr gefordert, was ihm erhebliche Kritik eingebracht hat, s. bspw. *Schoch*, in: ders. (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, S. 12, Rn. 81 ff., 775; krit. auch *Trute*, Die Verwaltung 42 (2009), 85 (98 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gements gibt – analoge und in vielen Bereichen auch schon jetzt digitale – die dem Bürger eben doch eine mehr oder weniger spezifische Rechenschaftslegung abverlangen, *ohne* dass zuvor ein polizei- oder strafrechtlicher Anlass in Form der klassischen konkreten Gefahr, des Gefahrenverdachts, der typisierten Gefahrenlage z. B. an bekannten Schwerpunktorten bzw. eines Straftatverdachts vorliegen würde. Erinnert sei nur an die beschriebenen Arrangements aus dem Geldwäschegesetz[231] und der Abgabenordnung.[232]

Das Verfassungsgericht sah sich daher offensichtlich gedrängt, den *Grundsatz* der Anlassbindung staatlicher Überwachung zugleich mit breiten *Ausnahmen* zu versehen, d. h. Maßstäbe für die Zulässigkeit von vom Gericht auch ausdrücklich sogenannten „anlasslosen Kontrollen" spezifisch im Zusammenhang mit automatisierten Verdachtsgewinnungstechnologien aufzustellen.[233] Sie sind nach der Würdigung in *Kennzeichenkontrollen II* zulässig, wenn sie „an ein gefährliches oder risikobehaftetes Tun beziehungsweise an die Beherrschung besonderer Gefahrenquellen anknüpfen"; schon darin könne „ein dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügender Grund liegen."[234] Als Beispiel für eine solche Gefahrenquelle nennt das Gericht den Betrieb eines Kfz: 106

> „Die Rechtfertigung für [automatisierte Kennzeichen-]Kontrollen [etwa zur Durchsetzung der Versicherungspflicht[235] oder auch von Geschwindigkeitsbegrenzungen[236]] kann dort bereits an der besonderen Verantwortung der Betroffenen gegenüber der Allgemeinheit anknüpfen und bedarf deshalb eines darüberhinausgehenden Anlasses grundsätzlich nicht."[237]

Ausdrücklich erlaubt bleiben auch Kontrollen, die „anlasslos stichprobenhaft" im Straßenverkehr oder, ebenfalls anlasslos, „in weiten Bereichen etwa des Umwelt- oder Wirtschaftsverwaltungsrechts" durchgeführt werden.[238] Insoweit ist allerdings nicht ganz klar, ob das Gericht damit auch *automatisiert*-anlasslose Kontrollen gemeint und damit grundsätzlich erlaubt hat. 107

231 s. oben, → § 2 Rn. 65 ff. Wobei insoweit natürlich zu beachten ist, dass das GWG teils unionsrechtlich vorgegeben ist. Für eine gründliche Prüfung am – nach dortiger Auffassung gleichwohl anwendbaren – Grundgesetz *Schindler*, Geldwäschegesetzgebung und Steuerrecht, 2021, S. 308 ff., bes. S. 339 ff., mit bes. Fokus auf das Steuerrecht.

232 s. oben, → § 2 Rn. 60 ff.

233 Es sei nur nebenbei erwähnt, dass das BVerfG hier sprachlich unglücklich operiert: Rn. 93 von BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, beginnt apodiktisch: „Verhältnismäßig ist eine Ermächtigung zu einer Kontrolle nur [sic!], wenn hierfür ein Anlass bestimmt ist […]." Das passt nicht zur nächsten Rn. 94: „Anlasslose Kontrollen sind damit nicht generell ausgeschlossen."

234 s. BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 94.

235 So ausdr. ibid.

236 So, unter Rückgriff auf die Maßstäbe in BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 94, das OVG Lüneburg, Beschl. v. 3.7.2019, Az. 12 MC 93/19 = NJW 2019, 2951 – Section Control, Rn. 24 ff.

237 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 94.

238 Ibid.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

108 *ff. Sonderfall Data Mining innerhalb einer Behörde.* Eine Besonderheit dürfte zudem für das *Data Mining* gelten, wo das Bundesverfassungsgericht die Anlassbindung für Übermittlungen zwischen Behörden und vor allem bei Zweckänderungen *verschärft* hat, für Auswertungen innerhalb „derselben Behörde" und innerhalb der „ursprünglichen Aufgabenbestimmung"[239] allerdings stark *gelockert* hat.[240] Hier, also im zuletzt genannten Fall, gilt nun, dass vernetzte Auswertungen zulässig sind, wenn entweder

> „[i.] die einbeziehbaren Daten gesetzlich nach Art und Umfang in einer Weise reduziert und die möglichen Methoden der automatisierten Analyse oder Auswertung von vornherein so eingeschränkt [sind], dass eine auf die Befugnis gestützte Maßnahme *nicht zu tieferen Einsichten in die persönliche Lebensgestaltung der Betroffenen führt* [das BVerfG sieht diese Möglichkeit als Proprium des sogenannten *Predictive Policing* an[241]] *als sie die Behörde, wenngleich aufwendiger und langsamer, auch ohne automatisierte Anwendung realistisch erlangen könnte*, oder [wenn] die Befugnis [ii.] von vornherein nur darauf [zielt], gefährliche oder gefährdete Orte zu identifizieren, ohne dabei personenbezogene Informationen zu generieren[.]"[242]

109 Dann, so das Gericht weiter, könne

> „sogar die Einhaltung des Grundsatzes der Zweckbindung ausreichen, um die weitere Verarbeitung der Daten in einer automatisierten Anwendung [‚zur Verwendung als Spurenansatz'[243]] zu rechtfertigen […]. Eine gänzlich anlasslose automatisierte Auswertung personenbezogener Daten durch Polizeibehörden zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten wäre zwar verfassungsrechtlich unzulässig; die Einhaltung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Zweckbindung [der ursprünglichen Datenerhebung] sichert dann jedoch, dass es einen Eingriffsanlass gibt."[244]

110 Lassen wir einmal die Befugnis zur Ermittlung gefährdeter Räume (= soeben, ii.) als – zu begrüßende – Erleichterung der Polizeiarbeit in einer organisatorisch-strategischen, d. h. nicht unmittelbar personenbezogenen Dimension einmal beiseite; interessanter ist die Justierung, die das Gericht unter i. vorgenommen hat. Etwas weniger umständlich formuliert besagt dieser Passus nichts anderes, als dass sich eine *Behörde mit ihren Datenbanken als Wissenseinheit* begreifen darf, die sich –

239 BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, Az. 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = BVerfGE 165, 363 – Automatisierte Datenanalyse, Rn. 57.

240 Die Neujustierung kann schon auf das BKAG-Urteil des BVerfG zurückgeführt werden, s. *Schwabenbauer*, in: Bäcker/Denninger/Graulich (Hg.), PolR-HdB, [7]2021, Abschnitt G Rn. 27 ff.; a. a. O., Rn. 30, auch zu den schwierigen Folgefragen, die diese fein differenzierende Rspr. bewirkt (z. B.: was ist „dieselbe Behörde?").

241 Vgl. für dieses anspruchsvolle Begriffsverständnis von *Predictive Policing* BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, Az. 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = BVerfGE 165, 363 – Automatisierte Datenanalyse, Rn. 98, 100, sowie schon → § 2 Rn. 42, dort 2. Bulletpoint.

242 BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, Az. 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = BVerfGE 165, 363 – Automatisierte Datenanalyse, Rn. 108 (Hervorhebung hier).

243 Ibid., Rn. 58.

244 Ibid., Rn. 108; lies dazu Rn. 57 f. (der Binnenverweis a. a. O. in Rn. 108 ist leider ungenau). Für Daten, die aus Wohnraumüberwachungen und Online-Durchsuchungen stammen, gelten allerdings *per se* verschärfte Anforderungen, s. a. a. O., Rn. 59.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

plakativ formuliert – nicht unwissender stellen muss, als sie *auch unter Einsatz technischer Hilfsmittel* ist.[245]

Beispielhaft: Liegen in zwei verschiedenen Datenbanken derselben Behörde Datensätze, die kombiniert einen polizeilich-*menschlich* unproblematisch erkennbaren Hinweis auf eine Gefahr darstellen, dann muss die Behörde nicht auf diese Erkenntnis verzichten, nur weil ihre *menschlich*-personellen Kapazitäten nicht ausreichen, um diesen Hinweis rechtzeitig zu erkennen. Sie darf dafür automatisierte Datenauswertung einsetzen, und dann sogar unter Zuhilfenahme selbstlernender Systeme,[246] vorausgesetzt eben, diese leisten keine höhere „Einsichts"-Tiefe als auch durch eine menschliche Auswertung, die mit der entsprechenden personellen bzw. zeitlichen Ausstattung möglich wäre. Damit ist in kluger Weise eine Option eröffnet, Behörden vor dem oft unfairen Vorwurf zu bewahren, sie hätten Ereignis X verhindern müssen, weil ‚der Staat' – allerdings eben in bewusst fragmentierter Form – schon über alle Informationen verfügt hätte, um dies zu tun. Freilich: Diese fast voraussetzungslose Befugnis zur Datenauswertung ist nachdrücklich auf dieselbe Behörde im selben Aufgabenkreis beschränkt. Von der alten Idee der Verwaltung bzw. des Staats *insgesamt* als (Wissens-)Einheit sind wir also nach wie vor weit entfernt. 111

b. Konvergenzen in der Rechtsprechung des EuGH. Es wird sich herausstellen, soviel sei hier vorweggenommen, dass die Anlassdogmatik des Bundesverfassungsgerichts eine dogmatisch brauchbare, aber an den Rändern und vor allem theoretisch nicht überzeugende Behelfskonstruktion ist (zu meiner Kritik sogleich, → S. 106 ff.). Bevor aber die Kernaussagen der Anlassdogmatik kritisch hinterfragt werden, soll an dieser Stelle ein kurzer Blick auf die unionsrechtliche (Grundrechts-)Rechtsprechung geworfen werden.[247] Diese wird voraussichtlich auch im sicherheitsrechtlichen Bereich immer wichtiger werden, wenn und weil der unionsrechtlich determinierte Bereich auch hier weiter anwächst, in dem die Grundrechte des deutschen Grundgesetzes folglich grundsätzlich keine Anwendung mehr finden können.[248] 112

Dafür ist das Urteil des EuGH zum Fluggastdatenabgleich wiederaufzugreifen, das vorhin schon ausführlicher geschildert wurde.[249] Legt man dieses Urteil und die soeben in groben Strichen gezeichnete Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts nebeneinander, fällt zunächst auf, dass sich mittlerweile beide Gerichte zum maschinellen Lernen als aktuell dominanter Form von KI geäußert,[250] dass beide das 113

245 Vgl. hierzu auch *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (406 f., 410).
246 Zum im Urteil *Automatisierte Datenanalyse* nicht ganz klaren Begriff → § 2 Rn. 38 ff.
247 Vgl. zur „Vision" der EU für die Regulierung von Big Data und KI im polizeilichen Einsatz auch *Bäuerle*, CR 2023, 64 ff.
248 Vgl. für die Unterscheidung von unionsrechtlich determinierten und nicht-determinierten Feldern nationalen Handelns nun aufschlussreich EuGH, Urt. v. 19.11.2019, Rs. C-609/17 (TSN), Rn. 41 ff.
249 s. oben, → § 2 Rn. 48 ff.
250 s. oben ausf., → § 2 Rn. 56 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aber angesichts der fortgeschrittenen Debatte in erstaunlich unklarer Form getan haben.[251] Noch bemerkenswerter erscheint mir allerdings, dass bzw. in welcher Entscheidung sich das Bundesverfassungsgericht noch *nicht* zum Einsatz von maschinell trainierter Mustererkennung geäußert hatte: nämlich gerade in *Kennzeichenkontrollen II*, obwohl doch Kennzeichenlesegeräte (= Bilderkennung) einen Standardanwendungsfall eben von maschinellem Lernen darstellen. Wie das Urteil zur *Automatisierten Datenanalyse* zeigt, heißt das freilich nicht, dass das Bundesverfassungsgericht hierdurch wirklich permissiver sein wollte als sein unionales Pendant – permissiver in dem Sinn, dass es keine vergleichbar restriktiv-skeptischen Hürden für den Technologieeinsatz formuliert hätte. Hier ist eine vorsichtige Kontextualisierung sowohl der Urteile wie auch – für uns noch wichtiger – der konstitutionellen Determinanten anhand der konkreten Anwendungsszenarien der KI angezeigt:

114 In *Kennzeichenkontrollen II* stand eine Technologie zur Diskussion, deren Treffer von einem menschlichen Beamten anhand eines einfachen Sichtabgleichs von Klar-Bild (= Fotoaufnahme) und Fahndungsdatei verifiziert oder falsifiziert werden können. Anders als bei einer solchen simplen Bildprüfung ist es bei den unter Umständen viel komplexeren Mustern, die zum Fluggastdatenabgleich oder eben bei der *Automatisierten Datenanalyse* genutzt werden könnten,[252] deutlich weniger gesichert, dass ein flüchtiger menschlicher Blick ausreichen würde, um einen falschpositiven Treffer auch als solchen zu erkennen, bevor gegebenenfalls belastende Folgemaßnahmen eingeleitet würden. Vor diesem Hintergrund erscheint es daher viel naheliegender und jedenfalls nachvollziehbarer, dass EuGH und Generalanwalt schon an die *Plausibilität* der Muster höhere Anforderungen stellen und damit das Thema der *explainable AI* auf die Agenda rufen,[253] welches in *Kennzeichenkontrollen II* keine Rolle gespielt hat.

115 Diese kleine Gegenüberstellung mahnt zur Vorsicht dabei, technologiebezogene verfassungsrechtliche Aussagen und Vorgaben, die hinsichtlich eines spezifischen Anwendungsszenarios sinnvoll oder gar geboten erscheinen können, undifferenziert auf alle Anwendungen derselben oder gar nur ähnlicher Technologien (gar: *Machine Learning* pauschal) zu übertragen.

116 Daneben gibt es weitere, für uns relevante Konvergenzen in der Rechtsprechung: Zum einen ist das die Forderung des EuGH, den Einsatz automatisierter Verdachtsgewinnungstechnologien aus Gründen der Verhältnismäßigkeit auf den Schutz be-

251 s. oben, → § 2 Rn. 38 ff.bzw. → § 2 Rn. 56 ff.
252 Dazu, dass das derzeit offenbar kaum der Fall ist, → § 2 Rn. 47.
253 Wenn auch nicht ausdr., vgl. dazu die Überlegungen oben, → § 2 Rn. 57 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stimmter hochrangiger Rechtsgüter zu beschränken und „gewöhnliche Kriminalität“[254] nicht einfach als ‚Beifang‘ mitzunehmen.[255]

Hinsichtlich der grundsätzlichen Anlassbindung ist der EuGH zurückhaltender als das Bundesverfassungsgericht, aber ‚Spuren‘ davon finden sich auch bei ihm: So ist zwar der bloße Grenzübertritt an der EU-*Außen*grenze Anlass genug, um alle ein- und ausreisenden Passagiere zu ‚mustern‘, was natürlich darauf hinausläuft, auf einen wirklichen Anlass, der diesen Namen verdient, zu verzichten. Aber auch insoweit stellt der EuGH unter dem Gesichtspunkt des „Zusammenhangs zwischen den [Fluggast-]Daten und den Zielsetzungen der Verarbeitung dieser Daten“ eine freilich niedrige Hürde auf, indem er fordert, dass die Handlungen, nach denen gefahndet wird, einen wenigstens „mittelbaren Zusammenhang mit der Beförderung der Fluggäste aufweisen“ müssen.[256] Der EuGH geht also nicht so weit wie das Bundesverfassungsgericht, das für eine anlasslose Kontrolle ein „gefährliches“ Verhalten fordert, das eine besondere Verantwortung des Handelnden gegenüber der Allgemeinheit begründen kann (z. B. Autofahren),[257] aber er verlangt doch immerhin, dass Verdachtsgewinnung und Bürgerhandeln eine gewisse innere *Konnexität* aufweisen,[258] die es dem Bürger plausibel machen kann, warum er nun genau bei diesem Handeln einer gesteigerten Aufmerksamkeit staatlicher Stellen ausgesetzt ist, er also ein Mehr an Rechenschaftslegung schuldet als Personen, die diese Verhalten nicht an den Tag legen. 117

Was demgegenüber die Inner-EU-Flüge angeht, ist der EuGH deutlich stärker auf der Linie des Bundesverfassungsgerichts. Im Grunde fordert auch das Unionsgericht hier einen vergleichsweise konkreten Anlass für die Maßnahme: entweder „hinreichend konkrete Umstände für die Annahme“, dass ein Mitgliedstaat „mit einer als real und aktuell oder vorhersehbar einzustufenden terroristischen Bedrohung konfrontiert ist“, um *alle* ein- und ausreisenden Fluggäste zu mustern;[259] oder, wenn es nicht um Terror mit seinen potentiell „die tragenden Strukturen eines Landes“ destabilisierenden Wirkungen geht,[260] muss es gehen um „bestimmte Flugverbindungen, bestimmte Reisemuster oder bestimmte Flughäfen […], für die es Anhaltspunkte gibt, die eine solche [Verdachtsgewinnungsmaßnahme] rechtfertigen können“,[261] um eben zumindest diese bestimmten Strecken und Flughäfen zu mustern. 118

254 EuGH, Urt. v. 21.6.2022, Rs. C-817/19 (Ligue des droits humains), Rn. 148.
255 Dazu soeben, → § 2 Rn. 49.
256 EuGH, Urt. v. 21.6.2022, Rs. C-817/19 (Ligue des droits humains), Rn. 156.
257 s. soeben, → § 2 Rn. 106.
258 Vgl. dazu auch schon *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (404 ff.).
259 EuGH, Urt. v. 21.6.2022, Rs. C-817/19 (Ligue des droits humains), Rn. 171.
260 Ibid., Rn. 170.
261 Ibid., Rn. 174.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

119 Die Maßstäbe, die in der Rechtsprechung des EuGH und der des Bundesverfassungsgerichts angelegt sind, sind daher zwar nicht identisch, für unsere, auf grundsätzliche Fragen bezogenen Überlegungen aber doch hinreichend konvergent, sodass im Folgenden vor allem wieder die – nicht nur zahlenmäßig – ausgereiftere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in den Fokus genommen werden kann und soll; zumal sie solange dominant bleiben wird, solange im Sicherheitsrecht die nicht unional determinierten Bereiche noch überwiegen.

120 *c. Dogmatisch-konzeptionelle Zweifel: Wäre es konzeptionell stimmiger, nach Gründen statt nach Anlässen zu fragen?* Tritt man einen Schritt zurück, dann ergibt sich aus dem Gesagten ein zweigleisiges Konzept, das hinter der Anlassdogmatik des Bundesverfassungsgerichts steht:

- Einmal ist Kontrolle dann und nach *Kennzeichenkontrollen II* auf den ersten Blick sogar „nur“[262] dann gerechtfertigt, wenn es einen Grund in Form eines äußerlich erkennbaren Anlasses gibt, d. h. der Bürger die Kontrolle aufgrund seines eigenen gefährlichen/strafbaren Verhaltens oder zumindest aufgrund des eigenen Agierens z. B. in einem besonders gefahrgeneigten Raum (Bahnhof, Kriminalitätsschwerpunkt etc.) *tatsächlich vorhersehen* konnte. Er ist hier, frei nach *Dieter Grimm*, tatsächlich in der Lage, den über „die eigene Rechtschaffenheit Rechtfertigung“ verlangenden Staat durch rechtmäßiges oder zumindest *bewusstes* Verhalten mehr oder weniger zuverlässig auf Distanz zu halten.[263] Auch die auf ihn einwirkenden *Chilling Effects* staatlicher Überwachung kann der Bürger in diesem Szenario quasi selbst unter Kontrolle behalten, d. h. vermeiden.
- Im anderen, ausdrücklich „anlasslos“ genannten Szenario, liegen die Dinge anders: Mit der Zulassung von Stichprobenkontrollen „in weiten Bereichen“ des Wirtschafts-, Umwelt-, aber eben auch des Verkehrs- und – unionsrechtlich bedingt – des Datenschutzrechts[264] bleibt ein Instrument im Spiel, das seine Funktionalität gerade daraus gewinnt, dass die staatliche Kontrolle jedenfalls für den Kontrollierten möglichst *un*vorhersehbar erfolgt. Durch *einzelne*, unvorhersehbare Kontrollen werden hier bewusst *allgemeine Chilling Effects* erzeugt, um eine *Breiten*wirkung in Richtung einer möglichst flächendeckenden Rechtsbefolgung

262 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 93.

263 Vgl. *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 418. Zu diesem rechtsstaatlichen Ideal auch *Barczak*, Der nervöse Staat, 2021, S. 518 ff. m. w. N. zu aktuellem Schrifttum.

264 Soweit ersichtlich unbestr. soll Art. 58 Abs. 1 lit. b, e und f DSGVO den Datenschutzaufsichtsbehörden Datenschutzüberprüfungen, Zugang zu Akten sowie das Betreten von Räumlichkeiten, einschließlich Wohnungen, anlasslos erlauben, s. statt vieler *Boehm*, in: Kühling/Buchner (Hg.), DSGVO, BDSG, [4]2024, Art. 58 DSGVO Rn. 15, 18 f. Wie das mit Artt. 7, 16 GRC vereinbar sein soll, erschließt sich mir allerdings in keiner Weise. Ob auch automatisierte Kontrollen etwa im offen zugänglichen Internet erlaubt sind, wird, soweit ersichtlich, noch nicht diskutiert.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Bürger erzeugen zu können,[265] da diese nie wissen können, ob ein konkreter Regelverstoß nicht doch ausnahmsweise hoheitlich erkannt werden wird.[266] Gebannt ist mit dem Konzept ‚Stichprobe' – das quasi als Ausnahmekonzept ein Teil des Regelkonzepts ‚Anlassbindung' ist – beim Bürger also tatsächlich nur die Gewissheit eines ständigen Überwacht*werdens*. Gezielt erzeugt und genutzt wird hingegen das Bewusstsein eines ständigen Überwachtwerden-*Könnens*. Die Begründung dafür, warum das Bundesverfassungsgericht den Bürger insoweit den durch automatisierte Kontrollen erzeugten *Chilling Effects* aussetzt, ist, wie in *Kennzeichenkontrollen II* ausdrücklich hervorgehoben, die besondere Verantwortung, die aus einem zwar erlaubten, aber gleichwohl gefahrgeneigten Verhalten des Bürgers folgt. Die Überwachung, so könnte man knapp formulieren, muss auf eine einleuchtende ‚Betriebsgefahr' einer bestimmten Betätigung, Nutzung, oder Handlung bezogen sein, was zumindest für ein gewisses Maß an Vorhersehbarkeit und Nachvollziehbarkeit sorgt.

Das alles klingt zunächst schlüssig und im Sinn einer effektiven Rechtsdurchsetzung – nämlich im Fall *hoher* Betriebsgefahren (z. B. Kraftfahrzeuge, Kernkraftwerke) – aus einer Schutzpflichtenperspektive sogar geboten. Allerdings ist der Grad zu einer allgemeinen Bürgerverantwortung für rechtmäßiges Verhalten schmal: Das zeigen die Beispiele aus dem Steuer-, Geldwäsche- oder Online-Kommunikationsrecht, in denen automatisierte Legalitätskontrollen eben doch anlasslos und sogar flächendeckend ausgerollt sind. Soll das Konzept des Bundesverfassungsgerichts hier tragen, dann müsste *jeder* Steuererklärung, *jeder* Banktransaktion und *jeder* Äußerung im Internet eine eigene, spezifische Gefährlichkeit beigemessen werden, um eine erhöhte Bürgerverantwortung und damit eine Durchbrechung der grundsätzlichen Anlassbindung staatlicher Überwachung zu rechtfertigen.[267] Oder es müsste eingeräumt werden, dass hier weder konkreter Anlass noch bürgerliche Verantwortung die (automatisierte) Überwachung rechtfertigen. 121

Es gäbe eine Alternative: Wie an anderer Stelle schon vorgeschlagen,[268] wäre es überlegenswert, das Postulat einer grundsätzlichen, allerdings schon jetzt verdünnten Anlassbindung mit ihrer Fokussierung auf *äußere* Handlungsgründe (Verhalten, Orte etc.) aufzugeben, und stattdessen allgemeiner nach *Gründen* oder *Konzepten* 122

265 s. ganz i. d. S. *Huber*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR II, [3]2022, § 43 Rn. 252: „das mit der [staatlichen] Überwachung angestrebte Ziel [ist das] einer flächendeckenden Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten".

266 So auch noch BVerfG, Beschl. v. 28.6.1994, Az. 1 BvL 14/88 = BVerfGE 91, 118 (124) – Bezirksrevisor zur Legitimität des in Stichprobenkontrollen definitionsgemäß enthaltenen Zufallselements: Es sei „dem Gleichbehandlungsgebot in besonderer Weise Rechnung [ge]tragen, da das Kontrollrisiko gleichmäßig verteilt" sei. Die Instanzgerichte waren im konkreten Verfahren noch anderer Auffassung (Willkür).

267 Vgl. mit diesen Überlegungen auch schon *Rademacher*, in: Zimmer (Hg.), Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz, 2021, S. 229 (257 ff.).

268 Zum Folgenden ebenfalls bereits ibid., S. 258 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu fragen, warum eine bestimmte Norm mit einem höheren, d. h. gegebenenfalls eben auch automatisiertem Überwachungsdruck verbunden werden könnte/dürfte. Für die genannten Szenarien der anlasslosen Geldwäsche- und Steuer-Kontrolle lassen sich solche Gründe jenseits von Anlässen und besonderer Verantwortung durchaus finden: Es handelt sich schlicht um Konstellationen, die keine unmittelbar Geschädigten kennen, die – plakativ gesprochen – angesichts eines Rechtsverstoßes um Hilfe rufen und damit die klassischen staatlichen Rechtsdurchsetzungs- und -verfolgungsmechanismen aktivieren können. Würde sich das Gemeinwesen hier allein auf anlassbasierte Verfahren (also z. B. Hinweise durch *Whistleblower* etc.) beschränken, dann wäre der Realisierungsdruck vorsichtig gesagt gering. Oder es könnte eine kategoriale Unterscheidung zwischen Überwachung versucht werden, die das Privatleben betrifft, und solcher, die berufliche Tätigkeiten betreffen.[269] Auch die vom Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung *Automatisierte Datenanalyse* ausgeführte Ermächtigung zum *Data Mining* in solchen Datenbeständen, die der Behörde selbst bereits vorliegen, lässt sich nicht mit einem Anlass, sondern nur mit einem Grund erklären; schlicht: Die Daten = Verdachtsmomente sind schon da.[270]

123 Ins Allgemeine gewendet: Ließe man sich auf die Suche nach Gründen statt nach Anlässen (als Grundsatz) und spezifischen bürgerlichen Verantwortungen (als *vermeintliche* Ausnahme) ein, dann könnten die *Spezifika* einer konkreten Norm stärker in den Blick kommen: beispielsweise das *spezifische* Fehlen klassischer (also anlassbasierter) Rechtsdurchsetzungschancen oder empirische Rechtsdurchsetzungsdefizite. Ein besonders sichtbares Beispiel für eine solche Rücksichtnahme auf (das Fehlen von) Rechtsdurchsetzungschancen in der digitalen Sphäre lieferte vor einigen Jahren die Entscheidung des EuGH zur ausnahmsweise nun doch auch anlasslos zulässigen Vorratsdatenspeicherung von IP-Adressen, wenn und weil

> „im Fall von im Internet begangenen Straftaten 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."[271]

124 Man könnte sogar überlegen, eine Erhöhung des Verfolgungsdrucks schlicht aufgrund politischer Prioritätensetzung zuzulassen, wenn etwa – wie im Fall der Serie von Wohnungseinbruchsdiebstählen, die den erstmaligen Einsatz von *Predictive-Po-*

269 So erwägenswert *N. Kuhlmann*, in: Fries/Paal (Hg.), Smart Contracts, 2019, S. 117 (123).

270 Hierzu ausf. → § 2 Rn. 109 ff.

271 EuGH, Urt. v. 6.10.2020, Rs. C-511/18 u.a. (La Quadrature du Net) = NJW 2021, 531, Rn. 154. Zusätzlich musste die Vorratsdatenspeicherung nach diesem Urteil auch noch auf die Verhütung oder Verfolgung schwerer Kriminalität oder Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit gerichtet sein (a. a. O., Rn. 156); beispielhaft verwies der EuGH auf Kinderpornographie (a. a. O., Rn. 154). 2024 folgte allerdings schon die nächste Lockerung der ursprünglich restriktiven Linie: Auch zur Bekämpfung von „Straftaten im Allgemeinen" darf eine Vorratsdatenspeicherung dann angeordnet werden, wenn andernfalls „eine echte Gefahr der systemischen Straflosigkeit" drohen würde, weil nur so die Identität von Straftätern feststellbar ist; s. EuGH, Urt. v. 30.4.2024, Rs. C-470/21 (La Quadrature du Net), Rn. 82 f., 117 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

licing-Anwendung in Deutschland (mit)motivierte[272] – aus der Bevölkerung ein Vertrauensverlust in die reale Bewirkungsleistung bestimmter Rechtssätze artikuliert wird. Das mag im ersten Augenblick rechtsstaatlich bedenklich klingen. Aber letztlich wäre damit nur anerkannt, dass sich solche Prioritätensetzungen nicht nur im materiellen Recht abbilden können, sondern – damit das materielle Recht realisiert werden kann – notwendig auch das eben dieser Realisierung geltende Recht miterfassen und mit rechtfertigen können.

Ob damit tatsächlich eine Gefahr der Ausweitung staatlicher Überwachungsbefug- 125
nisse entstünde,[273] müsste sich dann zeigen. Auf materieller Ebene hinge das davon ab, welche Anforderungen an die innere Kohärenz der Begründung gestellt werden würden, warum gerade *dieser* Rechtssatz einem verschärften, über das normale (anlassbezogene, stichprobenhafte) Maß hinausgehenden Durchsetzungsdruck ausgesetzt werden soll. Das ist, darauf sei hier nochmals hingewiesen, etwas anderes als nur zu fragen, ob das Rechtsgut, dessen Schutz die Norm dient, besonders wichtig ist. Sodann kann der Gefahr einer übermäßigen Überwachung mit einer Mischung aus prozedural-systemischen Maßnahmen begegnet werden. Und zwar dadurch,

- dass *erstens* automatisiert auswertende Überwachungsbefugnisse tatsächlich einem strengen Bestimmtheitsgebot unterworfen werden, sodass die datenschutzrechtlichen Generalklauseln oder sonstige allgemeine Aufgabenzuweisungen nicht als Eingriffsermächtigung ausreichen;
- dass *zweitens* solche Ermächtigungen mit *Sunset Clauses* versehen und damit zwingend regelmäßig demokratisch neu legitimiert und – mehr oder weniger scharf/stringent – begründet werden müssten;
- dass *drittens* an die bereits ausgebaute Diskussion um die Vorsteuerung der Verwaltung durch administrative Konzepte angeknüpft wird, die in solchen Bereichen, in denen eine gesetzgeberische Steuerung nicht sinnvoll ist (weil zu schwerfällig, zu grob, zu unflexibel etc.), eine verstärkte Selbststeuerung der Verwaltung bewirken;[274] und eventuell auch dadurch,
- dass – *viertens* – das Konzept einer Überwachungsgesamtrechnung tatsächlich operationalisiert wird (ich habe meine Zweifel, dass das wirklich geht).

Dem *Orwell*'schen Überwachungsstaat, der den Bürger auf Schritt und Tritt zur 126
Rechtfertigung über die eigene Rechtschaffenheit auffordert, wäre mittels einer Kombination aus qualitativen (= besonderer Gesetzesvorbehalt und besondere Begründungspflicht) und quantitativen Elementen (= *Sunset Clauses*, Überwachungs-

272 Vgl. hierzu *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 ff., bes. S. 415.

273 So noch meine Befürchtung in *Rademacher*, in: Zimmer (Hg.), Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz, 2021, S. 229 (259 f.).

274 Angerissen habe ich dies bereits in *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (409); s. auch *Möllers*, NVwZ 2000, 382 (387). Ausf. zur Steuerung der Verwaltung durch Konzepte *Herzmann*, VerwArch 2013, 429 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gesamtrechnung) gewehrt. Die konstruktiven Schwächen der aktuellen Anlassdogmatik würden vermieden.

127 *d. Grundrechtstheoretische Zweifel: Bildet das Recht auf informationelle Selbstbestimmung das falsche Schutzgut aus?* Die soeben genannte Kritik bzw. die aus der Kritik entwickelten Vorschläge betreffen letztlich nur die Feinjustierung einer durchaus brauchbaren Rechtsprechungslinie,[275] die konsequent auf der empirisch-normativen Doppel(hypo)these von *Chilling Effects* und Rechtschaffenheitsvermutung aufbaut und davon ausgehend zu einer wirksamen, zugleich praktisch handhabbaren Einhegung staatlicher Überwachungstätigkeit führen kann. Sie vermeidet zudem den mancherorts sichtbaren Impuls,[276] den Einsatz neuer, breitenwirksamer Verdachtsgewinnungstechnologien durch zu hohe Eingriffsschwellen vollständig an die überkommene gefahren*abwehr*rechtliche Dogmatik zu binden und damit weitestgehend zu verhindern.[277] Aus einer solchen pragmatischen Sicht wäre lediglich wünschenswert, dass die Gerichte die allzu scharfen Bestimmtheitsanforderungen zurückfahren, die das Sicherheitsrecht mittlerweile allzu unübersichtlich gemacht haben.[278]

128 Es gibt allerdings eine konzeptionelle Lücke zwischen Grund (bzw. Gründen) und Mittel. Die Lücke wird greifbar, wenn wir den Fokus auf *Intelligent Surveillance* lenken, die *keine* personenbezogenen Daten verarbeitet, und auch nicht in den Anwendungsbereich eines spezielleren Grundrechts fällt. Ist sie dann und deshalb wirklich ohne gesetzliche Ermächtigung und damit eben doch „beliebig" möglich?

129 Kehren wir an dieser Stelle noch einmal zu dem Beispiel der LiDAR-gestützten Verkehrsüberwachung zurück.[279] Zur Erinnerung: LiDAR-Technologie soll im aufgeführten Rüsselsheimer Pilotprojekt die Erfassung (an Kontrollpunkt A) und Wiedererkennung von Kraftfahrzeugen (an Kontrollpunkt B) ermöglichen, ohne dass dabei personenbezogene Daten verarbeitet werden. Erst im als Verdachtsfall definierten Trefferfall = Wiedererkennungsfall wird an Kontrollpunkt B ein hochauflösendes Lichtbild angefertigt, dass das Kennzeichen erkennen lässt und damit eine Identifikation erlaubt. Nach der oben referierten Ansicht von *Dieter Müller* braucht diese Art der Überwachung keine eigenständige Ermächtigungsgrundlage, eben weil zur Verdachts*gewinnung* keine personenbezogenen Daten verarbeitet werden; es gibt mit anderen Worten keinen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung oder ein sonstiges Grundrecht. *Konkret* zu diesem Beispiel nur so viel: Die Auslegung/Subsumtion von *Müller* ist plausibel. Sie deckt sich auf den ersten Blick zudem mit der in *Kennzeichenkontrollen II* gegebenen Begründung

275 So auch – trotz ebenfalls starker dogmatischer Kritik – *Möstl*, GSZ 2021, 89 (109 f.).
276 Vgl. Nachw. in → § 2 Fn. 228.
277 Vgl. auch *Trute/S. Kuhlmann*, GSZ 2021, 103 (107).
278 Einschließlich der noch unerfreulicheren *Spill-Over*-Effekte dieser Rspr. in die nicht-sicherheitsrechtlichen Bereiche, vgl. *Marsch/Rademacher*, Die Verwaltung 54 (2021), 1 (16 ff.).
279 s. zum Fallbeispiel ausf. oben, → § 2 Rn. 29.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dafür, warum *klassische* Rotlicht- und sonstige Verkehrskontrollen in der Tat keinen Grundrechtseingriff darstellen:

> „Indem sich die Kennzeichenkontrolle mit den Kraftfahrzeugkennzeichen auf personenbezogene Daten erstreckt, unterscheidet sie sich von Kontrollen, die gegenüber einer unbestimmten Vielzahl von Personen ohne Erfassung personenbezogener Daten durchgeführt werden und erst im Fall eines Treffers Daten zu einzelnen Personen erfassen. Dies ist etwa bei Geschwindigkeits- oder Rotlichtkontrollen im Straßenverkehr der Fall. Dort wird das Fahrverhalten zunächst ohne Erfassen des Kennzeichens und damit unabhängig von einer persönlichen Zuordenbarkeit der Kraftfahrzeuge kontrolliert. Personenbezogene Daten werden erst dann erhoben, wenn eine Übertretung gemessen und hierdurch ausgelöst ein Lichtbild erstellt wird. Dass dort ein Grundrechtseingriff nur im Trefferfall anzunehmen ist, lässt sich auf die Kennzeichenkontrolle nicht übertragen. Im Übrigen lassen sich Verkehrskontrollen auch deshalb nicht mit Kennzeichenkontrollen vergleichen, weil sie an risikobehaftetes Tun anknüpfen und damit materiell in anderem Umfang gerechtfertigt sind".[280]

Zwingend ist die Auslegung von *Müller* gleichwohl nicht; und ich habe gewisse Zweifel, ob sich das Bundesverfassungsgericht, konfrontiert mit den Potentialen von LiDAR- und Radar-Technologien, der Argumentation anschließen würde. Auch im LiDAR-Beispiel könnte man argumentieren, dass schon an Kontrollpunkt A dem jeweiligen Kraftfahrzeug sozusagen ein Identitäts*marker* zugewiesen wird, der dafür sorgt, dass er an Kontrollpunkt B im Trefferfall identifizierbar sein *wird* (vgl. Art. 4 Nr. 1 DSGVO: „Zuordnung zu einer Kennung"). Mit was wir es im LiDAR-Beispiel zu tun haben, ist also eine *zunächst* nicht-personenbezogen arbeitende Verhaltenskontrolle, die aber mit einem System der temporär eng begrenzten Identifizierbarkeits*vorsorge* arbeitet. 130

Freilich, legt man die Definition von „personenbezogen" zugrunde, wie sie das Unionsrecht in Art. 4 Nr. 1 DSGVO liefert, dann bleibt es dabei, dass *Müller* formal recht hat: Zwischen den Kontrollpunkten A und B und bevor ein Treffer die Anfertigung eines *dann* verdachts*basierten* Lichtbildes auslöst, werden Daten verarbeitet, die tatsächlich *noch nicht* identifizierbar *sind*.[281] Art. 4 Nr. 1 DSGVO scheint genau diese *aktuelle* Identifizierbarkeit zu fordern,[282] wenn man die Norm genau liest: 131

280 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 52. Zur Rechtfertigung von Überwachung aufgrund eines „risikobehafteten Tuns" oben, bei → § 2 Rn. 106.

281 Die Konstellation ist abzugrenzen von dem – häufigen – Fall, dass die Identifizier*bar*keit schon vorliegt, das Mittel zur Identifikation aber noch nicht genutzt wurde. Bsp.: eine Telefonnummer ist auch schon personenbezogenes Datum, bevor der Verantwortliche sie mit einem Namen verknüpft hat, vgl. für dieses und weitere Bsp. zum maßgeblichen Zeitpunkt der Bewertung *Klar/Kühling*, in: Kühling/Buchner (Hg.), DSGVO, BDSG, ^{3}2020, Art. 4 Nr. 1 DSGVO Rn. 24 m. w. N.

282 Vgl. aber auch Opinion 4/2007 v. 20.6.2007 der Article-29-WP "on the concept of personal data", die einen extrem weiten Begriff des Personenbezugs vorgeben wollte, der auch jede Verarbeitung von Daten erfasst hätte, deren "use is likely to have an impact on a certain person's rights and interests" (ibid., S. 11). *Purtova*, Law, Innovation and Technology 10 (2018), 40 (56 ff.) zeigt, zu welch absurden Ergebnissen ein *derart* weiter Begriff des personenbezogenen Datums führt: "weather is personal data" (ibid., S. 57).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „Im Sinne [der DSGVO] bezeichnet der Ausdruck: […] ‚personenbezogene Daten' alle Informationen, die sich auf eine identifizierte [hier sicher nein] oder identifizierbare natürliche Person […] beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann";

– identifiziert werden *kann*; nicht: identifiziert *werden* können *wird*, *nachdem noch weitere Verfahrensschritte durchlaufen wurden*.

132 Verallgemeinern wir nun von dieser Erkenntnis ausgehend, dann legt das eine Vermutung und eine Beobachtung nahe. *Erstens* die Vermutung: Die hier soeben nachvollzogene Auslegung, wie von *Dieter Müller* vorgeschlagen, ist zu formalistisch (was den Begriff des Personenbezugs anbelangt) und zu eindeutig eine Umgehung des Schutzanliegens (was das Recht auf informationelle Selbstbestimmung angeht); die Gerichte werden sich ihr nicht anschließen. Wie gesagt, das ist eine Vermutung. Entscheidender scheint mir – *zweitens* – die Beobachtung: Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung scheint den falschen Schutz*gegenstand* zu haben, falls es wirklich darum gehen soll zu verhindern, dass Bürger „beliebig […] hinsichtlich ihrer Rechtschaffenheit Rechenschaft ablegen […] müssen und dem Gefühl eines ständigen Überwachtwerdens ausgesetzt [sind]."[283] Wenn das Grundrecht gegen ständige Rechtfertigungsabfragen und den *dadurch* ausgelösten, möglicherweise in den Bereich des *rechtlich* Erlaubten übergreifenden, d. h. überschießenden Konformitätsdruck schützen soll,[284] dann dürfte es *nicht* darauf ankommen, dass bzw. ob es mehr oder weniger mühsam gelingt, ein personenbezogenes Datum zu kreieren, sondern darauf, ob eben ein *solcher* Konformitätsdruck entsteht. Es macht dann keinen Unterschied, ob ein Streckenradar eingesetzt wird, das zufällig mit personenbezogenen Daten arbeitet, oder ein klassischer ‚Blitzer', der erst im Moment des Rechtsverstoßes auslöst. In beiden Fällen zielt die staatliche Maßnahme „auf die Gewinnung von Erkenntnissen über Verdachtsmomente […]" und bringt „Personen in das Visier staatlicher Überwachungstätigkeit'".[285]

133 In gewisser Weise lässt sich eine Unsicherheit darüber, ob es tatsächlich nachhaltig ist, *nicht* personenbezogene Überwachungsregimes vom grundrechtlichen Schutz und damit Rechtfertigungsdruck auszunehmen, schon beim Bundesverfassungsgericht selbst ausmachen: Denn es sieht sich gehalten, die – offenbar? – unbegrenz-

283 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 51; vgl. dazu auch schon → § 2 Rn. 96.

284 Grundlegend BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, Az. 1 BvR 209/83 u.a. = BVerfGE 65, 1 (43) – Volkszählungsurteil.

285 *Albers*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), GVwR II, ^{2}2012, § 22 Rn. 65; Binnenzitat nach BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006, Az. 1 BvR 518/02 = BVerfGE 115, 320 (344) – Rasterfahndung.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

te, jedenfalls grundrechtlich nicht greifbare Zulässigkeit von klassischen Rotlichtkontrollen nicht nur mit dem fehlenden Eingriffscharakter zu begründen, sondern schiebt materiell nach, dass die Überwachung auch materiell rechtfertigungsfähig wäre, weil sie an ein „risikobehaftetes Tun" anknüpft.[286] Was *Kennzeichenkontrollen II* mit seiner Doppel(hypo)these von *Chilling Effects* und Rechtschaffenheitsvermutung[287] also *eigentlich* einfordern würde, wäre eine Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, die spezifisch gegen staatlich angeordnete Verhaltensabfragen schützt (Achtung: nicht Verhaltens*lenkung* im engeren Sinn, dafür wäre entweder die *Nudging*-[288] oder ist die sogleich anschließende Debatte um *Impossibility Structures* zuständig).[289]

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung erweist sich damit als zwar *im* 134
Allgemeinen wirkungsvolles, aber in Randbereichen – wie das LiDAR-Beispiel zeigt – doch ungenaues *Proxy* (also Hilfskriterium) für das, worum es aus einer verfassungsdogmatischen Kontrollperspektive eigentlich geht bzw. zu gehen scheint: erwünschte von nicht erwünschten/übermäßigen Verhaltensabfragen abgrenzen zu können. Indem im grundlegenden *Volkszählungsurteil* von 1983 grundrechtlich an die damals absehbaren *technischen* Formen der Verhaltensabfrage angeknüpft wurde (automatisierte Verarbeitung und vor allem Speicherung *personenbezogener* Daten), wurde in nach meinem Dafürhalten durchaus kluger Weise vermieden, pauschal alle verhaltensbeeinflussenden staatlichen Maßnahmen (paradigmatisch: die Streife gehende Polizistin) zu erfassen. Mit der doppelten Erfahrung totalitärer Staatlichkeit im Hinterkopf war 1983 ja auch weniger die Sorge vor derart flüchtigen Verhaltenskontrollen Motiv der Entwicklung des neuen Grundrechts, sondern vielmehr die Missbrauchsmöglichkeiten, die sich aus langfristigen, umfassenden *Persönlich*keitsprofilen ergeben sollten. *Personen*bezogene Daten waren hier der sozusagen natürliche Schutzgegenstand.

286 s. Zitat soeben, → § 2 Rn. 129.
287 s. oben, bei → § 2 Rn. 96.
288 Dazu noch einmal unten, → § 3 Rn. 478.
289 Sozusagen ein Seitengleis dieser Einsicht ist es, dass mittlerweile mehrere Zivilgerichte einen Eingriff in das (bürgerlich-rechtliche) Allgemeine Persönlichkeitsrecht im Fall von Kamera*attrappen* bejaht haben. Entwickelt wird dafür die Figur des „Überwachungsdrucks", der bejaht wird, „sofern eine Überwachung durch eine Kamera auf Grund von Verdachtsmomenten ernsthaft zu befürchten ist" (so LG Berlin, Urt. v. 14.8.2018, Az. 67 S 73/18 = ZD 2019, 129 – Überwachungsdruck durch Kamera-Attrappe; a. A. OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 12.10.2017, Az. 3 U 195/16 = ZD 2018, 313 – Keine Persönlichkeitsrechtsverletzung durch Kameraattrappe). Die Logik dieses Schutzes bleibt aber letztlich den Begrenzungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung verhaftet, weil sie eben darauf aufsetzt, dass scheinbar oder eventuell *personenbezogene* Daten verarbeitet werden. Davon heben sich solche Überlegungen in Lit. und Rspr. ab, die bereits den *Chilling Effect* als solchen als Grundrechtseingriff werten wollen, ohne dass es auf die Verarbeitung personenbezogener Daten ankommen soll; für Nachw. *Büscher* et al., DuD 2023, 503 (506). Damit handelt man sich allerdings das Problem der empirischen Ungewissheit über das tatsächliche Ausmaß dieser Effekte (wieder) ein. Vgl. hierzu schon die Nachw. in → § 2 Fn. 213.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

135 Die Frage ist, ob dieser Zuschnitt des Schutzbereichs heute noch genauso gut passt wie damals; jedenfalls muss sie aus doppeltem Grund neu gestellt werden: *erstens* natürlich mit Blick auf veränderte technische Möglichkeiten der Überwachung (= *reicht* der Schutzumfang noch aus?). Und *zweitens* in Bezug auf den veränderten Umfang automatisierter Verarbeitung von personenbezogenen Daten insgesamt. Denn wenn diese schon längst zum Alltag geworden bzw. mittlerweile sogar eine Alltagserwartung in weiten Teilen der Bevölkerung ist, die sich einen vernetzten Staat wünscht, verliert sie ihre Unterscheidungskraft, um Grundrechtseingriffe von Alltagsverhalten wirksam abgrenzen zu können (= greift der Schutz zu *weit*?). Die beiden Fragen können und sollen hier nicht beantwortet werden, ist dies doch nicht der eigentliche Schwerpunkt dieses Buches.[290] Allerdings war dieser ‚Ausflug' in die Tiefen des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung wichtig, weil – wenn es sogleich um *Impossibility Structures* geht – die zunehmend fehlende Passgenauigkeit des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zum Umgang mit neuen rechtserkenntnis- und rechtsdurchsetzungsfähigen Technologien noch einmal eine Rolle spielen wird.[291]

II. Impossibility Structures

136 Wenden wir uns nun dem – von *Intelligent Surveillance* kommend – anderen Extrem der KI-unterstützten Rechtsdurchsetzung zu: der präventiv wirksamen *Verhinderung* von Rechtsverstößen durch physisch wirkende KI-Systeme. Ich schlage zur Kategorisierung dieser Systeme den aus der frühen US-amerikanischen Diskussion übernommenen Begriff der *Impossibility Structures* vor.

1. Begriff

137 Der Begriff *Impossibility Structures* wurde von *Michael L. Rich* im Jahr 2012 in die Diskussion um strukturell-physisch wirkende Instrumente der Rechtsdurchsetzung eingebracht.[292] Er will *per se* technologie-neutral Instrumente oder Vorkehrungen im weitesten Sinn bezeichnen, die es den Rechtsunterworfenen physisch unmöglich machen sollen, sich rechtswidrig zu verhalten.[293] Recht und Vollzug fallen damit

290 Für eine krit. Bestandsaufnahme zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung *Behrendt*, Entzauberung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, 2023, passim.

291 s. unten, ab → S. 173 ff.

292 *M. L. Rich*, Harvard Journal of Law & Public Policy 36 (2013), 795 (802 ff.); s. dort auch Fn. 2, wonach der Begriff ursprünglich von *Edward Cheng* stammt.

293 Für die Übertragung des Konzepts in den deutschen Diskurs s. *Rademacher*, JZ 2019, 702 ff.; aufgegriffen u. a. von *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, ^{3}2022, § 26 Rn. 143 ff.; *Bernzen/Kehrberger*, RW 10 (2019), 374 (382 ff.), die ansonsten allerdings meist weniger verschlagwortet von „Rechtsdurchsetzung durch Informationstechnik" sprechen; *Fateh-Moghadam*, ZStW 131 (2019), 863 (871 f.);

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auf den ersten Blick in eins, ohne dazwischenliegenden Normbefolgungswillen bzw. dessen Betätigung durch den Normadressaten.[294] Reine Rechtsfolgen – wie beispielsweise die Formnichtigkeit von Testamenten – gehören für mich nicht hierher, eben weil hier nichts Physisches geschieht und sich damit von vornherein keine vergleichbaren (Rechts-)Fragen stellen.[295]

Alternativbegriffe mit einem zumindest ähnlichen (wenn auch nicht immer identischen) Bedeutungsgehalt gibt es mittlerweile viele: *Embedded Law*,[296] *Self-executing Law*,[297] *Preemptive Technologies*,[298] *Techno-Regulation*[299] oder schlicht: automatisierte Rechtsdurchsetzung.[300] Häufig verwendet werden neuerdings auch: *Law by Design*[301], *Compliance by Design*, oder – bewusst positiv konnotiert – *Legal Protection by Design*.[302] Einen interessanten Vorschlag unterbreitet *Alexander Baur*, der von „digitalen Interventionsagenten" spricht.[303] (Nennen mag man hier auch noch *Lessigs Code is Law*, wobei dieser Ausspruch die spezifische Botschaft trägt bzw. tragen sollte, dass *Code* wie oder sogar besser *als* Recht *steuert*). 138

Alle Begriffe meinen mit mehr oder weniger großen Abweichungen im Detail Strukturen, die rechtlich deviantes Verhalten und *möglichst nur* und „trennscharf" das deviante Verhalten[304] faktisch verunmöglichen oder – wo Handlungspflichten bestehen – das rechtmäßige Tun erzwingen sollen.[305] (*Predictive Policing* im Sinn einer nicht aus dem konkreten Verhalten, sondern aus vergangenen Handlungen und/oder allein aus Persönlichkeitsmerkmalen der betroffenen Person deduzierten Risikoprognose,[306] liegt damit im Vorfeld der hier betrachteten Mechanismen bzw. kann/darf aufgrund des Vorfeldcharakters also gerade nicht Wissensgrundlage für eine *Impossibility Structure* sein.) 139

übersetzt ins Deutsche nun bei *Rauber*, JZ 79 (2024), 174 ff.: „Unmöglichkeitsstrukturen". Ausf. zum Begriff, in Abgrenzung zum älteren Diskurs um physische Methoden der Kriminalprävention, *Hastedt*, MMR 2021, 696 ff.

294 Vgl. an dieser Stelle nur *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 471: „Eine wichtige Besonderheit von Algorithmen liegt darin, dass ihre Anwendung keinen Raum für Entscheidung kennt."

295 Anders *Rauber*, JZ 79 (2024), 174 (178): „zumindest verwandt".

296 *Becker*, ZUM 2019, 636 (637); *Breidenbach*, REthinking:Law 1 (2018), 38 ff.

297 *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (33); *Pasquale*, George Washington Law Rev. 87 (2019), 1 (6).

298 Vgl. für den Unterschied zwischen Prädiktion und Präemption *Burchard*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 553 (569).

299 *Brownsword*, Rights, regulation, and the technological revolution, 2008, S. 242 ff.

300 *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 11 f.; Paschke, MMR 2019, 563 (566). Ähnl. *Eisenberger*, in: Kahl/Ludwigs (Hg.), VII, 2025, § 191 Rn. 38. Unscharf *G. Wagner*, AcP 222 (2022), 56 (61), der als Bsp. für „Smart Enforcement" auch Anwendungen wie *Webcrawler* zur Detektion von illegalen Inhalten anführt, die phänomenologisch Überwachung sind.

301 *Raji*, Künstliche Intelligenz, 2023, S. 145 ff.; *Djeffal*, ZaöRV 80 (2020), 847 (849).

302 *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 218 ff.

303 *Baur*, ZIS 15 (2020), 275 (284).

304 Vgl. i. d. S. auch *Bäcker*, Vereitelungssysteme, Antrittsvorlesung in Mainz am 14.7.2022.

305 *Impossibility Structures* können also auch genutzt werden, um rechtlich verbürgte „Möglichkeitsräume" (*Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht, 2016, S. 145) offen zu halten.

306 Diesen Anwendungen setzt der AI Act nun sehr enge Grenzen, → § 2 Rn. 10 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

140 *Impossibility Structure* hat als Begrifflichkeit neben seiner internationalen Anschlussfähigkeit den zentralen Vorzug, dass er auf den Punkt bringt, worum es im Kern geht: die physisch-äußerliche *Verunmöglichung* von rechtlicher Devianz. Damit ist dann auch zugleich zum – freilich benachbarten – Phänomen des sogenannten *Nudging* abgegrenzt, das Verhaltenssteuerung beschreibt, die auf *psychische*, manipulativ-*unbewusst* erzeugte Reaktionen (in) der Zielperson setzt.[307] Um *Nudging* soll es hier – wie die nachfolgenden Anwendungsbeispiele illustrieren werden – *nicht* gehen. Allerdings, und das mag man für den Untersuchungsfokus dieser Studie als (inkaufgenommenen) Nachteil begreifen, erfasst der Begriff der *Impossibility Structure prima facie* auch rein analoge Strukturen, etwa bauliche Vorkehrungen: Ein mit Stacheldraht bewehrter Zaun realisiert das Verbot von Eigentums- oder Besitzstörungen im Zweifel effektiver als der kommunikative Effekt der sanktionsbewehrten Verbotsnorm alleine. Als *Impossibility Structures* wurden schon von *Rich* selbst auch chemische oder physiologische Einwirkungen auf Körper und Psyche von Menschen beschrieben, wie etwa eine Kastration, die in den USA gegen Sexualstraftäter eingesetzt wird.[308] Auch um diese Methoden soll es nicht gehen.

141 In den Blick genommen werden stattdessen solche *digitalen* Systeme, die mithilfe von im weiten Sinn künstlicher Intelligenz das Geschehen in der ihnen sensorisch zugänglichen ‚Umgebung' (einschließlich des Internets) in dem Sinn ‚wahrnehmen' und als rechtlich relevant ‚bewerten' können, dass sie *situativ angepasst* auf menschliches Verhalten reagieren können und dadurch insbesondere in der Lage sind, einen begonnenen menschlichen Handlungsablauf zu verunmöglichen. Deshalb hat der Begriff der Interventions*agenten* von *Baur* durchaus seine Vorzüge. Bei einem analogen Banktresor würde hingegen wohl niemand von einem *Agenten* sprechen.

142 Noch eine weitere terminologische Fokussierung ist an dieser Stelle notwendig: Es geht bei den hier sogleich untersuchten ‚intelligenten' *Impossibility Structures* nicht um bloße Automatisierung. Der Kern des Phänomens ist nämlich nicht darin zu sehen, dass ein mit automatisierten oder autonomen Fahrfunktionen[309] ausgestattetes Kfz „gänzlich ohne Zutun des Adressaten" automatisiert abbremst, um eine Geschwindigkeitsbegrenzung zu ‚befolgen'.[310] Das wäre einfach nur Automatisierung und ist eine Selbstverständlichkeit: Wenn selbstfahrende Fahrzeuge je eine Chance im regulären (also gemischten) Straßenverkehr haben sollen, müssen sie *law abiding* sein können.[311] Zur *Impossibility Structure* wird ein solches System erst dann, wenn es sich dem Steuerungsbefehl des Fahrers, an dieser Stelle schneller zu fahren, ‚wi-

307 s. statt vieler die konzise Begriffsbestimmung bei *O'Hara*, AöR 145 (2020), 133 (140) m. w. N., sowie nochmals unten, → § 2 Rn. 478.
308 Vgl. *M. L. Rich*, Harvard Journal of Law & Public Policy 36 (2013), 795 (798).
309 Zur Unterscheidung unten, → § 2 Rn. 191.
310 So *Günther*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 523 (544).
311 s. dazu nochmals ausf. unten, → § 2 Rn. 454 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dersetzt', obwohl es *grundsätzlich* dazu in der Lage wäre, den Befehl zu verarbeiten und das Auto weiter zu beschleunigen. Es ist also sehr wohl so, dass „Faktizität […] normativ imprägniert" wird, die Norm bleibt hinter der bzw. durch die *Impossibility Structure* weiterhin „latent" erkennbar, nämlich als *erkennbar situativ angepasster, physischer* Widerstand.[312] Sonstiges Produktrecht mit Lenkungscharakter ist hingegen nicht per se *Impossibility Structure* im hier gemeinten und hier interessierenden Sinn, wenngleich seine Relevanz für die Gestaltung der Gesellschaft damit natürlich nicht in Abrede gestellt werden soll.

143 In diesem Sinn intelligente *Impossibility Structures* lassen sich zunächst im staatlichen Einsatz denken, etwa in Form von automatisierten Abrechnungssystemen im kommunalen Nahverkehr. Diese würden Nutzende selbsttätig etwa anhand eines *Bluetooth*-Signals ihres Mobiltelefons oder mithilfe von Gesichtserkennungssoftware identifizieren und entsprechend der zurückgelegten Wegstrecke digital ‚abkassieren' können. Der vielfach kritisierte Tatbestand der Leistungserschleichung in § 265a StGB wäre damit in weitem Umfang überflüssig, schlicht deshalb, weil er zunehmend nicht mehr realisierbar wäre.[313] Das kleine Beispiel zeigt auch, dass die Verunmöglichung sich nicht zwingend auf rechtswidriges aktives Tun beziehen muss, sondern auch gegen rechtswidriges Unterlassen gerichtet werden kann.

144 Wahrscheinlicher ist aber, dass der Staat zunächst privaten Akteuren den Einsatz digitaler *Impossibility Structures* zur Wahrung eigener oder fremder Rechte erlaubt oder zum Schutz der Rechte und Interessen Dritter oder der Allgemeinheit sogar vorschreibt. Auf diese letzte Gruppe konzentrieren sich die folgenden Anwendungs- und Regelungsbeispiele.

2. … im Online-Kommunikationsrecht

145 *Impossibility Structures* finden sich zunächst im Feld der Online-Kommunikation: Die zwischenzeitlich vieldiskutierten *Upload*-Filter sind eine Form KI-getriebener *Impossibility Structures*.

146 *a. Ursprung: Freiwilliges Filtern der Inhalte durch die Diensteanbieter.* Eingesetzt wurden diese Systeme schon früh von öffentlich zugänglichen Online-Plattformen, um deren eigene *Content Policies* physisch und präventiv wirksam durchzusetzen. Es ging und geht hier etwa um das Verbot pornographischer Darstellungen bei *Facebook* oder *YouTube*. Das für die Durchsetzung der *Content Policies* erforderliche Filtern der von den Nutzern hochgeladenen Inhalte geschah dabei von Seiten der

312 A. A. *Günther*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 523 (544 f.), dort auch das Zitat, freilich in verneinender Form. Ähnl. wie hier hingegen *Burchard*, a. a. O, S. 568: „Faktizitätsverheißungen normativ unterfüttert".

313 Vgl. die Forderung von *Pergande*, F.A.Z. v. 11.11.2018, S. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Unternehmen zunächst rein freiwillig. Die Klarstellung, dass das Unionsrecht einer solchen freiwilligen Kontrolle nicht entgegensteht, findet sich heute in Art. 7 DSA. Eine staatliche Anweisung zur Nutzung von Filtertechnologien lag hingegen nicht vor, *durfte* wegen des Verbots der Auferlegung allgemeiner Überwachungspflichten auf die Diensteanbieter gemäß Art. 15 der E-Commerce-RL 2000/31/EG, jetzt Art. 8 DSA, auch grundsätzlich nicht vorliegen; und auch die straf- oder zivilrechtliche Haftung der Diensteanbieter für rechtswidrigen Upload ihrer Nutzer, den sie nicht proaktiv herausfiltern, war bislang nach Art. 14 E-Commerce-RL, jetzt Art. 6 DSA, ausgeschlossen.

147 Im Allgemeinen gelten diese recht umfassenden Haftungs- und Kontrollfreistellungen auch heute noch (zum ‚aber' sogleich); Voraussetzung dafür ist, dass es sich bei dem Diensteanbieter um einen Anbieter von Hosting-Diensten im Sinn der Richtlinie bzw. des DSA handelt, er rechtswidrigen Inhalt nicht positiv kennt und er – vor allem – auf Hinweis oder sonstige Kenntniserlangung hin tätig wird, d. h. den *konkreten* Inhalt löscht oder sperrt (Art. 14 Abs. 1 E-Commerce-RL/Art. 6 Abs. 1 lit. b DSA). Somit gilt für die Bekämpfung rechtswidriger Web-2.0-Inhalte in Europa weiterhin der Grundsatz *Notice-and-take-down*, greift also *im Grundsatz* ein *ex-post*-Verfahren, das gerade *nicht* zur Errichtung von *Impossibility Structures* zwingt.

148 Seinen Ursprung hat dieser – sehr Plattform-freundliche – Grundsatz im Ende der 1990er Jahre vorherrschenden rechtspolitischen Wunsch, die gerade erst entstehende, noch relativ kleine Internet-Ökonomie vor scharfen nationalen Haftungsregelungen zu schützen.[314] Die mit der niedrigschwelligen Jedermann-Kommunikation im Web 2.0 verbundenen Gefahren wurden noch nicht gesehen. Beides hat sich mittlerweile geändert, sodass vielen die sektoriell und größenmäßig undifferenzierten Haftungsprivilegien der E-Commerce-RL und nun auch des DSA als „Überprivilegierung [jedenfalls] bestimmter Geschäftsmodelle"[315] erscheint. *Daniel Holznagel* hebt insofern – unter Verweis auf die Korrekturbemühungen der deutschen Zivilgerichte – solche Hosting-Anbieter besonders hervor, die „strukturell gefahrgeneigte Geschäftsmodelle" betreiben oder die sich die Inhalte ihrer Nutzer „strukturell zu eigen machen".[316] Der Grundsatz des (nur) *Notice-and-take-down* gerät daher von vielen Seiten – legislativ wie judikativ – unter Druck, wie die nachfolgenden Beispie-

314 s. *Schiff*, Informationsintermediäre, 2021, S. 58 ff. Für die Anbieter großer Plattformen etc. noch heute *Roßnagel*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hg.), Bes. VerwR., [4]2020, § 61 Rn. 66.

315 Überzeugend *D. Holznagel*, CR 2021, 123 Rn. 10, auch zur Rspr. des BGH vor dem DSA.

316 Ibid., Rn. 10 ff. m. w. N. zur dt. Rspr. sowie krit. zu den Korrekturbemühungen des EuGH, der danach differenziert, ob der Anbieter eine „aktive Rolle" einnimmt (dann Verlust des Haftungsprivilegs) oder eine „passive" oder „neutrale Rolle" (nur dann greift das Haftungsprivileg). Ausf. und ebenfalls krit. zur (Un)Tauglichkeit des Neutralitäts-/Passivitätskriteriums *Schiff*, Informationsintermediäre, 2021, S. 165.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

le ohne Anspruch auf Vollständigkeit[317] illustrieren sollen. Zunehmend verlangen Gesetzgeber und Gerichte *ex ante* wirksame, d. h. Online-Inhalte filternde und gegebenenfalls deren Upload *hindernde* Mechanismen des Rechts(widrigkeits)schutzes im digitalen Raum,[318] die sich konzeptionell als *Impossibility Structures* kategorisieren lassen.

Bevor diese Beispiele untersucht werden, vorab noch ein aktueller Hinweis: Hier nicht näher untersucht werden kann die Frage, ab welchem Punkt die derzeit diskutierte Dynamik-[319] oder Emergenz-Regulierung[320] insbesondere von bzw. gegen Desinformationen[321] als *Impossibility Structure* gewertet werden kann. Hierbei würde – wenn sich entsprechende Vorschläge durchsetzen sollten – Kommunikation, die Muster von Desinformation aufweist, nicht verhindert werden, aber auf den Plattformen so sehr verlangsamt, dass deren Gefährlichkeit, insbesondere Demokratieschädlichkeit, gemindert werden soll. Hier wäre vielleicht etwas treffender von einer *Mitigation Structure* zu sprechen. 149

b. Filterpflichten aus dem neuen digitalen Urheberrecht? Angesichts der medialen wie auch rechtswissenschaftlichen Diskussion läge es nahe, die Diskussion um digitale Kommunikationsfilter-Technologien mit dem berüchtigten Art. 17 der 2019 verabschiedeten Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (DSM-RL)[322] zu eröffnen. Zwar schreibt auch dessen zuletzt besonders kontrovers diskutierter[323] Absatz 4 den Einsatz von Upload-Filtern zum Schutz von Urheberrechten im Internet gerade *nicht* ausdrücklich vor. Allerdings verlangt Art. 17 Abs. 3, 4 DSM-RL die Aufhebung des Haftungsprivilegs des Art. 14 E-Commerce-RL/jetzt Art. 6 DSA für den Fall, dass ein Host-Provider es versäumt hat, „nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen" zu unternehmen, damit urheberrechtlich geschütztes Material, zu dem „die Rechteinhaber den Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, nicht [öffentlich] verfügbar" ist (Art. 17 Abs. 4 lit. b DSM-RL). 150

317 Insbes. das vom BGH als Teil der Störerhaftung entwickelte *Notice-and-stay-down*-Konzept kann hier nicht ausf. vorgestellt werden. Vgl. hierzu *D. Holznagel*, CR 2021, 123 ff., schon mit Blick auf die durch den DSA festgeschriebenen Änderungen; ausf. außerdem *Schiff*, Informationsintermediäre, 2021, S. 193 ff.

318 Soweit ersichtlich wird ein solcher Trend zu "preventive monitoring […] as long as the adequate technology exists" von den meisten, wenn nicht allen Beobachtern diagnostiziert, wenn auch nicht allseits gutgeheißen, vgl. schon *Arroyo Amayuelas*, in: Schulze/Staudenmayer/Watson (Hg.), EU Digital Law, 2020, Art. 14 E-Commerce-Directive Rn. 13, mit den Zitaten und w. Nachw.

319 *Eifert*, in: Hermstrüwer/Lüdemann (Hg.), Der Schutz der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, 2020, S. 189 ff. Vgl. auch schon *Raz*, in: ders. (Hg.), The Authority of Law, ²2009, S. 279 (285 f.).

320 Ausf. *Perkowski*, Desinformationsregulierung (Manuskript 2024), passim, bes. Kap. 2.C.II.

321 Zu den Regulierungsbemühungen ibid., Kap. 1.E. Außerdem *Peukert*, JZ 2023, 278.

322 RL (EU) 2019/790 v. 17.4.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der RL 96/9/EG und 2001/29/EG, kurz DSM-Richtlinie, abgeleitet von der englischen Kurzform für *Directive on Copyright in the Digital Single Market*.

323 Für eine positive Bewertung s. *F. Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1221 ff.): „vermittelt ausgewogen zwischen der Durchsetzung des Urheberrechts im Internet und Plattform- sowie Nutzerinteressen".

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Mittelbar, nämlich um der eigenen Haftung für die ihm nunmehr *als eigene*[324] zugerechnete Rechtsverletzung seiner Nutzer zu entgehen, folgt daraus eben doch, dass die vom Anwendungsbereich des Art. 17 DSM-RL erfassten Diensteanbieter ihre Filtertechnologien nunmehr im Sinne eines *Notice-and-prevent*-Modells[325] auf den Schutz von Urheberrechten einstellen müssen. Dass das Ziel von Art. 17 Abs. 4 DSM-Richtlinie *ohne* automatisierte Filter erreicht werden könnte bzw. dass ein Verzicht auf solche Technologien heute noch den „branchenüblichen Standards" entspräche, wird soweit ersichtlich nicht ernsthaft vertreten.[326] Technisch geht es in der Regel um Bild- und Texterkennung, auf Plattformen wie YouTube spielt auch die Erkennung von geschützten Toninhalten eine wichtige Rolle.[327]

151 Aber: Auch wenn es daher so scheint, als schreibe Art. 17 DSM-RL den EU-Mitgliedstaaten die Schaffung eines Haftungsregimes vor, das Private (= Host-Provider) zum Einsatz von *Impossibility Structures* gegen Private (= Nutzer) zum Schutz anderer Privater (= Urheberinnen) vorschreibt, zeigt das deutsche Umsetzungsgesetz (das Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz [UrhDaG]), dass es einen Mittelweg zwischen dem alten Modell des erst auf eine erfolgte Rechtsverletzung reagierenden *ex-post*-Schutzes (*Notice-and-take-down*) und dem *ex ante* wirksamen Filtern gibt. Dieser für den Ausgleich der widerstreitenden Interessen vielversprechende Mittelweg[328] soll an späterer Stelle als eigene Kategorie der *Justification Structures* vorgestellt werden. Wir wollen Art. 17 DSM-RL daher fürs Erste zurückstellen, um die Diskussion später gemeinsam mit dem deutschen Umsetzungsgesetz wiederaufzugreifen (siehe unten, → S. 204 ff.).

152 Im nun Folgenden soll der Blick zunächst noch einmal zurückgehen zum in Artt. 14 f. E-Commerce-R/Artt. 6, 8 DSA geregelten Grundsätzlichen. Auch der EuGH scheint mittlerweile – nach zahlreichen, zunächst sehr Plattform-*freundlichen* Urteilen – realisiert zu haben, dass das in den genannten Normen vorgesehene undifferenzierte Haftungsprivileg mit Schuld daran ist, dass der digitale Kommunikationsraum vielfach zum ‚rechtsfreien Raum' geworden ist; der von der Richtlinie vorgesehene *ex-post*-Rechtsschutz (*Notice-and-take-down*) kommt angesichts der

324 Zum darin liegenden „Epochenwechsel" *Lennartz/Möllers*, GRUR 2021, 1109 m. w. N.

325 *Pravemann*, GRUR 2019, 783 (786): *Notice* deshalb, weil die Plattformen nicht verpflichtet sind, von sich aus nachzuforschen, ob ein Urheberrecht an einem bestimmten Upload besteht oder nicht. Allerdings ist zu beachten, dass die *Notice* nun einen anderen Bezugsgegenstand hat: Nicht mehr auf eine (konkrete) Rechtsverletzung, sondern (nur noch) auf ein zu schützendes Rechtsgut muss hingewiesen werden.

326 Soweit ersichtlich einhellige Meinung, vgl. etwa GA *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge v. 15.7.2021, Rs. C-401/19 (Polen/Parlament und Rat), Rn. 62 ff.; *Lennartz/Möllers*, GRUR 2021, 1109; *F. Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1220) m. w. N. in Fn. 15.

327 Eine knappe Übersicht und Einordnung der verfügbaren Verfahren der automatisierten Inhalteerkennung speziell für den Bereich von Art. 17 DSM-RL (Stichworte: *Hashing*, *Watermarking*, *Fingerprinting*) findet sich bei GA *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge v. 15.7.2021, Rs. C-401/19 (Polen/Parlament und Rat), Rn. 57 ff. Ausf. *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 81 ff.

328 Ähnl. *F. Hofmann*, NJW 2021, 1905 (1910): „handwerklich durchaus beeindruckend".

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verbreitungsdynamiken des Internet[329] oftmals schlicht zu spät. Zwei Urteile sind in diesem Zusammenhang von zentraler Bedeutung: die Rechtssache *Glawischnig-Piesczek* (2019) sowie die Rechtssache *Cyando* (2021).

c. Filterpflichten im Ehrschutzrecht: die Rechtssache Glawischnig. In *Glawischnig-Piesczek*[330] ging es nicht um den Schutz von Urheberrechten, sondern um den Ehrschutz in Facebook-Foren. Zur Überraschung vieler[331] urteilte der EuGH, dass es mit dem Unionsrecht, speziell Artt. 14 und 15 E-Commerce-RL vereinbar sei, wenn ein Internetdiensteanbieter (Facebook) von einem nationalen Gericht dazu verurteilt wird, automatisiert solche Meinungsäußerungen zu erkennen und zu verhindern, die *zuvor von dem nationalen Gericht* als ehrverletzend und deshalb als unzulässig bewertet wurden; und zwar unter Einschluss „wortgleicher" sowie „sinngleicher" Inhalte[332] und ungeachtet dessen, ob die Äußerung von dem ursprünglichen Beleidiger oder von anderen Nutzern des Dienstes stammen.[333] Der EuGH hat sich insoweit zu einem relativ umfassenden *Notice-and-stay-down*-Modell[334] bekannt. 153

Begründet hat der Gerichtshof die Zulässigkeit der vergleichsweise weiten präventiven Filterauflagen mit dem Schutzbedarf der beleidigten Personen, was angesichts der Verbreitungsdynamiken rechtsverletzender Inhalte im Internet auch sofort einsichtig ist. Diesen Schutzbedarf erkennt die einschlägige E-Commerce-RL auch explizit an, in ihren Artt. 14 Abs. 3, 18 Abs. 1. Darin heißt es, dass dann, *wenn* ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde eine Rechtsverletzung festgestellt hat, es zulässig ist, von den Diensteanbietern über deren Beseitigung (Sperrung/Löschung) hinausgehend zu verlangen, dass sie weitere Rechtsverletzungen „*verhindern*".[335] Unter Berücksichtigung dieser Vorschriften, so der EuGH, könne daher bei der präventiven Filteranordnung auch nicht von einer nach Art. 15 E-Commerce-RL verbotenen „allgemeinen" Überwachungspflicht die Rede sein, da wegen des engen Bezugs (= wort- oder zumindest sinngleich) zu einer *konkreten*, bereits erfolgten Verletzungshandlung eine ausweislich der genannten Vorschriften zulässige, weil „spezifische Überwachungspflicht" vorliege.[336] 154

Wohlgemerkt haben sich mit dieser Entscheidung des EuGH die Bezugspunkte dafür verschoben, was „allgemein" (= unzulässig) und was „spezifisch" (= zulässig) ist. Die Rechtsprechung des EuGH habe sich, so Generalanwalt *Saugmandsgaard* 155

329 s. dazu bes. *Eifert*, in: Hermstrüwer/Lüdemann (Hg.), Der Schutz der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, 2020, S. 189 ff.
330 EuGH, Urt. v. 3.10.2019, Rs. C-18/18 (Glawischnig-Piesczek).
331 Das Urteil wurde meist krit. aufgenommen, vgl. bspw. *Janal*, ZEuP 2021, 227 (250 f.).
332 EuGH, Urt. v. 3.10.2019 – Rs. C-18/18 (Glawischnig-Piesczek), Rn. 33 ff. bzw. 38 ff.
333 Ibid., Rn. 37.
334 *F. Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1220).
335 EuGH, Urt. v. 3.10.2019 – Rs. C-18/18 (Glawischnig-Piesczek), bes. Rn. 40 f.
336 Ibid., Rn. 34 und ff., 47.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Øe in seinen Schlussanträgen zur Rs. C-401/19 befürwortend, mit *Glawischnig* „weiterentwickelt":[337] Früher wurde „allgemein" vom EuGH (und wird in Teilen der Literatur noch heute[338]) mit Blick auf die *Menge* der vom Anbieter zu filternden Inhalte/Daten interpretiert. Wenn ein Anbieter *sämtliche* Uploads auf seine Speicher filtern muss, lag eine allgemeine Überwachung vor. Heute, so stellt *Saugmandsgaard Øe* fest, „scheint der Gerichtshof auf die Präzision der Nachforschung abzustellen[,] da es darum gehe, eine ‚konkrete' [= wort- und sinngleiche] diffamierende Information aufzuspüren und zu sperren".[339] Dass er das kann, d. h., dass der Gerichtshof diesen Trend hin zum "preventive monitoring"[340] schon unter Geltung der E-Commerce-RL in Gang setzen konnte, liegt *erstens* daran, dass Artt. 14 Abs. 3, 18 Abs. 1 E-Commerce-RL den *Verhinderungs*aspekt bereits ausdrücklich benennen, und dürfte *zweitens* darauf zurückzuführen sein, dass der *freiwillige* Einsatz von wirksamen Filtertechnologien durch die Diensteanbieter gezeigt hat, dass sie mit einer präventiven Kontrolle der hochgeladenen Inhalte trotz der teils gewaltigen Mengen dank des „technischen Fortschritts" nicht mehr überfordert sind.[341] Damit das so bleibt, also damit der mit der Filterpflicht verbundene Aufwand für die Diensteanbieter wirtschaftlich zumutbar ist (Stichwort Verhältnismäßigkeit), fordert der EuGH ausdrücklich, dass das zuständige nationale Gericht „wortgleich" und vor allem „sinngleich" derart genau ausdefinieren müsse, dass der Anbieter der Verpflichtung durch „automatisierte Techniken und Mittel zur Nachforschung" nachkommen könne, also ohne „autonome Beurteilung" der Rechtswidrigkeit einer neuerlichen Äußerung.[342] Anders ausgedrückt: Nur im Fall der *Möglichkeit* des Rückgriffs auf das, was hier als *Impossibility Structures* bezeichnet wird, sei Diensteanbietern im Anwendungsbereich von Artt. 12 ff. E-Commerce-RL die Durchsetzung des Ehrschutzrechts nach dem *Notice-and-stay-down*-Modell zumutbar.

156 Die Meinungsfreiheit der Nutzer taucht in der Abwägung des EuGH als eigenständiger Gesichtspunkt übrigens erstaunlicherweise nicht auf.[343] Der Gerichtshof

337 Vgl., auch zu den nachfolgenden Zitaten, GA *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge v. 15.7.2021, Rs. C-401/19 (Polen/Parlament und Rat), Rn. 110 ff.

338 Krit. deshalb *Janal*, ZEuP 2021, 227 (250 f.): *Glawischnig* führe zu einer – zu „revidierenden" (S. 251) – allg. Überwachungspflicht, die „der Konzeption freiheitlicher Gesellschaften" widerspreche (S. 272). A. A. *Lennartz/Möllers*, GRUR 2021, 1109 (1112): „Ihr Pflichtenprogramm [= das der Diensteanbieter, Inhalte zu filtern] ist insofern ein reaktives, als dass sie auf […] Blockadeaufforderungen reagieren, aber nicht proaktiv und anlasslos die gesamte Nutzung überwachen müssen." Ähnl. GA *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge v. 15.7.2021, Rs. C-401/19 (Polen/Parlament und Rat), Rn. 114.

339 Ibid., Rn. 112.

340 *Arroyo Amayuelas*, in: Schulze/Staudenmayer/Watson (Hg.), EU Digital Law, 2020, Art. 14 E-Commerce-Directive Rn. 13.

341 Vgl. i. d. S. auch GA *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge v. 15.7.2021, Rs. C-401/19 (Polen/Parlament und Rat), Rn. 113.

342 EuGH, Urt. v. 3.10.2019 – Rs. C-18/18 (Glawischnig-Piesczek), Rn. 45 f.

343 Hierin zeigt sich für *Schiff*, Informationsintermediäre, 2021, S. 81 eine „grundrechtliche Leerstelle" der Entscheidung.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

entwickelt die *Notice-and-stay-down*-Verpflichtung vielmehr konsequent aus dem Schutzinteresse der Hosting-Provider, das dank der Verfügbarkeit automatisierter Inhaltserkennungstechnologien nun nicht mehr in gleichem Maße wie früher relevant ist.[344] Auch der Datenschutz der Nutzerinnen wird in dem Urteil nicht als Abwägungsgut herangezogen.

d. Filterpflichten im bisherigen Urheberrecht: die Rechtssachen YouTube und Cyando. 157
In den verbundenen Rechtssachen C-682/18 und C-683/18 (*YouTube und Cyando* – im Folgenden kurz *Cyando*) geht der EuGH einen weiteren Schritt in Richtung präventiver Maßnahmen.[345] Auf den ersten Blick scheint freilich das Gegenteil der Fall zu sein: Die wieder im Urheberrecht, allerdings noch unter alter Rechtslage vor In-Kraft-Treten des Umsetzungsrechts zu Art. 17 DSM-Richtlinie spielenden Urteile werden etwa in der GRUR überschrieben mit „Keine Haftung für Internetplattformbetreiber bei Urheberrechtsverstößen in Unkenntnis der hochgeladenen Inhalte".[346] Das klingt wie eine simple Bestätigung dessen, was in Art. 14 Abs. 1 E-Commerce-RL ohnehin geregelt ist, also grundsätzlich keine Haftung vor entsprechender *Notice*.

Tatsächlich ist die Überschrift aber missverständlich, denn in einer komplexen Aus- 158
legungskonstruktion drängt der EuGH das allgemeine Haftungsprivileg in Artt. 14, 15 E-Commerce-RL zurück und verlangt zur Gewährung des Privilegs auch *ex ante* ansetzende Maßnahmen. Der EuGH gelangt dorthin, indem er die Voraussetzungen schärfer definiert, unter denen sich ein Host-Provider überhaupt darauf berufen kann, im Anwendungsbereich des Art. 14 E-Commerce-RL zu agieren. Dafür muss etwas weiter ausgeholt werden, da die Auslegung verschachtelt ist. Es lohnt sich, die entscheidenden Passagen im Wortlaut wiederzugeben. Der EuGH beginnt mit dem allgemeinen Maßstab:

> „Um zu ermitteln, ob der Betreiber einer Video-Sharing- oder Sharehosting-Plattform nach Art. 14 [Abs. 1 E-Commerce-RL] von seiner Verantwortung für die geschützten Inhalte befreit werden kann, die Nutzer rechtswidrig über seine Plattform öffentlich wiedergeben, ist daher zu prüfen, ob die Rolle dieses Betreibers *neutral* ist, d. h., ob sein Verhalten rein technisch, automatisch und passiv ist, was bedeutet, dass keine Kenntnis oder Kontrolle über die von ihm gespeicherten Inhalte besteht, oder ob der Betreiber im Gegenteil eine *aktive* Rolle spielt, die ihm eine Kenntnis dieser Inhalte oder eine Kontrolle über sie zu verschaffen vermag […]."[347]

344 Vgl. bes. EuGH, Urt. v. 3.10.2019 – Rs. C-18/18 (Glawischnig-Piesczek), Rn. 44, 46. Die Meinungsfreiheit der Nutzer wird nur implizit als mitgedacht angedeutet, vgl. Rn. 43 i. V. m. ErwGr. 41 und 9 der E-Commerce-RL (im Urteil abgedruckt unter Rn. 3). Ähnl. die Einschätzung von *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 173 f.: „mittelbar [auch] ein Schutz für die Nutzer".

345 Ähnl. die Einschätzung von *H. Frey*, MMR 2022, 97: „deutliche Tendenz […] Rechtsverletzungen im Internet stärker an der ‚Quelle' zu unterbinden."

346 GRUR 2021, 1054.

347 EuGH, Urt. v. 22.6.2021, verb. Rs. C-682/18 und C-683/18 (Peterson/Google und Elsevier/Cyando) = GRUR 2021, 1054, Rn. 106. Hervorhebungen hier.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

159 Eine *neutrale* oder passive Rolle, so der EuGH weiter, habe ein Diensteanbieter im urheberrechtlichen Zusammenhang dann *nicht*, wenn er „über die bloße Bereitstellung [seiner] Plattform hinaus dazu beiträgt, der Öffentlichkeit unter Verletzung des Urheberrechts geschützte Inhalte *zugänglich* zu machen".[348]

160 Für den Begriff des Zugänglichmachens zieht der EuGH den Begriff der „Wiedergabe" nach Art. 3 der Urheberrechtsrichtlinie heran.[349] Eine Wiedergabe in diesem Sinn liege vor,

> „wenn [der Diensteanbieter] in voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens tätig wird, um seinen Kunden Zugang zu einem geschützten Werk zu verschaffen, und zwar insbesondere dann, wenn ohne dieses Tätigwerden die Kunden das verbreitete Werk grundsätzlich nicht abrufen könnten […].[350] Um festzustellen, ob der Betreiber einer Video-Sharing- oder Sharehosting-Plattform in voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens bei der unerlaubten Wiedergabe geschützter Inhalte durch Nutzer seiner Plattform tätig wird, […] sind alle Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die die betreffende Situation kennzeichnen und es ermöglichen, direkt oder indirekt Schlussfolgerungen hinsichtlich der Frage zu ziehen, ob der Betreiber bei der unerlaubten Wiedergabe dieser Inhalte vorsätzlich tätig wird oder nicht."[351]

161 Zentral ist sodann, worauf sich der Vorsatz – die „volle Kenntnis" – beziehen muss: Nicht etwa auf die konkrete, einzelne Rechtsverletzung, sondern darauf, dass *im Allgemeinen* Urheberrechtsverstöße auf der fraglichen Plattform erfolgen; und es reicht, konträr zur Rede von der „vollen Kenntnis", sogar *Dolus eventualis*. Im Wortlaut:

> „Zu den insoweit maßgeblichen Gesichtspunkten zählen namentlich die Tatsache, dass ein solcher Betreiber, obwohl er weiß *oder wissen müsste*, dass über seine Plattform *im Allgemeinen* durch Nutzer derselben geschützte Inhalte rechtswidrig öffentlich zugänglich gemacht werden, nicht *die geeigneten technischen Maßnahmen* ergreift, die von einem die übliche Sorgfalt beachtenden Wirtschaftsteilnehmer in seiner Situation erwartet werden können, um Urheberrechtsverletzungen auf dieser Plattform glaubwürdig und wirksam zu bekämpfen […]."[352]

162 Abschließend gibt der EuGH dem vorlegenden Bundesgerichtshof auch Hinweise, was unter „geeigneten technischen Maßnahmen" in Übereinstimmung mit der „üblichen Sorgfalt" zu verstehen ist:

> „Weiter heißt es [im Vorlagebeschluss], YouTube habe verschiedene technische Vorkehrungen getroffen, um Urheberrechtsverletzungen […] zu unterbinden und zu beenden, wie etwa einen Meldebutton und ein spezielles Benachrichtigungsverfahren, um rechtsverletzende Inhalte zu melden und entfernen zu lassen, sowie ein *Programm zur Inhaltsprüfung und Inhaltserkennungsprogramme, die die Identifizierung und die Bezeichnung solcher Inhalte erleichterten*. Somit

348 Ibid., Rn. 107. Hervorhebung hier.
349 Ibid., Rn. 108.
350 Ibid., Rn. 68.
351 Ibid., Rn. 83.
352 Ibid., Rn. 84. Hervorhebung hier.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ist davon auszugehen, dass dieser Betreiber technische Maßnahmen ergriffen hat, um Urheberrechtsverletzungen auf seiner Plattform glaubwürdig und wirksam zu bekämpfen."[353]

Der EuGH hat mit dieser Rechtsprechung einen Weg gefunden, im Sinn des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach der Leistungsfähigkeit des konkreten Diensteanbieters *und* der Verfügbarkeit geeigneter Technologien („übliche Sorgfalt") justierbare Verkehrspflichten, einschließlich „proaktiver Filterpflichten",[354] einzuführen, die – mehr oder weniger elegant – an den *prima facie* entgegenstehenden Artt. 14, 15 E-Commerce-RL vorbei die übermäßige Privilegierung der Dienstanbieter und das damit verbundene defizitäre Schutzniveau der Rechteinhaber korrigieren. 163

Festzuhalten ist allerdings, dass – soweit ersichtlich – Einigkeit besteht, dass der EuGH nicht dahingehend zu verstehen ist, dass Plattform- und andere Diensteanbieter von vornherein nach *jeder* Form von Rechtsverletzung filtern/suchen müssen. Das wäre letztlich mit Art. 15 E-Commerce-RL/Art. 8 DSA unvereinbar. Wohl aber müssen sie Verfahren bereithalten, um *gleichartige Wiederholungen* von einmal konkret bezeichneten Rechtsverletzungen zu verhindern (*Notice-and-stay-down*).[355] Dadurch würde dann ein Gleichlauf mit den Maßstäben von *Glawischnig* bestehen, mit dem Unterschied freilich, dass in *Glawischnig* eine *gerichtliche* Feststellung der Initial-Rechtsverletzung vorlag, worauf es im urheberrechtlichen Bereich nicht anzukommen scheint. 164

Negativ fällt freilich insgesamt auf, wie unsicher der Maßstab erforderlicher Maßnahmen im Detail geraten ist. Denn die von den Diensteanbietern zu erfüllenden (*ex-ante*-)Pflichten erscheinen angesichts des Katalogs an *möglichen* Maßnahmen, den der Gerichtshof im Wege einer unstrukturierten Gesamtschau präsentiert hat, extrem einzelfallabhängig geraten.[356] In systematischer Hinsicht fällt auf, wie nah die in *Cyando* entwickelten allgemeinen Maßstäbe („die übliche Sorgfalt beachtenden Wirtschaftsteilnehmer" hinsichtlich der Bekämpfung von Urheberrechtsverstößen) an den speziellen Verschärfungen der Provider-Verantwortlichkeit liegen, die der Unionsgesetzgeber in Art. 17 Abs. 4 lit. b DSM-Richtlinie aufgestellt hat („nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen [zu unternehmen], um sicherzustellen, dass bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände […] nicht verfügbar sind").[357] Dieser Quervergleich verweist nun 165

353 Ibid., Rn. 94. Hervorhebung hier.

354 Vgl. *Specht-Riemenschneider*, GRUR 2021, 1066 f.

355 In diese Richtung *Zurth*, ZUM 2021, 829 (833); vgl. auch *H. Frey*, MMR 2022, 97 (99 f.), der im Erg. allerdings davon ausgeht, dass sich das *Stay-down* nur auf den „konkreten Inhalt" beziehen kann (a. a. O. in Fn. 30). Das würde allerdings der Rechtsprechungslinie in *Glawischnig* zuwiderlaufen, wo der Rechtsschutz auf *Notice* hin gerade auch „sinngleiche" Rechtsverletzungen erfassen sollte.

356 Das gilt gerade auch für den Einsatz von Inhaltserkennungstechnologien, vgl. beispielhaft die Unsicherheiten bei *H. Frey*, MMR 2022, 97 (99 f.).

357 So auch *Specht-Riemenschneider*, GRUR 2021, 1066; s. auch *H. Frey*, MMR 2022, 97 (98): „Gleichlauf zu Art. 17 Abs. 4 DSM-RL".

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

doch noch einmal zurück zu den *gesetzgeberischen* Bemühungen, die Kontrolle der Online-Kommunikation von einem *ex-post-* auf ein präventives Konzept umzustellen. Zwei weitere Beispiele aus diesem inkrementellen Prozess seien hier noch vorgestellt:

166 *e. Ausdrückliche proaktive Filterpflichten aus dem Unionsrecht: Anti-Terror-Gesetzgebung.* Hier ist der Blick auf die Verordnung (EU) 2021/784 zur Bekämpfung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte zu richten [TCO-VO[358]]. Sie wurde am 29. April 2021 verabschiedet und gilt seit dem 7. Juli 2022.[359] Auch hier geht es darum, die Anbieter von Hosting-Diensten in die Kontrolle von Online-Kommunikation einzubinden, diesmal mit dem Ziel, „deren Missbrauch […] zur Verbreitung terroristischer Online-Inhalte" zu bekämpfen.[360] In diesem Fall interessiert uns auch die Gesetzgebungsgeschichte. Denn in ihrem schon 2018 vorgelegten Verordnungsvorschlag[361] wollte die Kommission die Hosting-Anbieter noch auf ein umfassendes Set an ausdrücklich sogenannten „proaktiven Maßnahmen" festlegen; einmal in Form des schon bekannten *Notice-and-stay-down*-Verfahrens. Dafür hieß es in Art. 6 Abs. 2 des Vorschlags:

> „Im Fall einer Unterrichtung [eines Hostingdiensteanbieters über einen zu entfernenden Inhalt fordert die] zuständige Behörde den Hostingdiensteanbieter auf, innerhalb von drei Monaten nach Eingang der Aufforderung und danach mindestens einmal jährlich einen Bericht über die von ihm ergriffenen spezifischen proaktiven Maßnahmen, *einschließlich der Verwendung automatisierter Werkzeuge*, vorzulegen, um (a) ein *erneutes Hochladen von Inhalten, die zuvor entfernt oder gesperrt wurden*, weil sie als terroristische Inhalte erachtet werden, *zu verhindern* […]."[362]

167 Soweit, so klassisch. Diese konkrete *Notice* sollte allerdings zugleich der Anlass für eine umfassende Pflicht zur proaktiven Filterung der auf der konkreten Plattform stattfindenden Kommunikation/des dortigen Uploads insgesamt sein. Dafür sollte es unmittelbar folgend in lit. b von Art. 6 Abs. 2 heißen: „(b) terroristische Inhalte zu erkennen, zu ermitteln und unverzüglich zu entfernen oder zu sperren."

168 Das ging dem Europäischen Parlament zu weit. Es sorgte sich um die Meinungs- und Äußerungsfreiheit der Nutzenden des so in die Pflicht genommenen Diensteanbieters.[363] Am Ende des Trilogs steht nun als Kompromiss Art. 5 TCO-VO über „spezifische [nicht mehr: proaktive] Maßnahmen". Die finale Norm erstreckt sich über acht Absätze, zahlreiche Unterabsätze und Aufzählungen, und ist damit außerordentlich kompliziert geraten. Im Grunde ist das zu etablierende System aber

358 TCO steht für *Terrorist Content Online*.
359 Art. 24 UAbs. 2 TCO-VO (EU) 2021/784.
360 Vgl. Art. 1 Abs. 1 TCO-VO (EU) 2021/784.
361 s. COM(2018) 640 final v. 12.9.2018.
362 Hervorhebung hier.
363 Vgl. Art. 6 Abs. 4 S. 2, 3 der Stellungnahme des EP in Dok. P8_TA-PROV(2019)0421.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

relativ simpel; insbesondere das präventive Grundkonzept bleibt erhalten: Sobald ein Diensteanbieter zwei behördliche Anordnungen erhalten hat, terroristische Inhalte zu entfernen, kann er in der Regel von der zuständigen Behörde „als terroristischen Inhalten ausgesetzt" verbeschieden werden.[364] Diese förmliche Feststellung verpflichtet ihn dann dazu, „spezifische Maßnahmen [zu ergreifen], um zu verhindern, dass über seine Dienste terroristische Inhalte öffentlich verbreitet werden."[365] Für uns relevant ist das, weil zu diesen spezifischen Maßnahmen ausdrücklich auch „*technische Mittel* [zählen], um terroristische Inhalte *zu ermitteln* und *unverzüglich zu entfernen* oder den Zugang dazu zu sperren".[366] Allerdings „entscheidet [der Hostinganbieter] selbst über die zu treffenden spezifischen Maßnahmen"[367] und es ist der zuständigen Behörde, welche die Geeignetheit und Adäquanz der ergriffenen Maßnahmen beurteilen darf und muss, *verwehrt*, spezifisch die Verwendung „automatisierter Verfahren" anzuordnen.[368] Kurz: der Diensteanbieter darf,[369] muss aber nicht automatisierte Verfahren der Inhalterkennung und -löschung/-sperrung nutzen, *sofern* er eben andere geeignete „spezifische Maßnahmen" ergreifen kann. Hierzu zählt die Verordnung *Flagging*-Mechanismen für Nutzer der Dienste, „weitere Mechanismen zur stärkeren Sensibilisierung für terroristische Inhalte", und „jedwede andere Maßnahme, die der Hostingdiensteanbieter für geeignet hält, um gegen die Verfügbarkeit terroristischer Inhalte" vorzugehen.[370]

Ob diese Maßnahmen ausreichen, um die Terror-Kommunikation „wirksam einzudämmen"[371], *ohne* auf die „automatisierten Verfahren" zurückzugreifen, wird die Praxis erweisen müssen. Zu erinnern ist freilich daran, dass der EuGH in seiner *Cyando*-Entscheidung den Einsatz von Inhaltserkennungstechnologien zum Schutz von *Urheber*rechten bereits als Teil der „üblichen Sorgfalt von Wirtschaftsteilnehmern" qualifiziert hat.[372] 169

Bei aller scheinbaren Gemeinsamkeit oder zumindest Konsequenz der genannten Urteile und Gesetzgebungsvorhaben – Konsequenz im Sinne von: vorsichtige Verschiebung von der *ex-post*-Kommunikationskontrolle in Richtung *präventiv-verhindernder* Verfahren –, bei all dieser *verfahrensmäßigen* Konsequenz also ist auf einen wichtigen *qualitativen* Unterschied hinzuweisen: Während der EuGH in *Glawischnig* großen Wert darauf legte, dass die Filterpflichten der Hosting-Anbieter diese nicht in die Position bringen dürfen, eine „autonome Beurteilung" über die Ehr- 170

364 Vgl. Art. 5 Abs. 4 TCO-VO (EU) 2021/784.
365 Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 TCO-VO (EU) 2021/784.
366 Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 lit. a TCO-VO (EU) 2021/784. Hervorhebungen hier.
367 Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1, auch Abs. 6 UAbs. 2 TCO-VO (EU) 2021/784.
368 Art. 5 Abs. 8 UAbs. 2 TCO-VO (EU) 2021/784.
369 Vgl. i. d. S. auch nochmals nachdrücklich ErwGr. 25 zur TCO-VO (EU) 2021/784.
370 Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 lit. b bis d TCO-VO (EU) 2021/784.
371 So die Maßgabe von Art. 5 Abs. 3 lit. a TCO-VO (EU) 2021/784.
372 s. soeben, → § 2 Rn. 162.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

widrigkeit einer Aussage vornehmen zu müssen,[373] und während im Urheberrecht immerhin der Schutz*gegenstand* noch relativ klar umrissen ist,[374] beziehen sich die durch die TCO-VO aufgestellten proaktiven Filter-‚Obliegenheiten' gegen „terroristische Inhalte"[375] auf hochgradig auslegungs- und kontextualisierungsbedürftige Informationen/Daten. Ohne eine aktiv abwägende Rolle der Diensteanbieter wird es hier nicht gehen. Das erklärt, warum die Verordnung die Diensteanbieter (!) außerordentlich wortreich auf die Berücksichtigung der Meinungsfreiheit und sonstigen „Grundrechte der Nutzer" festlegt,[376] und warum sie eine „menschliche Beaufsichtigung und Überprüfung" der automatisierten Verfahren fordert, „um für Genauigkeit zu sorgen und zu verhindern, dass Materialien entfernt werden, bei denen es sich nicht um terroristische Inhalte handelt."[377] Konsequenterweise sieht die Verordnung dann auch nicht nur die Möglichkeit von gerichtlichem Rechtsschutz gegen Lösch- und Sperrentscheidungen vor,[378] sondern verlangt den Diensteanbietern die Einrichtung interner Beschwerdemechanismen ab.[379]

171 *f. Perspektive Digital Services Act: weitere Impulse in Richtung präventiver Rechtskontrolle mit allgemeiner Reichweite.* Abschließend soll die Betrachtung noch einmal vom Speziellen zurück ins Allgemeine/Horizontale geweitet werden. Damit kommt die Nachfolgeregelung für Art. 14 E-Commerce-RL im *Digital Services Act* in den Blick. Wie schon gesagt greift der DSA mit seinem zentralen Art. 6 [Hosting] das *Notice-and-take-down*-Konzept von Art. 14 E-Commerce-RL *prima facie* erneut auf:[380]

> „(1) Bei der Durchführung eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der in der Speicherung der von einem Nutzer bereitgestellten Informationen besteht, haftet der Diensteanbieter nicht für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen, sofern er

373 Vgl. oben, → § 2 Rn. 155.

374 Die Urheber müssen diese Information selbst bereitstellen, die Hostingdiensteanbieter m. a. W. insofern nicht aktiv suchen, vgl. Art. 17 Abs. 4 lit. b DSM-RL (EU) 2019/790. Damit ist nicht in Abrede gestellt, dass die urheberrechtlichen Ausnahmetatbestände (Satire etc.) dann wiederum sehr wohl kontextsenibel sind.

375 s. zur Legaldefinition – unter Rückgriff auf diverse Straftatbestände, was immerhin der Rechtssicherheit dient – Art. 2 Nr. 7 TCO-VO (EU) 2021/784.

376 Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 TCO-VO (EU) 2021/784.

377 Art. 5 Abs. 3 UAbs. 2 TCO-VO (EU) 2021/784. Dieser letzte Unterabsatz enthält natürlich eine gewisse Auslegungsunsicherheit: Ich gehe hier mit Blick auf den Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 lit. a TCO-VO (EU) 2021/784 davon aus („technische Mitte, um zu ermitteln *und* unverzüglich zu *entfernen*"), dass diese „menschliche Überprüfung" nicht in jedem Einzelfall gefordert wird, sondern sich auf die verwendete Technologie bezieht, z. B. durch Stichprobenkontrollen. Das kann man im Interesse des Grundrechtsschutzes auch anders auslegen, d. h. unter Verweis auf das nur „Unverzüglich" eine menschliche Überprüfung *in jedem Einzelfall* fordern. Dass das praktikabel wäre, bezweifele ich. Folgt man dennoch der restriktiven Auslegung, dann wäre Art. 5 TCO-VO (EU) 2021/784 kein Bsp. für eine rein KI-basierte *Impossibility Structure*, sondern für staatlich angeregte *Intelligent Surveillance* (= „ermitteln"), mit menschlicher Freigabe des *anschließenden* Einsatzes einer Verhinderungsstruktur.

378 Art. 9 TCO-VO (EU) 2021/784.

379 Art. 10 TCO-VO (EU) 2021/784.

380 Statt vieler dazu *Janal*, ZEuP 2021, 227 (244 ff.) m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) keine tatsächliche Kenntnis von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder illegalen Inhalten hat und sich in Bezug auf Schadensersatzansprüche auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst ist, aus denen eine rechtswidrige Tätigkeit oder illegale Inhalte offensichtlich werden, oder

b) sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erlangt, zügig tätig wird, um den Zugang zu den illegalen Inhalten zu sperren oder diese zu entfernen."

Wie wir gesehen haben, hat die jüngere Rechtsprechung des EuGH die ganz ähnlich lautende Vorgängervorschrift im Bereich der öffentlichen Online-Kommunikation Stück für Stück ins Präventiv-Hindernde gewendet – also hin zu *Impossibility Structures* nach hiesiger Konzeption. Bei genauem Hinsehen konsolidiert der DSA diesen Trend und hebt ihn vor allem über die sektoriellen Ausprägungen im Ehrschutz, Urheberrecht und der Terrorismus-Bekämpfung hinaus auf die horizontale regulatorische Ebene: 172

Erstens verweist der Kommissionsvorschlag ausdrücklich auf die Rechtssache *Glawischnig*,[381] und damit auf das Modell des *Notice-and-stay-down*, das die Anordnung einer Filterpflicht auch für *sinn*gleiche Rechtsverletzungen erlaubt, *sobald* die ‚Initialtat' behördlich oder gerichtlich festgestellt ist.[382] Die damit in der Rechtsprechung begonnene Verschiebung der Dogmatik ins Präventiv-Hindernde wird somit *allgemein* konsolidiert, selbst wenn Art. 8 DSA in der Nachfolge von Art. 15 E-Commerce-RL weiterhin behauptet,[383] dass eine „allgemeine Verpflichtung zur Überwachung oder aktiven Nachforschung" den Diensteanbietern nicht auferlegt werden dürfe. 173

Zweitens spricht einiges dafür, dass der DSA auch die in *Cyando* entwickelte Definition der „aktiven Rolle" eines Diensteanbieters verfestigen könnte. Zur Erinnerung: eine aktive Rolle führt zum *Wegfall* des Haftungsprivilegs. Und eine aktive Rolle kann, so lässt sich die verschachtelte Argumentation des EuGH deuten,[384] dann vorliegen, wenn ein Anbieter *keine* „geeigneten technischen Maßnahmen" zur Erkennung rechtswidriger Inhalte einsetzt, obwohl das der „üblichen Sorgfalt" der konkreten Branche entspricht. Der EuGH hat damit für die Frage der „aktiven Rolle" also ein wertend festzustellendes Kennen-*Müssen* von im *Allgemeinen* (!) durch die Nutzer begangenen Rechtsverletzungen der Kenntnis von konkreten Rechtsverletzungen gleichgesetzt.[385] Der DSA benennt die für die Plattform negati- 174

381 Dazu soeben, → § 2 Rn. 153.

382 s. COM(2020) 825 final v. 15.12.2020, S. 4, in/bei Fn. 8: „Solche Anordnungen [an Diensteanbieter, gegen ‚bestimmte spezifische Inhalte' vorzugehen], insbesondere wenn sie den Anbieter verpflichten, das erneute Auftreten illegaler Inhalte zu verhindern, müssen im Einklang mit dem Unionsrecht, insbesondere mit dem Verbot der Auferlegung allgemeiner Überwachungspflichten, in der Auslegung durch den Gerichtshof der Europäischen Union [z. B. Urt. v. 3. Oktober 2019, Glawischnig-Piesczek (C-18/18)], erlassen werden."

383 Dazu, dass *Glawischnig* durchaus als Zulassung der Auferlegung einer allg. Überwachungspflicht verstanden werden könnte, s. soeben, bei/in → § 2 Fn. 338.

384 s. oben, → § 2 Rn. 162.

385 Vgl. nochmals oben, → § 2 Rn. 161.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ven Folgen einer „aktiven Rolle" in Erwägungsgrund 18[386], indem er für die Geltung des Haftungsprivilegs ausdrücklich eine „neutrale" Rolle verlangt. Nachdem der DSA in der finalen Fassung *nach* dem Urteil in *Cyando* verabschiedet wurde, ist davon auszugehen, dass die Rechtsprechung des EuGH bekannt war und damit als legislativ bestätigt gelten kann.

175 Noch nicht abschließend beurteilt werden kann hier *drittens* die Frage, ob der DSA über den *indirekten* haftungsrechtlichen Weg hinausgehend sogar eine *direkte* Rechtspflicht zum Einsatz von Filter- oder ähnlichen Technologien enthalten könnte. Auf den ersten Blick tut er das nicht; er privilegiert lediglich deren *freiwilligen* Einsatz (siehe sogleich). Allerdings wird insoweit noch der praktische und anschließend auch aufsichtsbehördliche Umgang mit Art. 20 DSA genau zu beobachten sein. Die Norm verpflichtet solche Hosting-Diensteanbieter, die „Online-Plattformen" im Sinn der Verordnung sind,[387] ein internes Beschwerdeverfahren einerseits *gegen* (vermeintlich) unberechtigte *Sperrungen* vorzuhalten. Andererseits – umgekehrt – werden die Anbieter nach Art. 20 Abs. 4 aber auch verpflichtet, *rechtswidrige* Inhalte *zu sperren*, und zwar „in dem Umfang, der angesichts des gemeldeten Inhalts angemessen ist (vgl. ErwG 58 S. 4)."[388] Bedenkt man, was der Gerichtshof im Rahmen seiner *Glawischnig*-Rechtsprechung für angemessen hielt (= auch proaktive Sperrung von *sinn*gleichen Inhalten),[389] könnte sich hier ein weiterer, rechtsverbindlicher und vor allem durch die Aufsichtsbehörden durchsetzbarer Motor für den Einsatz von *Impossibility Structures* verborgen halten.

176 Keinerlei Unsicherheiten lässt der DSA *viertens* daran aufkommen, dass „freiwillige Untersuchungen oder andere Tätigkeiten zur Erkennung, Feststellung und Entfernung illegaler Inhalte oder zur Sperrung des Zugangs zu illegalen Inhalten" von Seiten der Hosting-Diensteanbieter (auch sogenannte *Content Moderation*) *nicht* zum Wegfall des Haftungsprivilegs führen sollen, sie also *keine* (für die Plattformen unerfreuliche) „aktive Rolle" begründen (Art. 7 DSA). Die Frage war in der Literatur längere Zeit umstritten,[390] wurde vom EuGH in *Cyando* dann aber nega-

386 Der ErwGr. lautet: „[1]Die in dieser Verordnung festgelegten Haftungsausschlüsse sollten nicht gelten, wenn der Anbieter sich nicht darauf beschränkt, die Dienstleistungen auf neutrale Weise und durch die bloße technische und automatische Verarbeitung der vom Nutzer bereitgestellten Informationen zu erbringen, sondern dahingehend eine aktive Rolle einnimmt, dass er Wissen oder Kontrolle über diese Informationen erhält. [2]Diese Ausschlüsse sollten dementsprechend nicht für die Haftung im Zusammenhang mit Informationen gelten, die nicht vom Nutzer bereitgestellt werden, sondern vom Anbieter des Vermittlungsdienstes selbst, auch wenn diese Informationen im Rahmen der redaktionellen Verantwortung dieses Anbieters entwickelt wurden."

387 Art. 3 lit. i DSA; und sofern nicht die Bereichsausnahme für Kleinst- und Kleinunternehmen in Art. 19 greift.

388 *Raue*, in: Hofmann/Raue (Hg.), NK-DSA, 2023, Art. 20 Rn. 70.

389 Letztlich maßgeblich ist hier die materielle nationale (!) Haftungsnorm, s. *Raue*, in: Hofmann/Raue (Hg.), NK-DSA, 2023, Art. 20 Rn. 69. Viele Fragen zum Zusammenspiel von DSA und nationalem Recht sind noch offen, vgl. dazu *Rademacher*, a. a. O., Art. 56 Rn. 5.

390 s. *Hofmann*, in: ders./Raue (Hg.), NK-DSA, 2023, Art. 7 Rn. 1, 4 f. m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tiv beantwortet – also im Sinn der haftungsrechtlich *unschädlichen* Zulässigkeit eigeninitiativer Filterung der Diensteanbieter nach rechtswidrigen Inhalten unter Art. 14 E-Commerce-RL.[391] Die sogenannte „Gute-Samariter"-Klausel des Art. 7 DSA schreibt dies nunmehr auch positiv-rechtlich eindeutig fest.

Der DSA geht in der Hinwendung zu Filtertechnologien also nicht so weit voran wie die TCO-VO zur Bekämpfung von terroristischen Online-Inhalten. Aber dennoch enthält er Einzelelemente, die den Eindruck einer vorsichtig-tastenden, aber kontinuierlichen Bewegung hin zum Präventiv-Hindernden bei der Bekämpfung rechtswidriger Online-Kommunikation auch auf einer allgemeinen Ebene bestätigen.[392] 177

3. … im Datenschutzrecht

Eine ausdrückliche gesetzgeberische Einforderung von *Impossibility Structures* findet sich an einer in diesem Zusammenhang bislang weitgehend übersehenen Stelle, die aber potentiell extrem wirkmächtig sein kann. Gemeint ist Art. 25 Abs. 1 DSGVO mit seiner Forderung nach „Datenschutz durch Technikgestaltung", oder, dem hiesigen Sprachgebrauch nahekommend: nach *Data Protection by Design* in der englischen Fassung.[393] Datenverarbeiter müssen demnach – unter dem Vorbehalt des technisch Möglichen und ökonomisch Zumutbaren[394] – 178

> „geeignete technische und organisatorische Maßnahmen [treffen], die dafür ausgelegt sind, die Datenschutzgrundsätze wie etwa Datenminimierung *wirksam umzusetzen* und die notwendigen Garantien in die Verarbeitung aufzunehmen, *um den Anforderungen dieser Verordnung zu genügen* und die Rechte der betroffenen Personen zu schützen" (Hervorhebung hier).

Marit Hansen stellt zutreffend fest, dass „*Art. 25* [damit] *unter einer gestalterischen und operativen Perspektive zu der umfassendsten Norm der DSGVO* [wird], denn sie verweist auf die zentralen Datenschutzgrundsätze in Art. 5 und auf die Verordnung 179

391 EuGH, Urt. v. 22.6.2021, verb. Rs. C-682/18 und C-683/18 (Peterson/Google und Elsevier/Cyando) = GRUR 2021, 1054 Rn. 109.

392 Hierzu, mit weiteren Anhaltspunkten aus dem DSA, weiterführend *J.-P. Schneider*, in: Ruffert (Hg.), Die Regulierung digitaler Plattformen, 2023, S. 105 (128 ff., bes. 134 ff.).

393 Vgl. auch, für das Recht auf Vergessenwerden, Art. 17 Abs. 2 DSGVO: „Hat der Verantwortliche die personenbezogenen Daten öffentlich gemacht und ist er gemäß Absatz 1 zu deren Löschung verpflichtet, so trifft er unter Berücksichtigung der verfügbaren Technologie und der Implementierungskosten angemessene Maßnahmen, auch technischer Art, um für die Datenverarbeitung Verantwortliche, die die personenbezogenen Daten verarbeiten, darüber zu informieren, dass eine betroffene Person von ihnen die Löschung aller Links zu diesen personenbezogenen Daten oder von Kopien oder Replikationen dieser personenbezogenen Daten verlangt hat." Freilich beschränkt sich Art. 17 Abs. 2 DSGVO auf die technische Umsetzung einer Informationspflicht, geht also in Richtung der hier sog. *Compliance Assistance Technologies*, → S. 182 ff.

394 s. Hs. 1 von Art. 25 Abs. 1 DSGVO: „Unter Berücksichtigung des Stands der Technik, der Implementierungskosten und der Art, des Umfangs, der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung sowie der unterschiedlichen Eintrittswahrscheinlichkeit und Schwere der mit der Verarbeitung verbundenen Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen trifft der Verantwortliche […] Maßnahmen […]."

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

selbst“[395] und verlangt technische Vorrichtungen, die „den Verantwortlichen in der Erfüllung seiner Pflichten [unterstützen] und [...] Verstöße oder Fehler bezüglich der Verarbeitung [erschweren].“[396] Kurz: Art. 25 Abs. 1 verlangt, die DSGVO insgesamt *self-executing* zu machen.[397]

180 Eine Umsetzung dieses Gebots[398] wäre etwa denkbar in Form von möglichst manipulationssicher getaggten Datensätzen, sodass diese nicht mehr zweckwidrig verwendet werden könnten (= Datenschutzgrundsatz der Zweckbindung, Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO), oder in Form von automatisierten Meldungen von Datenschutz- und Persönlichkeitsrechtsverletzungen an Betroffene ohne eigenständige Veranlassung durch den Meldepflichtigen (Art. 34 DSGVO), dem dadurch eine Unterlassungsmöglichkeit entzogen werden würde.[399] Mit diesen Beispielen sind beide Dimensionen von *Impossibility Structures* abgedeckt: die Verunmöglichung, rechtswidrig zu handeln, wie auch die Verunmöglichung, rechtswidrig *nicht* zu handeln.

181 Die Aufgabe von KI wäre es dabei, gesetzeskonforme Verwendungszwecke von unzulässigen zu unterscheiden: “The infrastructure will have to be engineered and organized in a way that is conducive to actions and behaviors that are compatible with the law.”[400] Die Rede ist treffend von einer „Datenschutz-KI“,[401] die perspektivisch sogar in Form dezidierter Datenschutz-KI-Agenten denkbar wäre, die systemweit (in einem Unternehmen, einer Behörde, ‚dem Staat‘) kontinuierlich nach Datenschutzverstößen suchen und diese sogar verhindern können müssten. Datenleaks, wie sie 2020 bei der hessischen Polizei im Zusammenhang mit den NSU-2.0-Drohbriefen vorkamen, könnten auf diese Weise technisch verunmöglicht werden. Das wäre etwa auch ein Einsatzszenario, das der von *Ralf Poscher* geforderten reflexiven Dimension

395 *Hansen*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (Hg.), Datenschutzrecht, [2]2025, Art. 25 DSGVO Rn. 15, Hervorhebung im Original.

396 Ibid., Rn. 17.

397 *Bygrave*, in: Yeung/Lodge (Hg.), Algorithmic Regulation, 2019, S. 248 (256 f.).

398 Dazu allg. *Hansen*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (Hg.), Datenschutzrecht, [2]2025, Art. 25 DSGVO Rn. 16 m. w. N. Ein vernichtendes Urteil über den Stand der Umsetzung, zurückzuführen auf fehlende Kommunikation zwischen Juristen und Technikern, findet sich bei *Denga/Pohle/Hölzel*, RW 11 (2020), 420 (434 ff.).

399 Beide Bsp. nach *Martini*, in: Paal/Pauly (Hg.), DS-GVO, [3]2021, Art. 25 Rn. 30 bzw. 33 m. w. N. Die beschriebene Kombination aus Meldepflicht + *by-design*-Anordnung führt nach hiesiger Konzeption zu einer Form von *Intelligent Surveillance*, die *by-design*-Anordnung ist hinsichtlich der Meldepflicht selbst *Impossibility Structure*.

400 *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 219; zustimmend *Unger*, in: ders./Ungern-Sternberg (Hg.), Demokratie und künstliche Intelligenz, 2019, S. 113 (127 f.). Auf den ersten Blick irritierend folgt bei *Hildebrandt* a. a. O. dann die Einschätzung, “[t]his is not a matter of nudging people into compliance; it is not a matter of techno-regulation.” Die Aussage ergibt nur dann und deshalb Sinn, wenn man klar zwischen *Law by Design* und *Nudging/Techno Regulation* unterscheidet; s. dazu auch → § 2 Rn. 478.

401 So *Rost*, DuD 2018, 558 (560). Vgl. auch *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, 2019, Rn. 591. Für eine – allerdings alte – Studie (2006) zur Automatisierung des Gesundheitsdatenschutzrechts in den USA s. *Pasquale*, George Washington Law Rev. 87 (2019), 1 (19 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

von Überwachung[402] entspräche (freilich sogar in verschärfter, weil physisch wirksamer Form).

Von den Verfechtern wird die Verpflichtung des Datenschutzrechts auf *Law by Design* (i. e. *Impossibility Structures*) vor allem als Lösung für bzw. besser: *gegen* die wahrgenommene "*technological regulation*" durch *privat*wirtschaftlich genutzte KI-Agenten angesehen.[403] Zu bedenken ist hier freilich, wie weitgreifend das europäische Datenschutzrecht ist:[404] Es wurde nicht zu Unrecht bereits angemerkt, dass es mit seinem weiten Anwendungsbereich zum *Law of Everything* zu werden drohe,[405] und kürzlich hat auch der Generalanwalt *Michal Bobek* zur Reichweite der DSGVO festgestellt: 182

> „[1] Die [DSGVO] ist kein Rechtsakt im Kleinformat. Ihr weit gefasster Anwendungsbereich, das faktische Aushöhlen jeglicher Ausnahmeregelungen durch die Rechtsprechung sowie der definitionsbasierte, abstrakte und daher eher radikale Auslegungsansatz haben ihren Teil dazu beigetragen, dass die DSGVO eine nahezu grenzenlose Geltung hat. *Heutzutage ist es insoweit mit Schwierigkeiten verbunden, einen Lebenssachverhalt zu nennen, in dem nicht irgendjemand zu irgendeinem Zeitpunkt personenbezogene Daten verarbeitet*".[406]

Kombiniert man diese Erkenntnis mit Art. 25 Abs. 1 DSGVO wird klar, in welch weitem Umfang die Norm den Einzug datenschutzrechtserzwingender *Impossibility Structures* im Alltag vorantreiben könnte, *sobald* die entsprechende Technologie verfügbar ist. Gebremst werden dürfte der Einsatz der Technik durch die Entscheidung des DSGVO-Gesetzgebers, als Adressaten von Art. 25 Abs. 1 DSGVO die Datenverarbeiter („Verantwortliche"), nicht hingegen die Anbieter und Hersteller datenverarbeitender Technologien zu bestimmen. Die Norm spielt sozusagen über Bande,[407] wohl vom Wunsch getrieben, mit der DSGVO kein Produktrecht zu schaffen.[408] 183

Aber diese Detailfrage einmal außer Acht gelassen: Unterstellt man für den Moment, dass das Datenschutzrecht *sinnvoll* ist, also zwar weit, aber *nicht zu* weit ausgreift, wie *Bobek* annimmt, dann erscheint der Einsatz von *Impossibility Structures* als nachgerade zwingend: Wegen seiner Weite und des fast vollständigen Verzichts auf einigermaßen klare Ausnahmen von seinem Anwendungsbereich, liefert das Datenschutzrecht ein Beispiel für Recht ab, dass zwar eindeutig auf Befolgung angelegt 184

402 s. oben, → § 2 Rn. 20.
403 Vgl. z. B. *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 10 ff.
404 Vgl. auch ibid., S. 221.
405 s. krit. zu dieser Entwicklung *Purtova*, Law, Innovation and Technology 10 (2018), 40.
406 Schlussanträge von GA *Bobek* zu Rs. C-175/20 (SIA „SS"/Valsts ieņēmumu dienests), Rn. 1. Hervorhebung hier.
407 Vgl. ErwGr. 78 S. 4 zur DSGVO: „Ermutigung" der Hersteller, Datenschutz durch Technikgestaltung zu ermöglichen; hierzu *Hansen*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (Hg.), Datenschutzrecht, [2]2025, Art. 25 DSGVO Rn. 20 f. Weitergehend *Specht-Riemenschneider*, MMR 2020, 73 ff.: schon *de lege lata* Sachmängel- und Produkthaftung für nicht datenschutzkonform nutzbare IT-Produkte.
408 Zur unglücklichen Adressatenwahl näher *Mantz*, in: Sydow/Marsch (Hg.), DS-GVO – BDSG, [3]2022, Art. 25 DSGVO Rn. 16 f., 79 ff. m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ist (siehe die Sanktionsdrohungen), aber mit menschlich-*individuellem* Können und Begreifen kaum befolgt werden kann (mit Ausnahme von starken Wirtschaftsakteuren vielleicht). Die DSGVO-eigene Forderung nach *Impossibility Structures* in Art. 25 Abs. 1 ist vor diesem Hintergrund der konsequente Schritt, der eine enorme Entlastungsfunktion im Bereich *fahrlässiger Non-Compliance* und im Bereich von Verbotsirrtümern haben kann.

185 Hinzuweisen ist abschließend noch darauf, dass sich die Durchschlagskraft von Art. 25 Abs. 1 DSGVO bald massiv erhöhen dürfte. Seine *direkten* Adressaten sind, wie gesagt, bislang nur die für eine Datenverarbeitung *Verantwortlichen*. Das wird sich allerdings ein gutes Stück weit ändern, sobald der *Cyber Resilience Act* der EU ab 11. Dezember 2027 vollständig gilt. Er verpflichtet die Hersteller von Produkten, sobald sie eine digitale Komponente enthalten,

> „die Verarbeitung personenbezogener oder sonstiger Daten auf solche, die angemessen und von Bedeutung sind, und auf das für die Zweckbestimmung des Produkts mit digitalen Elementen erforderliche Maß [zu] beschränken (‚Datenminimierung')".[409]

4. … im Straßenverkehrsrecht

186 Wechseln wir nun vom Bereich der digitalen Kommunikation und des ebenfalls vorwiegend digitalen Datenaustauschs in den Bereich der physischen Bewegungen. Damit gerät erneut das selbstfahrende Auto in den Blick. Ein solches wird selbstverständlich in der Lage sein müssen, sich rechtskonform im Straßenverkehr zu bewegen, wird also dazu in der Lage sein müssen, rechtmäßiges von rechtswidrigem Verhalten zu unterscheiden.[410] Es muss, um die oben schon eingeführte Terminologie aufzugreifen, selbst *law abiding* sein können.[411]

187 *a. Kraftfahrzeuge mit hoch- oder vollautomatisierter Fahrfunktion.* Davon geht auch der Gesetzgeber aus. Zunächst hat dieser mit § 1a Abs. 2 Nr. 2 StVG „Kraftfahrzeuge mit hoch- oder vollautomatisierter Fahrfunktion" wie folgt an das geltende Straßenverkehrsrecht gebunden:

> „[1]Kraftfahrzeuge mit hoch- oder vollautomatisierter Fahrfunktion im Sinne dieses Gesetzes sind solche, die über eine technische Ausrüstung verfügen, […] 2. die in der Lage ist, während der hoch- oder vollautomatisierten Fahrzeugsteuerung den an die Fahrzeugführung gerichteten Verkehrsvorschriften zu entsprechen, […]."

409 Anhang I, Teil I, Abs. 2 lit. g VO (EU) 2024/2847 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.10.2024 über horizontale Cybersicherheitsanforderungen für Produkte mit digitalen Elementen (Cyber Resilience Act).

410 Dazu, vor dem Hintergrund des technisch bald Möglichen, auch ausf. *Prakken*, Artificial Intelligence and Law 25 (2017), 341 ff. Zum Umfang der Befolgungspflicht zudem *Will*, NZV 2020, 163 (171), speziell für Spurhaltesysteme. Zum Verhältnis der nationalen, unionalen und völkerrechtlichen Zulassungsregeln ausf. *Weise*, Hochautomatisiertes Fahren in Deutschland und Kalifornien, 2022, S. 56 ff.

411 Zu diesem Querschnittsbegriff schon oben, → § 1 Rn. 59.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hier, so könnte man annehmen, spricht wenig dafür, dass der Gesetzgeber es den Automobilherstellern erlauben könnte, Software einzusetzen, die sich vom Nutzer auch dann übersteuern lässt, wenn sie erkennt, dass sich dieser regelwidrig verhalten, also etwa eine rote Ampel ‚überfahren' will. Die Überlegung lässt sich freilich noch verschärfen: Was, wenn das Fahrzeug erkennt, dass die Fahrerin mit dem Fahrzeug nicht nur eine rote Ampel, sondern eine Gruppe Passanten am Wegesrand überfahren will? 188

Gegenwärtig scheint freilich genau das erlaubt bzw. sogar geboten zu sein: Nach § 1a Abs. 2 Nr. 3 StVG muss auch ein „Kraftfahrzeug mit hoch- oder vollautomatisierter Fahrfunktion" jederzeit von der Fahrerin übersteuerbar sein: 189

> „Kraftfahrzeuge mit hoch- oder vollautomatisierter Fahrfunktion im Sinne dieses Gesetzes sind solche, die über eine technische Ausrüstung verfügen, […] 3. die jederzeit durch den Fahrzeugführer manuell übersteuerbar oder deaktivierbar ist […]."

Die Software solcher Kraftfahrzeuge darf diese also gegenwärtig gerade *nicht* zu einer *Impossibility Structure* für die Fahrerin machen. Nach § 63a Abs. 1 S. 1 StVG muss ein Kfz mit hochautomatisierter Fahrfunktion lediglich „Positions- und Zeitangaben" speichern, „wenn ein Wechsel der Fahrzeugsteuerung zwischen Fahrzeugführer und dem hoch- oder vollautomatisierten System erfolgt". Auf diese Daten haben die Verkehrsbehörden der Länder sowie eventuell geschädigte Dritte auch ausdrücklich Zugriff, um diese in eventuellen Buß- oder Strafverfahren bzw. Rechtsstreitigkeiten gegen den Halter/Fahrer zu verwenden (siehe § 63a Abs. 2, 3 StVG); allerdings nur auf ihr Verlangen, sodass hier auch keine Form einer *Intelligent Surveillance* vorliegt. 190

b. Kraftfahrzeuge mit autonomer Fahrfunktion. Nochmal anders verhält es sich nun mit den noch relativ frisch eingeführten §§ 1d bis 1l StVG, die das *autonome* Fahren als Regelverkehr regeln und zulassen, zunächst für bestimmte und von den zuständigen Landesbehörden zu genehmigende Betriebsbereiche.[412] Das autonome Fahren ist dadurch definiert, dass es eine „fahrzeugführende Person" nicht mehr zu geben braucht (§ 1a Abs. 1 Nr. 1 StVG). Dementsprechend muss erst recht das autonome Fahrzeug „in der Lage [sein], […] selbständig die an die Fahrzeugführung gerichteten Verkehrsvorschriften einzuhalten" (§ 1e Abs. 2 Nr. 2 StVG) und muss sich „selbständig in einen risikominimalen Zustand[413] […] versetzen [können], wenn die 191

412 s. § 1d Abs. 2 StVG. Wegen dieses nur beschränkten Einsatzgebiets ordnet der Gesetzesentwurf das mit § 1d ff. StVG geschaffene Regelungswerk ‚nur' der Stufe 4 der SAE-Klassifikation zu (s. BR-Drs. 155/21 v. 12.2.2021, S. 1). *Hilgendorf*, JZ 2021, 444 (445) spricht von „beschränkt autonomen" Fahrfunktionen.

413 Definiert in § 1d Abs. 4 StVG als „ein Zustand, in den sich das Kraftfahrzeug mit autonomer Fahrfunktion auf eigene Veranlassung oder auf Veranlassung der Technischen Aufsicht selbständig versetzt, um unter angemessener Beachtung der Verkehrssituation die größtmögliche Verkehrssicherheit für andere Verkehrsteilnehmende und Dritte zu gewährleisten."

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Fortsetzung der Fahrt nur durch eine Verletzung des Straßenverkehrsrechts möglich wäre" (§ 1e Abs. 2 Nr. 3 StVG).

192 Ganz ohne menschliche Interventionsmöglichkeit bleibt das Fahrzeug aber nicht: Vorgesehen ist eine natürliche (!) Person als „Technische Aufsicht" (§ 1d Abs. 3, § 1e Abs. 2 Nr. 4 StVG),[414] die das Fahrzeug, wenn es sich in den risikominimalen Zustand versetzt hat, wieder in Betrieb setzen und die Fahrmanöver freigeben bzw. anweisen kann, gerade auch für den Fall, dass ein Fahrmanöver gegen Recht verstoßen sollte.[415] Das ist zunächst einmal eine technisch, organisatorisch und haftungsrechtlich[416] anspruchsvolle, aber dennoch *konzeptionell* simple telematische Struktur: Es handelt sich um eine Möglichkeit der Fernsteuerung, wie sie z. B. von Drohnen oder Schienenfahrzeugen bekannt ist.[417]

193 Für uns interessant ist die sozusagen als doppelter Boden eingebaute *Impossibility Structure*, die mit der Technischen Aufsicht verknüpft ist: Denn wenngleich also eine Übersteuerungsmöglichkeit gegen das Straßenverkehrsrecht ausdrücklich vorgesehen ist, so sieht § 1e Abs. 2 Nr. 5 StVG wiederum einschränkend vor, dass das Fahrzeug „ein von der Technischen Aufsicht vorgegebenes Fahrmanöver zu überprüfen und dieses nicht auszuführen [hat], […] wenn das Fahrmanöver am Verkehr teilnehmende oder unbeteiligte Personen gefährden würde". Hierzu die Feststellung von *Eric Hilgendorf*:

> „Auch wenn davon auszugehen ist, dass bei der Formulierung der Vorgaben des § 1e Abs. 2 [StVG] technischer Sachverstand aus den Laboren der Hersteller eingeflossen ist, erscheinen doch die Anforderungen, die [das Gesetz] an die Ingenieurskunst stellt, gewaltig. […] | [D]as gestufte Entscheidungsmodell [des § 1e Abs. 2 Nr. 5 StVG] setzt voraus, dass die technische Ausrüstung des Fahrzeugs die konkrete Gefahrenlage relativ genau einschätzen kann."[418]

194 *c. Inkurs: Überwachungsleistungen solcher Kraftfahrzeuge.* Gerade im Zusammenhang mit den bestehenden Unsicherheiten über die technische Leistungsfähigkeit der Systeme ist auf § 1g StVG hinzuweisen. Er verpflichtet die Halter von Kfz mit autonomen Funktionen zu umfangreichen Datensammlungen (und verpflichtet die

414 *Hilgendorf*, JZ 2021, 444 (453), weist zutreffend darauf hin, dass eine nat. Person mit den telematischen Aufgaben als Technische Aufsicht überfordert sein dürfte, ohne *ihrerseits* auf KI-Unterstützung zurückzugreifen. Das Gesetz geht zwar davon aus, dass den Menschen die alleinige Verantwortung trifft (*Hilgendorf*, a. a. O.), lässt aber mit § 1e Abs. 2 Nr. 5 StVG – dem hier sog. doppelten Boden – durchaus Zweifel daran erkennen, ob auf die Technische Aufsicht allein Verlass sein soll. Sorgfaltsmaßstäbe, die das hybride Arrangement fair erfassen können, werden sich erst entwickeln müssen.

415 s. § 1e Nr. 4 i. V. m. § 1d Abs. 3 StVG, wonach die Technische Aufsicht spezifisch für den Fall der Nicht-Weiterfahrt wegen drohenden Verstoßes gegen Straßenverkehrsrecht (Fall des § 1e Abs. 2 Nr. 3 StVG) „Fahrmanöver freigeben kann" bzw. können muss. Als Bsp. nennt *Hilgendorf*, JZ 2021, 444 (448), das Überfahren einer wegen eines Defekts dauerhaft auf „rot" gestellten Ampel. Zu weiteren Pflichten der Technischen Aufsicht a. a. O., S. 451.

416 Hierzu in einem ersten Ansatz *Hilgendorf*, JZ 2021, 444, (452 ff.).

417 s. dazu ausf. ibid., S. 446.

418 Ibid., S. 447 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hersteller dazu, solche zu ermöglichen[419]). Dazu zählen neben Identifikationsdaten unter anderem Positions- und Umweltdaten, vor allem aber die Daten über „Anzahl und Zeiten der Freigabe von alternativen Fahrmanövern" durch die Technische Aufsicht (vgl. § 1g Abs. 1 StVG). Gespeichert werden muss[420] „bei Eingriffen durch die Technische Aufsicht", „bei Konfliktszenarien, insbesondere bei Unfällen und Fast-Unfall-Szenarien", „bei nicht planmäßigem Spurwechsel und Ausweichen", sowie ganz allgemein „bei Störungen im Betriebsablauf" (§ 1g Abs. 2 StVG). Gerade bei *prima-facie*-Rechtsverstößen, wie dem von der Technischen Aufsicht anzuordnenden Überfahren einer ununterbrochenen Linie, wird folglich zu speichern sein.[421]

Zugriff auf diese Daten haben 195

- das Kraftfahrt-Bundesamt, unter anderem zu Aufsichts-, aber auch zu Forschungszwecken (einschließlich Weitergabe der Daten in anonymisierter Form an Universitäten und Forschungsstellen, vgl. § 1g Abs. 4, 5 StVG),
- die nach Landes- oder Bundesrecht zur Ausweisung von Gebieten, in denen autonome Fahrzeuge verkehren dürfen, zuständige Behörde (§ 1g Abs. 6 StVG), und
- „Dritte", soweit das zur Durchsetzung von Rechtsansprüchen erforderlich ist, die im Zusammenhang mit dem Betrieb des Kfz mit autonomen Fahrfunktionen stehen (§ 1g Abs. 7 StVG).

d. Freiwilliger Einbau von Impossibility Structures durch die Kfz-Hersteller und der Einsatz jenseits von Kraftfahrzeugen. Zu bedenken ist noch, dass die Vorgaben von § 1a und §§ 1d f. StVG nur hinsichtlich der hoch- oder vollautomatisierten bzw. autonomen Fahrfunktionen gelten; nichts ist hier darüber ausgesagt, ob Fahrzeughersteller nicht punktuell noch zusätzlich *Impossibility Structures* verbauen dürfen. So hat etwa der Hersteller *Volvo* schon sehr früh angekündigt, dass seine Fahrzeuge die Fahrzeugführer künftig per Gesichtserkennung daraufhin überprüfen sollen, ob sie Alkohol getrunken haben. Die Folge wäre, dass der Motor gegebenenfalls nicht anspringt.[422] Auch sollen die Autos künftig vor Kindergärten automatisch und ohne Möglichkeit der Übersteuerung auf die zulässige Schrittgeschwindigkeit abbremsen. *Volvo* sieht den Einsatz solcher *Impossibility Structures* dabei nicht nur als sein 196

419 s. ausdr. § 1g Abs. 3 StVG.

420 Ganz eindeutig ist die Norm hier nicht: Nach § 1g Abs. 1 StVG muss anscheinend stets gespeichert werden, nach Absatz 2 nur in den sogleich genannten Fällen; vgl. zu dieser Unsicherheit auch *Hilgendorf*, JZ 2021, 444 (454), dort Fn. 101: „noch zu klären […], ob die in § 1g StVG-E angesprochenen Daten fortlaufend oder nur ereignisbezogen abgespeichert werden müssen."

421 Mit diesem Bsp. BR-Drs. 155/21 v. 12.2.2021, S. 28.

422 Dafür, dass eine solche *Impossibility Structure* bald vorgeschrieben werden könnte, spricht Art. 6 Abs. 1 lit. b VO (EU) 2019/2144, dazu auch unten, → § 2 Rn. 287.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Recht", sondern sogar als seine – wohl moralisch verstandene – „Verpflichtung" an.[423]

197 Im Einsatz, wenn auch in kleinerem Maßstab, finden sich *Impossibility Structures* schon bei den sogenannten E-Scootern, die seit 2019 auch in Deutschland genutzt werden dürfen und sich rasch zu einer Gefahrenquelle im Straßenverkehr entwickelt haben. Die Stadt Frankfurt wies die privaten Anbieter der Scooter deshalb an, die Geschwindigkeit der Roller von den grundsätzlich möglichen 20 km/h automatisch auf maximal 5 km/h zu drosseln, sobald diese in städtische Parks einfahren (*Geofencing*[424]).[425] Im Ausland finden sich noch umfangreichere Vorgaben: So plant Melbourne (Australien), wo die Nutzung von E-Scootern besonders hoch ist, nicht nur die auch aus Frankfurt bekannten Langsamfahrzonen automatisiert durchzusetzen. Man will zudem technisch dafür Sorge tragen, dass eine Fahrt (bzw. die Miete des Scooters) abrechnungstechnisch nur beendet werden kann, wenn der E-Scooter regelkonform abgestellt ist. Auch ein Alkohol-Erkennungssystem ist geplant und Nutzer sollen von dem E-Scooter „angeschrien" werden (vornehmer ausgedrückt: sie sollen den Nutzer im Wortsinn zurechtweisen), falls sie ihn fehlerhaft nutzen.[426]

5. … im Technikrecht allgemein? Ein futuristisches Gedankenexperiment um robotische Haushalts- und Servicehilfen

198 Die Entwicklung von humanoiden Haushalts- und Servicerobotern (‚Robobutlern') hatte in den vergangenen Jahren zunächst einige Rückschläge erlitten,[427] bevor sie nun – Stand 2025 – wieder deutlich an Fahrt aufzunehmen scheint. Unabhängig davon, wie lange die Entwicklung noch tatsächlich dauern wird, dürfte es jedenfalls nicht utopisch, sondern ‚nur' futuristisch sein anzunehmen, dass robotische Haushalts- und Servicehilfen in den kommenden Jahren vielerorts Einzug halten werden.

423 Zitiert nach *Maak*, F.A.Z. v. 10.3.2019, S. 38.

424 *Geofencing* liegt auch den elektronischen Fußfesseln für entlassene, aber besonders rückfallgefährdete Straftäter zugrunde, s. § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB, § 463a Abs. 4 StPO, dazu *Baur*, ZIS 15 (2020), 275. Freilich schlägt dieses System nur Alarm, wenn eine kontrollierte Person einen unzulässigen Bereich betritt, eine *Impossibility Structure* ist das noch nicht. V. a. setzt sein Einsatz einen bereits stark verdichteten Verdacht gegenüber einer konkreten Person voraus, was diese Form der intelligenten staatlichen Überwachung von den bisher genannten Beispielen deutlich unterscheidet.

425 s. dazu den Bericht von *Heunmann*, F.A.Z. v. 30.12.2019 (Onlinequelle). Die Stadt habe die Anordnung demnach zwischenzeitlich zurückgenommen. Jedenfalls forderte der *Deutsche Städtetag* eine bundesgesetzliche Grundlage dafür, E-Scooter an „besonders stark besuchten Orte[n] in Städten […] auf Schrittgeschwindigkeit" begrenzen zu können, vgl. Pressemitteilung v. 15.6.2020, abrufbar unter http://www.staedtetag.de/presse/statements/092858/index.html, besucht am 27.8.2020.

426 s. *Barkhausen*, H.A.Z. v. 15.8.2023 (Onlinequelle).

427 Zur Ankündigung von *Elon Musk*, schon 2022 einen Prototypen für einen industriell nutzbaren humanoiden Roboter fertigzustellen, *dpa*, F.A.Z. v. 23.8.2021, S. 20. Das Unternehmen iRobot ging 2021 ebenfalls davon aus, alsbald „Haushaltsroboter mit Armen" auf den Markt bringen zu können, vgl. *dpa*, F.A.Z. v. 10.9.2021, S. 21. Bislang ist es bei Ankündigungen geblieben. Zudem hat das Unternehmen Alphabet seine Forschungsabteilung *Everyday Robots* – deren dezidiertes Ziel die Entwicklung von Haushaltsrobotern mit Armen war – Anfang 2023 geschlossen, vgl. *J. Vincent*, The Verge v. 24.2.2023 (Onlinequelle).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Allein die Bedürfnisse einer alternden Gesellschaft bei gleichzeitigem Mangel an menschlichen Arbeitskräften werden dafür sorgen, dass wir es zumindest in den Industrieländern vermehrt mit ‚Robobutlern', Pflege- und Gastrorobotern usw. zu tun haben werden.

Umso mehr fällt auf, dass es im Gegensatz zum Straßenverkehrsrecht bislang keine vergleichbaren Vorschriften für den Haushalts- und Servicebereich gibt. Zumindest in Deutschland ist der Stand des Rechts nach wie vor derjenige des allgemeinen Produktsicherheitsrechts, das im Zuge der Neufassung und Hochstufung der EU-Produkthaftungsrichtlinie und der Maschinenrichtlinie zu Verordnungen immerhin an KI-basierte Produkte und neue Anforderungen an die Cybersicherheit angepasst wurde. Es bleibt hier aber beim eher passiv formulierten Grundsatz des überkommenen Produktsicherheitsrechts, wonach „Wirtschaftsakteure […] nur sichere Produkte in den Verkehr bringen oder auf dem Markt bereitstellen" dürfen (so Art. 5 der neuen *General Product Safety Regulation*[428]). 199

Die Frage, die mich im Folgenden leiten wird und die ich im Ergebnis vorsichtig bejahen möchte, ist, ob es daneben weitere, versteckte, man könnte vielleicht sagen: tieferliegende Anhaltspunkte dafür gibt, dass das Technikrecht *allgemein* oder doch zumindest für Haushalts- und Serviceroboter *im Speziellen* absehbar Vorgaben enthalten wird, die diese Systeme in großem Umfang zu *Impossibility Structures* machen könnten. Auf die weitere Stärkung der entsprechenden Vorschriften des Datenschutzrechts durch den *Cyber Resilience Act* wurde bereits hingewiesen;[429] aber das betrifft eben nur die Einkleidung spezifisch des Datenschutzrechts mit *Impossibility Structures*. Ich möchte hier an zwei andere existierende Normkomplexe anknüpfen, anhand derer ich meine soeben aufgestellte, breiter ansetzende These glaube begründen zu können: 200

Das sind zum einen die soeben behandelten §§ 1a, 1e StVG. Sie betreffen mit dem Straßenverkehr ein zwar spezielles Feld des Technikrechts, aber immerhin eines, das in der alltäglichen Bedeutung an die Relevanz von Haushalt und Servicebereichen heranreichen dürfte (hierzu sogleich, → a.). Die zweite Norm, die – wahrscheinlich etwas überraschend – auf ihre Aussagekraft für eine mögliche künftige Einführung von *Impossibility Structures* untersucht werden soll, ist § 323c StGB. Dabei geht es freilich nicht um den originär strafrechtlichen, d. h. sanktionenrechtlichen Teil der Norm (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe), sondern um die davor liegende Pflicht zur allgemeinen Hilfeleistung im Unglücksfall (dazu → b.). 201

428 Die VO (EU) 2023/988 v. 10.5.2023 über die allgemeine Produktsicherheit, zur Änderung der VO (EU) 1025/2012 und der RL (EU) 2020/1828 sowie zur Aufhebung der RL 2001/95/EG und der RL 87/357/EWG [General Product Safety Regulation] gilt gem. Art. 52 Abs. 2 ab dem 13.12.2024.

429 Dazu oben, bei → § 2 Rn. 185.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

202 *a. Orientierung am Straßenverkehrsrecht.* Es liegt nahe, für das Gedankenexperiment zunächst existierendes Technikrecht heranzuziehen, das bereits Rechtsbefolgungspflichten für robotische Systeme enthält. Das sind die soeben im Detail vorgestellten §§ 1a, 1e StVG aus dem Straßenverkehrsrecht. Hier soll nun hinterfragt werden, ob und inwieweit ihre normativen Gehalte verallgemeinerungsfähig und auf den Kontext von Haushalts- und Servicerobotern übertragbar sind.

203 *aa. Pflicht zur allgemeinen Befolgung des situativ geltenden Rechts (hier sog. Law-abiding Technology).* Zunächst sei daran erinnert, dass der jeweilige Absatz 2 Nr. 2 von §§ 1a und 1e StVG verlangt, dass die hoch- oder vollautomatisierten bzw. autonomen Kraftfahrzeuge allen „an die Fahrzeugführung gerichteten Verkehrsvorschriften" entsprechen können müssen.[430] Das lässt sich dahingehend verallgemeinern, dass auch Haushalts- und Serviceroboter, sobald sie über ein vergleichbar weites Handlungsspektrum verfügen wie autonome Kraftfahrzeuge, zunächst einmal allen Vorschriften entsprechen können müssen, die für *menschliche* Haushalts- und Servicehilfen in der entsprechenden Situation gelten.[431] Sie müssen *law-abiding* sein.[432] Gefordert sind damit *situativ angepasste* Programmierungen. Ohne hier Nachforschungen im Detail anstellen zu können, wird man fest davon ausgehen dürfen, dass für Haushaltshilfen andere Vorschriften und andere Maßstäbe gelten als für Mitarbeiter in Pflegeheimen (z. B. besondere Sorgfaltspflichten bei medizinnahen Handlungen) oder für solche im gastronomischen Bereich (z. B. gesteigerte Hygieneanforderungen).

204 *bb. Verbot, zum Werkzeug für Gefährdungen zu werden.* Aus § 1e StVG ist sodann dessen Absatz 2 Nrn. 3 bis 5 i. V. mit § 1d Abs. 3 StVG für uns von weiterem Interesse. Die Normen enthalten ein ausdrückliches, zwar etwas kompliziert arrangiertes, aber im Ergebnis einleuchtendes dreistufiges Interaktionsregime für das autonome Kraftfahrzeug mit seiner Umwelt *speziell im Feld der Rechtsbefolgung.*[433] Zur Erinnerung: Die Normen verlangen

- erstens, dass das Fahrzeug sich selbst in „einen risikominimalen Zustand [versetzt], wenn die Fortsetzung der Fahrt nur durch eine Verletzung des Straßenverkehrsrechts möglich wäre" (§ 1e Abs. 2 Nr. 3 StVG); sie verlangen also, dass das Fahrzeug nicht *selbst* gegen geltendes Recht verstößt;
- zweitens, dass die „Technische Aufsicht" (ein Mensch) Fahrmanöver gerade auch dann „freigeben" können muss, wenn diese vom Fahrzeug gemäß § 1e Abs. 2 Nr. 3

430 s. soeben, → § 2 Rn. 186 ff.

431 Diese Einschätzung mag zunächst selbstverständlich und damit beinahe trivial klingen, hat aber für die Verbreitung von *Impossibility Structures* womöglich weitreichende Konsequenzen; darauf wird unten, ab → S. 256, eingegangen.

432 s. zum Begriff schon oben, → § 1 Rn. 59.

433 s. soeben, ab → S. 146.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

StVG wegen drohenden Rechtsverstoßes unterlassen wurden (§ 1d Abs. 3 i. V. mit § 1e Abs. 2 Nr. 4 StVG).
- schließlich, drittens, dass das Fahrzeug „ein von der Technischen Aufsicht vorgegebenes Fahrmanöver zu überprüfen [hat] und dieses nicht aus[]führen [darf], […] wenn das Fahrmanöver am Verkehr teilnehmende oder unbeteiligte Personen gefährden würde" (§ 1e Abs. 2 Nr. 5 StVG).

Was lässt sich aus diesem Arrangement für eine mögliche Regulierung von Haushalts- und Servicerobotern lernen?

Im Kern folgt daraus die allgemeine Aussage, dass sich ein ‚intelligentes' robotisches System auch im Moment der Übernahme der ‚Fernsteuerung' durch einen Menschen nicht *ganz* ‚dumm' stellen und damit – wertungsmäßig – zum bloßen Werkzeug herabstufen lassen darf, sondern sich vielmehr fortdauernd weigern muss, zum Instrument einer unbewussten und erst recht einer bewussten Gefährdung von Personen zu werden, die durch den Verstoß gegen das Straßenverkehrsrecht womöglich ausgelöst werden würde. Allgemeiner formuliert: Soweit es um Gefahren für Leib oder Leben anderer Menschen geht, muss das System für seinen ‚Herrn' zur *Impossibility Structure* werden und darf kein bedingungsloser gehorsamer ‚Diener' sein. Sachschäden und andere Rechtsgutverletzungen scheint § 1e StVG von der Wirkung der *Impossibility Structure* ausnehmen zu wollen. Auf den zweiten Blick zeigt sich aber, dass das Gesetz auch hier schon differenzierter vorgeht: 205

cc. Überwachungsleistungen auch von robotischen Haushalts- und Servicehilfen? Es sei insofern nämlich noch einmal an § 1g StVG erinnert[434] und daraus vor allem an dessen Absatz 7. Demzufolge können 206

> „[…] Dritte vom Halter [des Kraftfahrzeugs] Auskunft über die gemäß Absatz 1 und 2 gespeicherten Daten verlangen, soweit diese Daten zur Geltendmachung, Befriedigung oder Abwehr von Rechtsansprüchen im Zusammenhang mit einem in § 7 Abs. 1 geregelten Ereignis [hier sind neben Personen- auch Sachschäden erfasst] erforderlich sind und das entsprechende Kraftfahrzeug mit autonomer Fahrfunktion an diesem Ereignis beteiligt war. […] [3]Eine Verwendung dieser Daten durch die Dritten ist nur zu den in Satz 1 genannten Zwecken zulässig."

Bei den in Absätzen 1 und 2 gespeicherten Daten handelt es sich unter anderem um solche, bei denen die Technische Aufsicht ein Fahrmanöver anordnet, welches das Fahrzeug wegen eines Verstoßes gegen die straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften selbst unterlassen hat (siehe § 1g Abs. 2 Nr. 2 StVG). Bezieht man § 1g StVG in die Analyse mit ein, dann haben wir es folglich mit einem System von kombinierter *Impossibility Structure* (für Personengefährdungen) und Ansätzen einer *Intelligent Surveillance* (für Personen- und Sachschäden) zu tun, welches die Durchsetzbarkeit 207

434 Dazu ausf. oben, → § 2 Rn. 194 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des Straßenverkehrsrechts in gestufter Form deutlich erhöhen könnte, sobald eine erhebliche Zahl an autonomen Kraftfahrzeugen auf den Straßen unterwegs ist.

208 *dd. Synthese und verallgemeinerungsfähige Gehalte.* Falls nun ein dem StVG angelehntes Arrangement auch für robotische Haushalts- und Servicehilfen geschaffen werden sollte, würde sich natürlich sogleich die Frage nach Differenzierungen stellen: Bei dem Einsatz in professionellen Kontexten wie der Pflege oder der Gastronomie erscheint es geradezu selbstverständlich, dass sich die robotischen Systeme von vornherein nicht zu bloßen Werkzeugen für Rechtsverstöße machen lassen dürfen (siehe schon soeben). Auch die Überwachungsleistung, die gegebenenfalls nachlaufenden Rechtsgüterschutz in Form von Kompensationen ermöglicht, dürfte im professionellen Bereich intuitiv wenigen Bedenken begegnen. Auch auf den zweiten (dogmatischen) Blick lässt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in *Kennzeichenkontrollen II* den Schluss zu, dass in solchen Bereichen optimierte Rechtsverfolgungsmöglichkeiten vergleichsweise leicht zu rechtfertigen wären.[435]

209 Anders verhält es sich mit Haushaltshilfen und vergleichbaren avancierten Assistenzsystemen, die in Bereichen eingesetzt werden, die von Art. 12 GG, vielleicht auch von Art. 10 GG erfasst sind.[436] Das StVG kann hier keinen vollständigen Vorbildcharakter haben, weil sich der Straßenverkehr nicht in solchen rechtlich besonders geschützten Räumen abspielt, um die es hier geht.

210 Deshalb soll nun auf eine *prima facie* wohl überraschende und aus öffentlich-rechtlicher Sicht gut versteckte Vorschrift aus dem StGB eingegangen werden. Gemeint ist, wie schon angedeutet, § 323c StGB und die darin enthaltene allgemeine, sehr weitreichende Pflicht zur Hilfeleistung. Sie ist zwar kein Technikrecht, aber die dahinterstehenden Rechtsgedanken könnten auch für eine zukünftige technikrechtliche Regulierung bedenkenswert sein.

211 *b. Orientierung an der allgemeinen Hilfeleistungspflicht gemäß § 323c StGB?* Ich werde versuchen zu zeigen, dass, denkt man die Logik der Norm bis an ihr Ende durch, sie den Einsatz von *Impossibility Structures* weit über die bislang genannten Beispiele aus dem Verkehrs-, Datenschutz- und digitalen Kommunikationsrecht hinaus nahelegt. Diese sind zwar gesellschaftlich wichtig und rechtspolitisch umstritten, aber im Grunde doch relativ speziell.[437] Der sogenannte „Samariter-Paragraph"[438] des § 323c Abs. 1 StGB hingegen ‚durchschneidet' alle Lebens- und Gesellschaftsbereiche.

435 Vgl. hierzu oben, → § 2 Rn. 105 ff.
436 Zum bes. Schutz vor Überwachung in diesen Bereichen schon oben, → § 2 Rn. 91.
437 Auch wenn man das speziell mit Blick auf Art. 25 DSGVO wie gesagt mit guten Gründen anders sehen kann, vgl. oben, → § 2 Rn. 182.
438 *Heintschel-Heinegg*, in: ders. (Hg.), BeckOK StGB, 64. Ed. 1.2.2025, § 323c StGB Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa. Vorneweg: Tendenzen zu ‚freiwillig' hilfsbereiter KI. Bevor wir uns mit der *Pflicht* zur Hilfeleistung beschäftigen, ist vorneweg darauf hinzuweisen, dass viele Anbieter von digitalen Systemen (es muss nicht zwangsläufig schon um KI im engeren Sinn gehen) diese Systeme *freiwillig* um Funktionen ergänzen, die in einem Notfall Hilfe leisten können. Als frühes und bekanntes Beispiel einer auf Vermeidung von Schadensereignissen ausgerichteten Umwelterfassung ist die *Watch* von *Apple* zu nennen: Sie verfügt über Sensoren, die einen Unglücksfall ihres Träger erkennen und zwar noch nicht physisch eingreifen, aber immerhin schon autonom den Notruf betätigen können soll.[439] Auch der in jedem iPhone aktivierbare *Personal Assistant Siri* kann mittlerweile auf Zuruf den Notruf wählen, wobei das Programm bis drei runterzählt und schon zu diesem Zeitpunkt Raum-Lautsprecher und -mikrofon aktiviert. Wenn wir ausgehend davon noch etwas weiter in die Zukunft schauen, gelangen wir eben zu humanoiden Haushaltsrobotern oder noch avancierteren *Personal Assistants* und KI-Agenten, die sicherlich in der Lage sein werden bzw. sein sollen, *jedenfalls* ihrem Eigentümer/Nutzer drohende Unglücksfälle zu erkennen oder, hilfsweise, zumindest auf dessen Hilferufe zu reagieren. Von dieser *wahrscheinlichen* Verbreitung einer Hilfeleistungsfunktion avancierter KI-Systeme ausgehend kann zur Frage nach einer allgemeinen Hilfeleistungs*pflicht* weitergegangen werden. *Für Menschen* ist eine solche im deutschen Recht in § 323c StGB normiert: 212

bb. Grundzüge von § 323c StGB. Die Norm verpflichtet zur Leistung von Hilfe in „Unglücksfällen, gemeiner Gefahr oder Not". Ich konzentriere mich im Folgenden auf das Merkmal des Unglücksfalls, mit dem die beiden anderen Merkmalen weite Überschneidungsbereiche haben.[440] Unglücksfälle sind nicht nur, aber vor allem auch Straftaten durch Dritte, also Rechtsverletzungen, deren Verwirklichung zulasten des Opfers der zur Hilfe Verpflichtete möglichst und soweit zumutbar zu verhindern hat. Ein denkbar eingängiges Anschauungsbeispiel liefert *Georg Freund*: „Wenn A im Begriff ist, auf B zu schießen, und C das ohne weiteres verhindern kann, muss er das im Güterschutzinteresse tun."[441] C muss für den A also zur *menschlichen Impossibility Structure* werden. 213

439 s. support.apple.com/de-de/HT208944: „Wenn die Apple Watch Series 4 oder neuer einen schweren Sturz erkennt, während du die Watch trägst, tippt sie dir auf das Handgelenk, lässt einen Alarm ertönen und gibt eine Meldung aus. […] Sollte die Apple Watch erkennen, dass du dich ungefähr eine Minute lang nicht bewegt hast, tätigt sie den Anruf [beim Rettungsdienst] automatisch. […] Wenn du dein Alter beim Einrichten deiner Apple Watch oder in der Health-App eingegeben hast und mindestens 55 Jahre alt bist, wird diese Funktion automatisch aktiviert." Unzutreffend war ein Medienbericht, wonach Amazons *Alexa* bereits im Jahr 2017 das Leben einer jungen Frau gegen deren gewalttätigen Lebenspartner gerettet habe, indem es die Polizei rief.

440 *Freund*, in: Hefendehl/Hohman (Hg.), MüKo StGB, ^{3}2019, § 323c StGB Rn. 67 (zur „Gefahr") bzw. Rn. 73 (zur „Not").

441 Ibid., Rn. 65.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

214 Umstritten ist dabei die Frage, ob jede, auch die „lapidarste" Straftat[442] oder doch nur eine Straftat „von einigem Gewicht" die Verpflichtung auslöst.[443] „Ein drohendes Verbrechen stellt – wohl weitgehend unbestritten – einen Unglücksfall dar."[444] Nach wohl herrschender Meinung sollen auch drohende Sachschäden zur Hilfeleistung verpflichten.[445] Hier soll die Erkenntnis ausreichen, dass der Umfang der von § 323c StGB ausgelösten Pflicht zur fremdnützigen privaten Verhinderung von Rechtsverstößen bzw., positiv gewendet, zur Rechtsdurchsetzung zugunsten Dritter *weit* ist.[446]

215 Zentral für uns ist nun die Frage, ob z. B. ein humanoider Haushaltsroboter – nennen wir ihn iC – im genannten Beispiel der ‚C' sein könnte, also von Rechts wegen gegen A einschreiten und damit zur *Impossibility Structure* werden müsste. Oder, falls die Technologie noch nicht physisch aktionsfähig und damit zum Verhindern in der Lage wäre, zumindest im Sinn von §§ 138 f. StGB Hilfe rufen müsste, was sie dann zu einer sehr spezifischen Form der *Intelligent Surveillance* machen würde.[447]

216 *cc. § 323c StGB ist kein Technikrecht.* Im ersten, positiv-rechtlichen Zugriff ist die Frage mit Nein zu beantworten. Die Verhaltenspflicht, die vor der Sanktionsregelung des § 323c StGB steht,[448] richtet sich nur an *Menschen*, die einer *konkreten* Unglückssituation in vorsatzbegründender Weise gewahr werden. An Maschinen richtet sie sich nicht. Ob Menschen *als Hersteller* von Maschinen verpflichtet werden könnten oder werden sollten, Maschinen – *sobald und falls* diese die Fähigkeit zur Unterscheidung von Recht und Unrecht und zur physischen Hilfeleistung im Sinn von § 323c StGB haben – auf Hilfeleistung zu programmieren und damit für einen Angreifer zu einer *Impossibility Structure* zu machen, wird, soweit ersichtlich, im strafrechtlichen Schrifttum noch nicht diskutiert. Mir scheint, dass die Frage –

442 So *Pawlik*, GA 142 (1995), 360 (366): „Da die Hilfspflicht des § 323c StGB von ihrem Ausgangspunkt her der staatlichen Schutzpflicht umfangmäßig akzessorisch ist, ist somit auch der lapidarste Ladendiebstahl als ‚Unglücksfall' im Sinne des § 323c anzusehen." Weitgehend wohl auch *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger (Hg.), StGB, [30]2023, § 323c Rn. 2.

443 So die h. M., vgl. *Freund*, in: Hefendehl/Hohman (Hg.), MüKo StGB, [3]2019, § 323c Rn. 65.

444 *A. Koch*, GA 165 (2018), 323 (335) m. w. N.

445 Str., s. *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger (Hg.), StGB, [30]2023, § 323c Rn. 2 m. w. N.

446 Bes. weit sollte die Hilfeleistungspflicht im Nationalsozialismus ausgedehnt werden; hierzu und zur Fortgeltung der Norm/ihres Rechtsgedankens im demokratischen Staat ausf. BGH, Beschl. v. 10.3.1954, Az. GSSt 4/53 = BGHSt 6, 147 – Hilfeleistung nach Selbstmordversuch. Dort auch zur heute immer noch referenzierten Definition des Unglücksfalls, die als in Rspr. und Lit. herrschend geltend kann: „Unglücksfall ist demnach jedes mit einer gewissen Plötzlichkeit eintretende, eine erhebliche Gefahr bringende oder zu bringen drohende Ereignis, gleichgültig, ob die Gefahrenlage dem Gefährdeten von außen zugestoßen oder ob sie, wie beim Selbstmörder, von seinem Willen hervorgerufen ist."

447 Es hätte sich angeboten, §§ 138, 139 StGB bereits i. R. der Vorstellung des Konzepts der *Intelligent Surveillance* anzusprechen und die hier für § 323c StGB angestellten Überlegungen zur Übertragbarkeit *mutatis mutandis* schon dort vorzunehmen. Dass das nicht erfolgt ist, liegt nicht an inhaltlichen Erwägungen, sondern schlicht darin, dass §§ 138, 139 StGB – soweit mir ersichtlich – in der Strafrechtswissenschaft so unterdogmatisiert sind, dass ich sie im hier gegebenen Rahmen nicht sinnvoll aufgreifen konnte. Mit dieser Einschätzung (unterdogmatisiert) auch *Rojas*, GA 147 (2017), 147: „Stiefkind der Dogmatik".

448 Zur Unterscheidung von Verhaltenspflicht und Sanktionsnorm *Freund*, in: Erb/Schäfer (Hg.), MüKo StGB, [4]2020, Vor § 13 Rn. 69 ff.; *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, 2015, S. 13 m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sozusagen im zweiten Zugriff auf die Materie – grundsätzlich und *de lege ferenda* mit einem Ja beantwortet werden kann (*de lege lata* scheitert eine strafrechtliche Verantwortlichkeit wohl schon daran, dass nur die Fahrlässigkeitsvariante in Betracht käme, und § 323c StGB ist ein Vorsatzdelikt; außerdem wäre die Garantenstellung des Herstellers recht zweifelhaft):

dd. Aber Übertragbarkeit des Rechtsgedankens von § 323c StGB auf ‚intelligente' Maschinen de lege ferenda? Dafür, dass § 323c StGB zu den Rechtsvorschriften gehört, die – ähnlich den schon genannten straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften – jedenfalls grundsätzlich auf autonom agierende Maschinen übertragen werden können, spricht dessen Telos. Allerdings ist hier genau zu differenzieren: Schon jetzt wird zwar ernsthaft diskutiert, ob KI als Subjekt strafrechtlicher Verantwortlichkeit taugt, d. h. sinnvoll bestraft werden kann.[449] *Hier*gegen spricht vieles, denn die verschiedenen Strafzwecklehren passen nicht oder doch nur mehr schlecht als recht auf Software. Insbesondere der zumindest in Teilen der Strafrechtslehre und in der Judikatur immer noch (oder wieder[450]) hochgehaltene Vergeltungsgedanke lässt sich kaum auf KI übertragen.[451] Diese Bedenken gelten aber nur für die *Sanktions*drohung in den Strafnormen. Die davorliegenden Verhaltenspflichten, die in den Strafnormen mitnormiert sind, können hingegen – vorbehaltlich einer entsprechenden Fähigkeit der KI – je nach konkreter Pflicht sehr wohl ‚passen'. Für das in §§ 211 ff. StGB mitnormierte Tötungsverbot etwa dürfte sich das von selbst verstehen. Für die Verhaltenspflichten aus dem Verkehrsstrafrecht der §§ 315 Abs. 1 Nr. 2, 315d StGB folgt die Übertragung jetzt – wie gesagt – aus §§ 1a, 1e StVG, dort jeweils Absatz 2 Nr. 2. 217

Passt nun also der in § 323c StGB enthaltende Befehl auf eine ‚Befolgung' durch Maschinen? Folgt man einer im älteren Schrifttum zum Strafgrund von § 323c StGB vertretenen Auffassung, passt die Norm auf den *ersten Blick* überhaupt nicht. Demnach sollte der Strafgrund der Norm im Schutz bzw. in der Stabilisierung eines allgemeinen Rechtsgebots „mitmenschlicher Solidarität" und „Nächstenliebe" liegen, das sich aus der sozialen Verbundenheit der Menschen untereinander und ihrem Angewiesensein aufeinander ergeben soll.[452] Als aus menschlicher Sozialität 218

449 Ausf. *Gaede*, Künstliche Intelligenz – Rechte und Strafen für Roboter? 2019, S. 57 ff.

450 *Weigend*, RW 1 (2010), 39 ff.

451 s. die Nachw. bei *Gaede*, Künstliche Intelligenz – Rechte und Strafen für Roboter? 2019, S. 66 f.; dort auch zu Bedenken gegen die Durchsetzbarkeit von Strafen. Aus deontologischer Perspektive ähnl. *Talbot/Jenkins/Purves*, in: Lin/Jenkins/Abney (Hg.), Robot Ethics, 2017, S. 258 (260): "[R]obots cannot be right or wrong; they cannot be blameworthy or praiseworthy."

452 Vgl. *Pawlik*, GA 142 (1995), 360 (363) für die Zitate und *Frisch*, GA 163 (2016), 121 (123) für akt. Nachw. sowie krit. zur Tragfähigkeit von Solidarität als Begründung für allgemeine Hilfeleistungs- und notstandsbedingte Duldungspflichten (a. a. O., S. 124 ff.). Vgl. auch *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, 2015, S. 53; ihm zufolge gehört „[d]ie Begründung von Solidaritätspflichten in einer auf individueller Selbstbestimmung gründenden Rechtsordnung […] ‚zu den schwierigsten Aufgaben einer Theorie gesellschaftlicher Institutionen'."

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

abgeleitete Pflicht ließe sich die Hilfspflicht des § 323c StGB auf Maschinen solange nicht übertragen, wie sich ein Solidaritätsempfinden zwischen Maschinen und Menschen nicht sinnvoll behaupten lässt.[453] Ein solches ist zwar nicht undenkbar, aber unwahrscheinlich, solange sich Spekulationen über ein Bewusstsein von Maschinen nicht wenigstens halbwegs plausibel begründen lassen.

219 Auf einen genauen *zweiten Blick* sollte man freilich auch das Schutzgut ‚Solidarität' nicht zu schnell beiseite schieben. Der folgende Gedanke soll in Frageform formuliert werden: Verweigern wir uns nicht selbst Solidarität *untereinander*, wenn wir Entitäten schaffen, die wir uns in wesentlichen Zügen angleichen, und die wir im Fall von Haushalts- und Servicehilfen auch tief in unser Sozial- und Privatleben integrieren, diesen allerdings dennoch *nicht* vergleichbare Wertemuster sozialer Interaktion mit auf den Weg geben, die wir uns *untereinander* an *vergleichbarer* Stelle abverlangt hätten? Kurz gesagt: Wäre es nicht denkbar, dass der Rechtsgrund bzw. das Schutzgut ‚Solidarität' dann und deshalb passt, sobald bzw. weil wir *uns* in und hinter einer Technik[454] *selbst* wiedererkennen werden, die zunehmend vermenschlicht?[455] Diese sicherlich etwas anspruchsvolle These soll hier wie gesagt in Frageform stehen bleiben.

220 Tatsächlich lässt sich die Frage nach der Passung der in § 323c StGB enthaltenen Verhaltenspflichten zur allgemeinen Hilfeleistung auf ‚intelligente' Maschinen viel einfacher und ohne Überhöhungen von Mensch-Maschine-Mensch-Beziehungen beantworten, wenn man sich den aktuellen Thesen über den Strafgrund unterlassener Hilfeleistung zuwendet.[456] Nach heute herrschender Meinung dient § 323c

453 Dazu, dass auch das zwischen*menschliche* Gefühl der Verbundenheit, eben weil es *Gefühl*, „Motivation", oder „Einstellung" ist, streng genommen nicht Regelungsgegenstand modernen Rechts sein kann, sondern lediglich das nach außen tretende, als solidarisch beschreibbare Verhalten, *Frisch*, GA 163 (2016), 121 (125 f.).

454 Zur rechtlichen Relevanz der Vermenschlichungstendenzen ausf. → § 2 Rn. 454 ff.

455 Die Frage führt über *Immanuel Kants* bekannte ethische These zum Schutz von Tieren hinaus; s. für die Übertragbarkeit auf ‚intelligente Maschinen' *Anderson*, AI & Society 22 (2008), 477 (490 ff.): "Immanuel Kant considered a parallel situation and argued that humans should not mistreat the entity in question, even though it lacked rights itself. […] Consider, then, the reaction Kant most likely would have had to the scene involving the bullies and Andrew [der humanoide Haushaltsroboter aus *Isaac Asimovs* ‚The Bicentennial Man' von 1976]. He would have abhorred the way they treated Andrew, fearing that it could lead to the bullies treating human beings badly at some future time. […] As applied to the machine ethics project, Kant's argument becomes stronger, therefore, the more the robot/machine that is created resembles a human being in its functioning and/or appearance."

456 Für eine Übersicht *Hecker*, in: Schönke/Schröder (Hg.), StGB, [30]2019, § 323c Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

StGB schlicht dem Rechtsgüterschutz[457] des vom Unglücksfall Betroffenen.[458] Ihre Rechtfertigung findet die Hilfspflicht zugunsten Dritter dabei nicht in einem Grundsatz zwischenmenschlicher Solidarität, sondern – ganz im Sinn *Hobbes*'scher Gesellschaftskonstruktion[459] – darin, dass der Staat seiner grundrechtlichen Schutzpflicht durch eine Inanspruchnahme von Bürgern „gleichsam als Verwaltungshelfer[n]"[460] auch dann und dort nachkommen kann, will und darf, wo es ihm durch eigene staatliche Bedienstete nicht möglich oder nicht erlaubt wäre.[461] Zum Beispiel in den schon erwähnten, von Artt. 10, 12 GG erfassten Bereichen. *Michael Pawlik* verwahrt sich zwar dagegen, dass darin eine „Instrumentalisierung" von Bürgern liege, weil der zur Dritt-Hilfe Verpflichtete sich durch die Stabilisierung des staatlichen Schutzanspruchs,[462] von dem er auch selbst profitiert, perspektivisch ja selbst helfe.[463]

457 Womit nicht gemeint ist, dass § 323c StGB bzw. die sogleich zitierten Autoren zwingend i. S. der sog. strafrechtlichen ‚Rechtsgutslehre' argumentieren, die eine *vorpositive* Bestimmung der Legitimität (und damit wohl auch Legalität?) von Strafgesetzen annimmt/annahm. Zur verfassungsrechtlichen Irrelevanz einer den Gesetzgeber bindenden Rechtsgutslehre s. die Nachw. zur Judikatur des BVerfG oben, in → Fn. 51 (Einleitung) und s. *Stuckenberg*, GA 158 (2011), 653 ff., krit. zur in der Strafrechtslehre immer noch anhaltenden „Phase der Verfassungsferne" (a. a. O., S. 654) sowie zur Uneindeutigkeit der strafrechtswissenschaftlichen Kritik-Kategorien („unzulässig", „illegitim" u. ä., a. a. O., S. 660).

458 *Hecker*, in: Schönke/Schröder (Hg.), StGB, [30]2019, § 323c Rn. 1; *Freund*, in: Hefendehl/Hohman (Hg.), MüKo StGB, [3]2019, § 323c Rn. 2 ff., jeweils m. w. N. Differenzierend nun die Neuaufl.: *Freund/Koch*, in: Hohmann (Hg.), MüKo StGB, [4]2022, § 323c Rn. 2: „§ 323c StGB erfasst Verstöße gegen Verhaltensnormen, die dem Schutz der bedrohten Individualrechtsgüter des in Not Geratenen dienen. Gemeint sind also insbesondere Verstöße gegen Normen, die Leben und Gesundheit anderer Menschen schützen. Jedenfalls insoweit erfasst die Vorschrift die Verletzung einer im Interesse des Verunglückten bestehenden Solidaritätspflicht." Ähnl. *A. Koch*, GA 165 (2018), 323 (335).

459 Vgl. i. d. S. auch *Frisch*, GA 163 (2016), 121 (128).

460 *Pawlik* dürfte den Begriff im älteren, weiten Sinn meinen, der als Oberbegriff alle Formen privater Mitwirkung an Verwaltungsaufgaben umfassen sollte. Heute ist der Begriff verwaltungsrechtlich schärfer konturiert, s. *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2002), 266 (299), dort in Fn. 138, m. w. N.; für eine monographische Aufarbeitung s. immer noch *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, passim, zu den Begriffen bes. S. 151 ff.

461 *Pawlik*, GA 142 (1995), 360 (364); in der Sache ähnl. *Frisch*, GA 163 (2016), 121 (129). Für eine Übertragung des Gedankens auf den Fall des rechtfertigenden Aggressivnotstandes s. *Pawlik*, JRE 22 (2014), 137 (154 ff.). Wohl a. A. *Rojas*, GA 147 (2017), 147 (155), dort Fn. 35: „Insofern ist die von Pawlik GA 1995, 360 [364 f.], formulierte These, die den Bürger als *Verwaltungshelfer* ansieht, sicherlich für die unterlassene Verbrechensanzeige richtig; in Bezug auf die unterlassene Hilfeleistung ist der These nicht unbedingt beizupflichten, denn es ist nicht evident, vor einem Unglücksfall, einer gemeinen Gefahr oder Not Aufgaben des Staates auf den Bürger abzuwälzen, ohne eine allgemeine Pflicht gegenüber dem Opfer selbst anzunehmen […]." Sowie im Fließtext a. a. O.: „Zunächst einmal ist der Staat zur Inanspruchnahme der Bürger nur legitimiert, wenn es sich um gravierende rechtswidrige Taten handelt, genauer um ganz bestimmte *Verbrechen*." Hervorhebung im Original. Wie (ob?) diese Auffassung mit § 323c StGB vereinbar sein soll, erschließt sich nicht recht.

462 Das ist nach *Pawlik* der eigentliche Legitimationsgrund von § 323c StGB, den er – insofern selbst auch von der h. M. absetzend – nicht mit dem Rechtsgüterschutz des individuell Betroffenen gleichsetzt, vgl. nachdrücklich *Pawlik*, GA 142 (1995), 360 (365 f.). Für die *hier* gestellte Frage nach der grds. Übertragbarkeit der Hilfeleistungspflicht auf Maschinen macht diese feinsinnige Unterscheidung aber m. E. keinen relevanten Unterschied zwischen der heute h. M. und der Argumentation von *Pawlik* aus.

463 *Pawlik*, GA 142 (1995), 360 (365, 371 ebd. (364). Ähnl. *Frisch*, GA 163 (2016), 121: „Zur Rechtspflicht wird das im Verhältnis zum anderen ethisch Richtige in einer Solidargemeinschaft autonomer Personen nur, wenn und soweit man davon ausgehen kann, dass eine solche Pflicht der Autonomie der Mitglieder dieser Gemeinschaft entspricht." Vgl. a. a. O. S. 129 f., 132 f. für die allerdings nur bedingt überzeugende Begründung, der es insb. an einer klaren Herausarbeitung der (verfassungsrechtlichen?) Maßstäbe fehlt.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Doch selbst wenn man milder bloß von einer „Inanspruchnahme des Bürgers“[464] als „Verwaltungshelfer“ bei der Durchsetzung des staatlichen garantierten Friedens spricht, bleibt der utilitaristische und funktionelle Charakter der in § 323c StGB normierten Hilfspflicht dominant.[465] Damit wiederum könnte der Rechtsgedanke und die damit bewirkte Rechtsdurchsetzungspflicht auf Technologie übertragen werden, *sofern* diese eben zur Hilfe im Sinn der Norm in der Lage und – nach Maßgabe ihrer sensorischen Leistungsfähigkeit – am Ort des Unglücksfalls präsent ist.

221 In letzterem – also der Notwendigkeit der Präsenz einer zur Hilfe fähigen Maschine am Ort des Unglücksfalls – liegt freilich eine erhebliche Beschränkung des Wirkungsradius einer auf Maschinen übertragenen Variation von § 323c StGB. Ich komme am Ende des Abschnitts wieder darauf zurück.[466]

222 *ee. Irrelevanz des pflichtbeschränkenden Zumutbarkeitskriteriums für Maschinen.* Der Vollständigkeit halber ist zuvor noch festzuhalten, dass das pflichtbeschränkende Tatbestandsmerkmal[467] der individuellen Zumutbarkeit der Hilfeleistung für den Verpflichteten einer Übertragung der Handlungspflicht auf Maschinen nicht entgegensteht bzw. deren Handlungspflichten nicht einschränken könnte. Das Kriterium der Zumutbarkeit ist in § 323c StGB wertungsoffen und damit ausfüllungsbedürftig formuliert, d. h. kann und soll die individuelle Situation des Normadressaten und die ihm im Fall der Hilfeleistung drohenden Schäden berücksichtigen. Im Fall der Übertragung der ‚Adressatenstellung‘ auf eine Maschine wird sich – wenn überhaupt – der drohende Eigenschaden einer Intervention in der Regel auf Sachschäden an der Maschine selbst und damit einer Beeinträchtigung ihres Eigentümers bzw. Besitzers beziehen. Da solche „Beeinträchtigungen an Eigentum und Vermögen typischerweise später ausgeglichen werden können“, dürften sie nur dann zur sozusagen ‚egoistisch‘ motivierten Unzumutbarkeit einer Hilfeleistung führen, wenn sich die Hilfeleistung selbst nur auf monetäre Interessen richtet.[468] Warnungen und die Verständigung von Hilfe dürften zudem in keinem Fall zu nennenswerten Eigenschäden führen.

223 Für uns interessanter sind daher die Fälle der Unzumutbarkeit, die quasi ‚altruistisch‘ begründet ist. Das Gemeinte lässt sich am besten am Beispiel erläutern: Nehmen wir an, der humanoide und entsprechend aktionsfähige Haushaltsroboter iC erkennt, dass seine Eigentümerin A unmittelbar angesetzt hat, den Besucher B mit

Krit. zu dieser „Konzeption einer ‚Solidarität des gegenseitigen Vorteils‘“ daher später auch *Pawlik*, JRE 22 (2014), 137 (149 ff.).

464 *Pawlik*, GA 142 (1995), 360 (364).

465 Heute h. M., vgl. *Hecker*, in: Schönke/Schröder (Hg.), StGB, [30]2019, § 323c Rn. 1 m. w. N.

466 → § 2 Rn. 232 ff.

467 Zur dogmatischen Einordnung der Zumutbarkeit statt vieler *Freund*, in: Hefendehl/Hohman (Hg.), MüKo StGB, [3]2019, § 323c Rn. 90, dort Fn. 132 m. w. N. zu Gegenauffassungen.

468 Vgl. ibid., Rn. 95.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dem Messer zu erstechen. Würde der auf Gefahrerkennung programmierte iC im Sinn von § 323c StGB intervenieren – also der A buchstäblich in den Arm fallen –, würde das B retten, aber gleichzeitig A der Gefahr einer Strafverfolgung aussetzen. Führt das zu einer relevanten Unzumutbarkeit?

224 Unter zwei Gesichtspunkten ist das zumindest diskutabel: Einmal „scheint [die strafrechtliche Judikatur] der Ansicht zuzuneigen, dass die *Gefahr der Strafverfolgung für einen Angehörigen* zu genereller Unzumutbarkeit der Hilfeleistung führt".[469] Nun ist iC im Beispiel kein Angehöriger (§ 11 Abs. 1 StGB erfasst ausschließlich Menschen). Er ist aber immerhin Eigentum von A und damit – so könnte man sagen – Angehöriger ‚analog'. Der Analogieschluss trägt aber nicht: Denn die zu § 323c StGB referierte Rechtsprechung will unter dem Kriterium der Zumutbarkeit ja nicht den Angreifer schützen, sondern den Hilfspflichtigen:

> „Ihm soll der Gewissenskonflikt erspart werden, in den er geraten würde, wenn seine Verpflichtungen gegenüber der Allgemeinheit seinem persönlichen Interesse, seine Familienangehörigen vor Strafe zu bewahren, widerstreiten."[470]

225 Zu einem solchen „Gewissenskonflikt" ist eine Maschine nicht fähig. Sie könnte ihn nur simulieren, d. h. könnte es – abhängig von ihrer Programmierung – eben auch ‚lassen', womit die Unzumutbarkeit aus diesem Grund schon entfiele. Es bliebe nur das wirtschaftliche Interesse des *Herstellers* von iC, der A versprechen zu können (gleichsam als Produktbeschaffenheit), dass sich iC keinem Wunsch der A widersetzen oder sie doch zumindest nicht der Gefahr der Strafverfolgung aussetzen werde. Das ist allerdings ein Interesse, das so pauschal formuliert wohl eher gering zu veranschlagen wäre.[471]

226 Naheliegender ist es allerdings ohnehin, in Fällen wie dem beschriebenen (also Eigentum der A an iC) nicht auf die hier sogenannte ‚altruistische' Unzumutbarkeit abzustellen (die sich vor dem Hintergrund des Gewissenskonflikts letztlich doch auch als egoistisch motiviert entpuppt), sondern die Frage hin zur *Selbstbelastungsfreiheit* der A *durch ihr Eigentum* zu wenden. Und hier ist das Ergebnis für § 323c StGB einigermaßen erstaunlich bzw. bleibt konsequent dem Denken in der Schutzpflichterfüllung verhaftet: Der BGH geht in Übereinstimmung mit zumindest Teilen des Schrifttums[472] davon aus, dass die Gefahr der *eigenen* Strafverfolgung

469 *Heintschel-Heinegg*, in: ders. (Hg.), BeckOK StGB, 64. Ed. 1.2.2025, § 323c Rn. 24, Hervorhebung im Original.

470 BGHSt 11, 135 = NJW 1958, 390, noch zu § 330c StGB a. F.

471 Vgl. zu den Abstufungen der Wertigkeit der Grundrechte und damit verbundener Schutzpflichten *Lepsius*, Der Staat 52 (2013), 157 (183), bes. in und bei Fn. 99, dort auch weitere Nachw. zur Judikatur des BVerfG.

472 s. die Nachw. bei *Freund/Koch*, in: Hohmann (Hg.), MüKo StGB, [4]2022, § 323c Rn. 98 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

grundsätzlich nicht zur Unzumutbarkeit der Hilfeleistung nach § 323c StGB führt.[473] Differenzierende Stimmen wollen danach unterscheiden,

> „ob die in Frage stehende Straftat sich gerade in der schuldhaften Verursachung der Gefahrenlage erschöpft – dann soll keinesfalls von Unzumutbarkeit auszugehen sein – oder ob die Straftat in keinerlei Zusammenhang mit der Gefahrenlage steht – dann soll sich daraus die Unzumutbarkeit ergeben können."[474]

Auch nach diesem differenzierenden Maßstab könnte also A in unserem Beispiel *nicht* unter Berufung auf den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit verlangen, dass ‚ihr' iC sie gewähren lässt.[475]

227 *c. Ergebnis: keine analoge Anwendung der Normen de lege lata, aber dreifache Orientierung de lege ferenda.* Weder §§ 1a, 1e StVG noch § 323c StGB können ohne Weiteres Eins-zu-eins auf ‚intelligente' Maschinen übertragen werden. In dem einen Fall handelt es sich um *spezifisches* Technikrecht und in dem anderen Fall handelt es sich um zwar denkbar allgemeines Recht, aber eben *Menschen*-Recht.

228 Gerade die besonders weitgehend auf die Verhinderung von Rechtsgutverletzungen gerichtete allgemeine Hilfeleistungspflicht hat als Erfüllung staatlicher Schutzpflichten ein Regelungsziel, bei dessen Verfolgung der Gesetzgeber bekanntlich einen weiten Gestaltungsspielraum hat. Wenn man mit dem älteren Schrifttum § 323c StGB als – dann freilich freiheitsrechtlich problematischen[476] – gesetzgeberischen Versuch ansehen will, zwischenmenschliche Solidarität zu erzwingen, gilt das natürlich erst recht. Die vorangehenden Überlegungen stellen folglich auch nicht den Versuch dar, eine Hilfeleistungs-*Programmier*-Pflicht *de lege lata* aus § 323c StGB ableiten zu wollen. Es bleibt dabei, dass sich § 323c StGB an Menschen als Normadressaten richtet, und zwar in einer konkreten Unglückssituation. Unglücksfall*vorsorge* (die mit der soeben benannten Programmierpflicht aufgerufen wäre) ist – soweit ersichtlich – vom Regelungszweck des § 323c StGB nicht umfasst und wird im strafrechtswissenschaftlichen Schrifttum auch nicht diskutiert.

229 Gleichwohl lassen sich den in diesem Abschnitt 5. angestellten Überlegungen verallgemeinerungsfähige Aussagen entnehmen, die bei einer technikrechtlichen Regulierung im Allgemeinen und einer Regulierung von Haushalts- und Servicerobotern im Besonderen Beachtung finden sollten:

230 *Erstens* ist klar geworden, dass der technikrechtliche Gesetzgeber davon ausgeht, dass sich ‚intelligente' Maschinen mit großem Aktionsradius (vulgo ‚Autonomie')

473 BGH, Urt. v. 23.3.1999, Az. 1 StR 21/93 = BGHSt 39, 164 = NJW 1993, 1871 (1872).
474 Vgl. *Freund*, in: Hefendehl/Hohman (Hg.), MüKo StGB, [3]2019, § 323c Rn. 98 ff. m. w. N.
475 Zur am *Nemo-Tenetur*-Prinzip zu messenden Verwertbarkeit von durch „intelligente Agenten" generierten Daten als Beweismittel im Strafprozess *Gless/Weigend*, JZ 2021, 612 (615 f.).
476 Hierzu Nachw. in → § 2 Fn. 453.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

grundsätzlich an das einem Menschen in einer vergleichbaren Situation geltende Recht halten können müssen. Dafür stehen exemplarisch die §§ 1a, 1e StVG.

231 Mit § 1e StVG geht der Gesetzgeber *zweitens* einen Schritt weiter. Er verlangt von der rechtsfolgsamen Maschine, ihrerseits das Verhalten des Menschen beurteilen zu können, an den sie im Fall nur noch rechtswidrig möglicher Aktionen zunächst die Kontrolle über das Fahrzeug abgeben musste. § 1e Abs. 2 Nr. 5 StVG verlangt hier von dem autonomen Fahrzeug, die Gefährlichkeit der menschlichen Aktion für die Umwelt vor Ort zu erfassen und es gegebenenfalls besser zu wissen als der Mensch, also dessen Befehl zurückzuweisen, wenn anderen durch dessen Befolgung Gefahren drohen würden. Verallgemeinernd lässt sich sagen, dass sich das intelligente Fahrzeug nicht zum Werkzeug von gefährlichen menschlichen Handlungen machen lassen darf, und zwar selbst dann nicht, wenn es die Handlungskontrolle eigentlich bereits an den Menschen abgegeben hat. Hier ist also eine erste *Impossibility Structure* eingezogen, die m. E. durchaus *insgesamt* verallgemeinert werden kann bzw. sogar muss. Wichtig ist dabei festzuhalten, dass nach dem StVG die dem System abverlangte, fortdauernde Umgebungssensibilität zwar noch auf die Auswirkungen der menschlich veranlassten Aktion *des Fahrzeugs selbst* beschränkt ist. Aber eine Technologie, die Gefahren erkennen kann, die *vom Fahrzeug* für andere Objekte ausgehen, ist nicht weit davon entfernt, schlicht *Gefahren* zu erkennen, die *in seinem Umfeld* für andere Objekte bestehen – egal von welchem Objekt sie dann ausgehen. Nochmals sei an Systeme wie avancierte *Personal Assistants* und Haushaltsroboter erinnert, die diese Funktionen für ihre Eigentümer/Nutzer wohl schon als Teil der vom Hersteller offerierten Produktleistung werden erbringen können.[477]

232 Damit ist *drittens* der Bogen zur Frage nach einer allgemeinen Hilfeleistungs*pflicht* auch für Maschinen geschlagen. Die vorstehenden Überlegungen sollten zeigen, dass es in der auf Rechtsgüterschutz gerichteten Logik der Hilfeleistungspflicht des § 323c StGB liegt, diese irgendwann auch auf entsprechend aktionsfähige KI-Systeme zu erstrecken. Andernfalls, so würde ich argumentieren, entstünde eine mit Blick auf die Schutzpflichten-Wahrnehmung begründungsbedürftige, letztlich sogar gleichheitsrechtlich erklärungsbedürftige Unwucht. Denn der Staat würde zur Erfüllung seiner Schutzpflichten „Bürger [also Menschen] über den Bereich des dem organisierten Staat Möglichen hinaus“[478] in Anspruch nehmen, obwohl sich Bürger damit eventuell selbst in Konflikte und sogar Gefahr begeben könn(t)en. Er würde diese Zumutung aber ausgerechnet ‚intelligenten‘ Maschinen (bzw. deren Herstellern) ersparen. Die wichtige Einschränkung, die ich soeben schon angedeutet habe, liegt in dieser Gleichsetzung begründet: Die *geltende* allgemeine Hilfeleistungspflicht für Menschen ist wohl vor allem deshalb ohne grundrechtliche Störgefühle erträglich,

477 s. für konkrete Bsp. oben, → § 2 Rn. 212.
478 *Pawlik*, GA 142 (1995), 360 (364).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weil die Pflicht auf *Anwesende* beschränkt ist, die den Unfall (im weiten Sinn) in vorsatzbegründender Weise mehr oder weniger zufällig wahrnehmen. Auch die von § 323c StGB vermittelte Rechtsdurchsetzung nimmt somit an der jeder menschlichen Rechtsdurchsetzung eigenen Kontingenz teil.

233 Die *Übertragung* der Hilfeleistungslogik auf Maschinen würde daher auch *nicht* fordern, einen jeden ‚smarten' Kühlschrank in einen off- und online aktions- und damit hilfefähigen Aktanten zu verwandeln, wenn das für seine designierte Funktionalität nicht erforderlich ist. Aber es fordert diejenigen Systeme heraus, Hilfe zu leisten (bzw. von ihren Programmierern zur Hilfeleistung eingerichtet zu sein), die *zum Zwecke ihres bestimmungsgemäßen Gebrauchs* über Sensorik, Software und Aktuatoren verfügen (müssen), die sie zugleich technisch in die Lage versetzen, Unglücksfälle wahrzunehmen und/oder zu verhindern. Ein übertragener § 323c StGB würde daher nur, aber immerhin fordern, dass die genannten Systeme in zeitlicher und/oder räumlicher Weise *äquivalente* ‚Unglücksfälle' erkennen und verhindern können müssen, die von Dritten oder sogar vom Eigentümer/Nutzer des Systems selbst einem Dritten zugefügt werden. Oder kürzer: Das, was das intelligente System für den einen (= Eigentümer) an Hilfe leisten kann, darf es dem anderen (= Dritten, gegebenenfalls ‚Opfer' des Eigentümers) nicht verwehren.

234 Lässt man sich darauf ein, die Logik von § 323c StGB auf intelligente und aktionsfähige Maschinen zu projizieren, dann bildet diese vordergründig unscheinbare, im Strafrecht ‚versteckte' Verhaltenspflicht angesichts der absehbaren Ubiquität intelligenter Maschinen den Ausgangspunkt für ein immens wirkmächtiges Rechtsdurchsetzungsarrangement. Oder, frei nach *Pawlik*: Es würde den Ausgangspunkt für ein sehr weitgespanntes „Verwaltungshelfer"-Arrangement zur Durchsetzung staatlichen Rechts bilden. Der oben offen gelassenen Definition dessen, was als zum Einschreiten verpflichtender Unglücksfall oder als gemeine Gefahr oder Not zählt,[479] käme dann große Relevanz zu. Würde man in Übertragung von *Pawliks* Auslegung von § 323c StGB auch noch die „lapidarste" Straftat ausreichen lassen, weil auch hinsichtlich dieser den Staat eine Schutzpflicht trifft oder er sie zumindest übernommen hat, dann würde damit eine *Omnibus*-Klausel maschineller Straftatvorsorge durch *Impossibility Structures* kreiert. Wenn man darüber hinaus bedenkt, dass die Rechtsordnung insgesamt zentral auf der Idee des Rechtsgüterschutzes aufbaut, dann wird klar, wie weitreichend nicht nur das Optimierungspotential, sondern *prima facie* auch der Optimierungsdruck in Sachen Rechtsdurchsetzung sein wird. Denn Unglücksfälle sind nicht nur auf Straftaten beschränkt. Die Nothilfe-Konstellation passt damit auf viele, wenn nicht sogar die meisten Formen von Rechtspflichten.

479 s. bei/in → § 2 Fn. 442/443.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ist das alles – rechts*politisch* reflektiert – irreal? Irreal in dem Sinn, dass doch kein Gesetzgeber eine so breit angelegte Pflicht zur technischen Intervention beschließen würde? Naja – es sei nur nochmals an Art. 25 Abs. 1 DSGVO erinnert:[480] Angesichts des extrem weiten Begriffs des personenbezogenen Datums und der Tatsache, dass heutige Datenverarbeitungen fast stets automatisiert im Sinn der DSGVO erfolgen und somit den Anwendungsbereich der Verordnung eröffnen, liefert die Norm ein eindrückliches Beispiel aus dem *geltenden* Technikrecht (im weiteren Sinn) für eine schon jetzt besonders weitgehend formulierte gesetzliche Forderung nach *Impossibility Structures*. 235

Pragmatisch gedacht kann freilich solange Entwarnung gegeben werden, solange die ‚intelligenten' Systeme nicht zu einer anspruchsvollen Kontexterkennung im Sinn der oben – als eher ferne Zukunftsperspektive – beschriebenen *General Artificial Intelligence*[481] in der Lage sind. Denn sowohl Art. 25 Abs. 1 DSGVO als auch § 323c StGB enthalten letztlich derart breit angelegte Pflichten, dass sie mit der aktuell verfügbaren Generation künstlicher Intelligenz noch nicht umsetzbar sind. Die Zahl der *False Positives* und *False Negatives* wäre derart hoch, dass schon vor jeder rechtlichen Abwägung aus rein pragmatischen Gründen ein Einsatz in der Breite nicht sinnvoll wäre. 236

An dieser Stelle möchte ich die Analyse von möglichen *Impossibility Structures* als Ausstattung mit einer sogleich folgenden Zusammenfassung und Einordnung beenden (sogleich, → 6.), um sodann weitere Differenzierungen der Rechtsrealisierungstechnologien in die Diskussion einzuführen (anschließend → III. bis V.). Auf die besondere Relevanz einer möglichen Hilfeleistungspflicht und den mit ihrer Übertragung bzw. Übertragbarkeit auf Maschinen verbundenen Konsequenzen komme ich im Rahmen des Fazits dieses § 2 allerdings nochmals ausführlich zurück (→ VI. = S. 165 ff.). 237

6. Zum Stand der Diskussion: dogmatische Gelassenheit, rechtstheoretische Besorgnis – beides unbegründet?

Die soeben genannten Anwendungsszenarien und -bereiche für den Einsatz von *Impossibility Structures* haben illustriert, dass ihr Einsatz gegenwärtig noch recht punktuell erfolgt, dass aber normativ gleich mehrfach Anknüpfungspunkte bestehen, von einer erheblichen Ausweitung dieses Einsatzes in der Zukunft auszugehen. Hier soll es nun darum gehen, zunächst die aktuell bereits diskutierten Vorschläge zum rechts*dogmatischen* Umgang mit solchen Strukturen zusammenzufassen, die von einer gewissen Gelassenheit geprägt sind (dazu sogleich, → a.); ich meine, 238

480 Hierzu oben, ab → S. 143.
481 s. hierzu oben, bei → § 1 Rn. 43.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dass durchaus Grund besteht, hier etwas genauer und kritischer zu hinterfragen, ob wir dogmatisch wirklich schon hinreichend gut gerüstet sind, um *Impossibility Structures* adäquat bewältigen zu können (dazu → b.). *Umgekehrt* glaube ich, dass die rechts*theoretische* Diskussion – diese ist von erheblicher Besorgnis geprägt – etwas gelassener und nüchterner geführt werden könnte (dazu dann → c.).

239 *a. Rechtsdogmatische Bewältigung durch Überwachungsakzessorietät.* Die ernsthafte verfassungsrechtsdogmatische Diskussion von *Impossibility Structures* als potentiell flächendeckendes Phänomen ist vergleichsweise jung.[482] Sie nahm im Wesentlichen erst mit den jüngsten Fortschritten in Sachen KI und Digitalisierung an Fahrt auf. Die Auseinandersetzung ist zugleich, wie gesagt, von einer gewissen Gelassenheit geprägt. Die „Probleme" einer potentiell vollständigen oder zumindest massiv gesteigerten „Rechtsdurchsetzung" könnten „schon mit bestehenden [dogmatischen] Figuren differenziert adressiert werden".[483]

240 *aa. Eingriff vor allem in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.* In der Tat liegt es nahe, *Impossibility Structures* sozusagen ‚überwachungsakzessorisch' zu verarbeiten:[484] „Denn eine vorbereitende Beobachtung, ein Vollzug oder eine Sanktionierung setzen immer den Zugriff auf entsprechende personenbezogene Daten voraus und aktivieren damit [das Recht auf informationelle Selbstbestimmung]". Folglich könne die dazu ergangene, die flächendeckend-anlasslose *Überwachung* effektiv einhegende Rechtsprechung auch zur Verarbeitung von *Impossibility Structures* eingesetzt werden.[485]

241 Das gilt – mit etwas größerem argumentativen Aufwand – auch im Fall von *privat* eingesetzten Unmöglichkeitstechnologien, jedenfalls dann und insoweit, als deren Einsatz hoheitlich vorgeschrieben oder – etwa durch Haftungsregeln – hinreichend stark veranlasst ist.[486] Denn mit der hoheitlichen (quasi-)Verpflichtung zur Nutzung

482 Breitere Aufmerksamkeit erlangten solche (auch analoge) Strukturen bislang eher in der Kriminologie, vgl. hierzu *Hastedt*, MMR 2021, 696 ff.

483 *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 26 Rn. 143.

484 Vgl. dazu auch schon *Rademacher*, JZ 2019, 702 (705 ff.).

485 *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 26 Rn. 146; ähnl. *Wischmeyer*, in: Baumgärtel/Hoppen (Hg.), Informationstechnik und Recht, 2021, S. 9 Rn. 15 ff.; *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 45 ff.

486 Darauf ist das Erkenntnisinteresse vorliegend gerichtet. Ob diese Rechtsprechungslinie auch weiterhilft, wenn Private *Impossibility Structures* gänzlich freiwillig zu eigenen oder zu Gunsten Dritter einsetzen, ist weniger eindeutig zu beantworten; s. hierzu u. a. *Becker*, ZUM 2019, 636 (638 ff.); *N. Kuhlmann*, in: Fries/Paal (Hg.), Smart Contracts, 2019, S. 117 ff.; *F. Hofmann*, in: Fries/Paal (Hg.), Smart Contracts, 2019, S. 125 ff.; *Oster*, in: Ahlberg/Götting/Lauber-Rönsberg (Hg.), BeckOK Urheberrecht, 32. Ed. 15.9.2021, § 1 UrhDaG Rn. 12; ausf. *G. Wagner*, AcP 222 (2022), 56. Auf das auch ohne staatliche Vorgabe zur Verwendung von *Impossibility Structures* geltende private Datenschutzrecht verweisen *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 26 Rn. 147. In denjenigen Fällen, in denen die Rechtsdurchsetzung mit dem Zugriff auf den Besitz eines anderen verbunden ist – z. B. denkbar i. R. sog. *Smart Contracts*, wo etwa eine Batterie eines geleasten Kfz das Wideraufladen verweigert – steht nach Auffassung von *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98 ff., das possessorische Besitzschutzrecht entgegen (§§ 858 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

solcher Strukturen liegt in der Regel ein gezielt-mittelbarer Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der zur *Compliance* gezwungenen Personen vor, sodass eine Übertragung der Grundsätze insofern tatsächlich recht zwanglos erfolgen kann.[487]

Der damit ermöglichte Rückgriff auf die Anlassdogmatik des Bundesverfassungsgerichts[488] scheint folglich eine nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips situativ anpassungsfähige und vor allem wirkungsvolle Einhegung auch von physisch wirksamen *Compliance*-Strukturen zu versprechen. Ein flächendeckender Einsatz der Technologie wäre damit grundsätzlich unzulässig. Angelehnt an die ebenfalls quantitativ orientierte Überwachungsgesamtrechnung schlägt *Anne Paschke* zusätzlich vor, eine „Determinierungsgesamtrechnung" aufzumachen, die der Besonderheit der physischen Komponente Rechnung trägt.[489] 242

bb. Prima-facie-Konvergenz mit der Rechtsprechung des EuGH. Auf den ersten Blick lässt sich diese Position gut mit der beschriebenen vorsichtigen Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung zum Recht der Onlinekommunikation und zum dort ausdrücklich normierten Verbot vereinbaren, den Diensteanbietern zu einer „allgemeinen Überwachung" der Nutzer zu verpflichten. Der EuGH grenzt die unzulässigen *allgemeinen* von potentiell zulässigen *spezifischen Überwachungs*pflichten und den damit verbundenen – eben quasi akzessorischen – Filter-Vorgaben ab.[490] Dabei scheint sich die Spezifizität mittlerweile allerdings nicht mehr, wie ursprünglich, nach der Menge des zu filternden Online-Inhalts zu bestimmen, sondern wird durch 243

BGB). Diese Auffassung wird geteilt vom OLG Düsseldorf, Urt. v. 7.10.2021, Az. I-20 U 116/20 = JZ 2022, 359 – Verbotene Eigenmacht durch Fernsperrung einer vermieteten E-Auto Batterie; der BGH, Urt. v. 26.10.2022, Az. XII ZR 89/21 = NJW 2022, 3575 – Fernabschaltung einer Autobatterie durch Vermieter, lässt die Frage bzgl. des Besitzschutzes offen (a. a. O., Rn. 17, 23), kommt allerdings in Anwendung von § 307 BGB zum selben Ergebnis, nämlich Unzulässigkeit jedenfalls einer Fernabschalteinrichtung für eine gemietete Autobatterie: Die entgegen der gesetzlichen Vermutung den Mieter treffende Last, sich gegen eine aus seiner Sicht unrechtmäßige Abschaltung der Batterie gerichtlich zur Wehr setzen zu müssen (statt umgekehrt), stelle eine unangemessene Benachteiligung des Mieters dar (a. a. O., Rn. 25 ff.). Monographisch zum Thema nun *Sander*, Besitz(schutz) smarter Sachen, 2024, *Duden*, Digitale Sachherrschaft, 2023.

487 *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 26 Rn. 147; ausf. dazu auch *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 42 f.

488 Vgl. oben, → § 2 Rn. 82 ff.

489 *Paschke*, MMR 2019, 563 (567); zustimmend *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 49. Ausf. dazu unten, ab → S. 448.

490 Bei dieser Rspr. fällt allerdings auf, dass der EuGH in den neueren Urteilen nicht (mehr) den Datenschutz (d. h. das unionale Pendant zur informationellen Selbstbestimmung) als Abwägungsgut gegen die Filterung heranzieht, sondern fast nur noch die Meinungs- und Informationsfreiheit der Nutzer, vgl. die Nachw. oben, → § 2 Rn. 156. Allerdings lässt sich bei Filtersystemen, die einem *Notice-and-stay-down*- oder gar einem *Notice-and-prevent*-Modell folgen, die Verarbeitung von personenbezogenen Daten gar nicht vermeiden, wenn und weil dafür die gesamten Plattformen regelmäßige ‚abgescannt' werden müssen und ggf. auch IP-Adressen gespeichert und genutzt werden (müssen), um Nutzer über eine Filterung zu informieren; s. dazu ausf. *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 167 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rekurs auf eine je nach Kontext hinreichend konkrete Initial-Tat bewirkt,[491] die so konkret beschrieben werden muss, dass die digitalen Diensteanbieter in die Lage versetzt sind, zur weiteren proaktiven Verhinderung einer Wiederholung der Tat automatisierte und damit vergleichsweise kostengünstige Erkennungstechnologien zu nutzen.[492] Diese unionale Rechtsprechungslinie harmonisiert relativ gut mit der Anlassdogmatik des Bundesverfassungsgerichts, zumal deshalb, weil zu der mehr oder weniger intensiven Anlassbindung *auf Seiten der Plattformbetreiber* und sonstigen Diensteanbieter auch die besondere Verantwortung qua Beherrschung einer kommunikativen Gefahrenquelle eine Rolle spielt. Lediglich die mittlerweile fehlende mengenmäßige Begrenzung der Filterpflichten dürfte wohl in Richtung einer vom Bundesverfassungsgericht kritisch gesehenen flächendeckenden Überwachung gehen.[493] (Wie die unten folgenden Ausführungen zu Art. 17 DSM-RL zeigen werden, zeichnen sich allerdings speziell im Urheberrecht einige Unterschiede zwischen der grundsätzlichen Anlassbindung nach bundesverfassungsrechtlicher Lesart und der Spezifizität der Überwachung im Sinn der neuen EuGH-Rechtsprechung ab; dazu weiter unten ab → S. 210).

244 *cc. Verfassungsrechtliche Hürden spezifisch für den Einsatz von Impossibility Structures.* Zur Frage der Anlassbindung des Einsatzes treten einige weitere, für *Impossibility Structures spezifische* konstitutionelle Hürden hinzu, die allerdings dogmatisch ebenfalls noch relativ problemlos zu bewältigen sind (zu auf einen genauen zweiten Blick sichtbaren Inkongruenzen, die sich nicht so leicht auflösen lassen, siehe ab → S. 173):

245 *Erstens* muss von Grundrechts wegen auch Rücksicht auf die wirtschaftlichen Interessen der in der Regel privaten Anbieter, Hersteller und Betreiber von Systemen genommen werden, die zum Einbau von *Impossibility Structures* verpflichtet und damit zu Erfüllung einer öffentlichen und/oder drittnützigen Aufgabe in Dienst genommen werden;[494] besonders gut sichtbar ist diese wirtschaftlich begründete

491 s. oben, → Rn. 153, 155 (Rs. *Glawischnig*), → Rn. 164 (Rs. *Cyando*), → Rn. 168 (zur TCO-VO), und → Rn. 173 (zum DSA), jeweils in diesem § 2. Nicht mehr hierzu passt freilich die Entscheidung des EuGH zu Art. 17 Abs. 4 DSM-RL, auf die weiter unten ausf. einzugehen sein wird, s. ab → S. 210.

492 Vgl. oben, → § 2 Rn. 155.

493 s. → § 2 Rn. 103. Insofern dürfte auch ein Rückgriff auf BVerfG, Urt. v. 2.3.2010, Az. 1 BvR 256/08 = BVerfGE 125, 260 – Vorratsdatenspeicherung, nicht zu einer positiveren Einschätzung führen: In seiner ersten Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung hat das BVerfG es zwar zugelassen, dass Private flächendeckend Telekommunikationsdaten speichern müssen, hat den *Abruf* dieser Daten zu straf- und gefahrenabwehrrechtlichen Zwecken aber ausdr. vom Vorliegen eines entsprechenden Verdachts abhängig gemacht, vgl. a. a. O., Rn. 228, 231.

494 *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, ^{3}2022, § 26 Rn. 147; *Krönke*, Öffentliches Digitalwirtschaftsrecht, 2020, S. 95 f.; vgl. zur Frage einer möglichen Ausgleichspflichtigkeit der Indienstnahme am Bsp. von Kraftwerksstillegungen *Burgi/Krönke*, VerwArch 109 (2018), 423 ff. Die wirtschaftlichen Interessen von Herstellern, Diensteanbietern usw. dürften umso geringer wiegen, je mehr diese Anbieter aufgrund von Marktmacht, *Gate-Keeper*-Eigenschaften usw. selbst (quasi) unmittelbar Grundrechtsverpflichtete werden. Zum Thema nun ausf. *Ollig*, Europäische Plattformverfassungen, 2025, S. 182 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rücksichtnahme immer noch in der Rechtsprechung des EuGH zu (eventuellen) Filterpflichten im Online-Kommunikationsverkehr.[495]

Zweitens geht mit *Impossibility Structures* definitionsgemäß eine physische Wirkung einher. *Impossibility Structures* greifen im Vergleich zur *Intelligent Surveillance* also immer auch in die allgemeine Handlungsfreiheit oder gegebenenfalls speziellere Freiheitsrechte ein, unter Umständen auch in die Gesundheit von Personen.[496] Der Einsatz von *Impossibility Structures* stellt damit einen Unterfall von Vollstreckungsrecht dar. Folglich versteht sich zunächst von selbst, dass das konkrete *Mittel*, durch das dieser physische Eingriff bewirkt wird, selbst verhältnismäßig sein muss. Um ein bekanntes extremes Beispiel zur Illustration zu wählen: Erkennt unser Haushaltsroboter iC aus dem obigen Beispiel, dass der Besucher B aus dem Haushalt der A einen Apfel stehlen möchte, dürfte die verhältnismäßige/erforderliche Verunmöglichungshandlung nicht in einem tödlichen Angriff bestehen.[497] 246

Drittens geht mit der physischen Wirkung das Risiko eines *physisch* wirksamen *Overblocking* einher, während im Fall von Überwachung falsch-positive Treffer in der Regel ‚nur' zu – *ex post* betrachtet – ungerechtfertigten weiteren (menschlichen) Ermittlungsmaßnahmen führen dürften (das berühmte „behördliche Interesse", das sich auf den Einzelnen fokussiert[498]). Zu berücksichtigen ist dabei, dass sich solche physischen Folgen auch im Rahmen von (Vollzugs-)Folgenbeseitigungsansprüchen zwar manchmal, aber nicht stets durch *ex post* ansetzende Rechtsschutzverfahren beseitigen lassen. So mag es im vieldiskutierten Bereich des urheberrechtlich bedingten *Overblocking* tatsächlich so sein, dass eine spätere – nach erfolgreichem internen oder gegebenenfalls auch gerichtlichen Rechtsschutz erfolgende – Publikation eines zunächst geblockten Meinungsbeitrags zu spät kommt, um tatsächlich noch zu der Debatte beitragen zu können, zu der er beitragen sollte. Auch das ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Entscheidung über den Einsatz der Struktur zu berücksichtigen. 247

Viertens ist – quasi als Spiegelbild zur grundrechtlich relevanten Belastung der privaten Anbieter/Nutzer von rechtsrealisierenden Technologien (soeben, erstens) – zu bedenken, dass die Übertragung von Rechtsrealisierungsaufgaben auf Private auch demokratierechtliche Fragen aufwirft. Zu berücksichtigen ist insofern der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG, der die Ausübung hoheitlicher Befugnisse grundsätzlich Beamten in einem besonderen Dienst- und Treueverhältnis 248

495 s. die Nachw. oben, → § 2 Rn. 155.

496 *Bernzen/Kehrberger*, RW 10 (2019), 374 (391 ff.) m. w. N. Ausf. *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 41 ff.

497 Vgl. zur Diskussion sogar i. R. des bekanntlich bes. scharfen Notwehrrechts nur *Erb*, in: Erb/Schäfer (Hg.), MüKo StGB, [4]2020, § 32 Rn. 201 ff.

498 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 43.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vorbehält;[499] was aber voraussetzt, dass *staatlich* Gewalt ausgeübt wird,[500] was in unseren Konstellationen wiederum regelmäßig gerade nicht der Fall sein wird.[501] Ausgangspunkt zur Beantwortung der damit aufgeworfenen Frage nach verbleibender staatlicher Verantwortung ist, dass eine Einschaltung von Privaten als „Verwaltungshelfer" zur Durchsetzung von Recht (so *Michael Pawlik* zu § 323c StGB[502]) auch vor dem Hintergrund von Demokratieprinzip, Gewaltmonopol und des damit verbundenen Funktionsvorbehalts des Grundgesetzes nichts grundlegend Neues ist, sondern uns in vielen Bereichen des Rechts begegnet,[503] und dort das öffentliche Recht lediglich herausfordert, von direkten Operationsmodi auf Gewährleistungsarrangements umzustellen (Gewährleistungsverwaltungsrecht).[504] Sowohl das Demokratieprinzip als auch der beamtenrechtliche Funktionsvorbehalt zeigen sich für Modernisierungen und Re-Fokussierungen der *prima facie* hoheitlichen Tätigkeit der Rechtsdurchsetzung offen (vgl. auch Art. 33 Abs. 5 GG).[505] Sie erzeugen allerdings Argumentationslasten und wären sicherlich dann verletzt, wenn staatlicherseits eine vollständige Auslagerung rechtsdurchsetzender Tätigkeiten angestrebt würde, *ohne* entsprechende Gewährleistungsreserven bereit zu halten. (Zu bedenken ist zudem, dass spezifisch Art. 33 Abs. 4 GG unter dem Vorbehalt steht, dass sich das eventuelle Einsatzgebot für *Impossibility Structures* nicht aus dem Unionsrecht ergibt, da der Funktionsvorbehalt nicht zu den änderungsfesten Bestimmungen des Grundgesetzes zählt.[506])

499 Zum Streitstand, was genau unter „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse" gemeint ist und folglich den Funktionsvorbehalt auslöst, s. *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hg.), GG Bd. II, ^{3}2015, Art. 33 Rn. 152 ff. m. w. N.; speziell zum umstr. Privatisierungsverbot a. a. O., Rn. 157.

500 Grundlegend immer noch *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2002), 266 (292 ff.).

501 Insb. wird es an einer Beleihung i. d. R. fehlen; für Bsp. s. *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2002), 266 (301 ff.).

502 s. soeben, → § 2 Rn. 220.

503 Vgl. *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2002), 266 (268): „Beteiligung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben [als] Alltäglichkeit". Speziell zur Gewährleistung der Staatsaufgabe „Sicherheit" unter Einbeziehung Privater a. a. O., S. 275 m. w. N.

504 So auch schon *Wischmeyer*, in: Baumgärtel/Hoppen (Hg.), Informationstechnik und Recht, 2021, S. 9 Rn. 24. Es ist daher eine zu enge Perspektive, wenn bei Verwendung von *Smart-Contract-* oder von anderen Rechtsdurchsetzungstechnologien pauschal von einer „vollständigen Privatisierung der Rechtsdurchsetzung" gesprochen wird, so *G. Wagner*, AcP 222 (2022), 56 (62); s. dazu nochmals unten, → § 2 Rn. 418 ff. und ab → S. 381.

505 Zu den Maßstäben und den damit verbundenen großen Gestaltungsspielräumen des Gesetzgebers *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2002), 266 (297 f.) m. w. N. Speziell zu Filtertechnologien *Eifert*, NJW 2017, 1450 (1451): „Auch im Hinblick auf Hass-Kommentare ist nicht einsichtig, wieso diese nicht erst recht auf private Initiative hin zu löschen sein sollen, verletzen sie doch in erheblicher Zahl private Rechte. Schließlich ist zu betonen, dass es hier nicht um eine Letztentscheidung der Privaten, sondern nur um eine Erstentscheidung geht. Die letzte Entscheidung liegt formal immer bei den staatlichen Gerichten […]. Weil Aufwand und Kostenrisiko des Klagewegs im Verhältnis zu den verfolgten Interessen aber üblicherweise unverhältnismäßig groß sind, kann die faktische Wirkung der Erstentscheidung durch die Intermediäre freilich kaum überschätzt werden. Die Erstentscheidung über die Löschung treffen entsprechend unvermeidlich die Intermediäre, wenn und weil sie nicht vollständig aus jeder Verantwortlichkeit entlassen werden sollen."

506 Zu den Fragen demokratischer Legitimation beim Einsatz von künstlich-intelligenter Rechtsdurchsetzung durch den Staat selbst s. *Unger*, in: ders./Ungern-Sternberg (Hg.), Demokratie und künstliche Intelligenz, 2019, S. 113 (122). An dieser Stelle nur folgende Anm. zu dieser Diskussion: M. E. ergibt sich der

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aus den vier genannten Gesichtspunkten folgt – da sie grundsätzlich der Abwägung mit entgegenstehenden Gütern zugänglich sind[507] – kein absolutes Einsatzverbot.[508] Aber daraus scheint (!) ein gegenüber einer vergleichbaren *Intelligent Surveillance* jedenfalls *nochmals* erhöhtes Eingriffsgewicht zu resultieren, das es nahe zu legen scheint,[509] den Einsatz von *Impossibility Structures* auf spezifische Konstellationen zu beschränken, und erst recht von einer flächendeckenden physischen Verhaltenssteuerung Abstand zu nehmen. 249

Eine verfassungsrechtliche Einhegung rechtsdurchsetzungsfähiger Technologien jenseits spezifisch-situativer Abwägungsoffenheit versucht hingegen zu liefern, wer den Einsatz von Technologien der künstlichen Intelligenz *technologiespezifisch* zu einer Frage der Menschenwürde erklärt (Art. 1 Abs. 1 GG, gleichsinnig Art. 1 GRC).[510] Wegen Art. 79 Abs. 3 GG wäre diese Strategie besonders dauerhaft und könnte auch gegen unionsrechtlich angeordnete Unmöglichkeitsstrukturen ins Feld 250

geforderte Legitimationszusammenhang (oder, mit *Hoffmann-Riem*, a. a. O., S. 129 [144 f.], das geforderte Legitimationsnetz, mittlerweile weniger gebräuchlich: die notwendige Legitimationskette) *nicht* aus der einzelnen Person des Amtsträgers. Denn der für sich genommen ist dem anderen Menschen (eben auch) eine *Black Box* (vgl. unten, ab → S. 308). Legitimation ergibt sich erst aus dem *Interaktionszusammenhang* zwischen Menschen, in dem Bedeutung durch menschlich nachvollziehbare Interaktion geschaffen wird. Dieser Vorgang der Konstruktion von intersubjektiv nachvollziehbarer Bedeutung erfolgt immer *ex post*; a. A. aber wohl *Unger*, a. a. O., S. 113 [128], wonach *ex post* Beurteilung der blinde Fleck sei, weil demokratische Legitimation einen prospektiven Charakter haben müsse. Die Beurteilung, dass bzw. ob die Steuerungsleistung von Gesetz und Aufsicht im konkreten Handeln eines Amtsträgers (richtig) gewirkt hat, lässt sich aber immer nur *ex post* beurteilen, und *ex ante* nur auf Basis bisheriger Erfahrungen prognostizieren. Nicht entscheidend ist daher auch die eventuelle ‚Unvorhersehbarkeit' der Maschine. Denn die ist dem Amtsträger *in concreto* eben auch zu eigen. Wichtig ist bei diesem vielmehr *ex ante* auch ‚nur' Verlässlichkeit (unten, → S. 363 ff.) und die Einbindung in eine Architektur, die diese Verlässlichkeit gewährleistet und forciert (dazu → S. 365 ff. und → S. 381 ff.). Oder, nochmals anders gewendet: Erst in der konkreten *Begegnung* eines Rechtsunterworfenen mit dem Beamten aktualisiert sich dessen demokratische Legitimation (demokratische Steuerung, Aufsicht und Kontrolle), und nicht schon in der isolierten *Person* des Amtswalters. Legitimation wird damit durch eine gesamthafte Verfahrensarchitektur konstituiert, die die Kontestation ermöglicht, dass diese *konkrete* Entscheidung *nicht* mit dem Willen des Legitimationssubjekts übereinstimme.

507 s. nur *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 26 Rn. 147; *Bernzen/Kehrberger*, RW 10 (2019), 374 (403 ff.). Für eine Argumentation mit dem Rechtsstaatsprinzip s. *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 55 f., 67 f.

508 Zur Frage der Schrankenschranke des Zensurverbots, die spezifisch im Bereich der Kommunikationsgrundrechte wirken kann, → § 2 Rn. 338 und ab → S. 422.

509 Zu den Inkongruenzen von *Intelligent Surveillance* und *Impossibility Structures*, die der Konstruktion eines simplen Stufenverhältnisses hinsichtlich des Eingriffsgewichts entgegenstehen, ab → S. 173.

510 Vgl. etwa *L. Hagen* et al., in: Oberreuter (Hg.), Staatslexikon, [8]2017, Abschnitt II.3.3: „Zudem ist das Recht zukunftsgerichtet, deshalb notwendig abstrakt und offen gehalten, konkretisierungs-, wertungs- und abwägungsbedürftig. Die im Kern auf einem Binärcode beruhenden Informationsstrukturen der digitalen Systeme werden dies in der Gesamtheit – jedenfalls auf absehbare Zeit – nicht angemessen rezipieren und verarbeiten können. Über die Verhältnisse des Menschen werden und sollten auch in Zukunft Menschen Recht sprechen. Dies ist in letzter Konsequenz *eine Frage der menschlichen Würde*". Hervorhebung hier. Noch allgemeiner *Becker*, ZUM 2019, 636 (644): „Menschliches Verhalten muss aus menschlicher Sicht beurteilt werden." Vor dem Hintergrund von Art. 22 DSGVO wäre die Entgegnung hierauf: *Ja, aber nicht immer und nicht nur; der Zeitpunkt spielt eine Rolle, und das Betroffenenverhalten.* Zur Diskussion m. w. N. auch *Schulz/Schmees*, in: Augsberg/Schuppert (Hg.), Wissen und Recht, 2022, S. 561 (582 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

geführt werden. Aus der Verankerung in der Menschenwürde würde folgen, dass der Einsatz von KI-basierten Systemen nicht dazu führen darf, dass Menschen zum *Objekt* maschineller Entscheidung werden dürfen. Gleiches gilt freilich auch für menschliche Entscheidungen über andere Menschen, sodass die eigentlich relevante Frage ist, ob Menschen zum Objekt werden, *weil* sie Gegenstand maschinellen Entscheidens sind. Die Frage wird heute zu Recht weitgehend verneint,[511] unter anderem auch vom europäischen Gesetzgeber, der mit Art. 22 DSGVO sowie Art. 11 JI-Richtlinie gerade kein unbedingtes Verbot automatisierten Entscheidens über Menschen statuiert hat (einschließlich *realen* Handelns im polizei- und sicherheitsrechtlichen Bereich), sondern ein komplexes Regel-Ausnahme-Gegenausnahme-Verhältnis, das im Ergebnis relativ viel Automatisierung zulässt, sofern „angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der [von der automatisierten Entscheidung] betroffenen Person" getroffen werden (Art. 22 Abs. 2 lit. b bzw. Abs. 3 DSGVO und Art. 11 Abs. 1 JI-Richtlinie).

251 Es ist vor diesem Hintergrund keineswegs mehr selbstverständlich, dass jene bisher auf Alternativlosigkeit basierende „implizite […] Erwartung" fortbesteht, „dass im demokratischen Rechtsstaat Subjekte über Subjekte entscheiden sollten, also Entscheidungen zur Verteilung von Freiheit ihrerseits ein Produkt zur Freiheit befähigter Wesen"[512] sein *müssten*. Diskutiert wird folglich nicht mehr so sehr über das *Ob* der Übertragung von Entscheidungskompetenzen auf KI-Systeme, sondern vielmehr über das *Wie*.[513]

252 Freilich steht in Sonderfällen noch das Ob in Zweifel: Das betrifft zum einen die vor allem im Völkerrecht zu verortende Frage, ob, wo und wann automatisierte *Waffen*systeme eingesetzt werden dürfen.[514] Für das nationale Recht und gerade auch mit Blick auf die oben genannten Anwendungsbeispiele von KI-basierten Systemen bei der Optimierung der Rechtsdurchsetzung relevanter dürfte die jüngst etwa von *Hans Peter Bull* zur Diskussion gestellte These sein, dass spezifisch Gesichtserkennungssoftware – ein zentrales Anwendungsfeld aktueller künstlicher Intelligenz – gegen Art. 1 Abs. 1 GG verstoße. *Bull* zufolge ist das so :

> „Das menschliche Gesicht ist besonders schutzbedürftig, weil es […] untrennbarer, unverlierbarer und öffentlich sichtbarer Ausdruck der Persönlichkeit ist. Seine Digitalisierung und Benutzung als Identitätskennzeichen bedeutet eine Missachtung der Person und berührt die menschliche Würde, die der Staat zu achten und zu schützen hat. Würde das digitalisierte Abbild des menschlichen Gesichts als Anknüpfungspunkt für technikgestützte Kontrollen genutzt, wäre die Verfügbarkeit des Einzelnen für diejenigen, die diese Technik beherrschen,

511 Statt vieler *Wischmeyer*, in: Ebers et al. (Hg.), RechtsHdb. KI und Robotik, 2020. § 20 Rn. 45 ff., dort bes. Fn. 76 für weitere Nachw.
512 *Möllers*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 2 Rn. 36.
513 *Wischmeyer*, in: Ebers et al. (Hg.), RechtsHdb. KI und Robotik, 2020, § 20 Rn. 46.
514 Dazu *Stellpflug*, in: Ebers et al. (Hg.), RechtsHdb. KI und Robotik, 2020, § 32 m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wesentlich gesteigert […]. Die ‚Digitalisierung' der körperlichen Erscheinung würde m. E. gegen die Menschenwürde verstoßen und sollte ausdrücklich verboten werden".[515]

Man wird über die hinter dieser Auslegung stehenden Argumente diskutieren können. Allein, die Verortung in der Menschenwürdegarantie kann nicht überzeugen, was eine praktische Kontrollüberlegung zeigt: Würde die These stimmen, dass Gesichtserkennung einen Würdeverstoß darstellt, dann würden *Apple* & Cie. jeden Tag milliardenfach gegen die Würde der Nutzer ihrer *Smartphones* und *Tablets* verstoßen, wenn diese ihre Geräte mithilfe von *Face ID* und ähnlichen Gesichtserkennungsanwendungen entsperren. Denn bekanntlich ist die Würdegarantie zumindest des Art. 1 Abs. 1 GG unmittelbar drittschützend und auch für ihren Inhaber nicht disponibel. Diese Kontrollüberlegung zeigt, dass es eben stets auf den Zweck und den Verwendungskontext künstlich-intelligenter Systeme ankommt und ein isoliertes Abstellen auf ihre Leistungsfunktionen und Inputdaten rasch in die Irre führt. 253

b. Unterschiede und Inkongruenzen zur Überwachungskonstellation, ‚blinde Flecken' in Randbereichen. Bei aller Anknüpfbarkeit an vertraute dogmatische Figuren und der daraus folgenden Gelassenheit sollten bestimmte strukturelle Unterschiede zwischen Überwachung und Verunmöglichung nicht übersehen werden. Diese Unterschiede lassen es bei genauem Hinsehen dann doch zweifelhaft erscheinen, dass *Impossibility Structures* wirklich schon durch die „bestehenden Figuren" *hinreichend* „differenziert adressiert werden" können.[516] Ich will diese Einwände jeweils exemplarisch anhand der soeben unter → 3. (Datenschutzrecht[517]), → 4. (Straßenverkehrsrecht[518]), und → 5. (Verbot der Unterlassung von Hilfe[519]) genannten Anwendungsbeispiele näher erläutern: 254

aa. … am Beispiel des Datenschutzrechts. Mit seinem ausgedehnten Anwendungsbereich,[520] seinen gerade im privaten Datenschutzrecht hochgradig unbestimmten Abwägungsklauseln,[521] seinen vielfältigen prozeduralen Verpflichtungen sowie den damit jeweils verknüpften massiven Haftungs- und Sanktionsdrohungen[522] erzeugt das Datenschutzrecht für private wie auch für öffentliche Datenverarbeiter[523] einen erheblichen, zugleich diffusen Befolgungsdruck: Da das Recht *prima facie* so diffus bzw. im prozeduralen Bereich so kompliziert ist, müssen Datenverarbeiter unter der beständigen Sorge agieren, dass ihr Verhalten *ex post* von den zuständigen Stellen als 255

515 *Bull*, AöR 145 (2020), 291 (319).
516 Vgl. für die These, dass das recht zwanglos möglich sei, nochmals *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, ^{3}2022, § 26 Rn. 143.
517 Oben, → S. 143 ff.
518 Oben, → S. 146 ff.
519 Oben, → S. 150 ff.
520 s. Art. 2 DSGVO und die Einschätzung von GA *Bobek* dazu, → § 2 Rn. 182.
521 Vgl. insb. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO.
522 Art. 82 ff., bes. Art. 83 Abs. 5 DSGVO.
523 s. Art. 7 Abs. 1, Artt. 8, 9 Abs. 2, 10, und bes. Artt. 12 ff. DSGVO.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rechtswidrig beurteilt und eventuell mit erheblichen Sanktionen belegt werden wird. Das dabei behördlicherseits bestehende Sanktionsermessen kann und soll zwar selbstverständlich dem Gebot der Verhältnismäßigkeit entsprechend so angewandt werden, dass ein einfacher/erstmaliger Verstoß nicht bereits existenzvernichtende Sanktionen nach sich zieht – aber: *man weiß ja nie*.[524] Durch den Verzicht auf ‚harte' sanktionsrechtliche Leitlinien[525] steht eben doch potentiell eine Strafdrohung von bis zu 20.000.000 EUR zunächst einmal im Raum. *Paart* man nun dieses (oder eben vergleichbare) Rechtsregime mit ‚intelligenter' *Überwachung*, dann dürfte greifbar werden, welche massiven Einschüchterungseffekte davon auf den ungehinderten Verkehr personenbezogener Daten ausgehen können.

256 Blicken wir nun auf die *Impossibility Structures*: Behandelt man sie überwachungsakzessorisch – eben wenn und weil sie *auch*, um funktionieren zu können, personenbezogene Daten verarbeiten müssen –, dann unterstellt man beiläufig (oder setzt voraus), dass vergleichbare *Chilling Effects* greifen. Das ist aber keineswegs selbstverständlich: Denn im Fall einer Unmöglichkeitsstruktur wird das Verhalten, das potentiell rechtswidrig ist, ja gerade *verhindert*, sodass es *zumindest als vollendete Tat* (im weiten, nicht zwangsläufig nur strafrechtlichen Sinn) auch nicht mehr sanktioniert werden kann. Plakativ ausgedrückt: Das einschüchternde Gefühl des *man weiß ja nie*, welches mit einer Überwachung, die zunächst und definitionsgemäß geschehen lässt, um *ex post* zu sanktionieren oder sonst wie zu *re*agieren,[526] wäre durch die Gewissheit eines *das darf ich nicht* ersetzt – zumindest *dann*, wenn keine Sanktion für den bloßen Versuch droht und/oder der Versuch nicht sogar noch bei berufener Stelle gemeldet wird (dann wären wir wieder bei *Intelligent Surveillance*).

257 Das bedeutet: Gerade im Bereich schwer zu befolgenden Rechts können *Impossibility Structures* eine die *Rechtsbefolgung erleichternde und assistierende Funktion* haben, die anstelle von Einschüchterung eine *Entlastung* bewirkt.[527] Nicht nur die Angst vor sanktions- oder haftungsrechtlichen Folgen könnte damit erheblich gemindert werden, sondern auch schlicht der kognitive und praktische Aufwand der Rechtsbefolgung an sich. Natürlich kommt es dafür auf die konkrete Ausgestaltung nicht nur der eigentlichen *Impossibility Structure*, sondern des sie sozusagen umgebenden Regelungsarrangements an (wann greift die Verunmöglichung, gibt es Sanktionen für den bloßen Versuch etc.). Aber im Grundsatz ist das – also die potentielle

524 Vgl. für diese Argumentationsfigur des *Man-weiß-ja-nie* als Hintergrundfolie der Dogmatik der Einschüchterungseffekte schon *Rademacher*, JZ 2019, 702 (705 f.).

525 Vgl. Art. 85 Abs. 2 DSGVO, der eine lange Liste teils sehr vage formulierter Faktoren enthält, die bei der Verhängung von Sanktionen „im Einzelfall […] gebührend berücksichtigt" werden müssen.

526 Auch *Moll/F. Schneider*, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 104 (2021), 92 (8) weisen darauf hin, dass bei den von ihnen untersuchten Studien zum Nachweis bzw. zur Widerlegung von *Chilling Effects* staatlicher Überwachung „das zugrundeliegende Motiv [jeweils] identisch ist[:] abstrakt befürchtete Sanktionen sollen vermieden werden".

527 Dazu nochmals vertiefend → S. 358 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Entlastungsfunktion – eine bislang dogmatisch und theoretisch wenig ausgelotete Funktion von *Compliance*-Strukturen.

Diese Entlastung ergibt gerade im diffusen Datenschutzrecht offensichtlich guten Sinn, weshalb wiederum Art. 25 Abs. 1 DSGVO mit seiner potentiell flächendeckenden Anordnung von Unmöglichkeitsstrukturen auch *prima facie* viel weniger unfreiheitlich wirkt, als es in anderen, von den Rechtsadressaten einfacher zu bewältigen Rechtsbereichen der Fall sein würde. Übrigens: Mit der Anlassdogmatik des Bundesverfassungsgerichts (einschließlich der Ausnahme der besonderen Verantwortlichkeit qua Gefahrschaffung/-beherrschung[528]) lässt sich Art. 25 Abs. 1 DSGVO nicht mehr erklären:[529] Weder sind die Vorgaben anlassgebunden, noch kann die Verarbeitung von personenbezogenen Daten pauschal als besonders gefahrgeneigte Tätigkeit gewertet werden, ohne das Konzept gänzlich zu verwässern[530] – dafür ist sie zu allgegenwärtig. 258

bb. … am Beispiel des Straßenverkehrsrechts. Ein weiterer Unterschied zur Überwachungskonstellation lässt sich am Straßenverkehrsrecht illustrieren, dort speziell an § 1e Abs. 2 Nr. 5 StVG. Zur Erinnerung: Ein autonomes Kfz muss *grundsätzlich* von der sogenannten Technischen Aufsicht, also einem Menschen, übersteuert werden können; es muss aber seinerseits die Technische Aufsicht ausnahmsweise übersteuern können, wenn es erkennt, dass das menschlich angewiesene „Fahrmanöver am Verkehr teilnehmende oder unbeteiligte Personen gefährden würde" – das ist der oben sogenannte ‚doppelte Boden' der Regelungen zum autonomen Fahren, der das Fahrzeug partiell zur *Impossibility Structure* macht.[531] Die m. E. offensichtliche Legitimität einer Unmöglichkeitsstruktur an dieser spezifischen Stelle rührt daher, dass hier eine – jedenfalls in aller Regel – rechtswidrige Handlung *durch* ein KI-System ausgeführt werden würde, das von vornherein und zwangsläufig – eben um seine regulären Funktionen erfüllen zu können – mit entsprechenden Erkenntnistechnologien ausgestattet ist/sein muss. 259

Noch deutlicher wird die Legitimität von *Impossibility Structures*, wenn wir vom § 1e Abs. 2 Nr. 5 StVG vermutlich zugrundeliegenden Szenario einer ‚nur' fahrlässigen Gefährdung von Personen durch die Technische Aufsicht in ein Vorsatzszenario wechseln: Dass ein intelligentes robotisches System den Befehl „Töte so viele Menschen wie möglich" wird verweigern müssen, liegt auf der Hand. Formaler ausgedrückt: Ein KI-System darf und muss eine Handlung, die es gleichsam zu einem (Mit-)Täter bzw. (Mit-)Störer im Rahmen der jeweiligen Verantwortungssysteme 260

528 s. dazu oben, bei → § 2 Rn. 106.
529 Unmittelbar einschlägig sind im Fall des Art. 25 DSGVO natürlich nur die Unionsgrundrechte. Es geht mir um die Stimmigkeit und ‚Durchhaltbarkeit' der Argumentation des BVerfG.
530 Zu ähnl. Bedenken hinsichtlich der Steuer- und Geldwäscheüberwachung schon → § 2 Rn. 105.
531 Vgl. oben, → § 2 Rn. 192 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

machen würde, verweigern, wenn, weil und sobald es technisch dazu in der Lage ist, eine solche Einordnung vorzunehmen (d. h. eine *Law-abiding Technology*[532] ist/sein können muss).[533]

261 *cc. … am Beispiel von § 323c StGB.* können wir noch einen Schritt weiter gehen: In dem den Überlegungen zugrundeliegenden und – wie schon gesagt – futuristischen Szenario geht es um die Frage, ob rechtswidrige menschliche Handlungen, die *im Beisein* einer entsprechend rechtserkenntnisfähigen künstlichen Intelligenz geschehen, von dieser KI verhindert werden muss bzw. verhindert werden darf. Ich habe oben argumentiert, dass die Frage grundsätzlich und in der Logik des § 323c StGB denkend, mit einem Ja beantwortet werden kann.[534] Mit Überwachungsakzessorietät lässt sich diese Konstellation nicht mehr recht fassen, wenn und weil sich die besondere Legitimation von § 323c StGB gerade aus dem zufälligen Anwesend-Sein des zur Hilfe Verpflichteten ergibt.[535] Ich komme speziell auf diesen Gedanken der Hilfeleistung im Fazit zu → § 2 ausführlich zurück.[536]

262 *dd. … bei der Erfassung bestimmter Sonderformen von Impossibility Structures.* Denken wir abschließend nun noch einen Schritt weiter und kombinieren dafür eine *anwesende* rechtserkenntnis- und aktionsfähige Technologie mit den neuen Erkenntnis*methoden*, die oben[537] beschrieben wurden: Man stelle sich eine hochgradig avancierte *Impossibility Structure* vor, die ausschließlich mit LiDAR- oder vergleichbaren Technologien arbeitet, und die in der Lage ist, entsprechend der Idee von § 323c StGB Rechtsverletzungen zu verhindern bzw. ihre weitere Ausführung zu unterbinden. In dem Fall würde das Recht auf informationelle Selbstbestimmung keinen Schutz mehr liefern, *weil* keine personenbezogenen Daten verarbeitet werden und *wenn* das System auch nicht darauf angelegt wäre, eine *ex-post*-Identifikation zu leisten.[538] Natürlich würde in dem Fall noch für den physischen Zugriff als solchen (jedenfalls wenn das System hoheitlich vorgeschrieben ist) Art. 2 Abs. 1 GG oder ein spezielles deutsches oder unionales Grundrecht greifen – aber doch nur *insoweit*, als die Verunmöglichung Rechtsgüter/-handlungen betrifft, die nicht rechtswidrig sind (also z. B.: kein letaler Schuss, um einen geringfügigen Angriff auf das Eigentum abzuwehren[539]). Der vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung *im Vorfeld* von Rechtsverletzungen geleistete Schutz hingegen, der den Einzelnen davor bewahrt, „beliebig [über die eigene] Rechtschaffenheit Rechenschaft ablegen zu müssen",[540]

532 Zum Begriff oben, → § 1 Rn. 59.
533 s. zur Frage der Verallgemeinerung dieser Norm schon soeben, → § 2 Rn. 204 f.
534 s. soeben, → § 2 Rn. 220.
535 Vgl. oben, → § 2 Rn. 232.
536 Unten, → § 2 Rn. 428 ff.
537 Oben, → § 2 Rn. 28 ff.
538 Zu deren Relevanz → § 2 Rn. 129.
539 s. dazu knapp → § 2 Rn. 246.
540 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 51.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dieser Schutz greift nicht mehr. Das Gedankenexperiment, so futuristisch und so beschränkt hinsichtlich des Anwendungsbereichs[541] es uns zunächst erscheinen mag, ist doch geeignet, die Nachhaltigkeit der Bewältigung von *Impossibility Structures* allein durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in Zweifel zu ziehen.

ee. Gebot einer eigenständigen Dogmatik für Impossibility Structures. Die soeben schlaglichtartig illustrierten Unterschiede und Inkongruenzen zwischen Überwachungs- und Verunmöglichungsszenarien tauchen in der bisherigen Diskussion über *Impossibility Structures* so noch nicht auf, wenn und weil sie rein *überwachungs*akzessorisch geführt wird. Das ist praktisch gesehen weitgehend unschädlich, vielleicht einmal abgesehen davon, dass die möglicherweise entlastende und deshalb willkommene Funktion von *Impossibility Structures* allzu *restriktiv* – da eben überwachungsakzessorisch – behandelt zu werden droht. Gerade die Überlegungen, die hier zuletzt angestellt wurden, und die zugegebenermaßen weit in die Zukunft ausgreifen, was die technische Leistungsfähigkeit der Systeme anbelangt, zeigen aber auch, dass die überwachungsakzessorische Bewältigung, weil sie auf dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung aufbaut, zu *permissiv* sein könnte. Deshalb: Es bedarf einer von vornherein eigenständigen Dogmatik von und für *Impossibility Structures*, die den Unterschieden zwischen Überwachung und Verunmöglichung gerecht wird und das eine nicht als schlicht Mehr des anderen behandelt. 263

c. Rechtstheoretische Implikationen von Impossibility Structures. Die rechts*theoretische* Diskussion zu *Impossibility Structures* unterscheidet nun dezidiert zwischen Überwachung und Verunmöglichung und ist ohne Scheu zukunftsorientiert; d. h., sie geht mittlerweile durchaus der Frage nach, welche Rückwirkungen die zumindest denkbare flächendeckende Einführung von Rechtsverletzungen verhindernden Arrangements auf das Recht und seine Funktionen haben könnte.[542] Und *diese* Diskussion ist *nicht* von Gelassenheit geprägt, sondern von einer sehr deutlich artikulierten Besorgnis. Zwei Stränge lassen sich dabei unterscheiden, die freilich miteinander verflochten sind: 264

aa. Entdialogisierung der Rechtsanwendung. Die erste Besorgnis soll hier als Gefahr der Entdialogisierung von Rechtsbefolgung und -anwendung bzw. Rechtsdurchsetzung bezeichnet werden. Beispielhaft hierfür stehen die Überlegungen von *Klaus Günther*, der anhand von ‚intelligenten' – d. h. Normbefolgung erzwingenden – Fahrzeugen, Upload-Filtern, und *Smart Contracts* argumentiert, dass sich 265

541 LiDAR- und vergleichbare Technologien werden sich *eventuell* einmal zur Erfassung physischer Handlungen von Menschen eignen, vgl. → § 2 Rn. 28 ff.; zur Überwachung bzw. Verunmöglichung von Kommunikation etwa taugen sie schon methodisch (wohl) nicht.

542 Zu nennen sind bspw. *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 63 ff. (wobei sich dort auch rechtssoziologische Erwägungen finden); *Günther*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 523 ff.; *Burchard*, ebd., S. 553 ff.; *Burchard*, JRE 27 (2019), 527, S. 527 ff.; *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 452 ff., 471 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „[p]erfekte Normbefolgung […] nicht mehr *mit* dem, sondern *ohne* den Adressaten [vollziehe]. Die Norm selbst wird in einen technischen Vorgang transformiert, an den sich die Betroffenen nur noch anpassen, den sie durch ihr Verhalten aber nicht mehr beeinflussen können. […] Die Person der Normadressat*innen wird dabei so konfiguriert, als sei sie ein potentiell störungsanfälliger Teil des technischen Normrealisierungsprozesses."[543]

266 Dadurch, dass folglich Normen nicht mehr als „Gründe" für ihre Adressaten fungieren würden, sich *eventuell* dem Normbefehl entsprechend zu verhalten,[544] verliere der Prozess der Normrealisierung seinen „kommunikativen" Charakter,[545] wodurch wiederum die für normative Ordnungen prägende „Praxis der Verantwortung, Rechtfertigung und Kritik ihrer Anwendungsoperationen"[546] verloren zu gehen drohe. Die – in der rechts*dogmatischen* Diskussion soweit ersichtlich ausnahmslos geforderte – Möglichkeit von *ex-post*-Rechtsschutz und damit eines zumindest nachgelagerten Diskussionsforums taucht bei *Günther* soweit ersichtlich zwar nicht explizit auf; allerdings reiche sie gerade nicht aus, so lässt sich *Günther* m. E. deuten, weil Normen in den von ihm sogenannten smarten Ordnungen „[m]it ihrer Verdinglichung [in ihrem] Verbindlichkeitsanspruch zunehmend fraglos und ihre Rechtfertigung und Kritik ähnlich sinnvoll wie beim Wetter" würden.[547]

267 *bb. Entflexibilisierung der Rechtsanwendung.* Eng verknüpft mit der Frage nach der Entdialogisierung von Recht bzw. den entsprechenden Befolgungs- und Anwendungsoperationen ist die Beobachtung einer durch die „Verdinglichung" (*Günther*) drohenden Entflexibilisierung. Herausgestellt ist damit das normative Leistungspotential des Vollzugs- und Sanktionenrechts, insbesondere der *darin* verbauten Ermessensspielräume zur Realisierung eines Interessensausgleichs (Verhältnismäßigkeit im Einzelfall), den das materielle Recht nicht vorwegnehmen kann oder nicht vorwegnehmen will.[548] Fallen Norm und Normrealisierung durch den Einsatz von *Impossibility Structures* in eins, dann gehen *diese* Ermessensspielräume *an dieser spezifischen Stelle* notwendigerweise verloren.

---

543 *Günther*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 523 (535). Hervorhebungen im Original.

544 Ibid., S. 538, unter Verweis auf *Joseph Raz*.

545 Vgl. ibid., S. 545. Vgl. auch schon *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 181: Recht als "platform for argument and contestation".

546 *Günther*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 523 (542). Ähnl. *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 69: „Der Verstoß gegen eine Rechtsnorm und der sich daraus ergebende rechtliche Konflikt bieten stets auch die Möglichkeit der Rechtsfortbildung. Diese ist im Rechtsstaat Aufgabe der Gerichte. Wenn durch die Architektur der digitalen Sphäre geformte Strukturen zur Durchsetzung von Regeln abweichendes Verhalten unmöglich machen, schließen sie ein Herantragen des juristischen Konflikts an die Gerichtsbarkeit und damit eine richterliche Entscheidung aus."

547 *Günther*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 523 (545).

548 Vgl. dazu *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 26 Rn. 145; *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 67 ff.; früh und grundlegend schon *F. Hofmann*, in: Fries/Paal (Hg.), Smart Contracts, 2019, S. 125 (130 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das macht in einem ersten Schritt Rückfragen an das materielle Recht unausweichlich: Ist es tatsächlich auf seinen vollen Vollzug angelegt, oder sind unter dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit gebotene situative Anpassungen des tatsächlichen Realisierungsanspruchs der Norm bisher im Vollzugs- und Sanktionenrecht (vielleicht bislang unbemerkt) verarbeitet? Wenn es beispielsweise stimmt, dass ein Rotlichtverstoß eines Fußgängers „am helllichten Tage an einer übersichtlichen Stelle auf einer weder von einem Auto befahrenen noch von einem weiteren Fußgänger gesäumten Straße" wegen Unverhältnismäßigkeit nicht sanktioniert [und auch nicht verhindert?[549]] werden *darf*,[550] ist der materielle Normbefehl, die Straße trotz frappanter Ungefährlichkeit nicht zu queren, wohl doch allein der Verlegenheit geschuldet, unter den Funktionsbedingungen *nicht* smarter Zeitschalt-Ampeln ein Ordnungssystem zu schaffen, das den Verkehr in der Regel hinreichend verlässlich regelt, im Einzelfall aber einen Normbefehl aussprechen muss, der selbst eine Form von normativem *Overblocking* darstellt[551] und damit unbeachtlich ist.[552] Seine technische Erzwingung wäre damit ebenfalls *Overblocking* der Fortbewegungsfreiheit unseres Fußgängers und müsste sich in einer Abwägung von Nutzen und Schaden rechtfertigen. 268

Was also – sollen *Impossibility Structures* eingesetzt werden – ausgehend von diesem zugegeben trivialen Beispiel erforderlich ist, ist eine bewusstere Zusammenschau von materiellem und Vollzugsrecht und eine Herausarbeitung der *für den konkreten Rechtssatz* spezifischen Eigenleistungen des *Vollzugs*rechts. Das ist keineswegs trivial, eben weil derzeit das Vollzugs- und Sanktionenrecht eine oftmals übersehene, aber gewichtige Funktion beim Interessenausgleich haben. Anschlussfähig sind insoweit die Überlegungen von *Franz Hofmann*, der – zunächst am Beispiel des Immaterialgüterrechts – argumentiert hat, dass das, was in einem praktisch-realen Verständnis Recht ist, sich als Produkt aus dem materiellen Recht und der Wahrscheinlichkeit seiner Durchsetzung ergebe.[553] 269

Besonders deutlich – aber damit in gewisser Weise auch schon wieder uninteressant – wird die Spannweite der insoweit bestehenden Eigenleistungen des Vollstreckungs- und Sanktionenrechts beim ausschließlich symbolischen Recht (unterstellt, dass es 270

549 In diese Richtung, mit dem Bsp. der Geschwindigkeitsbegrenzung, deren „einhundertprozentig[e]" Durchsetzung nach Auffassung des Autors „evident unverhältnismäßig" wäre (warum eigentlich?), *F. Hofmann*, in: Fries/Paal (Hg.), Smart Contracts, 2019, S. 125 (137).

550 *Rostalski*, GA 166 (2019), 481 (484).

551 So schon *Rademacher*, JZ 2019, 702 (710).

552 Ähnl., am Bsp. von Parkverboten, *G. Wagner*, AcP 222 (2022), 56 (96).

553 *F. Hofmann*, in: Fries/Paal (Hg.), Smart Contracts, 2019, S. 125 (130 ff.); noch spezieller zum Immaterialgüterrecht *ders.*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, passim; anknüpfend und verallgemeinernd *G. Wagner*, AcP 222 (2022), 56 (90 ff.); auch *Wischmeyer*, in: Baumgärtel/Hoppen (Hg.), Informationstechnik und Recht, 2021, S. 9 Rn. 36.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

das noch[554] gibt): Vor dessen Hintergrund entspräche die vollständige Realisierung des materiellen, aber eben nur symbolischen Rechts

> „schon deshalb nur scheinbar dem [demokratischen] Ideal, weil die Gesetze immer eine doppelte Bedeutung als Symbol und als Verwirklichungsanspruch haben und sich die Anteile unterschiedlich gestalten können – bis hin [eben] zur sog. symbolischen Gesetzgebung, die von vornherein nicht auf Verwirklichung angelegt ist".[555]

271 Spannender ist, dass sich sämtliche Rechtsmaterien, die ihrer Normstruktur nach eine Abwehr von bloßen Gefahren statt realen Rechtsgutverletzungen bezwecken, besonders (neu) rechtfertigen müssen, wenn unter den Funktionsbedingungen einer verlässlich eingriffsbereiten KI eine Steuerung näher am unmittelbar gewünschten Schutzgut möglich wird. Neben dem soeben schon erwähnten Straßenverkehr steht hier vor allem das Datenschutzrecht unter einem möglicherweise zunehmenden Rechtfertigungsdruck,[556] handelt es sich doch dabei insgesamt um Vorfeldschutz, der lediglich potentielle Gefahren verhindern soll statt gezielt reale Rechtsgutbeeinträchtigungen zu erfassen.

272 Verallgemeinernd lässt sich somit festhalten, dass der *tatsächliche* Realisierungsanspruch einer Norm ermittelt und gegebenenfalls durch eine Anpassung des materiellen (von der *Impossibility Structure* unmittelbar zu realisierenden) Rechts in eben diesem – also dem materiellen Recht – mit abgebildet werden muss;[557] *oder* es müsste in einem zweiten Schritt im Wege einer Abwägung gerechtfertigt werden, warum die Übertragung des ‚nur' *normativen = kommunikativen Overblocking*, das in einem überschießenden Normbefehl liegt, in eine nun sogar *physisch* wirksame Struktur ausnahmsweise doch gerechtfertigt ist. Die Problematik wird dadurch potenziert, dass schon die Übertragung bestehender Differenzierungen bzw. bestehender Flexibilitäten im existierenden *materiellen* Recht (Abwägungsklauseln, Er-

554 In der frühen Neuzeit war der lediglich symbolische Erlass von Gesetzen durchaus üblich, die „[ihren] Sinn in sich selbst" trugen, so *Schlumbohm*, Geschichte und Gesellschaft 23 (1997), 647 (659): Gesetze sollten demnach v. a. der Selbstproklamation einer „Obrigkeit als *gute* Obrigkeit" dienen (S. 660, Hervorhebung im Original). Zur früheren Erwartung an die Rechtsdurchsetzung s. die These von *Schlumbohm* a. a. O., bes. S. 659 f.: „In der Frühen Neuzeit scheint […] der rechten Form der Publizie|rung nicht selten mehr Aufmerksamkeit gegolten zu haben als der Überwachung der Befolgung. […] Durch [die Publikation] erwies sich die Obrigkeit als *gute* Obrigkeit, zunächst im christlichen Sinn, in späterer Zeit nach aufgeklärter Art; sie gab kund, daß sie durch Ge- und Verbote die rechte Ordnung proklamierte. Das war schon ein wesentlicher Teil dessen, was von der Herrschaft erwartet wurde. Gewiß sollte sie sich auch um eine Realisierung dieser guten Ordnung bemühen, aber den Erwartungen der Zeitgenossen scheint in dieser Hinsicht ein exemplarisch auswählendes partielles Vorgehen genügt zu haben. ‚[D]aß es von jeher im Lande Sitte war, die Hochfürstlichen Verordnungen vor den Gemeinden herabzulesen und sodann nicht zu halten', ist wohl erst seit dem späten 18. Jahrhundert unerträglich geworden. Zuvor war beim Erlassen von Gesetzen der symbolische Aspekt ebenso wichtig, manchmal wichtiger, als die Absicht, tatsächliches Verhalten zu ändern." Hervorhebung im Original.

555 *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 26 Rn. 143, dort Fn. 447.

556 Vgl. hierzu schon *Rademacher*, JZ 2019, 702 (710).

557 Vgl. auch *F. Hofmann*, in: Fries/Paal (Hg.), Smart Contracts, 2019, S. 125 (137 ff.); *G. Wagner*, AcP 222 (2022), 56 (97).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

messenstatbestände etc.) in technische Regeln erhebliche Schwierigkeiten bereitet (siehe ausführlich → § 3), womit die Sorge verbunden ist, dass die Überführung von Normen in Technik selbst zu Vereinfachungen und Pauschalisierungen zwingt, die das Recht ärmer, jedenfalls weniger Einzelfall-adäquat machen könnten, als es jetzt ist.[558]

cc. Re-Dialogisierung und -Flexibilisierung durch ex-post-Lösungen. Das freilich führt nun wieder zurück zu der Frage, ob und wo eine Re-Dialogisierung und -Flexibilisierung der Anwendungsoperation durch *ex-post*-Lösungen (Beschwerdeverfahren, Rechtsschutz oder ähnliche) gerechtfertigt sein kann, die es dem originären (also menschlichen) Erstadressaten einer technisch vollzogenen Norm möglich machen, aber eben auch zumuten, gegen eine technische (vermeintlich oder tatsächlich: falsche) Realisierung vorzugehen. 273

Dass diese Abwägung durchaus zugunsten von *ex-post*-Lösungen ausgehen kann, die dem Erstadressaten Angriffslasten aufbürden, die es in der analogen Welt nicht gab,[559] zeigen die referierten Beispiele aus der Rechtsprechung des EuGH und der unionalen Gesetzgebung.[560] Dieser Punkt ist von zentraler Bedeutung: Eine Bestandsgarantie für das überkommene Vollzugsrecht in dem Sinn, dass jeder physische Vollzug eine menschliche Vollzugsentscheidung im Einzelfall voraussetzen und damit jedenfalls weiterhin als Ort des (weiteren[561]) Interessensausgleichs bzw. einer entsprechenden Diskussion bereitstehen würde, also eine Bestandsgarantie des analogen Status quo, die gibt es nicht.[562] 274

Aus der Rechtsprechung lässt sich aber immerhin als eine *dogmatische* Konsequenz aus der *theoretischen* Diskussion um den Verlust von Flexibilitätsreserven des Vollzugs- und Sanktionenrechts ableiten, dass *Impossibility Structures* prinzipiell *nicht* im Wege von Generalklauseln eingeführt werden dürfen. Erforderlich ist stattdessen eine auf den *spezifischen* Rechtssatz ausgerichtete Diskussion um die Leistungsfähigkeit der Technik, die Möglichkeit und Zumutbarkeit aktiven Handelns der in welcher Form auch immer ‚geblockten' Erstadressaten des Rechtssatzes gegen die Blockierung, sowie eine Diskussion um den spezifischen Realisierungsanspruch des materiellen Rechts. Übergreifend geleitet werden muss diese Analyse von den Kriterien der *Rechtzeitigkeit* von *ex-post*-Lösungen, der *Reversibilität* etwaiger Beein- 275

558 *Günther*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 523 (542 f.); vgl. auch *G. Wagner*, AcP 222 (2022), 56 (98); dazu auch unten, → S. 291 ff.

559 Vgl. *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (34): „Hier führt der Einsatz von Techniken zur Veränderung der Wirkungsweise von Recht und zugleich zu Veränderungen in den Machtverhältnissen der an dem Rechtsverhältnis Beteiligten." – die, so ist zu ergänzen, in manchen Fällen unerwünscht, in anderen durchaus erwünscht sein können.

560 → § 2 Rn. 153 ff. und → § 2 Rn. 157 ff. bzw. → § 2 Rn. 166 ff.

561 D. h. neben dem materiellen Recht und den Möglichkeiten einer *ex-post*-Korrektur.

562 Ausf. *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 67 f. und passim.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

trächtigungen individueller oder kollektiver Güter und/oder gegebenenfalls hinreichender *Kompensationsmöglichkeiten* im Fall eines *Over-* bzw. *Underblocking*.[563] Es geht um Risikoverteilung, die vom materiellen Recht auszugehen hat, dabei den Faktor *Zeit* hinreichend berücksichtigt, und somit an das Recht des einstweiligen, insbesondere des vorbeugenden Rechtsschutzes erinnert.[564] Auch wenn an dieser Stelle keine Analyse zur Übertragbarkeit der Kriterien aus diesem Bereich geleistet werden kann, zeigt der gedankliche Exkurs auf, dass die Aufgabe einer gestaltenden Neuverteilung von Durchsetzungsrisiken von Recht und Rechten keine unbekannte ist.

276 Hat sich damit also gezeigt, dass es gute Gründe gibt, zwischen Überwachung und Verunmöglichung durch neue Technologien rechtsdogmatisch und rechtstheoretisch zu unterscheiden, so drängt sich geradezu die Frage auf, ob es zwischen *Impossibility Structures* auf der einen und *Intelligent Surveillance* auf der anderen Seite nicht noch weitere ‚intelligente' Strukturen bzw. Arrangements geben könnte, die die Gefahren der Entdialogisierung und Entflexibilisierung vermeiden, aber gleichwohl einen Impuls in Richtung einer gegenüber dem Status quo verbesserten Rechtsrealisierung liefern können. Solche Zwischenmodelle gibt es und um sie wird es nun unter → III. und → IV. gehen.

III. Compliance Assistance Technologies (i. e. S.)

277 Zunächst soll auf der Suche nach Zwischenmodellen der Gedanke der *Assistenz* bei der Realisierung von Recht[565] wieder aufgegriffen werden. Wie gesagt hat der Einsatz von digitalen *Impossibility Structures* gerade im physischen wie auch virtuellen Massenverkehr mit seinen vielen niedrigschwelligen Regelbrüchen eine besondere Plausibilität: Es ging in allen soeben genannten Einsatzfeldern stets um die Verarbeitung von alltäglich massenhaft anfallenden Daten bzw. um Alltagssachverhalte mit – im Fall von Rechtsverstößen – oft geringen Einzelschadenssummen,[566] sodass menschliche Überwachung oder anschließende menschliche Durchsetzung der Regeln unmöglich oder unökonomisch wären. KI hingegen ist geradezu für die

563 Vgl. hierzu BVerfG NVwZ 2009, 240 (240 f.), zu Art. 19 Abs. 4 GG, dort auch – S. 242 – zu dreipoligen Rechtskonstellationen, in denen sich pauschale Aussagen zur Verteilung von Beweis- und Angriffslasten und der Ausgestaltung des einstweiligen Rechtsschutzes richtigerweise von vornherein verbieten.

564 Vgl. insoweit immer noch instruktiv *Schoch*, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, 1990, S. 966 ff.; hierzu auch *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hg.), GG, Lfg. 92 August 2020, Art. 19 Abs. 4 Rn. 278, demzufolge die Frage nach dem „rechtzeitigen" Rechtsschutz als Teil des Gebots *wirksamen* Rechtsschutzes – und d. h.: *real* wirksamen Rechtsschutzes – letztlich die gesamte Dogmatik der grundrechtlichen Rechtsschutzgarantie durchziehe.

565 s. soeben, → § 2 Rn. 257.

566 Wenn man von terroristischen Anschlägen einmal absieht.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schnelle, kostengünstige und potentiell ubiquitäre Verarbeitung großer Datenmengen prädestiniert, einschließlich der zielgerichtet-physischen Verhinderung rechtlicher Devianz.[567]

Perfekt ist die Passung gleichwohl (noch) nicht: Denn – um in den Beispielen von → II., zu bleiben – sowohl das Straßenverkehrsrecht als auch das Datenschutzrecht, wie auch das Urheber- und erst recht das Ehrschutzrecht zeichnen sich trotz oder vielleicht gerade wegen ihrer Alltäglichkeit durch große Kontextsensibilität aus. Die *prima facie* häufig eindeutigen Regeln kennen zahlreiche Ausnahmen, deren Aktivierung stark von den Umständen des Einzelfalls abhängt; und das gilt sowohl tatsächlich wie auch rechtlich, wenn und weil nach der rechtlich geleiteten Suche nach einschlägigen Tatsachen anschließend Abwägungsentscheidungen zu treffen sind. Es sei nur kurz auf die Schranken des Urheberrechts in §§ 44a ff. UrhG hingewiesen oder auf die Anwendung von Normen des rechtfertigenden Notstands im Straßenverkehrsrecht. Zwar können bestimmte Abwägungsparameter und -ergebnisse in verallgemeinerter Form auch einer KI ‚beigebracht' werden:[568] Etwa, dass in einer Dilemma-Situation im Straßenverkehr einem Unfallgeschehen mit ‚nur' Tierschaden der Vorzug vor Menschenleid zu geben ist. Und auch der ethisch immer wieder neu diskutierte Lorenfall ist rechtlich recht eindeutig zu beantworten und damit potentiell programmierbar.[569] 278

In vielen anderen Fällen gilt das aber nur eingeschränkt: Ob etwa das Überfahren der roten Ampel tatsächlich im Sinn des rechtfertigenden Notstandes erforderlich ist, um den Schwerverletzten auf der Rückbank ins nächstgelegene Krankenhaus zu bringen, dürfte in der notwendigen Allgemeinheit derzeit noch schwer programmier- oder trainierbar sein, selbst unter Rückgriff auf hybride Modelle von KI.[570] Dasselbe gilt erst recht für die Frage, ob ein negatives Werturteil über eine andere Person z. B. in den sozialen Medien im konkreten Fall noch erlaubte Meinungsäußerung oder schon unzulässige Beleidigung ist. Denn selbst in den vom Bundesverfassungsgericht für *ohne* Einzelfallabwägung für unzulässig erklärten Fallgruppen der Schmähkritik, Formalbeleidigung und des Menschenwürdeverstoßes durch den Inhalt der Äußerung dürfte nur die Formalbeleidigung ohne Weiteres automatisiert 279

567 s. systematisch zum Mensch-Maschine-Leistungsvergleich unten, → S. 278 ff.
568 Dazu nochmals unten mehr, → § 3 Rn. 54 ff.
569 Vgl. zur ethischen Diskussion und zu einer Studie über „mehrheitsfähige" Kriterien zur Entscheidung in moralischen Dilemma-Situationen *Awad* et al., Nature 563 (2018), 59.
570 s. dazu → S. 59 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erkennbar sein; nur sie fordert ausdrücklich[571] keine Kontextualisierung des Gesagten.[572]

280 Technisch ausgedrückt ist daher die Gefahr von *False Positives* und *False Negatives*,[573] die bei der Anwendung von *Impossibility Structures* definitionsgemäß sogleich in ein *physisch* (un)wirksames *Over-* bzw. *Underblocking* umschlagen, in vielen Anwendungsbereichen erheblich. Die Zurückhaltung des Europäischen Parlaments jenseits von Art. 25 Abs. 1 DSGVO, den Einsatz von „technischen Mitteln" zur Verhinderung von rechtswidrigem Verhalten vorzuschreiben, ist folglich gut nachvollziehbar.[574] Aber: Die hier folgenden Ausführungen (und später noch die Überlegungen unter → IV.) sollen zeigen, dass Rechtsrealisierung durch und mit KI keine Entweder-oder-Frage ist.

1. Begriff

281 Soll trotz der soeben benannten Schwierigkeiten nicht auf den Nutzen automatisierter Systeme der Rechtsrealisierung verzichtet werden, wäre zunächst, als erste Alternative zu *Impossibility Structures*, an den Einsatz reiner Unterstützungssysteme zu denken, die hier als *Compliance Assistance Technology* im engen Sinn bezeichnet werden. Die Idee dahinter ist, dass ein automatisiertes Erkennungssystem, wenn und wo die Gefahr des *Overblocking* für zu groß erachtet wird, die Nutzer eben nicht blockiert bzw. allgemeiner: eine Rechtsfolge nicht automatisiert bewirkt, sondern nur, aber immerhin, informiert, dass ein begonnenes Verhalten rechtswidrig sein könnte oder auch: informiert, welches Verhalten rechtmäßig wäre.[575]

282 Es geht also um den *konkreten*, d. h. auf einen Sachverhalt konkretisierten „Zugang zu Normwissen"[576] gerade auch für juristische Laien, die nach der Konzeption zahlreicher Normen zugleich Erstanwender des Rechts sind bzw. zumindest sein (können) müssen. Gefragt ist nach Technologien, die Subsumtionsschlüsse für die weitere Verwendung durch Menschen, einschließlich juristischer Laien, liefern können.[577] Dass sich Teile der rechts*theoretischen* Lehre mit dieser Perspektive –

571 Irritierenderweise aber auch nur „in der Regel", s. BVerfG, Beschl. v. 19.5.2020, Az. 1 BvR 2397/19 = NJW 2020, 2622, Rn. 21.

572 Zu diesen drei Kategorien die Übersicht ibid., Rn. 18 ff. Krit. zum Stand der Ehrschutz-vs.-Meinungsfreiheit-Judikatur des BVerfG *Teichmann*, JZ 2020, 549 ff. Die Rspr. verteidigend hingegen *Hong*, Apropos Künast-Fall, Verfassungsblog v. 20.06.2020 (online).

573 Zu den Begriffen oben, → § 1 Rn. 12.

574 Vgl. am Bsp. der VO (EU) 2021/784 zur Bekämpfung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte (TCO-VO) oben, → § 2 Rn. 168.

575 Konstruktiv deckt sich das mit der von *Hähnchen/Bommel*, JZ 2018, 334 (337) sog. „präventiven Rechtsberatung".

576 *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (17, 8).

577 Da Subsumtionsschlüsse definitionsgemäß ein Produkt von Sachverhaltswissen und Normwissen darstellen, wird im Folgenden auch nicht strikt zwischen Technologien zur Beantwortung von Rechts- bzw.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Laien als Rechtsanwender – schon traditionell und auch gerade wieder neu im Zusammenhang mit Technologien der Rechtsdurchsetzung/-erkenntnis[578] schwertun (weil sie Rechts*anwendungs*operationen im eigentlichen Sinn Juristen vorbehalten wollen[579]), ändert nichts daran, dass Normen nur selten zuerst an Juristen, sondern oft zuerst eben an Laien adressiert sind und daher von diesen verstanden und realisiert werden müssen. Auf diesen Grundlagenstreit wird später nochmals ausführlich zurückzukommen sein, wenn es in → Kapitel 2 um die Maßstäbe geht, die an rechtserkenntnis- und rechtsrealisierungsfähige Technologien anzulegen sind.[580] Hier soll nur die Einsicht genügen, dass Laien bei der Realisierung des zwar an sie gerichteten, aber paradoxerweise nicht wirklich für sie geschriebenen Rechts in aller Regel Hilfe benötigen, womit eben das Konzept von *Compliance Assistance* relevant wird.

Um den Verzicht auf die physische Komponente auch terminologisch anzuzeigen, spreche ich von Compliance Assistance *Technologies*, nicht von *Structures*. Den Begriff der *Compliance* (statt einfach Befolgungsassistenz oder auch Rechts-IT) verwende ich in Anlehnung an den Sprachgebrauch der wirtschaftsrechtlichen Literatur.[581] Betont wird damit, dass es um mehr geht als um die Selbstverständlichkeit der Befolgung von Recht, nämlich um organisatorische und in diesem Sinn potentiell systematisch-allgegenwärtige Formen der Befolgungs- und damit Realisierungs-Assistenz.[582] Das ‚i. e. S.' stelle ich den *Compliance Assistance Technologies* hier deshalb nach, weil natürlich in einem weiten Sinn auch die anderen *Structures*, um die es soeben ging (*Impossibility Structures*) sowie sogleich noch gehen wird (*Justification Structures*), eine Art von Assistenz bei der Realisierung von Recht leisten können und sollen – nur eben eine physische (deshalb alle zusammenfassend: *Compliance Assistance Technologies* i. w. S.; dieser weite Ober- oder Sammelbegriff wird insbesondere in → § 4 nochmals eine wichtige Rolle spielen[583]). 283

Tatsachenfragen unterschieden. Ein Subsumtionsschluss enthält notwendigerweise Antworten auf *beide* Fragen.

578 s. hierfür insb. *Kotsoglou*, JZ 2014, 451 ff. und deutlich *ders.*, JZ 2014, 1100 (1101): „Es muss also gezeigt werden, dass wir […] unausweichlich zum Ergebnis kommen, dass juristische Problemstellungen (Sachverhalte) Laien nicht verständlich gemacht werden können."

579 s. dazu informativ *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201 (204 ff.) m. w. N., der allerdings selbst die (wie ich) „These" vertritt, dass „Normkonkretisierung […] eine Angelegenheit derjenigen Adressaten [ist], an die das Recht als Verhaltensordnung sich richtet" (a. a. O., S. 203).

580 s. dazu → S. 327 ff.

581 s. zu diesem Modebegriff statt vieler *Bachmann*, in: Grundmann/Merkt/Mübert (Hg.), FS Hopt, 2020, S. 17 ff., wonach *Compliance* – über die „Selbstverständlichkeit" der Forderung nach Regelbeachtung (ebd.) hinausgehend – Folgendes bedeutet: „Die sog. Compliance-Pflicht stellt daher im Kern eine Pflicht zur Einrichtung einer die Einhaltung von Rechtsnormen gewährleistenden *Organisation* dar" (ebd., S. 18). Hervorhebung im Original.

582 Vgl. auch *Burchard*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 553 (578): „Die Prädiktionsist *in extremo* eine Compliancegesellschaft, die internalisierte Selbstkontrolle normalisiert."

583 Dort ab → S. 342.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. … im Straßenverkehrsrecht

284 Ein basales Beispiel einer *Compliance Assistance Technology* findet sich heute bereits in den meisten Kraftfahrzeugen. Deren Navigationssysteme zeigen der Fahrerin Geschwindigkeitsübertretungen an, häufig begleitet von einem akustischen Warnsignal. Die Fahrerin kann dann natürlich weiterhin selbst entscheiden, ob ein aus ihrer Sicht hinreichender Rechtfertigungsgrund besteht, das Verhalten fortzusetzen. Seit dem 6. Juli 2022 ist der Einbau von solchen sogenannten „intelligenten Geschwindigkeitsassistenten" in der EU für alle neuen Fahrzeugtypen verpflichtend vorgeschrieben, seit dem 7. Juli 2024 dürfen keine neuen Fahrzeuge mehr zugelassen werden, welche die Technik nicht verbaut haben.[584] Die Technik muss so eingerichtet sein, „dass der Fahrer über den Beschleunigungsregler oder über gezielte, angemessene und wirksame Rückmeldungen darauf aufmerksam gemacht wird, dass die geltende Geschwindigkeitsbeschränkung überschritten wird". Er muss diese Funktion abschalten können, wobei sie nach einem Neustart des Wagens wieder aktiv sein muss.[585]

285 Ebenfalls seit 2022 sind zudem noch weitere „hochentwickelte Fahrassistenzsysteme" in neue Kraftfahrzeuge einzubauen, wozu auch ein „Warnsystem bei Müdigkeit und nachlassender Aufmerksamkeit des Fahrers" sowie ein „hochentwickeltes Warnsystem bei nachlassender Konzentration des Fahrers" gehören.[586] Insoweit fehlt interessanterweise eine Regelung zur Abschaltbarkeit. Auf eine künftige Folgeregelung zielt offenbar die Verpflichtung ab, Kraftfahrzeuge mit einer „Vorrichtung zum Einbau einer alkoholempfindlichen Wegfahrsperre" auszustatten[587] – nur eine *Vorrichtung zum Einbau*, die Wegfahrsperre muss also *noch* nicht selbst verbaut sein.

286 Der „Zustand und Grad der Aktivierung aller [dieser] Sicherheitssysteme an Bord" müssen Gegenstand einer „ereignisbezogenen Datenaufzeichnung" sein.[588] Es ist daher ein Datenschreiber ähnlich der von Flugzeugen bekannten *Black Box* zu verbauen, der

> „im Zeitraum kurz vor, während und unmittelbar nach einem Zusammenstoß [Daten] [auf]zeichnet und [s]peichert [über] Fahrzeuggeschwindigkeit, Abbremsen, Position und Neigung des Fahrzeugs auf der Straße, [über] Zustand und Grad der Aktivierung aller Sicherheitssysteme an Bord, das auf dem 112-Notruf basierende bordeigene eCall-System, Aktivierung der Bremsen sowie sonstige relevante Eingabeparameter für die bordseitigen aktiven Sicherheits-

584 s. Art. 6 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 VO (EU) 2019/2144 v. 27.11.2019 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern; zu den Anwendungszeitpunkten s. Art. 16 sowie die insgesamt hilfreiche Übersicht unter https://www.bmv.de/SharedDocs/DE/Artikel/StV/Strassenverkehr/neue-fahrzeugsicherheitssysteme.html, besucht am 11.6.2025.
585 Art. 6 Abs. 2 lit. b VO (EU) 2019/2144.
586 Art. 6 Abs. 1 lit. c bzw. d VO (EU) 2019/2144.
587 Art. 6 Abs. 1 lit. b VO (EU) 2019/2144.
588 Art. 6 Abs. 1 lit. g, Abs. 4 lit. a VO (EU) 2019/2144.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> und Unfallvermeidungssysteme, wobei dafür gesorgt sein muss, dass die Daten höchst präzise sind und kein Datenverlust entsteht."[589]

287 Diese Datenaufzeichnung darf ausdrücklich nicht deaktiviert werden können,[590] was aus strafrechtlicher Perspektive schon zu der naheliegenden Frage geführt hat, ob alsbald diese „intelligenten Agenten als Zeugen im Strafverfahren" zur nachträglichen Sachverhaltsaufklärung etwa nach einem Unfall herangezogen werden dürfen.[591] *Nemo-tenetur*-Grundsatz, Kernbereichsschutz und konventionsrechtliches Konfrontationsrecht sind hier aufgerufen. Die strafrechtswissenschaftliche Diskussion darüber, ob im Fall der Verwendung von Daten aus zwingend zu verbauenden Datenschreibern jeweils ein Verstoß vorliegen würde oder nicht, steht noch am Anfang.[592] Konkret mit Blick auf die Fahrsicherheitsassistenz-Rechtssetzung der EU scheint mir die Frage freilich geklärt zu sein. Nach Art. 6 Abs. 4 lit. d VO (EU) 2019/2144 dürfen

> „die Daten, die [die Datenschreiber] aufzeichnen können, den nationalen Behörden auf der Grundlage des Unionsrechts oder des nationalen Rechts im Einklang mit der [DSGVO] *ausschließlich* für den Zweck der Unfallforschung und -analyse, einschließlich für die Zwecke der Typgenehmigung von Systemen und Bauteilen, […] zur Verfügung gestellt werden können." Hervorhebung hier.

288 Eine Verwendung der Daten, die übrigens von vornherein anonymisiert gespeichert werden müssen,[593] für Zwecke der Strafverfolgung dürfte damit ausgeschlossen sein. Die Verwendung des Begriffs „ausschließlich" legt zudem nahe, dass auch die diversen Zweckänderungsklauseln aus dem Datenschutz- und Strafprozessrecht vorliegend nicht greifen, eine Verwendung also *nicht* zulassen dürften. Dezidiert anders verhält es sich übrigens mit den Fahrzeugdaten, die nach nationalem Recht beim automatisierten und autonomen Fahren anfallen bzw. gespeichert werden müssen.[594]

289 Zur Abrundung sei kurz auf Ideen der Industrie in Sachen *Compliance*-(Fahr-)Assistenz hingewiesen, die noch einen Schritt weiter gehen. So hat sich 2021 ein Industrie-Konsortium um den Software-Anbieter *Tome* (Detroit, USA) unter Beteiligung von Ford, Bosch und einigen Fahrradherstellern gebildet mit dem Ziel, eine Marken-übergreifend einsetzbare Software unter Nutzung der *Bluetooth*-Technologie zu entwickeln, die es Fahrrädern und E-Scootern erlauben soll, mit den Automobilen

589 Art. 6 Abs. 4 lit. a VO (EU) 2019/2144.
590 Art. 6 Abs. 4 lit. b VO (EU) 2019/2144.
591 *Gless/Weigend*, JZ 2021, 612.
592 Vgl. die Problemübersicht ibid., S. 615 ff.
593 s. Art. 6 Abs. 4 lit. c, ii), Abs. 5 VO (EU) 2019/2144. Insofern ist es etwas befremdlich, dass Abs. 4 lit. d auf die Einhaltung der DSGVO verweist, da diese auf anonymisierte Daten nicht anwendbar ist.
594 Hier sind die oben, → S. 146 ff., bereits erwähnten §§ 1g, 63a StVG einschlägig.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu „reden", mit denen sie den Straßenraum teilen,[595] vor allem also zu warnen, wenn Kollisionen drohen. Die Fahrzeuge sollen offenbar noch nicht selbsttätig darauf reagieren, sollen aber wiederum ihre Fahrer auf die Gefahr hinweisen können.

3. … im Online-Kommunikationsrecht

290 Noch sehr rudimentär, aber von der Tendenz her schon als *Compliance Assistance Technologies* beschreibbar, sind Teilfunktionen von Online-Lehr- und Lernsystemen wie Stud.IP. Diese Software bietet Lehrenden unter anderem die Möglichkeit, Dateien mit Studierenden zu teilen. Dabei kann es rasch zu Urheberrechtsverstößen kommen. Die Plattform will nun den Nutzern die Einhaltung des Urheberrechts dadurch erleichtern, dass diese vor jedem Upload das jeweilige Material selbst urheberrechtlich einordnen müssen, damit der Vorgang abgeschlossen werden kann. Können oder wollen sich die Nutzer urheberrechtlich nicht festlegen und wählen daher „ungeklärte urheberrechtliche Situation", erfolgt zwar technisch ein Upload, aber die Studierenden können auf eine solche Datei nicht zugreifen. Gegenwärtig erfolgt die rechtliche Einordnung – zumindest bei Stud.IP – ohne KI-Einsatz, nämlich durch die Auswahl einer der folgenden Optionen: „ungeklärte urheberrechtliche Situation", „gemeinfreie Werke", „frei nutzbare Werke", „selbstverfasste Werke", „Werke mit Campus- oder Nationallizenzen (Lizenz liegt vor)", „Sprachwerke gem. § 60a UrhG" und schließlich „Sonstige Werke gem. § 60a UrhG" (sogenannte Wissenschaftsschranke[596]). Diese Einordnung wird aber immerhin durch kleine Erläuterungstexte zu den Nutzungs- bzw. Schutzkategorien unterstützt, die einigermaßen laienfreundlich erläutern, unter welchen Voraussetzungen z. B. eine Berufung auf § 60a UrhG möglich ist.[597] Kleine graphische Symbole sollen die Zuordnung weiter erleichtern (z. B. ein §-Zeichen für „Werke mit Campus- oder Nationallizenzen").[598]

595 So die Zeitungsüberschrift zu dem Projekt, s. *D. Brown*, The Washington Post v. 13.1.2021 (Onlinequelle).

596 § 60a UrhG lautet: „(1) Zur Veranschaulichung des Unterrichts und der Lehre an Bildungseinrichtungen dürfen zu nicht kommerziellen Zwecken bis zu 15 Prozent eines veröffentlichten Werkes vervielfältigt, verbreitet, öffentlich zugänglich gemacht und in sonstiger Weise öffentlich wiedergegeben werden 1. für Lehrende und Teilnehmer der jeweiligen Veranstaltung, 2. für Lehrende und Prüfer an derselben Bildungseinrichtung sowie 3. für Dritte, soweit dies der Präsentation des Unterrichts, von Unterrichts- oder Lernergebnissen an der Bildungseinrichtung dient. (2) […]."

597 Die Erläuterung zu § 60a UrhG lautet bspw.: „Urheberrechtlich geschützte Sprachwerke dürfen Sie auch ohne gesonderte Vereinbarung oder Erlaubnis für die Lehre nutzen. Typische Beispiele für Sprachwerke sind: deutsche und ausländische Verlagsprodukte (Buchauszüge, Zeitungs- oder Zeitschriftenartikel); Auszüge aus vergriffenen Büchern; auf Internetseiten frei zugängliche Texte […]. Dabei müssen folgende Kriterien erfüllt werden: – Es handelt sich um […] nicht mehr als 15% oder ein Werk geringen Umfangs von nicht mehr als 25 Seiten. – Einzelne Aufsätze und Artikel aus wissenschaftlichen und Fachzeitschriften […]. – Der Teilnehmerkreis ist abgeschlossen. Die Datei kann erst heruntergeladen werden, wenn der Zugang zur Veranstaltung geschlossen ist. […] – Die Bereitstellung ist im Rahmen des Zwecks geboten, dient ausschließlich der Veranschaulichung im Rahmen der Lehrveranstaltung und dient dem eigenen wissenschaftlichen Gebrauch der Teilnehmer."

598 Zu Erkenntnissen der Kommunikationsforschung bei der Nutzung von Graphiken speziell für den Bereich von Urheberrechten auch *Specht*, Diktat der Technik, 2019, S. 416 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Es wäre denkbar, die Nutzer bei dieser Selbsteinschätzung künftig durch eine Text-, Bild- und gegebenenfalls auch Audioerkennung zu unterstützen. Die könnte sie z. B. auf größere, wörtlich aus anderen Werken stammende Passagen und damit auf die Notwendigkeit einer Urheberrechtsschranke hinweisen bzw. darauf aufmerksam machen, dass die unter § 60a UrhG zulässige Maximalveröffentlichung von 15% eines Buches überschritten ist. Das würde mühsames Zusammenrechnen ersparen. 291

Unter Umständen wird Stud.IP auch schon zur *Impossibility Structure*: Wählt ein Nutzer die Wissenschaftsausnahme des § 60a UrhG, dann folgt aus dieser rechtlichen Einordnung, dass das Material nur einem geschlossenen Personenkreis zum Abruf bereitgestellt werden *darf* (z. B. einer bestimmten Schulklasse, einem Seminar an der Universität). Stud.IP sorgt nun technisch dafür, dass das Material solange nicht abgerufen werden *kann*, bis die Lehrperson den entsprechenden Kurs auf ‚geschlossen' gestellt hat. 292

Das Automatisierungsniveau ist hier insgesamt noch sehr begrenzt; und aktuell hindert das System die Lehrperson auch nicht daran, einfach „gemeinfreies Werk" oder „selbstverfasstes Werk" anzukreuzen, sodass ein Upload ohne Einschränkungen möglich wird. Es handelt sich eben nur um eine Assistenzstruktur. Das Potential für weitere Automatisierungen bis hin zu *Impossibility Structures* liegt aber auf der Hand. 293

4. … im Infektionsschutzrecht

Ein weiteres Beispiel für *Compliance Assistance Technologies* kann dem Infektionsschutzrecht entnommen werden. Nicht nur das föderale System, sondern mehr noch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit haben zu einer erheblichen orts- und zeitbezogenen Diversität und Kleinteiligkeit der in den Jahren 2020 bis 2023 geltenden Corona-Schutzbestimmungen geführt. Die grundrechtlich *prima facie* gut begründbare Differenziertheit der ständig wechselnden Bestimmungen hat aber nicht nur ihre Anwendung durch die Adressaten massiv erschwert, sondern auch die Akzeptanzbereitschaft gesenkt. Das zugrundeliegende Rechtswissensproblem hat den Einsatz avancierter Technologien zur *Compliance*-Assistenz offensichtlich geradezu herausgefordert. Umso erstaunlicher war, dass die Corona-Warn-App bis zum Schluss meines Wissens über keine Funktionalität verfügte, die den Bürgern die am konkreten Ort ihres Aufenthalts für ihre geplante Tätigkeit geltenden Regeln in einer nachvollziehbaren Weise hätte vermitteln können. Dabei wird davon ausgegangen, dass 294

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „in England der nutzerorientierte große Funktionsumfang der britischen App zur breiten Akzeptanz in der Gesellschaft führte. Sie informiert Nutzer, ob ihre Postleitzahl gerade zum Risikogebiet gehört."[599]

295 An eher unerwarteter Stelle, nämlich in die Warn-App NINA wurde eine vergleichbare Funktion allerdings sehr wohl eingespielt.[600] NINA steht für *Notfall-Informations- und Nachrichten-App des Bundes*. Es ist eine Applikation des Bundesamtes für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe (BBK), die nach der Beschreibung des Bundesamtes unter anderem enthält:

> „wichtige Warnmeldungen des Bevölkerungsschutzes für unterschiedliche Gefahrenlagen wie zum Beispiel Gefahrstoffausbreitung oder einen Großbrand. Wetterwarnungen des Deutschen Wetterdienstes und Hochwasserinformationen der zuständigen Stellen der Bundesländer sind ebenfalls in die Warn-App integriert."[601]

296 Eine spezifische Rechtsinformationsfunktion im Sinn einer *Compliance Assistance* lässt diese Zweckbestimmung nicht erwarten. Gleichwohl war NINA der Ort, an dem die Bundesregierung im Dezember 2020 eine Funktion integrierte, um die Corona-Bestimmungen vergleichsweise übersichtlich abrufbar zu machen, die am Standort des Nutzers galten. Standortspezifisch aufgelistet wurden z. B. die Kontaktbestimmungen „Im öffentlichen Raum" oder „Bei der Arbeit", die Verpflichtungen zum Tragen medizinischer Masken (bei Gaststätten z. B.: „drinnen [OP-Maske, FFP2, KN95/N95], entfällt am Platz") oder zu Testungen (etwa „private Feiern mit Tanz: Testpflicht"[602]). Es handelte sich um Kurzdarstellungen, die teils offensichtlich den Zugriff auf weitere Informationsquellen notwendig machten. Etwa: „Impfpflicht in *bestimmten* Gesundheitsbereichen" (Hervorhebung hier). In solchen Fällen fanden sich dann häufig als „weiterführende Informationen" Links etwa auf das Infektionsschutzgesetz oder auf amtliche Informationsseiten zur SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung. Über Änderungen der Rechtslage informierte NINA durch Push-Nachrichten, wenn der Nutzer dies wünschte. Schwach war, dass die App den Aktualisierungsstand der Rechtslage nicht auswies.

297 Was das „Warngebiet" – oder, in diesem Fall passender: das Informationsgebiet – anbelangte, ließ sich dieses um den durch GPS ermittelten Standort des Nutzers oder auch eine frei gewählte Adresse herum stufenweise eingrenzen: ca. 1 km² Umfang, ca. 9 km² Umfang, auf die Gemeinde, oder auf den Landkreis. Die Aufbereitung der rechtlichen Vorgaben wurde ausweislich eines „Disclaimers" von der Deutschen Presse-Agentur im Auftrag des BBK geleistet; und, nicht überraschend, sollte für „die

599 *Dössel* et al., Apps und wearables für die Gesundheit, 2021, S. 43 f.
600 Version 3.3 von Dezember 2020, vgl. die Pressemitteilung unter www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/warn-app-nina-1749214, besucht am 18.1.2021.
601 So die Beschreibung des Bundesamtes, abrufbar unter www.bbk.bund.de/DE/Warnung-Vorsorge/Warn-App-NINA/warn-app-nina_node.html, besucht am 19.10.2021.
602 Für den Standort Stadt Bielefeld am 19.10.2021 ermittelt.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität der Kurzdarstellung […] trotz sorgfältiger Recherche keine Gewähr und Haftung übernommen werden." „Bei Fragen" solle sich die Nutzerin an ihre „örtlich zuständige Gesundheitsverwaltung" wenden, wobei insoweit ein Online-Tool des Robert-Koch-Instituts verlinkt war, das bei der Suche nach diesem zuständigen Amt behilflich war. Die Nutzung von NINA war (und ist) freiwillig,[603] Rechtsgrundlagen für die Verwendung z. B. der Standortdaten oder IP-Adressen (= personenbezogene Daten) sind laut Datenschutzerklärung die Einwilligung der Nutzenden[604] sowie „über den Zeitpunkt [des] Besuchs hinaus[gehend]"[605] die katastrophenschutzrechtliche Aufgaben-Generalklausel (Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO i. V. mit § 6 Zivilschutz- und Katastrophenhilfegesetz – ZSKG: Warnung der Bevölkerung).

Die *Compliance Assistance*, die NINA damit lieferte, war also eindeutig keine Nutzung von KI. Es handelte sich letztlich um eine Standorterkennung unter Nutzung der entsprechenden Möglichkeiten des verwendeten Endgeräts. NINA erleichterte insofern lediglich die Suche nach den an einem konkreten Ort geltenden Regeln und beschrieb diese in einer vergleichsweise einfachen Sprache. Unschärfen blieben dabei vielfach erhalten, so galt am Tag meines Tests für Versammlungen etwa „Unter Auflagen; teilweise Maskenpflicht (OP-Maske, FFP2, KN95/N95); teilweise Testpflicht", was die Rechtsfindung sicherlich nicht abschließend ermöglichte, aber immerhin strukturierte Anhaltspunkte dafür lieferte, dass für den konkreten Nutzer gegebenenfalls weitere Nachforschungs- und Informationsobliegenheiten bestehen konnten. 298

5. … im Verbraucherschutzrecht

Mit den beiden folgenden Beispielen soll nun die Perspektive geweitet werden. Bislang ging es um Konstellationen, in denen Mensch und Maschine sozusagen ‚zu zweit allein' agieren, vom technisch assistierten Menschen nämlich ein Tun oder Unterlassen gefordert wird (langsamer fahren, kein Upload, Verzicht auf Besuche oder Veranstaltungen), *ohne* dass dieses Verhalten eine *konkrete* dritte Person betraf. Nun folgen zwei Beispiele für Mehrpersonen-Arrangements, in denen eine dritte Person das eigentliche *Ziel* der gesetzlichen Regelung ist. Diese ist aber nicht zugleich der *unmittelbare* Rechts- und damit Steuerungsadressat der Verhaltenspflicht. 299

603 Wahrscheinlich auch deswegen ist rechtswissenschaftliche Lit. zu NINA und vergleichbaren Angeboten wie Katwarn selten; s. immerhin *Schaller*, ZD-Aktuell 2016, 5425.

604 Vgl. Nr. 2.2.1 der Datenschutzerklärung der NINA-App, Stand 16.6.2021, abrufbar unter www.bbk.bund.de/DE/Warnung-Vorsorge/Warn-App-NINA/NINA-Datenschutzerklaerung/nina-datenschutzerklaerung_node.html;jsessionid=165BF4993BEA05B927AFE54431F296E5.live341, besucht am 19.10.2021.

605 Vgl. Nr. 2.1 der Datenschutzerklärung der NINA-App, Stand 16.6.2021, abrufbar unter www.bbk.bund.de/DE/Warnung-Vorsorge/Warn-App-NINA/NINA-Datenschutzerklaerung/nina-datenschutzerklaerung_node.html;jsessionid=165BF4993BEA05B927AFE54431F296E5.live341, besucht am 19.10.2021.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das klingt speziell, dürfte regulatorisch aber einen häufigen Fall abbilden, weil damit *Compliance-Assistance*-Konstellationen aus dem Feld der Anreiz- und Informationssteuerung (sogleich hier) wie auch der Leistungsverwaltung (dazu → 6.) abgedeckt sind. Beide der folgenden Beispielfelder sind noch weitgehend fiktiv, werden aber in den jeweiligen Spezialdiskursen bereits als mögliche Einsatzfelder von künstlicher Intelligenz erörtert. Zu beachten ist zudem, dass sich die folgenden Regelungskomplexe (also Verbraucherschutzrecht hier und sodann das Recht der Studienzulassung) nicht mehr vorrangig an jedermann (im Sinn von echten juristischen Laien) richten, aber auch nicht dezidiert an Volljuristinnen.

300 Aus der Anreiz- und Informationssteuerung sei hier zunächst das Verbraucherschutzrecht herausgestellt. Es verpflichtet Unternehmen vielfach dazu, Verbraucher in bestimmter Weise zu informieren. KI-basierte Optimierung würde hier bedeuten, derartige Informationen bzw. Anreize, wo sie zu Steuerungszwecken eingesetzt werden,[606] auch im Massenverkehr personalisieren zu können, d. h. sie in Länge, Tiefe und Detailgrad auf den konkreten Empfänger zuzuschneiden. Bislang wird beim ‚Design' des Steuerungsinstruments stattdessen meist vom Durchschnittsverbraucher, -nutzer, -bürger etc. ausgegangen.[607] Natürlich würde die Informations*handlung* in der Praxis automatisiert erfolgen, so dass wir es auf den ersten Blick phänomenologisch sogar mit einer *Impossibility Structure* zu tun haben könnten. Das ist aber deshalb nicht der Fall, wenn und weil das Unternehmen, das die Daten KI-basiert erhebt und auswertet, die für eine differenzierte Information/Ansprache notwendig sind, den eigentlichen Mechanismus der Verknüpfung und Informationsübertragung weiterhin selbst kontrolliert, also jederzeit intervenieren und eben doch auch weiterhin die *nicht* rechtmäßige Handlung vornehmen könnte.

301 *Christoph Busch* definiert solche Versuche granular differenzierender Informationspflichterfüllung als eine Form von *Personalized Law*.[608] Man wird sich fragen müssen, ob wirklich schon das *Recht* personalisiert ist, oder ob solches Recht nicht einfach nur personalisierte und differenzierte (*Busch* treffend: „granulare") Informationen und Anreize – d. h. Real- und nicht Rechtsakte – auf der Anwendungsebene *verlangt*. Würde man hier bereits von *Personalized Law* sprechen, wäre jede Ermessensvorschrift des Verwaltungsrechts bereits *Personalized Law*, was einen Verwaltungsrechtler wohl überraschen würde. Es erscheint insoweit treffender, mit *Philipp*

606 Dazu statt vieler *Hermes*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), GVwR II, ^{2}2012, § 39 Rn. 52 m. w. N.

607 Instruktiv *Hacker*, in: Busch/Franceschi (Hg.), Algorithmic Regulation and Personalized Law, 2021, S. 241, Abschnitt L.

608 *Chr. Busch*, University of Chicago Law Rev. 86 (2019), 309 ff. Ausf. zu dieser Thematik aus privatrechtlicher Perspektive die Beiträge in *Busch/Franceschi*, Algorithmic Regulation and Personalized Law, 2021; für einen "general framework for thinking about the new personalization of law" vgl. *Casey/Niblett*, University of Chicago Law Rev. 86 (2019), 333 ff. Monographisch und unter Berücksichtigung auch verfassungsrechtlicher Erwägungen *P. M. Bender*, Grenzen der Personalisierung des Rechts, 2023, passim.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hacker in unserem Beispiel von einem *Personalization Law* zu sprechen[609] und damit einen Rechtsakt zu bezeichnen, der Personalisierung im Einzelfall verlangt. Aber letztlich ist das eine Frage der Perspektive bzw. genauer: die Frage danach, ob man unter *Law* nur die abstrakte Regel oder auch den konkreten einzelnen Anwendungsfall erfassen will, selbst dann, wenn sich dieser als Realakt darstellt.

Auf diese Kategorisierung kommt es hier aber letztlich ohnehin nicht an. Maßgeblich ist die Einschätzung von *Busch*, dass es spezifisch die KI-basierten Technologien sind, die es in bestimmten Rechtsbereichen, in denen bislang noch Typisierungen überwiegen, erlauben, die Rechtsanwendung weiter in Richtung Einzelfall(-Adäquanz) zu verschieben. Denn: 302

> "[T]he optimal complexity of legal rules – and the granularity of the entire legal system – is limited by the bounded capacity of human information processing [and] typification is essentially the answer to an information problem – a concession to the imperfections of a legal system administered by humans. In the near future, however, big data, superhuman information processing capacities and artificial intelligence could redefine the optimal complexity of legal rules and refine their content to a hitherto unachievable level of granularity. […] As a result, regulatory errors stemming from over- and underinclusive norms based on coarse-grained typifications can be reduced".[610]

Autoren, die KI- bzw. Big-Data-gestützte Personalisierung in diesem Bereich andenken, verweisen beispielhaft auf verbraucher- und datenschutzrechtliche Informationspflichten, etwa Artt. 12 ff. DSGVO,[611] Art. 6 Abs. 1 der Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU[612] oder Artt. 23 Abs. 2, 24 der MiFID II Richtlinie 2014/65/EU.[613] Während in diesen Bereichen die Information der Betroffenen (im Datenschutzrecht), des Verbrauchers oder der Kundin immer noch zentraler Baustein der gesetzlichen Regulierungsstrategie ist, wird immer klarer, dass undifferenzierte und vor allem (zu) viele Informationen die Adressaten häufig überfordern oder schlicht nicht interessieren. Das Stichwort lautet *Information Overload*, das regulatorische Ziel wird häufig verfehlt.[614] Die Idee, Informationen auf Basis der einem sozialen Netzwerk, einer Bank usw. verfügbaren personenbezogenen Daten so zuzuschneiden, dass sie die Interessen, die Vorbildung und sogar die besonderen psychologischen 303

609 s. *Hacker*, ERPL 25 (2017), 651 (656), der an anderer Stelle aber ebenfalls von "personalized law" spricht, z. B. S. 655 f.

610 *Chr. Busch*, University of Chicago Law Rev. 86 (2019), 309 (314). Ähnl. schon *Hacker*, ERPL 25 (2017), 651 (658 f.): "A central problem for the contemporary theory of private law […] is the staggering degree of heterogeneity within the groups the law traditionally distinguishes between – be it differences in experience, rationality, willpower, economic resources, or else. Personalization can bring behavioural science and technology to bear on these problems. Legal categories can thus be rendered more precise, granular and refined."

611 s. dafür *Chr. Busch*, University of Chicago Law Rev. 86 (2019), 309 (319 ff.).

612 s. ibid., S. 315 ff.; *Hacker*, in: Busch/Franceschi (Hg.), Algorithmic Regulation and Personalized Law, 2021, S. 241 Rn. 24 ff.

613 Ibid., Rn. 27 ff.

614 Dazu schon *Hermstrüwer*, Informationelle Selbstgefährdung, 2016, S. 82 f. m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Anfälligkeiten (*Biases*)[615] einer Nutzerin bzw. Kundin besser treffen, erscheint daher als sinnvoller und *prima facie* sogar angezeigter Optimierungsschritt.

304 Ähnlich plausibel erscheinen die Überlegungen im Bereich der Anreize-Steuerung bzw. des sogenannten *Nudging*. Als konkretes Themenfeld werden hier in der Debatte um ein *Personalized Law* in der Regel *Default Rules* genannt,[616] also Voreinstellungen oder Standardvorgaben.[617] Beispielsweise sind in den USA Kreditnehmer seit 2010 gesetzlich gegen Überziehungskredite geschützt, wovon sie aber aus-*opten* können. Studien legen nahe, dass ausgerechnet besonders vulnerable Gruppen, die ihre Abhängigkeit von Überziehungskrediten systematisch unterschätzen, von diesem *Opt-out* Gebrauch machen. Als Vorschlag einer Personalisierung des entsprechenden Regimes wird daher von *Philipp Hacker* vorgeschlagen, in solchen und vergleichbaren Fällen die "stickiness"[618] der Voreinstellung (im Beispiel: Beschränktheit von Überziehungskrediten als Standard) spezifisch für solche Kunden zu erhöhen, die auf Basis der vorhandenen Daten und entsprechender verhaltenswissenschaftlich informierter Musteranalysen als besonders vulnerabel errechnet werden. Das soll etwa durch zusätzliche *Risk Awareness Tests* oder durch Verweis auf passende Beratungsangebote (Schuldnerberatung) als Bedingung des *Opt-out* umgesetzt werden.[619]

305 Konkrete Anwendungsbeispiele *de lege lata* scheint es für derartige Optimierungen bislang kaum zu geben. Genannt wird in der Debatte häufig § 504a BGB,[620] der eine besondere „Beratungspflicht bei Inanspruchnahme der Überziehungsmöglichkeit" bei Verbraucherdarlehensverträgen vorsieht. Absatz 1 S. 1 der Norm lautet:

> „Der Darlehensgeber hat dem Darlehensnehmer eine Beratung gemäß Absatz 2 anzubieten, wenn der Darlehensnehmer eine ihm eingeräumte Überziehungsmöglichkeit ununterbrochen über einen Zeitraum von sechs Monaten und durchschnittlich in Höhe eines Betrags in Anspruch genommen hat, der 75 Prozent des vereinbarten Höchstbetrags übersteigt."

306 Es handelt sich dabei um ein einfaches Muster, das eine Automatisierung, allerdings keinen Einsatz von KI-Technologie verlangt. Der in der Literatur genannte Wunsch, auf solche und ähnliche Konstellationen KI- und Big-Data-basierte sowie verhal-

615 s. bes. *Hacker*, ERPL 25 (2017), 651 (672 f.), der das *De-biasing* durch gezielt aufbereitete Informationen und Warnungen allerdings bereits zum engeren Feld des *Nudging* rechnet.

616 Mit vielen Anwendungsideen *Porat/Strahilevitz*, in: Busch/Franceschi (Hg.), Algorithmic Regulation and Personalized Law, 2021, S. 5 Rn. 56 ff.

617 Die Wortwahl rund um Anreize und *Nudging* ist uneinheitlich. Vgl. für eine vielschichtige Differenzierung *J. Wolff*, Anreize im Recht, 2021, einerseits allg. S. 21 f., und speziell zu Voreinstellungen, die *Wolff* als „‚Nudging' in Gesetzesform" bezeichnet, S. 142 ff.: „Um keinen Anreiztypus, und bei näherem Hinsehen überhaupt nicht um ein Instrument, mit dem unmittelbar Verhalten beeinflusst werden soll, handelt es sich bei den sog. Standardvorgaben" (142). „Vielmehr verbindet der Gesetzgeber als Steuerungsakteur Tatbestand und Rechtsfolgen im Falle der Standardvorgaben, weil ihm selbst am Eintritt der Rechtsfolgen gelegen ist." (143).

618 *Hacker*, ERPL 25 (2017), 651 (671).

619 *Hacker*, in: Busch/Franceschi (Hg.), Algorithmic Regulation and Personalized Law, 2021, S. 241 Rn. 34.

620 *Chr. Busch*, University of Chicago Law Rev. 86 (2019), 309 (317).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tenswissenschaftlich informierte Muster anzuwenden, speist sich einerseits aus dem Wunsch, die Muster granularer und damit passender zu machen,[621] aber vor allem auch aus dem Bestreben, Schutz *ex ante* anbieten zu können, also bevor die in § 504a BGB vorausgesetzte Ver- oder sogar Überschuldung eingetreten ist.[622]

Dass zumindest der deutsche Gesetzgeber davor zurückschreckt, Private oder auch Behörden zu solchen anspruchsvolleren KI- und verhaltenswissenschaftlich gestützten Informationen und Anreizen zu verpflichten, hat natürlich einerseits etwas damit zu tun, dass digitale Personalisierung datenintensiv ist: Sie setzt voraus, die Nutzenden bzw. ihr Online-Verhalten möglichst detailliert zu erfassen. Die Zurückhaltung könnte aber *auch* damit zu tun haben, dass bislang eben solche Musteranalysen vor allem von Unternehmen privatnützig, d. h. im Zweifel *gegen* ihre Kunden eingesetzt werden, und sich damit ein negativ konnotiertes Narrativ über die differenzierten Einsatzmöglichkeiten der Technologie legt.[623] Das Stichwort hierzu lautet *Dark Patterns* und es bezeichnet Benutzeroberflächen, die Benutzer unbewusst zu einem Tun oder Unterlassen veranlassen, dass sie „sonst nicht tun würden".[624] Gemeint sind damit etwa die „austricksende" Gestaltung von *Cookie*-Bannern, personalisierte Preise von Online-Händlern oder auch schlicht personalisierte Werbung.[625] 307

Diese geläufige Darstellung ist negativ *geframed* und verbindet sich mit der tendenziell vorsichtigen deutschen Haltung gegenüber dem *Nudging* in seinen (auch) analogen verhaltenswissenschaftlich fundierten Formen, *soweit* dabei psychologische Dispositionen von Individuen *unbewusst* zu Steuerungszwecken ausgenutzt werden.[626] Der Umstand, dass es den Vertretern von *Personalized Law* tendenziell darum geht, durch den Einsatz von KI und Big Data solche nachteiligen Dispositionen zu kompensieren, geht vor dem Hintergrund dieser sozusagen doppelten Vorbelastung des Gegenstands offenbar etwas unter; anders ausgedrückt: Während die Debatte um die *Risiken* der Personalisierung von Informations- und Anreizhandeln die Regulierer in den vergangenen Jahren erreicht hat (siehe insbesondere Art. 5 308

621 Ibid., S. 318.

622 *Hacker*, in: Busch/Franceschi (Hg.), Algorithmic Regulation and Personalized Law, 2021, S. 241 Rn. 35.

623 Vgl. in diese Richtung auch *Chr. Busch*, in: ders./Franceschi (Hg.), Algorithmic Regulation and Personalized Law, 2021, S. 279 Rn. 18 ff.

624 Vgl., m. w. N., *Weinzierl*, NVwZ-Extra 2020, 1.

625 Diese und weitere Bsp. ibid., S. 3.

626 s. zu dieser Diskussion *O'Hara*, AöR 145 (2020), 133, bes. S. 139 (und ff.): „Ihr Spezifikum [das von *Nudges*] liegt nicht etwa im Steuerungsergebnis, also darin, dass die Betroffenen bestimmte Arten von Dingen tun, die der Entscheidungsarchitekt will. […] | Die Besonderheit liegt in der Art und Weise, in der die Betroffenen in die Steuerung eingebunden werden […] Soweit *Nudges* aus juristischer Sicht zu einer eigenständigen Kategorie von Maßnahmen zählen, fußen sie auf Phänomenen des automatischen, unreflektierten Denkens."

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abs. 1 lit. a AI Act), scheint das hinsichtlich der *Chancen* noch nicht der Fall zu sein.[627]

6. … im Recht der Studienplatzvergabe

309 In hoch entwickelten und stark verdichteten Gesellschaften ist die Teilhabe an knappen Gütern ein zentrales Element der Sozial- und Wirtschaftspolitik, und hat damit starke freiheitsrechtliche Implikationen.[628] Für uns ist das relevant, weil bei der Erfüllung der damit aktivierten, in der Regel derivativen Teilhabeansprüche zunehmend granulare Auswahl- bzw. Verteilungsmaßstäbe gelten, bei deren Befriedigung künstliche Intelligenz eine wichtige Rolle spielen kann. Ein mittlerweile geläufiger Begriff für die damit angesprochenen Verteilungsverfahren ist der des *Matching*.[629]

310 Sinnvoll kann KI-gestütztes *Matching* beispielsweise im Kommunal- und Wirtschaftsverwaltungsrecht sein, wenn es um den Zugang zu öffentlichen Einrichtungen geht, über den kriteriengeleitet zu entscheiden ist, z. B. nach Eignung und Leistung.[630] *Matching* kann nach dem letzten *Numerus-clausus*-Urteil des Bundesverfassungsgerichts aber insbesondere auch für die Verteilung von Studienplätzen interessant werden. Simple, dafür aber mehr oder weniger zufallsbasierte Auswahlkriterien wie Ortspräferenz oder Wartezeit/Priorität[631] der Bewerber (oder gar Losentscheide[632]) hat das Gericht in dieser Entscheidung weitgehend zurückgedrängt; stattdessen habe sich die Vergabe knapper Studienplätze nach Art. 12 Abs. 1 i. V. mit Art. 3 Abs. 1 GG „grundsätzlich[633] an dem Kriterium der Eignung [zu] orientieren",[634] wobei die Eignung „für das Studium und – soweit prognostizierbar – den

627 Ähnl. auch *Chr. Busch*, in: ders./Franceschi (Hg.), Algorithmic Regulation and Personalized Law, 2021, S. 279 Rn. 6: "One [sic] the one hand, it is necessary to define the limits for the novel personalization techniques […]. On the other hand, the new technologies can be utilized for tailoring legal rules to small segments of the population or even individuals. So far, the scholarly discourses about the two aspects of law and personalization have been somewhat detached from each other, but it seems that they are the two sides of the same coin."

628 Die nachfolgenden Ausführungen stellen in Teilen eine aktualisierte und angepasste Fassung meiner bereits in *Rademacher*, RdJB 69 (2021), 254 ff. veröffentlichten Überlegungen dar.

629 s. bspw. – für den Bereich *Human Resources – Delecraz* et al., Journal of Responsible Technology 11 (2022), 100041; ausf. *Hermstrüwer*, Mechanische Gerechtigkeit, 2025, passim.

630 Vgl. etwa *Spitzlei*, VerwArch 111 (2020), 439 (471).

631 Ob es sich bei der Entscheidung nach Priorität um ein Zufallskriterium handelt, ist umstr. Dafür bspw. *Voßkuhle*, Die Verwaltung 31 (1999), S. 21 (39).

632 Von der Bundestagsfraktion DIE LINKE im Anschluss an die Numerus-clausus-III-Entscheidung des BVerfG gefordert, s. BT-Drs. 19/10623 v. 5.6.2019, S. 2.

633 D. h. unbeschadet einiger bestimmter, sozialstaatlich und mit dem Gemeinwohl begründeter Ausnahmen, s. BVerfG, Urt. v. 19.12.2017, Az. 1 BvL 3/14 = BVerfGE 147, 253 – Numerus Clausus III, Rn. 124. Das Gericht nennt als Bsp. Härtefälle oder Studienplatzvergaben zur Deckung besonderer Bedarfe wie die Sanitätsdienste der Bundeswehr.

634 BVerfG, Urt. v. 19.12.2017, Az. 1 BvL 3/14 = BVerfGE 147, 253 – Numerus Clausus III, Rn. 108.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Beruf [gemeint ist], zu deren möglichst vollständiger Erfassung die für die Auswahlentscheidung herangezogenen Kriterien geeignet sein müssen".[635]

311 Die von diesem Gerechtigkeitsmaßstab abweichenden Kriterien Ortspräferenz und Wartezeit hat das Gericht nur in engem Umfang für zulässig erklärt, wenn und soweit die Ermittlung der Eignung der Bewerber in sehr aufwendigen Verfahren erfolge (und die Ortspräferenz statistisch die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass ein derart aufwendig erzeugtes Studienangebot dann auch tatsächlich angenommen wird) bzw. weil die leistungsbezogene Ermittlung „in Grenzbereichen" nicht zuverlässig funktioniere und die Wartezeit demgegenüber als Ausdruck der Motivation der Bewerber immerhin mittelbar eignungsrelevant sei.[636] Letztlich geht es also beiden Hilfskriterien um die Bewältigung von Ressourcen- und damit verbundenen Wissensgenerierungsproblemen der zuständigen Verwaltung.[637] Dass KI bei solchen Eignungsprognosen eine wichtige assistierende Funktion haben und damit die nicht-eignungsbezogenen Kriterien noch weiter zurückdrängen *könnte*, liegt auf der Hand[638] – zumindest in der Theorie einer gut funktionierenden Technologie.

312 In der Praxis ist das Bild derzeit gemischt: Während in anderen Staaten Auswahlentscheidungen bzw. Entscheidungen im Vorfeld von universitären Entscheidungen (wie etwa die Bewertung von Zugangstests) bereits durch KI-basierte Verfahren der Mustererkennung getroffen werden,[639] ist die deutsche Rechtspolitik zurückhaltend. Bislang beschränkt sich die Nutzung von sogenannter *Education Technology* (oder kurz *Edtech*[640]) auf Assistenzsysteme, die Studierenden und vereinzelt auch Lehrenden *während* des Studiums Unterstützung bieten sollen;[641] etwa, indem sie individualisierte Curricula vorschlagen oder individuelle Studienprobleme erkennen und

635 Ibid., Rn. 118. s. auch Rn. 111: „Die zur Vergabe knapper Studienplätze herangezogenen Kriterien müssen die Vielfalt der möglichen Anknüpfungspunkte zur Erfassung der Eignung abbilden."

636 s. BVerfG, Urt. v. 19.12.2017, Az. 1 BvL 3/14 = BVerfGE 147, 253 – Numerus Clausus III, Rn. 168 zur grds. Nicht-Berücksichtigungsfähigkeit der Ortspräferenz der Bewerber; Rn. 170 zur Ausnahme, und Rn. 218 zur grds. Nicht-Berücksichtigung der Wartezeit, Rn. 219 zur Ausnahme. Interessanterweise schafft es das Gericht damit, zwei an sich – aus Sicht der gewählten Regelungsstrategie der Zulassung nach *Eignung* – irrationale/zufällige Kriterien doch wieder leistungsbezogen zu wenden und damit in die regulatorische Strategie systemgerecht zu integrieren. Für eine vollständige Streichung der Wartezeitquote *Coelln*, NJW 2018, 361.

637 Ausf. *Rademacher*, RdJB 69 (2021), 254 (260 ff.).

638 Vgl. allgemein zur Relevanz von *Big Data* bzw. KI bei staatlichen Auswahlentscheidungen und der Möglichkeit, diese nach dem Zufallsprinzip (Losentscheid) zu treffen, *Spitzlei*, VerwArch 111 (2020), 439 (471): „Sobald mit dem Abstellen auf [den Zufall] eine Abweichung von einem bestimmten Gerechtigkeitsmaßstab verbunden ist, kann dies nur unter Verweis auf die damit verbundene Entlastung der Verwaltung gerechtfertigt werden. Der technologische Fortschritt scheint geeignet, diese Entlastungsfunktion und damit die Berechtigung von [Zufallsentscheidungen] in absehbarer Zeit stark einzuschränken".

639 s. für Bsp. *Rademacher*, RdJB 69 (2021), 254 (257 ff.); *Pasquale*, New laws of robotics, 2020, S. 60 ff.

640 Ibid., S. 61. *Yoan Hermstrüwer* spricht in Anlehnung an das sog. *Predictive Policing* von *Predictive Schooling*, s. AöR 145 (2020), 479 (480). Für die Unterscheidung von *Adaptive Learning* und *Personalized Learning* s. *Hao*, MIT Technology Rev. v. 2.8.2019 (Onlinequelle).

641 Ausf. zu einem solchen Programm, dass die Hochschule der Medien in Stuttgart unter dem Namen „Learning Analytics für Studienerfolg und Prüfungsleistungen" (LAPS) testet, *Uphues*, DÖV 2020, 234 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aus diesem Anlass persönliche (menschliche) Beratung ermöglichen bzw. empfehlen. Technisch geht es aber in jedem Fall darum, durch möglichst umfangreiche Datenanalysen Schülern oder Studierenden zum ‚richtigen' Zeitpunkt mit den ‚richtigen' Lern- und Lehrinhalten in der ‚richtigen' Form zu konfrontieren, so dass der Lernerfolg am größten ist. Es fehlt(e) aber auch für den deutschen Bildungsraum nicht an optimistischen Prognosen, dass „[b]ereits in drei bis fünf Jahren […] Methoden der Künstlichen Intelligenz die Hochschulbildung verändert haben" werden.[642]

313 Die Gründe für die Zurückhaltung speziell bei der *Zulassungs*entscheidung sind angesichts der methodischen Grundlagen der Technologie jedoch einleuchtend:

- *Edtech* speziell in dieser Phase wäre noch datenintensiver als in anderen Bereichen, weil sich die Daten idealerweise über lange Zeiträume *schulischer* Aktivitäten von Bewerbern erstrecken müssten (und damit Kinder beträfen[643]), und weil jedenfalls für das Training der Muster Studienverläufe und -abschlüsse *gegenwärtiger* und bestenfalls noch die Karrieren *ehemaliger* Absolventen erfasst und analysiert werden müssten. In der Literatur wurde sogar erwogen, außerschulische bzw. -universitäre Quellen zu erschließen, etwa *Social Media Accounts*.[644] Eine Vielzahl von datenschutzrechtlichen Datenerhebungs- und Zweckänderungsklauseln wäre erforderlich, sollte eine so breit vernetzte Datenauswertung rechtlich ermöglicht werden.[645] Einfache Varianten einer Zulassungs-KI könnten sich natürlich auf leicht(er) zu erhebende Daten bzw. entsprechende Muster beschränken, wie etwa die Abitur-Noten;[646] sie würden damit aber das Big-Data-Versprechen einer möglichst umfassenden Kriterienbildung und -auswertung (die das Bundesverfassungsgericht ja auch gefordert hat) nicht einlösen.[647]
- Anknüpfend an die intensiven datenschutzrechtlichen Diskussionen um ein „Recht auf Erklärung" automatisierter Einzelfallenscheidungen[648] steht zudem die Frage im Raum, ob und wie eine Studienzulassungs-KI ihre Entscheidungen

Zu vergleichbaren Systemen in den USA und Neuseeland *Martini* et al., Automatisch erlaubt? 2020, S. 22 ff., m. w. N. auch zu Projekten in Deutschland.

642 *Claudia de Witt*, Fernuni Hagen, Interview, zitiert nach *Schumann*, Deutscher Bildungsserver, 1.7.2019. Früh und optimistisch auch *Mayer-Schönberger/Cukier*, Lernen mit Big Data, 2014.

643 Vgl. dagegen tendenziell ErwGr. 71 zur DSGVO: „Diese Maßnahme [automatisierte Einzelfallentscheidung i. S. v. Art. 22 DSGVO] sollte kein Kind betreffen." Dazu *Bygrave*, in: Yeung/Lodge (Hg.), Algorithmic Regulation, 2019, S. 248 (252).

644 *Martini* et al., Automatisch erlaubt? 2020, S. 17.

645 Vgl. dazu schon *Rademacher*, RdJB 69 (2021), 254 (263 ff.) m. w. N.

646 Mit diesem, dem französischen Recht entnommenen Bsp. (dem Uni-Zulassungsprogramm *Parcoursup*), arbeitet etwa *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (480 und *passim*).

647 Für ein Negativ-Bsp. s. *Hao*, MIT Technology Rev. v. 20.8.2020 (Onlinequelle).

648 Vgl. Art. 22 Abs. 3 DSGVO i. V. m. ErwGr. 71, S. 4 ff. Die Frage, ob sich daraus ein Recht auf Erklärung vollständig automatisierter Einzelfallentscheidungen ableiten lässt, ist umstr., wurde aber überwiegend verneint, s. statt vieler *Wachter/Mittelstadt/Floridi*, International Data Privacy Law 7 (2017), 76 ff. Vgl. nun aber, zu Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO, EuGH, Urt. v. 27.2.2025, Rs. C-203/22 (Dun & Bradstreet Austria), Rn. 43 ff., dazu unten ausf., → § 4 Rn. 148 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

so menschlich nachvollziehbar vermitteln könnte, dass ein menschlicher Sachbearbeiter die Entscheidung noch sinnvoll verantworten bzw. ein sinnvoller Widerspruch bzw. Rechtsschutz der nicht zugelassenen Bewerber möglich wäre. Das *Black-Box*-Problem stellt sich hier mit Dringlichkeit.[649]

- Eng verknüpft sind damit schließlich gleichheitsrechtlich motivierte Anfragen an die Systeme, die sich bei so weit in die Zukunft auswirkenden Prognoseentscheidungen wie solchen über die Studien- und Berufseignung besonders aufdrängen.[650] Allzu leicht, so die verbreitete Befürchtung, schlagen die oben skizzierten statistischen Unzulänglichkeiten KI-gestützter Verfahren (*Sampling Bias*, *Proxy Discrimination*, *Modelling Bias*[651]) sich in solchen Konstellation in einer Perpetuierung bestehender Ungleichheiten nieder, die dem Ideal einer tatsächlich möglichst *nur* eignungsbezogenen Entscheidung offensichtlich widersprechen.[652]

Bei allen berechtigten Bedenken ist zu berücksichtigen, dass eben in anderen Staaten bereits intensiv auch über den zulassungsrechtlichen Einsatz von *Edtech* nachgedacht wird. Und es ist zu beachten, dass die EU mit diesem Einsatz rechnet: Sie hat im AI Act „KI-Systeme, die bestimmungsgemäß zur Feststellung des Zugangs oder [zur] Zulassung oder zur Zuweisung natürlicher Personen zu Einrichtungen aller Ebenen der allgemeinen und beruflichen Bildung verwendet werden sollen" (Anhang III Nr. 3 lit. a AI Act), zwar als Hochrisiko-KI kategorisiert. Sie will die Technologie damit aber eben nicht als *zu* riskant verbieten, sondern sieht neben Risiken auch erhebliche Chancen,[653] was ‚lediglich' zu einer besonderen Regulierungsbedürftigkeit führen soll.[654] 314

Wichtig ist hier abschließend noch der Hinweis, dass mit einer Auswahl- und Verteilungsentscheidung jedenfalls im öffentlich-rechtlichen Bereich häufig natürlich noch keine *Realisierung* von Recht im eigentlichen Sinn bewirkt wird. Wäre das so, wären wir tatsächlich phänomenologisch nicht mehr im Bereich der *Compliance Assistance*, sondern hätten potentiell in den Bereich der *Impossibility Structures* gewechselt, wenn und weil die (Universitäts-)Verwaltungen automatisiert zur Gewährung der (rechtmäßigen) Leistung gezwungen wären, ohne selbst noch auf den Prozess einwirken zu können. Eine solche *vollständige* Verselbstständigung des Verfahrens wird aber von niemanden diskutiert. Es geht also bei den diskutierten Systemen nicht um Verunmöglichung, sondern Assistenz bei der bzw. zur rechtmäßigen, eben leistungs- 315

649 Dazu auch *Rademacher*, RdJB 69 (2021), 254 (266 ff.) m. w. N.
650 Vgl. nur ErwGr. 56 zum AI Act, der allerdings durchaus ausgewogen Chancen und Risiken von KI im Bildungsbereich adressiert.
651 Dazu schon oben, → § 1 Rn. 31, → § 1 Rn. 32 und → § 1 Rn. 35.
652 s. die Nachw. zur Diskussion bei *Rademacher*, RdJB 69 (2021), 254 (268 ff.).
653 s. ErwGr. 56 zum AI Act.
654 Vgl. für eine erste Einschätzung der mit dem Entwurf für einen AI Act vorgeschlagenen Regelungen speziell zu *Edtech Rademacher*, RdJB 69 (2021), 254 (271 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und eignungsgerechten Auswahl, die letztlich weiterhin von den Universitäten bzw. dem dort eingesetzten Personal geleistet werden soll.

7. Zur (fehlenden) übergreifenden Diskussion

316 Nach meinem Eindruck fehlt es bislang an einer übergreifenden Diskussion um *Compliance Assistance Technologies* spezifisch unter dem Gesichtspunkt einer optimierten Realisierung von Recht, die versuchen würde, die Chancen und Risiken dieses Technologieeinsatzes mit *Intelligent Surveillance* und *Impossibility Structures* in Bezug zu setzen.[655] Das ist eine gewichtige Leerstelle der Debatte: Wie ich später noch zeigen möchte, sind *Compliance Assistance Technologies* ein Weg, die immer weiter zunehmende Komplexität des modernen Rechts[656] zu bewältigen, und damit das rechtstheoretische Paradoxon eines Rechts aufzulösen, das sich zwar an Laien als (Steuerungs-)Adressaten *richtet*, aber für Juristinnen *geschrieben* ist. Das hat mittlerweile auch die EU-Kommission erkannt, deren *Office of Publications* an einer – vermutlich NLP-basierten – KI arbeitet, die ihren eigenen Beamten (sic!), aber auch Unternehmen, Bürgern und Einwohnern der EU künftig als eine Art Rechts-Suche-Chatbot zur Verfügung stehen und dabei unterstützen soll, dass in ihrem Fall/auf sie anwendbare EU-Recht finden und anwenden zu können[657] – also mindestens eine Vorstufe der *Compliance Assistance* i. e. S. *par excellence*.

317 Nimmt man diese Perspektive der *Assistenz* ein, lassen sich *Compliance Assistance Technologies* nicht mehr allein in Akzessorietät zu Überwachung und Zwang konzeptionalisieren. Denn sie verlangen – indem sie dem Adressaten der Information letztlich die Entscheidung über die Befolgung freistellen – gerade nicht Rechenschaft über seine Rechtschaffenheit ab, sondern nehmen ihn einerseits als zuständigen Rechtsadressaten ernst, erkennen aber andererseits an, dass die meisten Adressaten – da sie juristische Laien sind – mit dieser Zuständigkeit gewisse Schwierigkeiten haben dürften. *Compliance Assistance Technologies* könnten den Bürger damit aus seiner unmündig-paradoxen (oder sogar kafkaesken?) Rolle als *rechtstheoretisch unzuständiger Rechtsadressat* befreien; was aber dennoch wiederum *nicht* bedeutet, dass Überwachung und Zwang beziehungslos neben *Compliance Assistance* stehen würden. Diese unvollständigen Gedanken und komplexen Vorankündigungen sollen in → § 4 aufgelöst werden.

655 Knappe, gute Überlegungen finden sich bei *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 180 f.; zur Möglichkeit des automatisierten/unterstützen Rechtswissenserwerbs spezifisch durch juristische Laien s. grundlegend schon *Raabe* et al., Recht Ex Machina, 2012, deutlich S. 5 und passim.

656 Zu den Möglichkeiten, rechtliche Komplexität empirisch zu messen, nun *Beckedorf*, Komplexität des Rechts, 2025, passim.

657 Bericht von *Herwig Hofmann* beim INDIGO-Workshop am 12.5.2023 in Barcelona.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hier seien zunächst noch einige konventionellere und das heißt: zunächst einige kategorisierende Beobachtungen zu *Compliance Assistance Technologies* angestellt. Tatsächlich dürften diese Technologien zunächst nämlich dazu führen, die Komplexität des Rechts weiter zu *steigern*. Aber der Reihe nach: 318

a. Dimensionen von Rechtswissensproblemen. Die in diesem Abschnitt III. genannten Beispiele waren sehr breit gefächert, teils auch noch fiktiv. Die breite Darstellung wurde gewählt um zu illustrieren, wie divers die Dimensionen an Rechtswissensproblemen sind, die *Compliance Assistance Technologies* erfassen könn(t)en: 319

- *Hinsichtlich des notwendigen Normwissens* hatten wir es beispielsweise zu tun mit einem sehr speziellen und Laien eher unbekanntem Rechtsgebiet (Urheberrecht) und mit einem zwar einfachen und in der Regel bekannten, aber erfahrungsgemäß häufig gebrochenen und dann unter Umständen sehr schadensträchtigen Recht (Straßenverkehrsrecht); schließlich mit regional und temporal stark ausdifferenziertem bzw. volatilem Recht (Infektionsschutzrecht).
- *Hinsichtlich des normativ geforderten Sachverhaltswissens* sollten insbesondere die beiden letzten Beispielsfelder (Verbraucherschutzrecht und Recht der Studienzulassung) aufzeigen, dass wir es einerseits mit einer erheblichen Breitenproblematik zu tun haben können (also *individualisierte* Verbraucherinformationen im digitalen, d. h. schnellen Massendatenverkehr zu liefern), andererseits mit einer ungewöhnlichen Tiefenproblematik (i. e. bei der Anfertigung individueller, sehr langfristiger Prognoseentscheidungen im Studienzulassungsrecht).
- *Hinsichtlich des erwartbaren Adressatenwissens* – und entsprechender Kontextualisierungsfähigkeiten – spannen die Anwendungsbeispiele den Bogen über unterschiedlich vorinformierte Akteure, die vom rechtsfernen Jedermann (Infektionsschutzrecht, Urheberrecht, Verbraucherschutzrecht) über zumindest spezifisch geschulte Autofahrer (Straßenverkehrsrecht) bis hin zu rechtlichen Semi-Profis reichen (im Bereich der Studienzulassung).

b. Steuerungswirkungen bei den Adressaten. Hinsichtlich ihrer Steuerungswirkung auf diese Adressaten sind *Compliance Assistance Technologies* in allen Fällen und definitionsgemäß zunächst bloße Information. Sie sollen der redlichen, normbefolgungs*willigen* Bürgerin, der Unternehmerin oder dem Verwaltungsbeamten der Universität Unterstützung bieten gegen die Überforderung, die mit einer immer komplexeren und dichteren Rechtslage bzw. dem deshalb erforderlichen, immer schwieriger zu erlangenden Sachverhaltswissen einhergeht. Der Einsatz ist dabei sozusagen echt freiwillig denkbar (wie im Fall von NINA), kann alternativ privat bzw. vom Arbeitgeber gleichsam ‚aufgenötigt' sein (wie im Beispiel der Urheberrechtskontrolle auf Stud.IP), oder kann schließlich gesetzlich vorgeschrieben und ausgestaltet werden (so die ‚intelligenten' Kfz-Assistenzsysteme nach der VO [EU] 2019/2144 und die noch fiktiven Überlegungen zum Einsatz im Verbraucherschutz- 320

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und Studienzulassungsrecht). Freilich könnte auch im Bereich des ‚echt' freiwilligen Einsatzes von Assistenztechnologien perspektivisch ein mittelbar-faktischer Einsatzdruck entstehen, wenn und soweit der Einsatz der Vermeidung eigener straf- oder zivilrechtlicher Haftung der Nutzer dienen kann.[658]

321 *Assistance Technologies* nutzen durch den Verzicht auf eine *ex post* nur vielleicht korrigierbare Zwangsstruktur die besseren Kontextualisierungsfähigkeiten des Menschen. Es sind also schon definitionsgemäß hybride Mensch-Maschine-Arrangements, wobei die (Nicht-)Realisierung stets dem Menschen als sozusagen physischer Komponente des Systems obliegt. Voraussetzung für ein *gelungenes* Arrangement ist aber, dass die Software den menschlichen Nutzern *akteursgerecht* hinreichend präzise und zugleich nachvollziehbare Informationen liefert, damit diese die ausgeworfenen Subsumtionsschlüsse gegebenenfalls kritisch hinterfragen können.[659] Denn auch im Fall *formal* reiner Assistenzstrukturen besteht selbstverständlich die Gefahr, dass das System *materiell* zur Herausbildung eines gelebten Rechts führt, das dem geschriebenen – gemessen an den Maßstäben der juristischen Methode – nicht ‚richtig' entspricht. Auch im Bereich von Subsumtionsschlüssen kann der vielfach beschriebene *Automation Bias* – sinngemäß: *ich glaube technologisch erstellten Informationen, weil sie technologisch erstellt sind* – Bedeutung und (negative) Konsequenzen erlangen.[660]

322 Auf eine weitere, versteckte Wirkungsdimension von Information über das rechtlich Gesollte weist *Christoph Möllers* hin, die gerade auch für unser Thema einer Realisierungsoptimierung wichtig ist:

> „Eine erste Wirkung von Normen kann dadurch entstehen, dass der Hinweis auf eine bestimmte Möglichkeit das Ergreifen anderer Möglichkeiten faktisch erschwert. […] Indem ich durch eine Norm eine bestimmte Möglichkeit auszeichne, herausgebe und explizit mache, nehme ich autorisiert Aufmerksamkeit in Anspruch, die für die anderen Möglichkeiten nicht mehr zur Verfügung steht. […] Mit der Wahrnehmung der Norm nehme ich den sozialen Zusammenhang wahr, der die Norm autorisiert hat und der mich auch dann beeindrucken kann, wenn ich die Norm verletze. Anders formuliert: Auch wenn ich die Norm nicht befolge, möchte ich mich mit der Autorität, die hinter ihr steht, nicht anlegen, sei es, weil sie mich bedroht, sei es, weil ich sie trotz meines abweichenden Verhaltens anerkenne. Darum breche ich die Norm heimlich und bringe dadurch ein Stück ihrer Wirksamkeit zum Ausdruck."[661]

658 Vertiefend hierzu unten, → S. 348 ff.
659 Für einen Vorschlag zur Konturierung solcher Arrangements auf mittlerer Abstraktionshöhe, die auch *Impossibility Structures* und *Justification Structures* mit einbezieht, s. unten, ab → S. 351.
660 Dazu unten mehr, → § 4 Rn. 77.
661 *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 425.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nehmen wir an, dass diese soziologisch imprägnierten Überlegungen richtig sind.[662] Dann liegt in der automatisierten Hinweisfunktion auf die normativ gewünschte Verhaltens*möglichkeit*, die *Compliance Assistance Technologies* liefern, bei aller theoretischen Freiwilligkeit eventuell doch eine Art von Realisierungs*nudging* (= autorisierte Fokussierung von Aufmerksamkeit, in den Worten von *Möllers*), das zur Realisierung beiträgt *entweder*, weil es die Realisierung tatsächlich wahrscheinlicher macht, *oder*, weil es rechtlich deviantes Verhalten zumindest bewusst macht, und dadurch in die Heimlichkeit drängt; mit der Folge, dass die intersubjektive Infragestellung der Norm durch sichtbare Devianz unwahrscheinlicher wird. Auch hierauf komme ich in → § 4 nochmals ausführlich zurück (→ S. 393 ff.). 323

c. Rückwirkungen auch auf das Recht? Selbst dann, wenn es nun im Zuge der KI-Regulierungsbemühungen gelingt, Arrangements zu schaffen, die hochwertige (zumindest *meist* richtige, nachvollziehbare etc.) Rechtsinformationen bereitstellen, die das ‚richtige' Recht nicht verzerren (siehe soeben), dann ist gleichwohl anzunehmen, dass die Verfügbarkeit immer genauer arbeitender *Assistance Technologies Rückwirkungen auf das Recht* haben wird, die über dessen bessere Erkennbarkeit für Laien hinausgehen. Einmal könnten die Technologien zu einem *strengeren* Fahrlässigkeitsmaßstab hinsichtlich der tolerablen Rechts(un)kenntnis führen, insbesondere im Rahmen der Regeln über Verbotsirrtümer. Viel wichtiger aber ist, dass *Assistance Technologies* es dem Gesetzgeber und den Gerichten weiter erleichtern, die Komplexität des Rechts hin zu einer immer weiter verfeinerten Einzelfalladäquanz zu erhöhen. Im Steuerrecht mit seinen diversen Assistenzsystemen ist das bereits Thema gewesen: 324

> "Zelenak argues that tax-return-preparation software eliminated that 'complexity restraint', freeing legislators to impose ever more baroque provisions. [T]he rise of computational complexity in the tax code embod[ies] an enduring problem in automation. Technologists cannot assume that computational solutions to one problem | will not affect the scope and nature of that problem."[663]

In Europa, unter Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips und immer weiter ausdifferenzierter *materieller* Gleichbehandlungsgebote,[664] könnte die Verfügbarkeit von avancierten Assistenztechnologien von den Gesetzgebern sogar *verlangen*, die Komplexität immer weiter zu steigern. Beispielhaft dafür eine Überlegung von *Philipp Hacker*: 325

> "Equal treatment may even require the application of different norms if Big Data analysis reveals relevant differences between persons […]. Relevant differences among actors may now,

662 Ibid., S. 424, bezeichnet die Frage, ob sich eine „immanente" Wirkung von (zur Kenntnis gebrachten) Normen empirisch nachweisen lässt, als „offene Frage".
663 *Pasquale*, George Washington Law Rev. 87 (2019), 1 (9 f.).
664 Dazu auch unten, → § 6 Rn. 21.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> on many occasions, become observable thanks to the use of Big Data. If certain disclosures only work for certain actors, it would seem to violate equality to knowingly apply them to those actors who do not benefit from them".[665]

326 *Hacker* hat diese Überlegungen über die von ihm näher untersuchten Informationssysteme im Verbraucherschutzrecht angestellt. Aber sie fügen sich ein in den großen Trend hin zu den von *Gertrude Lübbe-Wolff* sogenannten „milden [= differenzierten, sachangemessenen, verhältnismäßigen[666]] Rechtszuständen", die das moderne deutsche und europäische Recht immer stärker prägen, deren „Setzung, Administration und Durchsetzung [aber] ungeheure Ressourcen erfordert, deren Verfügbarkeit alles andere als eine Selbstverständlichkeit ist."[667] Typisierungen hingegen waren und sind ein Mittel der Ressourcenschonung,[668] sind vom modernen Recht aber immer weniger gut gelitten. Damit sind wir wieder beim Ressourcenproblem des Rechtswissens und der Rechtsrealisierung angelangt, das *gelingende* KI zwar nicht ganz beseitigen, aber doch immer weiter abschwächen kann. Funktionierende (!) *Compliance Assistance Technologies* können zwar definitionsgemäß nicht durchsetzen, aber sie können die ‚richtige' Auslegung des Rechts zumindest *sichtbar* machen. Insgesamt können sie damit die Basisbedingung für seine *Realisierung* schaffen.

IV. Justification Structures

„Bei allen Versuchen, Klarheit herzustellen
– gesetzliche Normen sind keine klaren ‚Linien',
die man nicht überschreiten darf,
sondern ‚Zonen', in denen erst ausgehandelt wird,
was geduldet wird und was nicht (Williams 1970, S. 413)."

Stefan Kühl[669]

327 Die soeben unter → III. beschriebenen Assistenzstrukturen ergeben vor allem dann Sinn, wenn ein grundsätzlicher Normbefolgungswille besteht bzw. unterstellt werden kann, dessen Umsetzung angesichts der Komplexität des modernen Rechts *ohne* technische Unterstützung an Grenzen stoßen könnte. In vielen Bereichen freilich ist der Normbefolgungs*wille* zweifelhaft, weil sich der Normbefolgungs*nutzen* nicht

665 *Hacker*, ERPL 25 (2017), 651 (659 f.).
666 Vgl. *Lübbe-Wolff*, Das Dilemma des Rechts, 2017, S. 22.
667 Ibid., S. 62.
668 Ibid., S. 63: „Die sturen Formalismen des älteren Rechts, die kruden Methoden der Sachverhaltsfeststellung, die Härte der Sanktionen, die aus heutiger Sicht eklatanten Mängel an vernünftiger rechtlicher Differenzierung waren nicht einfach bloß Resultat menschlichen Unverstandes. In ihnen spiegelt sich die Begrenztheit der Ressourcen für die Entwicklung und Administration des Rechts."
669 *Kühl*, Brauchbare Illegalität, 2020, S. 39.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hinreichend unmittelbar oder nicht hinreichend individuell erschließen mag. Die schwache Disziplin beim Einhalten der Corona-Schutzvorschriften hat das anschaulich illustriert. Ähnlich dürfte es mit der Geltung des Urheberrechts im digitalen Raum bestellt sein, die wahrscheinlich nicht nur wegen des mangelnden rechtlichen Verständnisses der Nutzer prekär ist. Eine Lösung sind dann eben die schon beschriebenen *Impossibility Structures* (oben, → II.). Diese Strukturen haben aber zumindest auf absehbare Zeit mit den Unzulänglichkeiten der Filtertechnologien zu kämpfen, die z. B. die kontextabhängigen Schranken des Urheberrechts schwer erkennen können.

1. Begriff und erste Anwendung im Online-Kommunikationsrecht

Einen dritten Weg zwischen reiner Hilfe zur – freiwilligen und daher prekären – Rechtsbefolgung durch Assistenztechnologien und deren – eventuell überschießender und daher potentiell dysfunktionaler – Erzwingung durch Unmöglichkeitsstrukturen geht das noch recht junge Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG), das der Umsetzung von Art. 17 DSM-RL dient. Diese Norm[670] stellt die nationalen Gesetzgeber vor einen auf den ersten Blick erheblichen „Ziel- und Pflichtenkonflikt“[671]: *Einerseits* sollen Plattformen („Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten“[672]) nach Art. 17 Abs. 1 DSM-RL künftig für rechtswidrigen Upload ihrer Nutzer genauso haften, als handele es sich um eine eigene Verwertungshandlung.[673] Das gilt nur dann nicht, falls sie „nach Maßgabe branchenüblicher Sorgfalt“ dafür sorgen, dass urheberrechtlich geschützte Inhalte „nicht [ohne entsprechende Berechtigung] verfügbar sind“ (Art. 17 Abs. 4 DSM-RL).[674] Nach einhelliger Auffassung heißt das: Sie haften (nur) dann nicht, wenn sie Upload-Filter für die Erkennung und Verhinderung eben solcher widerrechtlicher Uploads ihrer Nutzer einsetzen.[675] *Andererseits* verlangt dieselbe Norm in ihrem Absatz 7, dass der Einsatz derartiger Filter „nicht bewirken darf“, dass urheberrechtlich *zulässige* Nutzungen blockiert werden, zu denen eben auch Karikaturen, Zitate usw. gehören können, die mittels automatisierter Filter so schwierig zu erkennen sind (Verbot des *Overblocking*). 328

670 s. oben, → § 2 Rn. 150.

671 *Lennartz/Möllers*, GRUR 2021, 1109.

672 s. Art. 2 Nr. 6 DSM-RL (EUR) 2019/790.

673 Vgl. auch § 1 Abs. 1 UrhDaG. Zum Unterschied zwischen täterschaftlicher Haftung und der zuvor geltenden Störerhaftung (§ 10 TMG a. F.) s. *F. Hofmann*, NJW 2021, 1905 (1906).

674 s. zu den unterschiedlichen Regelungsoptionen für eine Haftung der Plattformen für nutzerseitigen Upload *F. Hofmann*, ZUM 2019, 617 (619 ff.).

675 s. die Nachw. in → § 2 Fn. 326. Vgl. aber auch GA *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge v. 15.7.2021, Rs. C-401/19 (Polen/Parlament und Rat), Rn. 78, der davon ausgeht, dass aus der Haftung auch eine vorausgehende Verhaltenspflicht zur Verhinderung von urheberrechtswidrigem Upload folge; relativierend dann aber a. a. O., Rn. 86: „in der Praxis [sic!] die Bedeutung echter *Verpflichtungen*“ (Hervorhebung im Original).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

329 *a. Begriff.* Der Bundesgesetzgeber hat sich der Herausforderung mit dem UrhDaG rechtstechnisch in einer Weise gestellt, die ich hier als *Justification Structure* einführen möchte. Kurz gesagt besteht die gewählte Umsetzungslösung aus der Kombination – *erstens* – einer KI-basierten Unmöglichkeitsstruktur (= Upload-Filter, nach der Gesetzesbegründung sogenannter „Pre-Check“[676]), dessen Einsatz die Inhaber von Urheberrechten von den Diensteanbietern *de facto*[677] verlangen dürfen, den aber – *zweitens* – ein Nutzer des Dienstes unter bestimmten Umständen[678] dadurch *selbst* deaktivieren kann, dass er sich ausdrücklich auf eine gesetzliche Erlaubnis beruft (sogenannte „Kennzeichnung als erlaubte Nutzung“).[679] Der Diensteanbieter muss den Nutzer im Moment des geplanten Uploads auf das Erfordernis einer gesetzlichen Erlaubnis für den Upload hinweisen,[680] *falls* der Pre-Check positiv ‚angeschlagen' hat.[681]

330 Das Modell des UrhDaG wandelt sich nun dadurch von der – gegenüber dem Beispiel von Stud.IP wegen des Pre-Checks natürlich ohnehin schon sehr viel anspruchsvolleren – *Compliance Assistance Technology* zur *Justification Structure*, dass die Deaktivierung des Filtermechanismus – *drittens* – mit einer Information des *Rechteinhabers* verbunden sein muss,[682] sodass dieser also weiß, dass eine Nutzerin sein Werk verwendet und vor allem in die Lage versetzt ist, deren dafür gegebene Begründung (= Berufung auf ein Nutzungsrecht) kritisch zu hinterfragen, um gegebenenfalls dagegen vorzugehen. Ein entsprechendes, internes Beschwerdeverfahren

676 BT-Drs. 19/27426 v. 9.3.2021, S. 141.

677 s. § 7 Abs. 1 UrhDaG [Qualifizierte Blockierung]. Nach dieser Norm sind Diensteanbieter nicht *ausdrücklich* verpflichtet, Filtertechnologien einzusetzen; die Erfüllung des Anspruchs der Rechteinhaber ist sozusagen technologieneutral formuliert (vgl. auch § 7 Abs. 2 S. 2 UrhDaG: „Beim Einsatz automatisierter Verfahren sind die §§ 9 bis 11 anzuwenden.“). Doch ist eine rein menschliche Umsetzung des Blockierverlangens jedenfalls bei größeren Plattformen nicht realistisch: allg. Auffassung, vgl. nur *F. Hofmann*, NJW 2021, 1905 ff.

678 s. § 9 Abs. 2 UrhDaG: „[1]Für nutzergenerierte Inhalte, die 1. weniger als die Hälfte eines Werkes eines Dritten oder mehrerer Werke Dritter enthalten, 2. die Werkteile nach Nummer 1 mit anderem Inhalt kombinieren *und* 3. Werke Dritter nur geringfügig nutzen (§ 10) oder *als gesetzlich erlaubt gekennzeichnet sind* (§ 11), wird widerleglich vermutet, dass ihre Nutzung nach § 5 gesetzlich erlaubt ist (mutmaßlich erlaubte Nutzungen).“ Hervorhebung hier.

679 Die Gesetzesbegründung spricht hier sprachlich wenig naheliegend von einem „Pre-Flagging“, s. BT-Drs. 19/27426, S. 141.

680 Der einschlägige § 11 UrhDaG [Kennzeichnung als erlaubte Nutzung] lautet: „(1) Soll ein nutzergenerierter Inhalt beim Hochladen automatisiert blockiert werden und handelt es sich nicht um eine geringfügige Nutzung nach § 10, so ist der Diensteanbieter verpflichtet, 1. den Nutzer über das Blockierverlangen des Rechtsinhabers zu informieren, 2. den Nutzer zugleich mit der Information nach Nummer 1 auf die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Erlaubnis nach § 5 für eine öffentliche Wiedergabe hinzuweisen und 3. es dem Nutzer zu ermöglichen, die Nutzung als nach § 5 gesetzlich erlaubt zu kennzeichnen.“

681 Unklar bleibt, ob das UrhDaG es ausreichen lassen will, wenn/dass der Nutzer abstrakt auf das Erfordernis *irgendeiner* gesetzlichen Erlaubnis hingewiesen wird, oder ob ihm nicht – etwa nach dem Vorbild von Stud.IP (s. oben, → § 2 Rn. 290) – laiengerecht aufbereitete Informationen dazu geliefert werden müssen oder wenigstens sollten, welche Erlaubnisse denn in Frage kommen.

682 § 9 Abs. 3 UrhDaG [Öffentliche Wiedergabe mutmaßlich erlaubter Nutzungen] lautet: „Der Diensteanbieter informiert den Rechtsinhaber sofort über die öffentliche Wiedergabe und weist ihn auf das Recht hin, nach § 14 Beschwerde einzulegen, um die Vermutung nach Absatz 2 überprüfen zu lassen.“

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

beim Diensteanbieter verlangen die §§ 13 ff. UrhDaG. Im Unterschied zu den aktuell freiwillig angebotenen Streitmechanismen zum Schutz von Urheberrechten z. B. auf YouTube,[683] verlangt § 14 Abs. 3 Nr. 3 UrhDaG, dass der Diensteanbieter selbst (oder unter Rückgriff auf eine anerkannte externe Beschwerdestelle, § 15 UrhDaG) über die Beschwerde eines blockierten Nutzers entscheiden muss,[684] und zwar innerhalb einer Woche und durch eine „natürliche" und „unparteiische" Person. Der Nutzer muss sich also vermittelt über das interne Beschwerdeverfahren vor dem Rechteinhaber *und* einem Dritten rechtfertigen, er wird gegebenenfalls[685] sogar aus der – ihn vor einer Konfrontation zunächst schützenden – Anonymität oder Pseudonymität des Online-Verkehrs herausgestellt.

b. Details der Regelung im Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz. Das soeben im Überblick geschilderte Rechtfertigungs-Arrangement ist in seinen Details komplex und das Ergebnis eines von vielen Akteuren kontrovers begleiteten Gesetzgebungsverfahrens. Interessant ist, dass das finale UrhDaG gegenüber dem ersten Diskussions- und dem Referentenentwurf (RefE) aus dem Bundesjustizministerium einige nennenswerte Verschärfungen zugunsten der Rechteinhaber und damit *pro* Filterung aufweist. 331

Erstens fällt auf, dass die Kennzeichnungsmöglichkeit als erlaubte Nutzung in der finalen Fassung nur noch für *gesetzliche* Erlaubnisgründe vorgesehen ist; der Referentenentwurf wollte eine Berufung auch auf „vertragliche" Erlaubnisse ermöglichen.[686] Offenbar geht der Gesetzgeber davon aus, dass auch Individual-Lizenzen sofort an den Diensteanbieter gemeldet werden, sodass es schon von vornherein nicht zu einem Blockierverlangen des Rechteinhabers kommen dürfe. 332

Zweitens hat der Gesetzgeber den sozusagen technologischen, doppelten Boden, den der Referentenentwurf vorsah, modifiziert: So sollte nach § 12 S. 1 UrhDaG-RefE die 333

683 Vgl. die Schilderung des Streitmechanismus, den *Youtube* anbietet, bei *Schillmöller/Doseva*, MMR 2022, 181 (182 ff.): Den Mechanismus zeichne negativ aus, dass das Unternehmen lediglich eine Infrastuktur zur Verfügung stelle, ohne selbst entscheidend oder schlichtend in die Auseinandersetzung von Uploader und Rechteinhaber einzugreifen; das löse *Chilling Effects* zu dessen – also des Rechteinhabers – Gunsten aus: „Die Rechtsinhaber entscheiden selbst, ob ihre Ansprüche zutreffen, sowie über weitere Sanktionen, die den Uploader treffen können. Dabei tritt zu keiner Zeit ein Devolutiveffekt ein, der das Verfahren YouTube selbst oder einer anderen unabhängigen Instanz zur Entscheidung vorlegt. Es fehlt also im internen Beschwerdeprozess von YouTube eine unabhängige Entscheidungsinstanz."

684 Für eine erste Analyse des vom UrhDaG vorgesehenen Beschwerdeverfahrens s. *Schillmöller/Doseva*, MMR 2022, 181 (185 ff.).

685 Falls entsprechende Möglichkeiten zur Auskunft nach dem TTDSG bestehen (§§ 21 ff.). Zur unbefriedigend engen Fassung (damals noch von § 14 Abs. 3-5 TMG) *Buchheim*, JZ 2021, 539 ff.; auch *Alacayir*, GRUR-Prax 2022, 271 ff.; zu möglichen Lösungen de *lege ferenda Janal*, ZEuP 2021, 227 (260 ff.) m. w. N., bes. S. 272: „Ist die Rechtmäßigkeit der Inhalte umstritten, kann einem Privatnutzer im Regelfall zugemutet werden, zwischen der Sperre des Inhalts und der Aufdeckung seiner Identität zu wählen. Ist dies im Einzelfall nicht zumutbar, bedarf es einer verfahrensrechtlichen Absicherung der Pseudonymität des Nutzers während des Gerichtsverfahrens zur Klärung der Rechtmäßigkeit des Inhalts."

686 s. § 8 Abs. 1 Nr. 3 UrhDaG-RefE v. 24.6.2020.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

‚Rechtfertigung' des Upload-willigen Nutzers nur dann irrelevant sein, die *Impossibility Structure* des Filters sich also vom Nutzer selbst *nicht* deaktivieren lassen, falls diese Rechtfertigung „offensichtlich unzutreffend ist", was „insbesondere dann der Fall sein [sollte], wenn der vom Nutzer hochgeladene Inhalt zu mindestens 90 Prozent mit den vom Rechtsinhaber zur Verfügung gestellten Informationen [über sein Werk] übereinstimmt".[687] Das Gesetz versperrt die Rechtfertigungsoption nun schon dann, wenn der Upload mindestens die Hälfte des geschützten Werks enthält und (!) er nicht mit anderen Inhalten kombiniert ist.[688] Die Kombination mit anderen Inhalten sei einerseits typisch für Zitat, Parodie oder Pastiche, und sei andererseits technologisch gut erkennbar.[689]

334 Schließlich – *drittens* – hat der Gesetzgeber die Durchsetzungsmöglichkeiten der Rechteinhaber auf andere Weise gestärkt, indem er ein sogenanntes „roter-Knopf"-Verfahren[690] als Teil des Beschwerdemechanismus geschaffen hat (§ 14 Abs. 4 UrhDaG): Demnach bleibt es zwar dabei, dass der hochladende Nutzer den Filter selbst durch Berufung auf eine gesetzliche Nutzungserlaubnis deaktivieren kann. Der Rechteinhaber, der ja über den Upload informiert wird (§ 9 Abs. 3 UrhDaG), kann aber dann, wenn er als ein „vertrauenswürdiger Rechtsinhaber"[691] registriert ist, eine sofortige Blockierung des hochgeladenen Inhalts noch *vor* Abschluss des Beschwerdeverfahrens nach § 14 UrhDaG verlangen. Diesen roten Knopf muss *beim Rechteinhaber* allerdings zwingend eine „natürliche Person" betätigen,[692] der doppelte Boden zugunsten des Rechteinhabers muss also ein menschlicher sein. Der Diensteanbieter hat hingegen kein Ermessen mehr, sondern muss sofort und automatisiert

687 § 12 S. 1 UrhDaG-RefE v. 24.6.2020 [Sperrung und Entfernung bei Kennzeichnung als erlaubte Nutzung]: „[1]Die Sperrung und Entfernung ist trotz Kennzeichnung nach § 8 Absatz 2 durchzuführen, wenn diese offensichtlich unzutreffend ist. [2]Dies kann bei der Berufung auf gesetzliche Erlaubnisse insbesondere dann der Fall sein, wenn der vom Nutzer hochgeladene Inhalt zu mindestens 90 Prozent mit den vom Rechtsinhaber zur Verfügung gestellten Informationen übereinstimmt. [3]Satz 2 gilt nicht für einzelne Abbildungen."

688 s. für den Text von § 9 UrhDaG schon in → § 2 Fn. 678.

689 *Oster*, in: Ahlberg/Götting/Lauber-Rönsberg (Hg.), BeckOK Urheberrecht, 32. Ed. 15.9.2021, § 9 UrhDaG Rn. 8.

690 BT-Drs. 19/27426 v. 9.3.2021, S. 143.

691 s. zu diesem Status ibid., S. 144: „Die Vertrauenswürdigkeit des Rechtsinhabers ist vom Diensteanbieter zu beurteilen und kann sich beispielsweise aus dem Umfang des beim Diensteanbieter hinterlegten werthaltigen Repertoires, dem damit verbundenen Einsatz besonders qualifizierten Personals oder auch aus der erfolgreichen Durchführung etlicher Beschwerdeverfahren in der Vergangenheit ergeben. Bei Streitigkeiten über die Vertrauenswürdigkeit eines Rechtsinhabers (und damit zugleich über den Zugang zum ‚roten Knopf') kann diese Frage auch gerichtlich geklärt werden. Erforderlich ist immer eine Prüfung durch eine vom Rechtsinhaber beauftragte natürliche Person. Unzulässig ist es daher, den ‚roten Knopf' über automatisierte Verfahren auszulösen. Löst der Rechtsinhaber den Mechanismus nach § 14 Absatz 4 UrhDaG-E dennoch automatisiert aus, kann er nicht mehr als vertrauenswürdig gelten."

692 § 13 Abs. 4 UrhDaG. Zur Erläuterung BT-Drs. 19/27426 v. 9.3.2021, S. 143: „§ 14 Absatz 4 UrhDaG-E trägt dem Umstand Rechnung, dass die generell-abstrakt definierten Voraussetzungen für mutmaßlich erlaubte Nutzungen in einem gewissen Umfang auch Nutzungen online verfügbar machen können, bei denen sich die Vermutung bei einer menschlichen Überprüfung ohne weiteres widerlegen ließe."

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

blockieren.[693] Vorkehrungen gegen den Missbrauch sowohl der Möglichkeit zur Kennzeichnung als erlaubte Nutzung wie auch des roten Knopfes finden sich in den Schlussbestimmungen des UrhDaG in § 18.[694] Wichtig ist abschließend der Hinweis, dass der Rechtfertigungsversuch durch „Kennzeichnung als erlaubte Nutzung" dem Nutzer *keinen* Schutz gegen zivil- oder strafrechtliche Inanspruchnahme vermittelt (keine *Safe-Harbour*-Wirkung).[695]

Anders verhält es sich hingegen bei der bislang hier noch nicht näher beschriebenen „geringfügigen Nutzung". Das ist *neben* der „Kennzeichnung als erlaubte Nutzung" das zweite Arrangement, mit dem der Gesetzgeber einem *Overblocking* vorbeugen will: Enthält ein Upload weniger als die Hälfte des geschützten Werkes und wird er mit anderen Inhalten kombiniert (bis hierher Voraussetzungen wie eben), *und* hat er *zusätzlich* einen in § 10 UrhDaG genau spezifizierten, maschinell gut erfassbaren geringen Umfang (z. B. „Nutzungen bis zu 15 Sekunden je einer Tonspur", § 10 Nr. 2 UrhDaG), dann liegt ebenfalls eine „mutmaßlich erlaubte Nutzung" i. S. von § 9 UrhDaG vor. Der vom Diensteanbieter genutzte Filter darf also nicht blockieren, diesmal *ohne* dass es einer vom Nutzer ausdrücklich geäußerten Rechtfertigung bedarf. Der Nutzer wird in dieser Variante auch nicht darüber informiert, dass er eine möglicherweise rechtswidrige Nutzung vornimmt. Freilich ist das verzichtbar, denn der Nutzer ist für den Zeitraum „bis zum Abschluss eines Beschwerdeverfahrens nach § 14 UrhDaG urheberrechtlich nicht verantwortlich" (§ 12 Abs. 3 UrhDaG). Der *Rechteinhaber* muss auch in dieser Variante über den Upload informiert werden (§ 9 Abs. 3 UrhDaG). 335

Greift keine der beiden genannten Optionen (also weder Verfügbarkeit einer *Justification Structure* noch „geringfügige Nutzung"), dann erlaubt bzw. drängt[696] das Re- 336

693 BT-Drs. 19/27426 v. 9.3.2021, S. 143: „Wird eine mutmaßlich erlaubte Nutzung vom Diensteanbieter öffentlich wiedergegeben, erhält der betroffene Rechtsinhaber einen Hinweis nach § 9 Absatz 3 UrhDaG-E. Hierauf kann er mit der Beschwerde und der Erklärung nach § 14 Absatz 4 UrhDaG-E reagieren. Der Diensteanbieter ist dann zur sofortigen Blockierung bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens verpflichtet. Ein Ermessen steht dem Diensteanbieter nicht zu; eine weitere Prüfung des Sachverhalts oder die Beteiligung des Nutzers unterbleiben. Die sofortige Blockierung ist automatisiert durchzuführen und hat also vorbehaltlich technischer Verzögerungen sofort stattzufinden."

694 § 18 UrhDaG [Maßnahmen gegen Missbrauch] lautet auszugsweise: „(3) Verlangt ein Rechtsinhaber wiederholt fälschlicherweise die sofortige Blockierung mutmaßlich erlaubter Nutzungen während des Beschwerdeverfahrens nach § 14 Absatz 4, so ist er für einen angemessenen Zeitraum von diesem Verfahren auszuschließen. (4) […] (5) Kennzeichnet ein Nutzer eine Nutzung wiederholt fälschlicherweise als erlaubt, so hat der Diensteanbieter den Nutzer für einen angemessenen Zeitraum von der Möglichkeit zur Kennzeichnung erlaubter Nutzungen auszuschließen."

695 Vgl. *e contrario* § 12 Abs. 3 UrhDaG [Vergütung durch Diensteanbieter; Verantwortlichkeit].

696 Vgl. zu der etwas komplexeren Frage, ob das UrhDaG tatsächlich Filter*pflichten* auferlegt, nochmals oben, → § 2 Rn. 328, mit Fn. 675. Zudem ist zu beachten, dass das UrhDaG der zumindest auf *Youtube* beliebten Praxis der sog. „Monetarisierung" nicht entgegensteht. Hierbei werden Inhalte, die von den automatisierten Urheberrechts-Erkennungstechnologien der Plattform („Content ID") als geschütztes Material identifiziert werden, auf Wunsch der Rechteinhaber *nicht* blockiert, sondern es werden die im Zusammenhang mit dem Upload erzielten Werbeeinnahmen statt an die Uploader an die Rechteinhaber

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gime des UrhDaG auf die Nutzung von Upload-Filtern als *Impossibility Structures*: Algorithmisch als unzulässig qualifizierter Upload muss dann zunächst blockiert werden. Der Nutzer, der sich gleichwohl berechtigt fühlt, die Inhalte öffentlich zugänglich zu machen, ist auf *ex post* wirksame Beschwerdeverfahren verwiesen.[697] Dass es solche geben *muss*, sehen Art. 17 Abs. 9 UAbs. 1 („wirksame und zügige" *interne* „Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren") und Art. 17 Abs. 9 UAbs. 2 S. 5 DSM-RL vor (die „Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die Nutzer Zugang zu einem Gericht" haben). Das UrhDaG setzt diese Vorgaben im schon erwähnten § 14 um bzw. stellt in § 13 Abs. 4 klar, dass die Möglichkeit gerichtlichen Rechtsschutzes „unberührt" bleibt.

337 *c. Einschätzung des Generalanwalts zur Unionsrechtskonformität.* Die Einschätzung von Generalanwalt *Saugmandsgaard Øe* zur Klage Polens gegen Art. 17 Abs. 4 DSM-RL soll hier ausführlich dargestellt werden, obwohl der EuGH selbst schon sein Urteil gesprochen hat (dazu → d.). Grund dafür ist, dass der EuGH dem Generalanwalt *erstens* im Ergebnis folgt (= Art. 17 Abs. 4 DSM-RL sei *per se* unionsrechtskonform, es komme aber auf die konkrete mitgliedstaatliche Umsetzung an), dass der Generalanwalt *zweitens* die hier (!) interessierenden Elemente des deutschen *Umsetzungs*gesetzes implizit positiv gewertet hat, und dass der Generalanwalt *drittens* deutlich realitätsnäher argumentiert und er im Gegensatz zum Gerichtshof auf die rechtlich und tatsächlich kritischen Punkte tatsächlich eingeht.

338 Aber der Reihe nach: Zunächst ist festzuhalten, dass der Generalanwalt das politisch aufgeladene und missverständliche Wort der „Zensur" bewusst meidet. Er spricht stattdessen nüchtern von „vorbeugenden Maßnahmen" und „präventiven Einschränkungen".[698] Solche präventiven Einschränkungen würden den Wesensgehalt von Art. 11 GRC dann antasten, wenn dadurch

> „die Vermittler, die diese Meinungsäußerungs-Infrastrukturen [= soziale Plattformen und Netzwerke] kontrollieren, von staatlicher Seite unmittelbar oder mittelbar dazu verpflichtet [würden], die Inhalte der Nutzer ihrer Dienste generell präventiv zu überwachen und nach rechtswidrigen oder sogar bloß unerwünschten Informationen jeglicher Art zu durchforsten[. Dann] wäre diese Kommunikationsfreiheit als solche in Frage gestellt."[699]

339 Art. 15 E-Commerce-RL (jetzt Art. 8 DSA) mit seinem Verbot, den Diensteanbietern eine „allgemeine Überwachungspflicht" aufzuerlegen, sei daher als „allgemei-

ausgeschüttet (= Monetarisierung des – tatsächlichen oder vermeintlichen – Urheberrechtsverstoßes). Da das Beschwerdeverfahren gegen eine solche Umlenkung der Geldströme zumindest von/auf *Youtube* sehr Rechteinhaber-freundlich ausgestaltet ist (s. soeben, in → § 2 Fn. 683), könnte das dazu verleiten, auf ein Blockierverlangen zu verzichten und damit das UrhDaG und dessen Beschwerdeverfahren (§§ 13 ff. UrhDaG) zu umgehen; vgl. zu den Details *Schillmöller/Doseva*, MMR 2022, 181 (186).

697 Vgl. hierzu auch *F. Hofmann*, NJW 2021, 1905 (1909 f.).

698 GA *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge v. 15.7.2021, Rs. C-401/19 (Polen/Parlament und Rat), Rn. 77.

699 Ibid., Rn. 104.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ner Grundsatz des Internetrechts“ zu betrachten. Dieser sei vorliegend allerdings nicht verletzt: Die Pflicht zur automatisierten Filterung nach Urheberrechtsverstößen durch Sharing-Dienste-Anbieter sei nach den Maßstäben der jüngeren EuGH-Rechtsprechung keine *allgemeine*, sondern eine *spezifische* und damit eine grundsätzlich zulässige Überwachungspflicht,[700] die deshalb auch den Wesensgehalt des Rechts auf freie Meinungsäußerung wahre.[701] Das gelte deshalb bzw. insoweit, als die Filterpflicht auf die von dem Rechteinhaber ausdrücklich benannten Inhalte beschränkt werde, und zwar in „wortgleicher“ (wohl auch: bildgleicher, tongleicher) oder „sinngleicher“ Form.[702] Das meine identische Reproduktionen bzw. solche, die

> „mit [nur] unbedeutenden Änderungen versehen [seien], so dass die Öffentlichkeit sie von den Originalgegenständen nicht unterscheiden würde (z. B. bei rein technischen Veränderungen zur Umgehung das Filtersystems, wie etwa einer Änderung des Formats, der Umkehrung oder Änderung der Bildgeschwindigkeit usw.)“.[703]

Nach diesen Maßstäben soll also *Spezifizität* der Überwachung schon dadurch hergestellt sein, dass der Rechteinhaber sein *Recht*, wohlgemerkt: nicht etwa eine initiale Rechts*verletzung*, präzise benannt habe.[704] Es ergibt vor diesem Hintergrund Sinn, nicht mehr (nur) von einer *Notice-and-stay-down*-Verpflichtung zu sprechen, sondern von einer *Notice-and-prevent*-Pflicht,[705] die nun im digitalen Urheberrecht bzw. genauer: im Anwendungsbereich des Art. 17 Abs. 4 DSM-RL/des § 7 UrhDaG gilt. Die Allgemeinheit der Überwachung ergibt sich damit konzeptionell nicht mehr – wie noch in der älteren Rechtsprechung des EuGH zu Art. 15 E-Commerce-RL[706] – aus der „Menge der zu überprüfenden Informationen“, sondern ergibt sich bzw. besser: wird aufgehoben durch die „Präzision der Nachforschungen“, die dem Diensteanbieter auferlegt werden. Konsequenz: Wenngleich also der Wesensgehalt der Meinungs- und Informationsfreiheit einer undifferenzierten präventiven Überwachungspflicht entgegenstehe, sei der Unionsgesetzgeber nicht gehindert, „*bestimmten* Online-Vermittlern *bestimmte* aktive Maßnahmen zur Überwachung ganz *bestimmter* rechtswidriger Informationen vor[zu]schreiben“.[707] 340

Die Vorschriften müssten aber auch noch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. In diesem Zusammenhang stellt der Generalanwalt dann ganz auf die Gefahr des *Overblocking*[708] ab. Deutlicher als der EuGH macht der Generalanwalt klar, 341

700 Ibid., Rn. 107 f., 200 ff.
701 Ibid., Rn. 104, 115, 200 ff.
702 Ibid., Rn. 201.
703 Ibid., Rn. 202.
704 Ibid., Rn. 114.
705 *Pravemann*, GRUR 2019, 783 (786); *F. Hofmann*, NJW 2021, 1905 (1907).
706 s. hierzu und dem Wandel der Rspr. schon oben, → § 2 Rn. 155.
707 GA *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge v. 15.7.2021, Rs. C-401/19 (Polen/Parlament und Rat). Hervorhebung hier.
708 Zum Begriff ibid., Rn. 141 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dass diese Gefahr beim Einsatz automatisierter Werkzeuge nicht *per se* gegen die Zulässigkeit automatisierter Filterwerkzeuge spreche,[709] sondern selbst einer Abwägung der widerstreitenden Interessen (Urheberrecht vs. Meinungsfreiheit der Nutzer[710]) zugänglich sei.[711] Allerdings müsse das Risiko des *Overblocking* (einschließlich eines möglichen *Overclaiming*[712]) verfahrensmäßig doppelt in die Zange genommen werden: Einmal *ex post*, wie es auch Art. 17 Abs. 9 DSM-RL ausdrücklich vorsieht, indem also gegen Filterungen Rechtsschutz in Form eines internen Beschwerdeverfahrens ermöglicht wird, das rechtsstaatlichen Anforderungen genügt;[713] zum anderen, so *Saugmandsgaard Øe* weiter, müsse das *Overblocking* schon *ex ante* durch geeignete Maßnahmen angegangen und soweit wie möglich verhindert werden. Denn

> „die Existenz solcher [*ex post* wirksamer] Verfahrensgarantien [entbindet] nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs und des EGMR die Behörden nicht davon, *die Nebeneffekte* einer Filter- und Sperrmaßnahme [*ex ante*] zu minimieren. Hierbei handelt es sich um verschiedene und *kumulative* Verpflichtungen. […] Wären [die] Nutzer gezwungen, ihre Rechte systematisch im Beschwerdeverfahren geltend zu machen, würde sehr wahrscheinlich ein Großteil von ihnen davon absehen, weil sie insbesondere nicht über genügend Know-how verfügen, um beurteilen zu können, ob ihre Nutzung dieser Objekte zulässig ist und ob eine solche Beschwerde daher begründet wäre. Ein präventives ‚Overblocking' all dieser berechtigten Nutzungen und die systematische Abwälzung der Beweislast auf die Nutzer könnte somit kurz- oder langfristig zu einem ‚Chilling Effect' auf die Meinungs- und schöpferische Freiheit führen, was sich in einem Rückgang der Aktivitäten dieser Nutzer niederschlagen würde."[714]

709 Ibid., Rn. 183.

710 Der GA bejaht eine hohe Eingriffsintensität in das Recht auf freie Meinungsäußerung, s. ibid., Rn. 102 ff.: „Vorbeugende Maßnahmen zur Informationskontrolle gelten im Allgemeinen […] als besonders gravierende Eingriffe in das Recht auf freie Meinungsäußerung, da sie ausufern können. In einer demokratischen Gesellschaft werden solche vorbeugenden Maßnahmen grundsätzlich abgelehnt, weil sie durch die Einschränkung bestimmter Informationen schon vor deren Verbreitung jede öffentliche Debatte über den Inhalt verhindern und damit die Meinungsfreiheit ihrer eigentlichen Funktion als Motor des Pluralismus berauben. […] [103] Diese Überlegungen treffen auf das Internet in vollem Umfang zu. […] Plattformen tragen […] zu einer Art ‚Demokratisierung' der Informationserzeugung bei und sind, obwohl sie von privaten Betreibern verwaltet werden, *de facto* zu wesentlichen Infrastrukturen für die Meinungsäußerung im Internet geworden. Das Recht auf freie Meinungsäußerung umfasst daher beim derzeitigen Stand der Kommunikationsmittel insbesondere die Freiheit, auf diese Plattformen zuzugreifen und sich auf ihnen grundsätzlich ohne Einmischung seitens des Staates zu äußern. [104] Würden die [Betreiber] von staatlicher Seite unmittelbar oder mittelbar dazu verpflichtet, die Inhalte der Nutzer ihrer Dienste generell präventiv zu überwachen und nach rechtswidrigen oder sogar bloß unerwünschten Informationen jeglicher Art zu durchforsten, wäre diese Kommunikationsfreiheit als solche in Frage gestellt. Dann wäre meines Erachtens der ‚Wesensgehalt' des in Art. 11 der Charta vorgesehenen Rechts auf freie Meinungsäußerung angetastet."

711 GA *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge v. 15.7.2021, Rs. C-401/19 (Polen/Parlament und Rat), Rn. 183 f.

712 Vgl. ibid., Rn. 148.

713 Ibid., Rn. 178.

714 Ibid., Rn. 181 bzw. 187.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Daraus folge, dass von vornherein 342

> „die Fehlerquote so gering wie möglich gehalten werden [müsse]. Deshalb sollte in Fällen, in denen es nach dem derzeitigen Stand der Technik nicht möglich ist, etwa bei bestimmten Arten von Werken und Schutzgegenständen, ein automatisches Filter-Tool zu verwenden, ohne dass dies zu einer nicht vernachlässigbaren Zahl ‚falsch positiver' Ergebnisse führt, die Verwendung eines solchen Tools aus meiner Sicht gemäß Art. 17 Abs. 7 ausgeschlossen werden. […] Um die Gefahr des ‚Overblocking' zu minimieren und damit die Achtung des Rechts auf freie Meinungsäußerung zu gewährleisten, kann ein Vermittler meines Erachtens daher nur verpflichtet werden, Informationen zu filtern und zu sperren, deren Rechtswidrigkeit zuvor von einem Richter festgestellt wurde, oder, wenn dies nicht der Fall ist, solche, deren Rechtswidrigkeit sich *ohne Weiteres aufdrängt*, d. h., *offenkundig* ist, ohne dass sie eigens in ihrem Kontext beurteilt werden müssten."[715]

Diese Offenkundigkeit soll dann durch die schon erwähnte, durchaus restriktive Beschränkung der Filterung auf identische oder sinngleiche Uploads erzielt werden.[716] Die genauen technischen Details müssten und dürften zwar Kommission und Mitgliedstaaten näher regeln.[717] Dankenswerterweise schließt der Generalanwalt an seine grundsätzlichen Überlegungen aber konkrete Beispiele an, wie die technische Umsetzung in einer aus seiner Sicht verhältnismäßigen Weise aussehen könnte: 343

> „In der Praxis werden diese Lösungen darin bestehen, dass in die Tools zur Inhaltserkennung Parameter integriert werden, mit deren Hilfe sich das Offenkundige vom Mehrdeutigen unterscheiden lässt. Dies kann je nach Art der Schutzgegenstände und der in Betracht kommenden Ausnahmen variieren. So wird es sich z. B. als notwendig erweisen, die von diesen Tools ermittelten Übereinstimmungsquoten zu berücksichtigen und Schwellenwerte festzulegen, oberhalb deren die automatische Sperrung von Inhalten gerechtfertigt ist und unterhalb deren die Anwendung einer Ausnahme, wie etwa der Zitatschranke, vernünftigerweise in Betracht kommt. Eine solche Lösung könnte mit einem Mechanismus gekoppelt werden, der es den Nutzern erlaubt, zum Zeitpunkt des Hochladens oder unmittelbar danach zu signalisieren (*flagging*), ob für sie nach ihrer Meinung eine Ausnahme oder Beschränkung gilt, woraufhin der betreffende Anbieter den fraglichen Inhalt manuell zu überprüfen hätte, um festzustellen, ob die Anwendung dieser Ausnahme oder Beschränkung offensichtlich ausgeschlossen ist oder im Gegenteil vernünftigerweise in Betracht kommt."[718]

Saugmandsgaard Øe zitiert das deutsche UrhDaG zwar nicht.[719] Dennoch spiegelt sich das Gesetz in durchaus differenzierter Weise in den beispielhaften Ausführungen des Generalanwalts zum *Flagging* gut wider. Dabei ist das Regelungsarrangement des UrhDaG noch komplexer und erinnert ein wenig an ein Ping-Pong-Spiel zwischen den Beteiligten. Und trotz der eben genannten, im Gesetzgebungsverfah- 344

715 Ibid., Rn. 214 bzw. 198.
716 s. schon soeben, → § 2 Rn. 339, a. E.
717 GA *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge v. 15.7.2021, Rs. C-401/19 (Polen/Parlament und Rat), Rn. 210.
718 Ibid., Rn. 211.
719 Vgl. aber Fn. 251 der Schlussanträge (ibid.) für Hinweise auf Vorarbeiten der Kommission und der Rechtswissenschaft.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ren noch vorgenommenen Schärfungen des Arrangements *zugunsten* der Rechteinhaber finden sich im Schrifttum nach wie vor Stimmen, die von einer Überprivilegierung der Nutzer unter anderem durch die Möglichkeit der „Kennzeichnung als erlaubte Nutzung" ausgehen.[720] Vor diesem Hintergrund muss die Unionsrechtskonformität der UrhDaG hier auch nicht final bewertet werden, gewisse Zweifel bleiben bestehen; insbesondere erscheint die *Flagging*-Möglichkeit, indem sie auf Uploads beschränkt ist, die weniger als 50 % des geschützten Werkes umfassen, angesichts der sehr engen Begriffe von Identität bzw. Sinngleichheit, die der Generalanwalt anlegt, zu restriktiv. Aber zumindest die für uns interessanten Elemente des UrhDaG sind durch die Schlussanträge mit einem gewissen unionalen Konformitätsanschein versehen worden.

345 *d. Erhebliche Unstimmigkeiten in der einschlägigen EuGH-Entscheidung.* Der EuGH geht in seinem Urteil auf all die genannten, durchaus komplexen Punkte nicht oder nur oberflächlich ein. In weiten Teilen erschöpft sich das Urteil in einer Nacherzählung des Vortrags der Parteien und einer Paraphrase von Art. 17 DSM-RL. Bei genauem Hinsehen lassen sich allerdings doch für uns relevante Punkte herausfiltern. Die zentrale rechtsdogmatische Frage – ob nämlich vorliegend eine allgemeine oder eine spezifische Überwachungspflicht vorliegt – wird recht knapp damit abgehandelt, Ersteres zu verneinen,[721] wenn und weil die Verpflichtung zur Filterung sich nur auf von den Rechteinhabern gemeldete Werke beziehe *und* die Diensteanbieter insoweit nicht verpflichtet sein könnten/dürften,

> „das Hochladen und die öffentliche Zugänglichmachung von Inhalten zu verhindern, die sie im Hinblick auf die von den Rechteinhabern bereitgestellten Informationen sowie etwaige Ausnahmen und Beschränkungen in Bezug auf das Urheberrecht eigenständig inhaltlich beurteilen müssten, um ihre Rechtswidrigkeit festzustellen."[722]

346 Es kann davon ausgegangen werden, dass der EuGH damit das Offenkundigkeitserfordernis, das der Generalanwalt formuliert hat, übernehmen wollte, freilich ohne es vergleichbar deutlich zu formulieren. Es bleibt jedenfalls dabei, dass hier die Spezifizität der Überwachung schon dadurch hergestellt ist, dass der Rechteinhaber sein Recht exakt genug benennt, um es ohne eigene Beurteilung der Rechtmäßigkeit, d. h. im Kern: automatisiert durchsetzbar zu machen.

720 Bes. krit. *Lennartz/Möllers*, GRUR 2021, 1109 (1115 f.). Eine positivere Würdigung findet sich bei *F. Hofmann*, NJW 2021, 1905 (1908) m. w. N. zum Streitstand.

721 EuGH, Urt. v. 26.4.2022, Rs. C-401/19 (Polen/Parlament und Rat), Rn. 89: „Da die Übermittlung der Informationen [der Rechteinhaber über ihre geschützten Werke] ohne jeden Zweifel die Voraussetzung für die eventuelle Feststellung der Haftung in Bezug auf die Diensteanbieter darstellt, werden diese nämlich ohne diese Informationen nicht dazu veranlasst, dafür zu sorgen, dass die betreffenden Inhalte nicht verfügbar sind."

722 EuGH, Urt. v. 26.4.2022, Rs. C-401/19 (Polen/Parlament und Rat), Rn. 90.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Im Grunde unergiebig, weil konfus, ist das Urteil sodann im Umgang mit der Gefahr des *Overblocking*. Der durchaus zentrale Begriff fällt im Urteil nicht. Immerhin erkennt der EuGH aber an bzw. übernimmt die allseits geteilte Einschätzung, dass die neue Haftungsregelung des Art. 17 Abs. 4 lit. b und c DSM-RL den Diensteanbietern 347

> „*de facto* eine vorherige Kontrolle der Inhalte auferlegt, die Nutzer auf ihre Plattformen hochladen möchten, sofern sie von den Rechteinhabern die in Art. 17 Abs. 4 Buchst. b und c vorgesehenen Informationen oder Hinweise erhalten haben[, wozu sie] in Abhängigkeit von der Zahl der hochgeladenen Dateien und der Art des fraglichen Schutzgegenstands […] auf Instrumente zur automatischen Erkennung und Filterung zurückzugreifen [hätten]."[723]

Die Gefahr eines *Overblocking* lässt sich beim Einsatz solcher Filter nie ganz vermeiden. Doch genau davon *scheint* dann der EuGH im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung auszugehen: 348

> „Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass Art. 17 Abs. 7 Unterabs. 1 der Richtlinie 2019/790 ausdrücklich klarstellt, dass ‚[d]ie Zusammenarbeit zwischen den Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten und den Rechteinhabern […] nicht bewirken [darf], dass von Nutzern hochgeladene Werke oder sonstige Schutzgegenstände, bei denen kein Verstoß gegen das Urheberrecht oder verwandte Schutzrechte vorliegt, nicht verfügbar sind, und zwar auch dann, wenn die Nutzung eines Werkes oder sonstigen Schutzgegenstandes im Rahmen einer Ausnahme oder Beschränkung [in Bezug auf diese Rechte] erlaubt ist'. Nach seinem eindeutigen Wortlaut beschränkt sich Art. 17 Abs. 7 Unterabs. 1 der Richtlinie 2019/790, anders als Art. 17 Abs. 4 Buchst. b und Buchst. c letzter Satzteil dieser Richtlinie, nicht darauf, von den Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten zu verlangen, dass sie zu diesem Zweck ‚alle Anstrengungen' unternehmen, sondern schreibt ein bestimmtes zu erreichendes Ergebnis vor."[724]

Und davon abgesetzt subsumiert der EuGH, dass er ja 349

> „bereits festgestellt [habe], dass ein Filtersystem, bei dem die Gefahr bestünde, dass es nicht hinreichend zwischen einem unzulässigen Inhalt und einem zulässigen Inhalt unterscheidet, so dass sein Einsatz zur Sperrung von Kommunikationen mit zulässigem Inhalt führen könnte, mit dem in Art. 11 der Charta verbürgten Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit unvereinbar wäre und das angemessene Gleichgewicht zwischen ihm und dem Recht des geistigen Eigentums nicht beachten würde."[725]

Die hier zitierten Absätze lesen sich *prima facie* so, als wolle der EuGH Filtersysteme bzw. eine Verpflichtung zu deren Nutzung nur zulassen, sofern sie *perfekt* funktionieren, also *keinerlei False Positives* produzieren. 350

Will man dem EuGH eine solch naiv-unrealistische Annahme nicht unterstellen, bleibt entweder die Deutung, er habe durch Postulierung eines unerfüllbaren Maßstabs Polen in der Sache, aber nicht im Tenor Recht geben wollen; oder man wird in 351

723 Ibid., Rn. 53 f.
724 Ibid., Rn. 77 f.
725 Ibid., Rn. 86.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der soeben zitierten Aussage des EuGH den Begriff „hinreichend" sehr stark gewichten müssen, mit dem Ziel, das zu erwartende *Overblocking* eben doch auch selbst zum Gegenstand einer Abwägung machen zu können – so, wie vom Generalanwalt auch explizit vorgesehen.[726] Für letztere Lesart spricht m. E., abgesehen von der Grammatik, alles:

- *erstens* die Vermutung, dass der EuGH nicht faktisch so naiv bzw. rechtspolitisch nicht so unlauter gewesen sein kann, bewusst unerfüllbar hohe Maßstäbe in tatsächlicher Hinsicht zu formulieren;
- *zweitens* der Umstand, dass der EuGH an anderer Stelle im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung es für wichtig und richtig erkannt hat, dass der Unionsgesetzgeber in Art. 17 Abs. 9 DSM-RL die Diensteanbieter dazu verpflichtet, „wirksame und zügige Beschwerde- und Rechtsbehelfsmechanismen zur Verfügung zu stellen,"[727] um „das Recht der Nutzer von Diensten für das Teilen von Online-Inhalten auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit in den Fällen [zu] schützen, in denen die Anbieter dieser Dienste trotz der Garantien, die in diesen Bestimmungen vorgesehen sind, dennoch irrtümlich oder ohne Grundlage zulässige Inhalte sperren sollten."[728] Nähme man den EuGH bezüglich des Leistungsmaßstabs der Filtersysteme beim Wort (= scheinbar keine *False Positives* zulässig), dürfte es solche Fälle aber gar nicht geben, bzw. sobald eine Beschwerde *ein einziges Mal* wegen Fehlleistung eines Filters begründet wäre, müsste das ganze System sofort offline gestellt werden;
- und schließlich – *drittens* – würde die strenge Auslegung des EuGH von Art. 17 Abs. 7 UAbs. 1 DSM-RL, nähme man den Gerichtshof wirklich beim Wort, sogar dazu führen, dass *menschliche* Kontrollen von Inhalten seitens der Plattform unzulässig würden. Dabei können ja schließlich auch Fehler gemacht werden. Damit entstünde ein erheblicher innerer Widerspruch zu Art. 17 Abs. 4 lit. c 1. Fall DSM-RL (Sperrung/Entfernung eines Inhalts aufgrund eines konkreten „begründeten Hinweises" eines Rechteinhabers – selbstverständlich kann es auch hier zu *Overblocking* kommen), was ebenfalls darauf schließen lässt, dass der EuGH die Maßstäbe in der Sache nicht ganz so hoch ‚hängen' wollte, wie er sie formuliert hat.

352 Die Unzulänglichkeit des Urteils des EuGH ist so massiv, dass viel dafür spricht, sich, was die weitere Ausgestaltung bzw. eine eventuelle Überprüfung der Ausgestaltung in den Mitgliedstaaten anbelangt, an die Schlussanträge des Generalanwalts zu halten. Für uns wichtig sind aber im Folgenden ohnehin nicht die Details der Umsetzung von Art. 17 Abs. 4 DSM-RL, sondern ist vielmehr die grundsätzliche

726 s. soeben, → § 2 Rn. 341.
727 EuGH, Urt. v. 26.4.2022, Rs. C-401/19 (Polen/Parlament und Rat), Rn. 94.
728 Ibid., Rn. 93.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

strukturelle Form dessen, was hier als *Justification Structure* eingeführt und für den Bereich der Urheberrechtsdurchsetzung im digitalen Raum erstmals mit dem (mutmaßlichen) Placet der europäischen Gerichtsbarkeit normiert wurde. Auf den grundsätzlich-strukturellen Fragen wird im Weiteren auch wieder der Fokus liegen.

2. Rechtsdogmatisch-konzeptionelle Übertragbarkeit auf andere Rechtsgebiete?

Die Details des UrhDaG und vor allem die Frage nach der Legitimität der Ausgestaltung des Urheberrechts als Ausschließlichkeitsrecht, welche die Debatte um Upload-Filter im Hintergrund stets begleitet hat und weiter begleitet,[729] soll also nicht vom Grundsätzlichen ablenken: 353

a. Konzeptionelle Übertragbarkeit, gestufte Übergänge und Fehlerfolgen. Zunächst ist festzuhalten, dass das *Konzept* der *Justification Structure* sich auf andere Anwendungsszenarien übertragen lässt, in denen auf eine physisch wirksame Komponente der Rechtsrealisierung nicht verzichtet werden soll, man aber zugleich ein übermäßiges *Overblocking* (im verallgemeinernden Sinne von: zu viele *False Positives*) durch den Einsatz von *Impossibility Structures* sensu stricto vermeiden will. 354

Man denke an das geläufige, oben schon genannte Beispiel des selbstfahrenden Autos, wo viele Rechtfertigungstatbestände für *prima facie* rechtswidrige Nutzungen auf absehbare Zeit von KI wahrscheinlich nicht erkannt werden können – etwa die Erlaubnis, zur Rettung von Menschenleben eine rote Ampel zu überfahren oder die Geschwindigkeitsregeln zu missachten. Soweit deshalb nicht auf *Impossibility Structures* zurückgegriffen werden soll (was wie gesagt als klassische Abwägungsfrage verarbeitet werden kann[730]), kommt also immer noch eine *Justification Structure* in Betracht: Die auf Rechtsbefolgung gestellte Software des Fahrzeugs ließe sich also etwa durch Betätigung eines roten Knopfes – ‚Notfall!', ‚Rechtfertigung!' – übersteuern, aber nur um den Preis, dass sich der die Ausnahme beanspruchende Normadressat zumindest im Nachhinein gegenüber einer Aufsichtsbehörde oder gegenüber einer eventuell geschädigten Person rechtfertigen müsste. Damit würde übrigens auch die Darlegungslast der analogen Welt abgebildet.[731] 355

Realisiert ist das bislang nicht, die aktuellen Vorschriften zu Fahrzeugen, die noch einen Fahrer im eigentlich Sinn haben (hoch- und vollautomatisierte Fahrfunktionen in der Terminologie von § 1a StVG), verlangen noch zwingend eine Über- 356

729 Dazu nur *Becker*, ZUM 2019, 636 ff.

730 *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 26 Rn. 147.

731 Vgl. auch *Oster*, in: Ahlberg/Götting/Lauber-Rönsberg (Hg.), BeckOK Urheberrecht, 32. Ed. 15.9.2021, § 9 UrhDaG Rn. 9: „Im Urheberrecht muss sich der Nutzer, der sich auf eine Schranke beruft, deren Voraussetzungen nachweisen", mit dem anschließenden Hinweis, dass eine „mutmaßlich erlaubte Nutzung" keine Darlegungs- oder gar Beweislastumkehr in einem gerichtlichen Verfahren bewirken solle.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

steuerungsmöglichkeit der Technik, ohne dass dies mit einer technischen Rechtfertigungsnotwendigkeit oder -möglichkeit verknüpft wäre.[732] Auch hier wäre dann – wie im Fall von § 9 Abs. 2 UrhDaG – eine äußere Grenze, ein ‚doppelter Boden' definierbar: Etwa Übersteuerung + Rechtfertigung *ja* im Fall von Geschwindigkeitsübertretungen und sonstigen ‚kleineren' Regelverstößen,[733] hingegen *nein*, wenn das Auto ‚erkennt', dass es in eine Menschenmenge gelenkt werden soll. Insofern ist auch nochmals der Blick auf § 1e Abs. 2 Nr. 5 StVG zu lenken, der schon heute für Anwendungen des autonomen Fahrens verlangt, dass ein Fahrzeug „ein von der Technischen Aufsicht vorgegebenes Fahrmanöver zu überprüfen und dieses nicht auszuführen [hat], […] wenn das Fahrmanöver am Verkehr teilnehmende oder unbeteiligte Personen gefährden würde" – in allen anderen Fällen regelwidrigen Verhaltens hingegen besteht die Übersteuerungsmöglichkeit der Technischen Aufsicht.[734]

357 Neben solchen differenzierenden Übergängen von der *Justification* hin zur *Impossibility Structure* ist noch eine weitere ‚Stellschraube' zur Ausgestaltung der Rechtfertigungsstrukturen in den Blick zu nehmen: Die Reaktionsfolgen auf einen *zurückgewiesenen* Rechtfertigungsversuch sind selbst wiederum differenziert gestaltbar. Auch hier liefert das Beispiel des UrhDaG gedankliche Anstöße. Wenn es stimmt, dass – wie Generalanwalt *Saugmandsgaard Øe* meint – die „Nutzer [von Online-Kommunikationsmitteln wie insbesondere Sharing-Plattformen] nicht über genügend Know-how verfügen, um beurteilen zu können, ob ihre Nutzung [von Werken] zulässig ist",[735] dann erscheint es angemessen, das Rechtfertigungsarrangement hinsichtlich der Rechtsfolgen eher an eine *Compliance Assistance* anzunähern, also z. B. im Fall eines im Ergebnis zurückgewiesenen Rechtfertigungsversuchs einen ‚unvermeidbaren Verbotsirrtum' (in der Terminologie des StGB) gesetzlich zu fingieren. Dabei könnte die Zahl solcher ‚Unwissen-schützt-vor-Strafe'-Fiktionen auch begrenzt werden,[736] etwa auf die ersten fünf Uploads oder auf die ersten fünf zurückgewiesenen Kennzeichnungen als erlaubte Nutzung im Sinne des UrhDaG. Die von *Saugmandsgaard Øe* aus dem von ihm unterstellten rechtlichen Unwissen der Nutzer abgeleiteten *Chilling Effects*[737] könnten auf diese Weise skaliert genutzt werden,

732 Art. 6 Abs. 4 lit. d VO (EU) 2019/2144, demzufolge die Daten, die der Datenschreiber von Fahrzeugen über die unionsrechtlich vorgeschriebenen Fahrassistenzfunktionen erstellt, nur für ganz bestimmte Zwecke genutzt werden dürfen (s. oben, → § 2 Rn. 287 f.), spricht zudem dagegen, dass die Mitgliedstaaten eine entsprechende Rechtfertigungsstruktur aktuell verlangen dürfen.

733 Dazu, dass unter den Bedingungen einer optimierten Rechtsdurchsetzung auch viele Normen auf den Prüfstand gehören, die aktuell menschliche Unzulänglichkeit einpreisen und deshalb ‚überschießende' Vorgaben machen (so eventuell das Verbot einer roten Fußgängerampel an einer gut einsehbaren Straßenstelle zu einer Zeit ohne jeden Auto-Verkehr), schon → § 2 Rn. 268 ff.).

734 Vgl. auch schon oben, → § 2 Rn. 192 f.

735 GA *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge v. 15.7.2021, Rs. C-401/19 (Polen/Parlament und Rat), Rn. 187.

736 Der Gedanke findet sich schon bei *N. Kuhlmann*, in: Fries/Paal (Hg.), Smart Contracts, 2019, S. 117 (123).

737 GA *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge v. 15.7.2021, Rs. C-401/19 (Polen/Parlament und Rat), Rn. 187.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d. h. könnten zunächst durch Gewährung der Fiktion für einen gewissen Zeitraum abgestellt werden, könnten aber eben auch nach einer gewissen, nachhaltigen Serie von Verstößen durch denselben Nutzer wieder gezielt aktiviert werden, wenn und weil nach einem gewissen Maß an *unterstellt* unbewusster Devianz einem Nutzer zumutbar wäre, sich eben besser zu informieren. Das UrhDaG sieht eine solche *Safe-Harbour*-Wirkung einer „Kennzeichnung als erlaubte Nutzer" nicht vor,[738] sodass auf die allgemeinen Regeln des Zivil- und Strafrechts zurückgegriffen werden muss.

Nur nebenbei sei in diesem Zusammenhang noch bemerkt, dass die Einschätzung des Generalanwalts ein desaströses Urteil über den Zustand des Urheberrechts fällt: Im Grunde sagt *Saugmandsgaard Øe* an der zitierten Stelle, dass das immerhin strafbewehrte Urheberrecht durch seine Erstadressaten nicht mehr verstanden werden kann. Darauf wird noch zurückzukommen sein.[739] 358

Die Skalierung der Rechtsfolgen eines zurückgewiesenen Rechtfertigungsversuchs lassen sich weiter treiben: Neben einer *erstens* vollständigen oder zeitlich/dem Umfang nach begrenzten *Safe-Harbour*-Wirkung kann die Folgenseite auf *zweitens* nur zivilrechtliche Konsequenzen, auf *drittens* eine Ahndung ‚nur' nach Ordnungswidrigkeitenrecht oder eben *viertens* auch auf strafrechtliche Konsequenzen (eventuell sogar unter Einschluss der Versuchsstrafbarkeit) gerichtet sein. Der rechtspolitisch besonders charmante Nutzen der verstärkten Nutzung von Rechtfertigungsstrukturen würde freilich darin liegen, dank des physisch verstärkten *Compliance*-Drucks – flankiert durch zivil- oder vielleicht auch ordnungsrechtliche Sanktionen – den psychischen Abschreckungseffekt eines immer weiter ausgedehnten (Neben-)Strafrechts nicht mehr zu brauchen.[740] Es könnte damit endlich zu dem vielfach geforderten, bislang aber nicht realisierten (im Gegenteil!) Rückbau des Strafrechts und der *damit* verbundenen *Chilling Effects* kommen. Neben dem Urheberrecht wäre hier beispielsweise an das Verkehrsstrafrecht und das Steuerstrafrecht zu denken. Schließlich könnte an allen Stellen des soeben beschriebenen Folgenregimes (weiterhin) menschliches Ermessen ‚verbaut' werden, wo das beispielsweise zur Umsetzung von Billigkeits- und Menschlichkeitsaspekten gewünscht wird. 359

738 Vgl. § 12 Abs. 3 UrhDaG, wonach ein Nutzer nur „[i]m Falle einer geringfügigen Nutzung (§ 10) […] für die öffentliche Wiedergabe mutmaßlich erlaubter Nutzungen bis zum Abschluss eines Beschwerdeverfahrens nach § 14 urheberrechtlich nicht verantwortlich" ist; eine Kennzeichnung als erlaubte Nutzung ist keine „geringfügige Nutzung", s. § 9 Abs. 2 Nr. 3, § 11 UrhDaG.

739 s. unten, → § 4 Rn. 12 f.

740 Zur Diskussion um die „Alternativen im Recht zum Strafrecht" immer noch aktuell *Haffke*, in: Schünemann (Hg.), FS Roxin, 2001, S. 955 ff. Die dort und generell in der Strafrechtswissenschaft immer wieder aufgeworfene Frage, ob das (sekundäre) Sanktionenrecht überhaupt in der Lage ist, steuernd auf die Adressaten der (primären) Verhaltenspflichten zu wirken, wird hier nicht vertieft, sondern mit *Haffke* dahingehend ‚beantwortet', dass „es ersichtlich um empirische Fragen [geht], die verlässlich wohl nur durch ein Sozialexperiment in vivo beantwortet werden können und aus diesem Grund wohl letztlich unbeantwortet bleiben werden." Es bleibt m. a. W. bei der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, vgl. a. a. O., S. 958, 960.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

360 *b. Anschlussfähigkeit an die Anlassdogmatik des Bundesverfassungsgerichts?* Folgt man der vom Bundesverfassungsgericht postulierten Rechtschaffenheitsvermutung,[741] scheint sich auch vor *Justification Structures* diese normativ-philosophisch grundierte Schranke zu senken, geht es doch gerade um eine mehr oder weniger flächendeckende und anlasslose Abfrage der Rechtschaffenheit der – zum Beispiel – Uploader. Damit scheinen sich gerade *Justification Structures* auch gut überwachungsakzessorisch (und d. h.: *abwehrend*) bewältigen zu lassen.

361 Freilich haben sich der EuGH und sein Generalanwalt von der grundsätzlichen Anlassbezogenheit, die das Bundesverfassungsgericht für Rechtschaffenheitsabfragen fordert, mit der Entscheidung zu Art. 17 DSM-RL verabschiedet, mit – wegen der Verankerung der Rechtsprechung im allgemein gültigen Verbot der „allgemeinen Überwachung" – potentiell erheblicher Breitenwirkung über den sehr spezifischen Sektor der Urheberrechtsdurchsetzung hinaus: Indem die Unionsgerichtsbarkeit nunmehr zentral auf die „Präzision der Nachforschungen" abstellt, und nicht mehr auf die Menge der Daten oder die Breite der Erhebungsquelle,[742] ist jedenfalls für den Bereich der Onlinekommunikation die Notwendigkeit eines konkreten Anlasses aufgegeben. Das bloße Benennen eines Rechts, kombiniert mit der faktischen Möglichkeit seiner automatisierten Durchsetzung, stellt jedenfalls keinen konkreten Anlass einer Überwachung dar, der ja über die bloße Inhaberschaft an einem Recht hinausgehen muss, um von einer allgemein-anlasslosen Rechtmäßigkeitskontrolle unterscheidbar zu sein. Begrifflich wird diese wichtige Kategorienverschiebung im Wechsel vom *Notice-and-stay-down-* zum *Notice-and-prevent-*Modell etwas unvollkommen angedeutet: Einmal bezieht sich *Notice* eben auf eine geschehene Rechtsverletzung, das andere Mal auf ein bestehendes Recht *vor* einer eventuellen Verletzung. Auch die Rechtfertigung von anlasslosen Kontrollen, die das Bundesverfassungsgericht vor dem Hintergrund einer besonderen Verantwortlichkeit für gefahrträchtiges Verhalten für möglich hält,[743] greift im Urheberrecht nicht; es sei denn, man wollte der Nutzung von Sharing-Plattformen durch Uploader generell eine besondere Gefährlichkeit ähnlich der Nutzung eines Kfz im Straßenverkehr zuweisen.

362 Statt sich mit der Suche nach Anlässen oder der Konstruktion einer besonderen generellen Gefährlichkeit von Video- und Audiouploads aufzuhalten, findet der Generalanwalt etwas abgesetzt von der Frage nach der (Un-)Zulässigkeit einer allgemeinen Überwachung, nämlich im Rahmen der Angemessenheitsprüfung, schlicht

741 s. oben, → S. 103 ff. Zur Erinnerung: Nach dieser Rspr. haben Bürger einen Anspruch darauf, sich „grundsätzlich fortbewegen zu können, *ohne* dabei beliebig staatlich registriert zu werden, *hinsichtlich* ihrer *Rechtschaffenheit Rechenschaft ablegen zu müssen* und dem Gefühl eines ständigen Überwachtwerdens ausgesetzt zu sein […]." So BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 51. Hervorhebung hier.

742 Oder die „Breite des Diagnosefensters", so *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (378).

743 Dazu oben, → § 2 Rn. 106.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gute *Gründe* für die stärkere Indienststellung der Diensteanbieter zur Durchsetzung des Urheberrechts:

- *erstens* den „großen wirtschaftlichen Schaden, der den Rechteinhabern durch die unerlaubte Veröffentlichung ihrer Werke auf Online-Sharing-Diensten […] entsteht",
- *zweitens* die „Tatsache, dass die Rechteinhaber aus denselben Gründen mit Hilfe des Systems der ‚Meldung und Entfernung' [*Notice and take down*] nur schwer kontrollieren können, wie ihre Werke auf diesen Diensten genutzt werden,"
- *drittens* die „Schwierigkeiten, auf die sie bei der gerichtlichen Verfolgung der verantwortlichen Nutzer stoßen," und
- *viertens* den „Umstand, dass die Überwachungspflichten nur für bestimmte Vermittler gelten[, nämlich solche, die durch] die Förderung der von ihnen bereitgestellten Inhalte einen gewissen Einfluss auf die öffentlich zugänglichen Informationen ausüben[, was] die betreffenden Anbieter in gewissem Maße in die Nähe traditioneller Vermittler wie z. B. Herausgeber" rücke.[744]

Man darf freilich annehmen, dass diese *Gründe* schon eine Rolle spielten bei der Auslegung des Begriffs der „allgemeinen Überwachung", vermerkte der Generalanwalt doch schon in diesem Zusammenhang, dass, 363

> „[w]ürde man eine Überwachungspflicht als ‚allgemein' qualifizieren, sobald ein Vermittler mit Hilfe von EDV-Tools *de facto* alle von den Nutzern seines Dienstes hochgeladenen Inhalte filtern muss, auch wenn sich die Suche auf konkrete Rechtsverstöße bezieht, […] dies die bedauerliche Konsequenz [hätte], dass der technologische Fortschritt, der eine solche Filterung möglich macht, ignoriert und dem Unionsgesetzgeber ein wertvolles Instrument zur Eindämmung *gewisser Arten* von unzulässigen Inhalten aus der Hand genommen würde."[745]

Auch vor dem Hintergrund der Entscheidung zu Art. 17 Abs. 4 DSM-RL scheint es mir daher plausibel, die weiter oben[746] bereits angeregte Umstellung der recht engen Anlassdogmatik auf eine allgemeinere *Dogmatik der guten Gründe* in Erwägung zu ziehen. 364

c. Unzulänglichkeit einer bloß überwachungsakzessorischen Bewältigung. Wie dem auch sei, vor allem ist es – wie schon im Fall der *Impossibility Structures* – letztlich ohnehin zu einfach gedacht, bei der rechtlichen Bewältigung von Justification Structures allein auf Überwachungsakzessorietät zu setzen; auch hier gilt es, die Unterschiede zur Überwachung zu berücksichtigen: 365

744 Alle Zitate in der Aufzählung von GA *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge v. 15.7.2021, Rs. C-401/19 (Polen/Parlament und Rat), Rn. 137.
745 Ibid., Rn. 113.
746 s. oben, → § 2 Rn. 122 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

366 Der *Chilling Effect*, der dadurch ausgelöst wird, dass sich der Nutzer gegenüber dem Rechteinhaber eventuell direkt rechtfertigen muss (mit allen ungewissen Konsequenzen des oben beschriebenen ‚man weiß ja nie' zivil- oder strafrechtlicher Sanktionierung[747]), steht unter der vom Nutzer selbst beherrschten Bedingung, dass er *weitermacht* – trotz des Hinweises auf ein möglicherweise rechtswidriges Upload-Verhalten und der anschließend einsetzenden Dialogisierung des Vorgangs. Der Nutzer hat damit die Möglichkeit, mit seinem *Versuch* rechtswidrigen Handelns davonzukommen; oder, falls er weitermachen möchte, informiert und gewissermaßen mit offenem Visier in die Auseinandersetzung zu treten, dass/ob sich die KI irrt, ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, den die KI nicht erkannt hat, oder gar ein neuer Rechtfertigungsgrund – etwa von Verfassungs wegen – geschaffen werden muss.

367 Rechtfertigungsstrukturen sind folglich gegenüber dem Bürger anspruchsvoll. Aber die bürgerliche Adressatenstellung im Recht *ist* häufig außerordentlich anspruchsvoll, und eine gelungene (!) *Justification Structure* müsste (!) – ähnlich der *Compliance Assistance Technology* – als wichtigen Baustein eine starke Informationskomponente enthalten,[748] die dem mit dem automatisierten *prima-facie*-Rechtswidrigkeitsvorwurf konfrontierten Bürger die Möglichkeit gibt abzuschätzen, ob der Vorwurf *in concreto* stimmt oder doch eine Form versuchten automatischen *Overblocking* darstellt. Vor allem aber: *Justification Structures* machen den Bürger im Gegensatz zur Überwachung *nicht* zu einem Objekt staatlicher bzw. staatlich mandatierter beliebiger Beobachtung und anschließender *eventueller* Sanktionierung (woraus eben der berühmte *Chilling Effect* entsteht), sondern geben ihm die Steuerungsmacht über den Vorgang selbst in die Hand. Ganz streng genommen ist für den Bürger mit diesem Arrangement die *Möglichkeit* einer Sanktionierung seines Verhaltens sogar sehr *exakt* vorhersehbar, nämlich von seinem informierten Verhalten abhängig, womit eine der zentralen Rationalitäten der Anlassdogmatik des Bundesverfassungsgerichts sogar erfüllt ist. Ergänzt man das Arrangement um Modellierungen auf der Folgenseite – schwächt also etwa die *Sanktions*drohung bewusst durch eine mehr oder weniger begrenzte oder befristete, vorhersehbare *Safe-Harbour*-Wirkung eines Rechtfertigungseinwands ab – stärkt das den dialogischen Charakter der Rechtsbefolgung/-durchsetzung weiter, bzw. schwächt die potentiell unerwünschten *Chilling Effects* weiter ab.

368 Freilich, der Bürger ist in eine Struktur eingebunden, die ihm Aufwand bereitet und ihn bzw. seine Handlungen potentiell aus der Anonymität beispielsweise des Online-Kommunikationsverkehrs herausstellen kann. Die soeben angestellten Überlegungen werden daher aus Sicht vieler – so meine Vermutung – nicht geeignet sein, Rechtfertigungsstrukturen *ganz und gar* aus der Überwachungsakzessorietät und

747 s. oben, → § 2 Rn. 255.
748 Vgl. beispielhaft oben, → § 2 Rn. 290.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den damit begründeten verfassungsrechtlichen Beschränkungen herauszuheben. Aber zumindest im Rahmen der allfälligen Abwägung sei bedacht, dass hinreichend gut funktionierende *Justification Structures* sowohl hinsichtlich der *Chilling Effects* als auch hinsichtlich des Ausgeliefertseins des Bürgers an ein staatliche/staatlich mandatierte Beobachtung (= Rechtschaffenheitsabfragen) erhebliche Unterschiede gegenüber Überwachung aufweisen, die nicht übersehen werden sollten.

3. Theoretische Folgerung: Rechtsanwendungsoperation bleibt ein kommunikativer Prozess, allerdings in formalisierter(er) Struktur.

Damit noch einmal weg von den dogmatischen Überlegungen und hin zum theo- 369
retisch relevanten Kern der *Justification Structure*: Ihr Proprium gegenüber der *Impossibility Structure* ist es insoweit, dass sie den menschlichen Adressaten einer Norm als bisherigen Erstanwender im Erstzugriff nicht vollständig verdrängt bzw. auf lediglich *ex post* wirksame Beschwerdemechanismen verweist; sondern dass sie den Anwendungsprozess selbst in ein komplexeres, nämlich schon in der ersten Anwendungsoperation *formalisiert dialogisches* Arrangement verwandeln, in dem Erstadressat, Norm-Begünstigter und gegebenenfalls weitere Dritte (z. B. die Plattformen) „in eine Praxis der Verantwortung, Rechtfertigung und Kritik ihrer Anwendungsoperationen eingebettet sind."[749]

Wohlgemerkt: *Klaus Günther* hat diesen soeben zitierten, affirmativen Satz zur Be- 370
schreibung von *bisheriger* Rechtsanwendung durch *Menschen*, insbesondere Gerichte, bezogen und in Opposition gesetzt zu dem, was *Günther* als „smarte Ordnung" (die zumindest *auch Impossibility Structures* nach hiesiger Diktion einschließt[750]) bezeichnet.[751] Ich habe mit der Konzeptionalisierung des im UrhDaG aufgebauten Arrangements als *Justification Structure* beispielhaft versucht zu zeigen, dass „Verantwortung, Rechtfertigung und Kritik" und die aus diesen Konflikten resultierenden Lernprozesse[752] dann, wenn Algorithmen nicht als Substitut menschlicher

749 *Günther*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 523 (542).

750 *Günthers* Begriff der smarten Ordnung ist allerdings weiter, s. *Günther*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 523 (525): „[…] Ordnungen, die darauf ausgerichtet sind, durch intelligentes Design und mit Hilfe algorithmischer Operationen Abweichungen von ihren Normen zu minimieren oder ganz unmöglich zu machen". Damit setzt er Dinge gleich (z. B. die hier sog. *Impossibility Structures* mit Anwendungen, die eher dem *Nudging* zuzurechnen sind), die m. E. einer differenzierten Betrachtung wert sind.

751 Ähnl. *Hoffmann-Riem*, Recht im Sog der digitalen Transformation, 2022, S. 267: „Die [von einer algorithmischen Durchsetzungsmaßnahme Betroffenen] haben keine Chance, vor der Sanktion [gemeint sein dürfte Durchsetzung] Einwände vorzubringen oder Einreden zu erheben – weder gegen die angeblich verletzte Regel noch gegen deren Anwendung im Einzelfall". Deshalb sei der Einsatz solcher Technologie „Ausdruck einer Machtasymmetrie".

752 Vgl. *Günther*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 523 (547), der freilich davon ausgeht, dass „smarte Ordnungen" solche „Konflikte mit anderen und daraus resultierende Lernprozesse" gerade *vermeiden* würden. Für zwingend halte ich diese Schlussfolgerung, wie dargelegt, nicht.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtsanwendung, sondern als Baustein für Rechtsanwendung in hybriden Interaktionszusammenhängen eingesetzt werden, dass also Verantwortung, Rechtfertigung und Kritik dann sogar gezielter und formalisierter und damit in gewisser Weise ‚besser' arrangiert werden können als in rein menschlichen Anwendungsszenarien. Der Unterschied einer *Justification Structure* zum Technologie-freien Status quo ist daher in gewisser Weise (nur), dass sie (die *Justification Structure*) einen *nicht* in Ruhe einen potentiellen Normverstoß begehen lässt, den Adressaten also nicht die Auseinandersetzung mit dem ihm geltenden Recht erspart, aber gleichzeitig auch nicht von vornherein eine bestimmte Auslegung/Anwendung aufzwingt, wie es die *Impossibility Structure* tun würde, sondern ihn zum strukturierten Diskurs *fordert*.

371 Schließlich bleibt der Konflikt beim Einsatz von *Justification Structures* je nach konkreter Ausgestaltung gerade auch *in Ansehung* des schon erfolgten Normverstoßes und seiner Folgen möglich. Das Arrangement kann mit anderen Worten so ausgestaltet werden, dass Abweichung möglich bleibt, nur eben keine unerkannte. Damit sei auch ein Urteil von *Christoph Möllers* über den Einsatz von Algorithmen zur Normverwirklichung mindestens ergänzt:

> „Eine wichtige Besonderheit von Algorithmen liegt darin, dass ihre Anwendung keinen Raum für Entscheidung kennt. Das bedeutet, dass über Algorithmen keine Kontingenzen oder Streitstände kultiviert werden können."[753]

372 Das können sie *dann* nicht, wenn man den Algorithmus isoliert und ohne den potentiell hybriden Interaktionszusammenhang in den Blick nimmt, in den Algorithmen zusammen mit Menschen und in Organisationen eingebunden sein können. Ginge es der „Theorie normativer Ordnungen" also tatsächlich ‚nur' um „dieses diskursive Ernstnehmen des Einzelnen – seiner (objektiven oder subjektiven) Infragestellung des [im konkreten Fall:] Strafrechts", mit dem Ziel „[d]abei kritisch zu prüfen, ob die vormals guten[n] Gründe [für eine Strafnorm immer] noch tragen",[754] dann wären also *Justification Structures* anscheinend der Königsweg, um die Flexibilitätsreserven einer normativen Ordnung zu erhalten, gleichzeitig die Realisierungswahrscheinlichkeit des Rechts insgesamt zu erhöhen. Dass bzw. ob es um mehr als Dialog geht, wird die zentrale Frage von → Kapitel 3 sein.

V. Sonderfall: Preference Assistance Technologies

373 Bevor wir ein Zwischenfazit von Kapitel 1 ziehen können, soll am Beispiel sozialer Medien abschließend noch eine weitere Technologie-Kategorie aufgemacht werden,

753 *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 471.

754 So *Burchard*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 553 (577), mit dem Bsp. des strafrechtlichen Verbots homosexuellen Geschlechtsverkehrs, das „nicht zuletzt" durch Akte der Devianz zu Fall gebracht worden sei.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die m. E. einen Unterfall der *Compliance Assistance Technologies* darstellt: die hier sogenannten *Preference Assistance Technologies*.

Es geht hier nicht um die Durchsetzung staatlich gesetzten Rechts, sondern um die möglichst exakte Realisierung der Präferenzen von Bürgern, im Folgenden im Beispiel konkret: der Nutzer von sozialen Medien. Wir sind damit im Grenzbereich zum Zivilrecht, das ausweislich der einleitenden Bemerkungen zu diesem § 2 nicht unmittelbar Gegenstand unserer Betrachtungen sein soll.[755] Allerdings scheint mir die These berechtigt, dass individuelle Präferenzen – unter anderem gestützt auf Art. 2 Abs. 1 GG – in den vergangenen Jahrzehnten eine Aufwertung zu einem immer dominanteren Maßstab unseres Gesellschaftssystems insgesamt erfahren haben;[756] die fortschreitende Überformung des Zivilrechts durch die Grundrechte gehört mit dazu, ist Motor und Resultat der Entwicklung. 374

Die folgenden Ausführungen zu einem konkreten Anwendungsbeispiel sollen diese sehr breite These etwas verständlicher machen und kleinarbeiten. Letztlich scheinen mir die Überlegungen theoretisch auf alle Bereiche übertragbar, in denen individuelle Präferenzen durch rechtliche Aufwertung zu Recht werden können: also theoretisch in allen Fällen subjektiver Rechte. Und auch das ist ein Feld, wo, so unterstelle ich, viele zunächst ein Zu-*wenig* an Befolgung und Durchsetzung des Rechts diagnostizieren dürften, also ein Zu-*viel* an Verhaltenskontingenz der – zivilrechtlich gesprochen – Anspruchsgegner. Der geläufige Spruch „Recht haben und Recht bekommen sind zwei Paar Schuhe" kommt in den Sinn. Dass im Folgenden das Beispiel des individualisierten Medienkonsums herausgegriffen wird, liegt daran, dass hier bereits umfangreiche staatliche Regulierung und Selbstregulierung der Akteure und damit rechtswissenschaftlich verwendbares Anschauungsmaterial existiert, das die Gesamtthese dieses Kapitels stützt, dass neue Technologien Kontingenzerfahrungen immer weiter aus der Rechtsanwendung verdrängen sollen und verdrängen werden. 375

I. Worum es hier nicht geht: die (eindeutig) dunklen Seiten der Personalisierbarkeit durch künstliche Intelligenz

Vorab einige Worte zum generellen Diskurs um die Regulierung(sbedürftigkeit) sozialer Medien im weiteren Sinn und damit zugleich dazu, worum es hier nicht gehen soll. Es finden sich im rechtswissenschaftlichen Schrifttum mindestens drei eng verflochtene Diskursstränge im Zusammenhang mit sozialen Medien bzw. In- 376

755 s. oben, → § 2 Rn. 4.

756 Zur Frage, ob individuelle Wünsche schon als solche – also ohne rechtsförmliche Umsetzung bspw. durch die grundrechtsgestützte Privatautonomie – *Normen* sind, bejahend *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 160; anders reine, d. h. nicht *entäußerte* Präferenzen: keine Normen (a. a. O., S. 76 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ternet-Intermediären[757] und deren KI-Nutzung,[758] die sich vor allem in Form von Such-, Priorisierungs- und *Matching*-Algorithmen zeigen. Da die Begrifflichkeiten (Intermediäre, Plattformen, Netzwerke usw.) nicht einheitlich gebraucht werden, seien als soziale Medien und Intermediäre im hier zugrunde gelegten weiten Sinn beispielhaft genannt: Suchmaschinen wie *Google* und soziale Netzwerke wie *Facebook*, Nachrichten-Aggregatoren wie *Google News* und *Facebook News Feed*, Mikro-Blogging-Dienste wie *Twitter* (jetzt *X*), *Instagram* und *TikTok*, sowie Sharing-Plattformen, zuvorderst natürlich *YouTube*.[759] Beobachtet wird hier übergreifend

- *erstens* die Bildung von – tatsächlich oder vermeintlich – demokratiegefährdenden Echokammern und Filterblasen;[760]
- *zweitens* eine Dynamisierung der individuellen Kommunikation, was nicht nur positiv zu verstehen ist, sondern vielmehr Anlass zu einer dynamisierten (Selbst-)Regulierung geben soll;
- und *drittens*, vor allem aus kartell- und verbraucherschutzrechtlicher Perspektive, eine erhebliche Meinungs- und Steuerungsmacht der Intermediäre,[761] mit Rückwirkungen auf die Dogmatik der (un)mittelbaren Grundrechtsbindung privater Akteure.[762]

377 Ein gemeinsamer Nenner dieser kritischen Beobachtungen ist die durch den KI-Einsatz der sozialen Medien ermöglichte Personalisierung von Kommunikation bzw. genauer: des Medien- und Kommunikationskonsums. Diese Personalisierung kann exogen motiviert erfolgen, d. h. etwa durch Wahlkämpferinnen, die im Wege des sogenannten *Microtargeting* potentiellen Wählern individualisierte Nachrichten dergestalt zukommen lassen können, dass die Überzeugungswahrscheinlichkeit beson-

757 Zum Begriff statt vieler *Paal/Hennemann*, JZ 2017, 641 und ff. m. w. N.

758 Zu den sozialen Medien aus einer spezifischen KI-Perspektive *Krönke*, in: Wischmeyer/Rademacher (Hg.), Regulating Artificial Intelligence, 2020, S. 145 ff.

759 Vgl. *Paal/Hennemann*, JZ 2017, 641. In der Terminologie des Medienstaatsvertrags vom 14-28.4.2020 handelt es sich bei den genannten Anbietern um sog. Medienintermediäre i. S. v. § 2 Abs. 2 Nr. 16: Demnach „ist Medienintermediär jedes Telemedium, das auch journalistisch-redaktionelle Angebote Dritter aggregiert, selektiert und allgemein zugänglich präsentiert, ohne diese zu einem Gesamtangebot zusammenzufassen". Es gelten dann die §§ 91-96 MStV, für Video-Sharing-Dienste (§ 2 Nr. 22, 23) greifen noch *zusätzlich* §§ 97-99. Abzugrenzen sind Medienintermediäre insb. von den Medienplattformen nach §§ 2 Abs. 2 Nr. 14, 78-90 MStV. Zu den Definitionen ausf. *Siara*, MMR 2020, 523 ff. Eine eher ökonomisch informierte Terminologie findet sich bei *Krönke*, Öffentliches Digitalwirtschaftsrecht, 2020, S. 14 f. Soziologisch zunächst eine zu undifferenzierte Begriffspraxis diagnostizierend und dann entsprechende Vorschläge unterbreitend *Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten, 2018, S. 262 ff.

760 Dazu insb., auch empirisch, *Schemmel*, Der Staat 57 (2018), 501, bes. S. 509 ff. Für Nachw. auch *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 100. *Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten, 2018, S. 261, 264 f., spricht in diesem Zusammenhang auch von „digitalen Neogemeinschaften", die „sich *als Kollektive singularisieren*". Hervorhebung im Original.

761 s. statt vieler *Paal/Heidtke*, ZUM 2020, 230 (231) m. w. N.

762 Vgl. in diesem Zusammenhang grundlegend OLG München, Beschl. v. 24.8.2018, Az. 18 W 1294/18 = NJW 2018, 3115 – Hassrede; zum Thema insgesamt statt vieler *Lüdemann*, MMR 2019, 279 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ders hoch sein soll – Stichwort *Cambridge-Analytica*-Skandal.[763] Besonders problematisch ist *Microtargeting* wohl (nur) dann, wenn die Personalisierungsmöglichkeiten genutzt werden, um unterschiedlichen Personen je individuell passende, sich aber *widersprechende* Wahlversprechen zukommen zu lassen, was in Richtung eines unlauteren Wettbewerbs und bewusster Täuschung mindestens eines der beiden Adressaten geht.[764]

Um diese je nach Einsatzfeld mehr oder weniger dunkle Seite der exogen motivierten Personalisierung soll es hier *nicht* gehen, sondern am Beispiel des *bewussten*, also endogen motivierten Medienkonsums um die *prima facie* helle Seite: Jeder und jede, so das Versprechen von personalisierenden Medien- und Informationsintermediären an ihre Nutzer, erhält z. B. in den personalisierbaren Newsfeeds von *Facebook* oder *Google News* oder über die Vorschlagsalgorithmen von *Twitter* (jetzt *X*), möglichst genau den Inhalt angezeigt, der seinen bzw. ihren algorithmisch ermittelten Präfenzen am ehesten entspricht – *Cass Sunsteins Daily Me*.[765] 378

2. Der gesellschaftlich-verfassungsrechtliche Hintergrund von Diensten wie Google News: Präferenzoptimierung als Gebot?

Mit *Google News* soll hier ein solcher Anbieter kurz näher vorgestellt werden. Versucht man, Informationen über die Funktionsweise des Newsfeeds zu erhalten, dann leitet einen der Anbieter von der eigentlichen Nachrichten(aggregations)seite[766] aus recht intuitiv zu einer mit „*So werden Meldungen für Google News ausgewählt*“[767] überschriebenen Informationsseite. Dort lässt sich zunächst erfahren, dass *Google News* in bestimmten Bereichen der Seite „[v]on Computern ausgewählt[e]“ Nachrichten für alle Nutzer anhand der Kriterien Sprache und Region anzeigt. In anderen, entsprechend gekennzeichneten Bereichen von *Google News* werden „[p]ersonalisierte Nachrichten“ angezeigt, die „[u]nsere Algorithmen […] basierend auf den folgenden Faktoren“ auswählen: „Google News-Einstellungen: Ihre Interessen und Quellen“ und „Bisherige Aktivitäten auf Google: Ihre Aktivitäten in Google-Diensten und auf YouTube“. Über einen direkt folgenden Link können Nutzer „Einstellun- 379

763 Die VO (EU) 2024/900 v. 13.3.2024 über die Transparenz und das Targeting politischer Werbung stellt u. a. eine Reaktion auf diese Vorgänge dar; sehr krit. dazu *D. Holznagel*, Verfassungsblog v. 13.3.2023 (Onlinequelle).

764 Dazu auch *Schemmel*, Der Staat 57 (2018), 501 (508 f.); zur Manipulation von Kunden, d. h. in einem kommerziellen Bereich, *Ebers*, MMR 2018, 423 ff. Einschlägig nun auch Art. 5 Abs. 1 lit. a AI Act.

765 *Sunstein*, #Republic, 2017, S. 1 ff.

766 Google News stellt kein eigenes redaktionelles Angebot dar, sondern sammelt (aggregiert) die Angebote klassischer Online-Medien auf seiner Seite.

767 s. https://support.google.com/googlenews/answer/9005749?hl=de&ref_topic=7688382, besucht am 12.6.2025.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen ändern und frühere Aktivitäten ansehen" und auch löschen.[768] Unter „Inhalte personalisieren" sind hier gezielte Änderungen möglich, wobei *Google* Folgendes ermöglicht: „Interessen folgen" und „Interessen nicht mehr folgen", Meldungen mit „Mag ich" oder „Mag ich nicht" bewerten, sowie „Meldungen von einer Quelle ausblenden". Unter „Meine Google-Aktivitäten" können selbige nicht nur angezeigt, sondern auch gelöscht und es kann festgelegt werden, welche Aktivitäten getrackt werden. Eine Erläuterung, ob, wie oder gar warum bzw. warum nicht eine *ganz bestimmte* Aktivität die Darstellung von Meldungen in *Google News* beeinflusst hat oder beeinflussen wird, kann – soweit ersichtlich – bislang nicht abgerufen werden.

380 Wie wichtig freilich gerade die Auswertung des Nutzerverhaltens für gelungene Personalisierungen ist, hat *Jens Prüfer* am Beispiel der Personalisierung speziell der Suchmaschine von *Google* aufgezeigt: Für häufige Suchanfragen gebe es keine großen Qualitätsunterschiede. Aber:

> „je seltener die Anfragen würden, desto schlechter würden Suchmaschinen, die Ergebnisse würden also schlechter, je weniger nutzergenerierte Daten die Suchmaschine zur Verfügung hätte. Das Problem: ‚Diese seltenen und sehr seltenen Suchen machen aber über 70 Prozent der Gesamtanfragen aus.' […] Die Unterschiede in den Ergebnissen hänge ausschließlich an der unterschiedlichen Menge der nutzergenerierten Daten. Wenn ein Anbieter schon viele ähnliche ebenfalls obskure Suchanfragen habe, tue er sich leichter, passende Ergebnisse prominent anzuzeigen".[769]

381 Nun geht es hier nicht darum, das Phänomen personalisierten Medienkonsums und vor allem seiner Konsequenzen *empirisch* zu hinterfragen. Es bleibt umstritten, ob durch Personalisierung z. B. wirklich Echokammern mit demokratieschädlicher Wirkung entstehen,[770] oder ob die dynamisierte Kommunikation tatsächlich dazu führt, dass diffamierende Inhalte oder Desinformationen schneller, mit größerer Reichweite und stärkerer Wirkung geteilt werden.[771]

382 Es geht hier vielmehr darum, dass die beschriebene Personalisierung, *wenn* sie endogen motiviert ist, *der Grundidee nach* die perfekte Optimierung eines zentralen Gerechtigkeitsmaßes der gegenwärtigen deutschen und wohl auch europäischen Gesellschaftsordnung ist: der freien individuellen Selbstentfaltung.

---

768 s. https://support.google.com/googlenews/answer/7688469?sjid=11490836516901393309-EU, besucht am 12.6.2025.

769 Zitiert nach *Voß*, Tagesspiegel Background Digitalisierung & KI v. 13.1.2021; s. auch *Prüfer/Schottmüller*, Journal of Industrial Econ. 69 (2021), 967 ff.

770 Dazu *Paal/Heidtke*, ZUM 2020, 230 (231); *Schemmel*, Der Staat 57 (2018), 501 (507 ff., 509 ff.); jeweils m. w. N.

771 Für eine aktuelle Übersicht über die Empirie s. *Perkowski*, Desinformationsregulierung (Manuskript 2025), Kap. I.B; *Eifert*, in: Hermstrüwer/Lüdemann (Hg.), Der Schutz der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, 2020, S. 189 (193), spricht von einer bislang nur „anekdotalen Evidenz" individual- oder gemeinschädlicher „Kampagnen" unter Ausnutzung der spezifischen Dynamiken sozialer Medien (s. auch schon in → § 2 Fn. 760). Das soll aber kein unbedingtes Regulierungshindernis sein.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der selbstbestimmt gestaltete Medienkonsum (und die darüber ermöglichte freie Meinungsbildung) ist ein zentraler Aspekt des von *Andreas Reckwitz* ausgemachten Trends der „Singularisierung" des spätmodernen Menschen.[772] Entgegen der in der Rechtswissenschaft nach wie vor vorherrschenden These, dass der Gebrauch von KI-Technologien wegen des heute noch fragmentarischen Charakters künstlich-intelligenter Auswertungen[773] zuvorderst, quasi *strukturell*, zu überschießenden *Generalisierungen* führe, beschreibt *Reckwitz* „[d]ie digitalen Technologien [als zentrales Element] einer *allgemeinen Infrastruktur zur Fabrikation von Singularitäten*".[774] Denn: 383

> „Dadurch, dass Suchmaschinen und Plattformen wie Google und Facebook Beobachtungsprofile der Nutzer erstellen[, sehen sich d]ie Subjekte [...] einer sozusagen maßgeschneiderten kulturellen Umwelt gegenüber, die versucht, sich so weit wie möglich ihrer aktuellen *Wunsch-Interessen-Struktur anzupassen*".[775]

Das ist die auch für unsere Zwecke weiterführende Perspektive: eine Perspektive also, die nicht in den vielfältigen Pathologien – jetzt wieder speziell – der Möglichkeiten personalisierten Medienkonsums denkt,[776] sondern *gute* Funktionalität entlang der eigentlichen *Idee* von Personalisierungstechnologien annimmt.[777] Voraussetzung dafür ist, dass die Personalisierung nicht nur auf Beobachtung basiert, sondern – insofern über *Reckwitz* hinausgehend – die Personalisierung dem Nutzer mindestens bekannt gemacht, besser noch: zur *eigenen Gestaltung* jenseits des Beobachteten und der daraus gezogenen Schlüsse freigegeben ist. Etwa, indem wie im Beispiel von *Google News* eine Konfiguration der Personalisierung durch gezieltes Löschen und die bewusste Auswahl präferierter oder abgelehnter Themen ermöglicht wird. Die bestehenden Informationsasymmetrien zwischen Nutzern und Personalisierungsanbietern müssen folglich (selbst-)regulatorisch abgebaut werden. Denn zur modernen, grundrechtlich geschützten und damit zu optimierenden Selbstbestimmung gehört – nach Überwindung aller deterministischen Gesellschafts- und Menschenbilder und zumindest nach weit verbreiteter Auffassung – vor allem auch die grundsätzliche Definitionshoheit darüber, was dem Einzelnen das für ihn selbst Optimale ist. Es geht um Selbstoptimierung unter Selbstdefinition des Optimalen. *Wenn* also die genannten Voraussetzungen vorliegen, dann gilt mit *Mario Martini* schlicht: 384

772 *Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten, 2018, S. 9 ff.
773 s. ausf. → § 3 Rn. 46 ff.
774 *Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten, 2018, S. 229, Hervorhebung im Original.
775 So ibid., S. 258, mit Blick auf *Facebooks News Feed*. Hervorhebung hier. s. auch a. a. O., S. 260: „Diese Singularisierung ist von vornherein *subjekt*bezogen: Es wird entlang der besonderen Interessen und Wünsche des Subjekts singularisiert." Hervorhebung im Original.
776 s. soeben, → § 2 Rn. 377.
777 Auf dieser Perspektive bauen auch die – freilich vielfach kritisierten – Überlegungen von *Sunstein*, #Republic, 2017 auf: "Machine-learning can be used (and probably is being used) to produce fain-grained distinctions" (S. 4).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„[D]ass sich zahlreiche Nutzer bewusst für personalisierte Angebote entscheiden, ist gerade Ausdruck autonomer Ausübung der Freiheitsgarantien, die die Verfassung unter besonderen Schutz stellt".[778]

385 Hinzu tritt das pragmatisch-nüchterne Argument, dass eine vernünftige (ergo selbstbestimmte) Nutzung der digitalen Welt ohne Personalisierungsmechanismen und den damit verbundenen „Integrations-, Informations-, Transaktions- und Ordnungsfunktionen"[779] heute nur noch schwer vorstellbar ist (Personalisierung als „Antwort auf das digitale Aufmerksamkeitsproblem […], das durch die schiere Masse der Texte und Bilder entsteht"[780]).[781] In sozialwissenschaftlicher Terminologie ist das das „essentielle" oder „instrumentelle" Verhältnis von digitaler Technologie zu Freiheit, oder, einfacher ausgedrückt: individuelle *Freiheit* wird *durch die digitalen Technologien* gemehrt oder gar erst erlangt,[782] wenn es gelingt, die menschliche Freiheit (Autonomie) bei Nutzung der Technologie zu erhalten/zu erreichen.[783]

386 Das heißt auch: Dem Zufall muss hier nichts mehr überlassen bleiben.

3. Die regulatorisch-einfachrechtliche Ebene: Präferenzoptimierung als Rechtsanspruch

387 Greift das einfache Recht das alles regulatorisch bereits auf? Das Problem ist, dass die geltende Medienregulierung insoweit nicht einfach zu beschreiben ist, da noch nicht ganz klar ist, in welchem Verhältnis die inhaltlich einschlägige nationale Regulierung in Deutschland (also der Medienstaatsvertrag [MStV]) zum neuen unionsrechtlichen Plattformregulierungsrecht im DSA steht.[784] Die Länder, die den MStV mit dem 5. Medienänderungsstaatsvertrag vom 27. Februar/7. März 2024 bereits an den DSA angepasst haben, gehen bezüglich der uns sogleich interessierenden Normen nicht davon aus, dass Änderungen notwendig sind. Ich beschränke mich im Folgenden auf diese für uns relevanten Aspekte der Regulierung: Transparenz und Nicht-Diskriminierung des Zugangs.

388 *a. Algorithmen-Transparenz für die Nutzer.* Konzeptionell zielt die Plattformregulierung im MStV vor allem darauf ab, die soeben benannten *exogenen* Gefahren

778 *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 103.
779 So die überzeugende Strukturierung der Leistungen von Internet-Plattformen und Netzwerken bei *Krönke*, Öffentliches Digitalwirtschaftsrecht, 2020, S. 16 ff.
780 *Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten, 2018, S. 289.
781 *Paal/Heidtke*, ZUM 2020, 230 (231).
782 s. zu den zu differenzierenden Begriffen von „Freiheit" in Relation zu Technik ausf. *B. Wagner*, in: Oswald/Borucki (Hg.), Demokratietheorie im Zeitalter der Frühdigitalisierung, 2020, S. 201 ff. Zum essentialistischen und instrumentellen Freiheitsbegriff a. a. O, S. 203 ff. bzw. 205.
783 Ibid., S. 208 ff.
784 s. ausf. und übersichtlich zum Anpassungsbedarf *S. Kuhlmann*, ZUM 2023, 170 (171 ff.), zum MStV differenziert ebd., ab S. 175.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sozialer Medien (Manipulation der Nutzer und Marktmacht der Intermediäre) einzuhegen; andersherum formuliert: Es ist das Ziel der Regulierung, den Nutzern die autonome, also möglichst rein *endogen* motivierte Nutzung auch von stark personalisierter Kommunikation in ihrerseits optimierter Weise zu ermöglichen. Zunächst ist in diesem Sinn § 93 MStV über die „Transparenz" von Medienintermediären[785] zu nennen. Demnach müssen die Anbieter von Diensten wie *Google News* usw.

> „(1) […] zur Sicherung der Meinungsvielfalt nachfolgende Informationen leicht wahrnehmbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten: 1. die Kriterien, die über den Zugang eines Inhalts zu einem Medienintermediär und über den Verbleib entscheiden, 2. die zentralen Kriterien einer Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten und ihre Gewichtung einschließlich Informationen über die Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen in verständlicher Sprache.
>
> (2) [1]Anbieter von Medienintermediären, die eine thematische Spezialisierung aufweisen, sind dazu verpflichtet, diese Spezialisierung durch die Gestaltung ihres Angebots wahrnehmbar zu machen. [2][…]
>
> (4) Anbieter von Medienintermediären, die soziale Netzwerke anbieten, haben dafür Sorge zu tragen, dass Telemedien im Sinne von § 18 Abs. 3[786] gekennzeichnet werden."

Die Norm erhebt unbefangen betrachtet anspruchsvolle Forderungen in Sachen „Transparenz". Sie scheinen über das, was z. B. *Google News* anbietet, hinauszugehen, jedenfalls dann, wenn Nr. 2 so ausgelegt würde, dass Nutzer eine Information über die *Gewichtung* der Kriterien für *konkrete* Selektionen des Algorithmus im Einzelfall verlangen könnten.[787] Wie konkret und detailscharf die Transparenzpflichten des Medienstaatsvertrags tatsächlich wirken werden, kann hier offen bleiben.[788] Wo- 389

785 s. zum Begriff bei und in → § 2 Fn. 759.

786 § 18 Abs. 3 [Informationspflichten und Auskunftsrechte] lautet „[1]Anbieter von Telemedien in sozialen Netzwerken sind verpflichtet, bei mittels eines Computerprogramms automatisiert erstellten Inhalten oder Mitteilungen den Umstand der Automatisierung kenntlich zu machen, sofern das hierfür verwandte Nutzerkonto seinem äußeren Erscheinungsbild nach für die Nutzung durch natürliche Personen bereitgestellt wurde. [2][…]".

787 Also nicht nur: ‚Dir werden Meldungen über Tiere angezeigt, weil unser Algorithmus errechnet hat, dass Du Dich für Tiere interessierst', sondern bspw.: ‚Dir wird diese Reportage über Katzen vorgeschlagen, zu 75 %, weil Du ‚Tiere' als Dich interessierende Themen ausgewählt hast, zu 25 %, weil Du vorgestern und gestern Katzenbilder auf der Homepage X geöffnet hast'.

788 Nach im medienrechtlichen Schrifttum h. M. geht es § 93 MStV *nicht* um konkrete Gewichtungen, die einzelnen Meldungen/Anzeigen zugrunde liegen, vgl. etwa *Cornils*, ZUM 2019, 89 (101 f.): „Der E-MedienStV erlegt den Plattformbetreibern bzw. Medienintermediäranbietern gleichsam ‚abgespeckte' Informationspflichten auf: Nicht die einem nicht fachspezialisierten Publikum sowieso nicht zugänglichen informationstechnischen Details (d. h. der Code und die Prozessierungen), wohl aber die maßgebenden ‚Grundsätze' (für die Plattform-Angebotsgestaltung) bzw. ‚Kriterien' (für den Zugang und die Präsentation zu bzw. durch Intermediäre) der Auswahlentscheidung sollen in ‚leicht erkennbarer Weise' bzw. ‚verständlicher Sprache' dargelegt werden müssen. Allerdings ist auch die Problemlösungseignung dieser auf das Verstehen-Können der Nutzer ausgerichteten Version von Transparenz, die nun recht eigentlich das Kernstück der neuen Intermediärsregulierung ist, keineswegs zweifelsfrei: Transparenz dieser Art steht unter Vergeblichkeitsverdacht. Sie läuft in das Dilemma, entweder, will sie tatsächlich bindungsstarke Maßstäbe errichten, doch wieder ein hohes Maß kleinteiliger Information über die Prozessierungen einfordern zu müssen, damit aber kaum anders als eine Offenlegung des Algorithmus sowohl die Ver-

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

möglich ist § 93 MStV angesichts der vielfältigen Transparenzanforderungen, die für Online-Plattformen nach dem DSA gelten, sogar teilweise unanwendbar:[789] Dessen Artt. 9 bis 12, 14 Abs. 1, 15, 24, 27, 32, 39, und 42 sehen – in unterschiedlicher Intensität – für alle vom DSA erfassten, dort sogenannten Anbieter von Vermittlungsdiensten Transparenzpflichten vor, die auch und gerade den Einsatz algorithmischer Auswahl- und Empfehlungssysteme betreffen (siehe insbesondere Art. 14 Abs. 1, 5, 6 DSA).

390 Aber gleichviel, ob nun § 93 MStV oder die genannten DSA-Vorschriften zur Anwendung kommen, für uns ist wichtiger: Die Normen sind letztlich alle ganz der Selbstoptimierbarkeit des eigenen Medienkonsums verpflichtet, indem sie dem und der Einzelnen ermöglichen sollen,

> „vielfaltsverengende Tendenzen [zu] erkennen und – z. B. durch die aktive Auswahl anderer Inhalte(-anbieter) – etwaigen Verengungsprozessen [zu] begegnen sowie dem Einschluss in ‚Filterblasen' entkommen zu können".[790]

391 Wenn daher gesagt wird bzw. – mit Blick auf die teilweise verdrängende Wirkung des DSA – gesagt wurde, dass die §§ 91 ff. MStV die freie Meinungsbildung *und* -vielfalt im Zeitalter sozialer Medien bewahren sollen, dann muss das jedenfalls für § 93 MStV dahin eingeschränkt werden, dass er dem Individuum nur (aber immerhin) die Möglichkeit gibt, zu erkennen, dass er eventuell „vielfaltsverengenden Tendenzen" ausgesetzt ist, ihm aber gerade nicht das Recht nimmt, sich diesen bewusst auszusetzen. § 93 MStV ist daher ein verfahrensmäßiger Baustein dessen, was *Sunstein* als "*architecture of control*" über den eigenoptimierten Medienkonsum beschrieben hat.[791]

392 *b. Nicht-diskriminierender Zugang.* Deutlicher und materiell auf Meinungsvielfalt ausgerichtet, nämlich *prima facie* von der „Wunsch-Interessen-Struktur"[792] des nutzenden Individuums *un*abhängig, ist § 94 MStV konzipiert. Es handele sich dabei, so die Einschätzung im Schrifttum, um den in der Gesetzgebungsphase „am stärksten umstrittene[n] Gegenstand der zukünftigen Medienintermediärsregulierung".[793] Die

pflichteten als auch die Schutzadressaten (und wohl auch die Aufsichtsinstanzen) zu überfordern. Oder sie beschränkt sich auf das Gebot zwar nachvollziehbarer, aber weder besonders informativer (über den jedem halbwegs Interessierten ohnehin zugänglichen Informationsgehalt hinausgehender) Beschreibung allgemeiner Maximen zum Geschäftsmodell und zur Sortierrationalität, von denen keine wirklich disziplinierende oder kontrollmaßstabsetzende Wirkung ausgeht. Solche Erklärungspflichten dürften über eine Alibi-Bedeutung kaum hinauskommen." Deutlich positiver die Einschätzung und direkte Antwort auf *Cornils* von *Paal/Heidtke*, ZUM 2020, 230 (236 f.).

789 So auch m. E. überzeugend *S. Kuhlmann*, ZUM 2023, 170 (175 f.).

790 *Paal/Heidtke*, ZUM 2020, 230 (236).

791 *Sunstein*, #Republic, 2017, S. 1.

792 *Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten, 2018, S. 258.

793 *Paal/Heidtke*, ZUM 2020, 230 (237). Dort auch eine Übersicht über die Kritik an § 94 MStV, die sich allerdings v. a. auf Details bezieht, wie zu große Unbestimmtheit oder unzureichenden Schutz wegen der Beschränkung auf journalistisch-redaktionelle Inhalte.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Norm verlangt von Medienintermediären „Diskriminierungsfreiheit" ihres Angebots und lautet:

> „(1) Zur Sicherung der Medienvielfalt dürfen Medienintermediäre journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote, auf deren Wahrnehmbarkeit sie besonders hohen Einfluss haben, nicht diskriminieren.
>
> (2) Eine Diskriminierung [i. S. d.] Absatzes 1 liegt vor, wenn ohne sachlich gerechtfertigten Grund von den nach § 93 Abs. 1 bis 3 zu veröffentlichenden Kriterien zugunsten oder zulasten eines bestimmten Angebots systematisch abgewichen wird oder diese Kriterien Angebote unmittelbar oder mittelbar unbillig systematisch behindern. (3) […]"

Die Vorschrift muss hinsichtlich ihrer regulatorischen Stoßrichtung differenziert betrachtet werden: Halbsatz 1 von § 94 Abs. 2 MStV unterstützt genau besehen lediglich das Transparenzgebot des § 93 MStV, indem er eine Abweichung von den zu offenbarenden Selektionskriterien grundsätzlich für unzulässig erklärt. Man wird sich fragen dürfen, ob diese Anordnung nicht implizit bereits in § 93 Abs. 1 MStV enthalten ist, da es dem Ziel der Transparenz offensichtlich zuwiderliefe, wenn ein Anbieter Selektionskriterien benennen würde, von denen er (bzw. der von ihm verwendete Algorithmus) systematisch abweicht.[794] Jedenfalls ist es das Ziel der Norm, durch einen „Abbau von Informationsasymmetrien im Verhältnis von Nutzern und Medienintermediären"[795] die „Nutzerautonomie"[796] zu optimieren. 393

Spannender ist Halbsatz 2 von § 94 Abs. 2 MStV, wonach Selektionskriterien „journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote" i. S. von Absatz 1 nicht „unmittelbar oder mittelbar unbillig systematisch behindern" dürfen. Das könnte so verstanden werden, dass diese besonders qualifizierten journalistischen Anbieter einen Anspruch darauf haben,[797] dass sich auch die *Nutzer* des intermediären Dienstes ihren Inhalten aussetzen lassen müssen, auch wenn sie das nicht wollen. Eine solche Konfrontationspflicht mit unerwünschten Inhalten und Meinungen[798] ist dem grundrechtlichen Status quo jenseits der pflichtigen Schulzeit[799] fremd.[800] Vor allem: „Ein [so konzipiertes] Vielfaltsgebot liefe […] sowohl dem Geschäftsmodell als auch den 394

794 Vgl. – zu Art. 14 DSA – ebenso *Raue*, in: Hofmann/Raue (Hg.), NK-DSA, 2023, Art. 14 Rn. 76.

795 *Paal/Heidtke*, ZUM 2020, 230 (234).

796 Ibid., S. 236.

797 Zur eingeschränkten Durchsetzbarkeit der in § 94 Abs. 1, 2 MStV angeordneten Diskriminierungsfreiheit s. dessen Abs. 3: „[1]Ein Verstoß kann nur von dem betroffenen Anbieter journalistisch-redaktioneller Inhalte bei der zuständigen Landesmedienanstalt geltend gemacht werden. [2]In offensichtlichen Fällen kann der Verstoß von der zuständigen Landesmedienanstalt auch von Amts wegen verfolgt werden."

798 Bzw. etwas genauer: Eine Pflicht, die Konfrontation mit unerwünschten Inhalten und abweichenden Meinungen dulden zu müssen.

799 Grundlegend *Volkmann*, Darf der Staat seine Bürger erziehen? 2012.

800 Auch die aus dem überkommenen Rundfunkrecht bekannten *Must-carry*-Pflichten sind bzw. wären anders gelagert als eventuelle Konfrontationspflichten i. R. von Intermediär-Diensten, weil es hier – also im klassischen Rundfunk – eine Personalisierung von vornherein nicht gab, mit *Must-carry*-Pflichten also lediglich ein Angebot ausgestaltet wurde bzw. wird, das der Selbstbestimmung durch die Nutzenden weitestgehend entzogen war (Zuschauer-/Hörer-Kritik lasse ich hier einmal außen vor).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Erwartungen der Nutzer zuwider".[801] „[M]any people do like echo chambers, and they very much want to live in them".[802]

395 Tatsächlich dürfte es gerade *nicht* Anliegen von § 94 MStV sein, eine Konfrontationspflicht auf Seiten der Nutzer der Dienste zu begründen; es scheint vielmehr allgemein geteilte Auffassung zu sein, dass die Schutzrichtung der Norm allein gegen die Anbieter der Dienste gerichtet ist,

> „indem mithilfe der Vorschrift allfällige Manipulationen an den Such- und Auswahlalgorithmen zum Zwecke der Benachteiligung von Inhalteanbietern vor allem aus ökonomischen und politischen Gründen verhindert sowie auf diese Weise eine unverfälschte Auffindbarkeit und Wahrnehmbarkeit meinungsbildungsrelevanter Inhalte abgesichert werden sollen".[803]

396 „Verfälscht" meint also offenkundig *nicht*: ‚verfälscht von den – algorithmisch beobachteten oder menschlich bestimmten – Präferenzen der Nutzer', sondern soll nur die Verfälschung durch die wirtschaftlichen oder politischen Interessen der Anbieter ausschließen, die geneigt sein könnten, z. B. unliebsame Berichterstattung über sie selbst oder ihre Werbekunden etc. herauszufiltern bzw. umgekehrt insofern positive Inhalte in den Vordergrund zu spielen.[804] Wollte § 94 MStV demgegenüber tatsächlich nutzerbezogene Konfrontationspflichten mit *ihr oder ihm* unliebsamen Inhalten statuieren, dann hätte die Regelung angesichts der ihr eigenen, ganz auf die autonome Meinungsbildung der Nutzer bezogenen Grundtendenz der Regulierung (vgl. eben besonders § 93 MStV) das sehr viel deutlicher machen müssen. Kurz: § 94 Abs. 2 MStV dürfte einer Optimierung der Personalisierung von Angeboten *seitens der Nutzer selbst* also nicht im Wege stehen.

397 Hinzuweisen ist noch darauf, dass § 94 Abs. 2 MStV auch nicht vom DSA verdrängt wird, da der DSA die „Regulierung der Prinzipien, nach denen bestimmte Angebote – konkret journalistisch-redaktionell gestaltete – ausgesteuert und angezeigt werden dürfen", nicht adressiert.[805]

398 *c. Jeder (s)ein eigener Redakteur?* Um nun wieder das größere Bild in den Blick zu nehmen: Unterstellt man ein gutes Funktionieren der Personalisierungsalgorithmen in Umsetzung der soeben beschriebenen Regulierungskonzepte der Transparenz

801 *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 225.
802 *Sunstein*, #Republic, 2017, S. 5.
803 *Paal/Heidtke*, ZUM 2020, 230 (234).
804 Vgl. auch *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 215.
805 Der Anwendungsbereich des DSA ist demnach schon gar nicht eröffnet, vgl. *S. Kuhlmann*, ZUM 2023, 170 (176). Allerdings bleibt abzuwarten, wie weit der Anwendungsbereich der nach Art. 14 Abs. 4 DSA eröffneten AGB-Inhaltekontrolle gezogen werden wird; falls sich in deren Anwendung auch sog. *Must-carry*-Pflichten durchsetzen sollten, lägen durchaus auch journalistisch-redaktionelle Inhalte im Anwendungsbereich des DSA (mit entsprechenden Rückwirkungen auf die [Un-]Anwendbarkeit von § 94 MStV), vgl. hierzu knapp *Rademacher*, in: Hofmann/Raue (Hg.), NK-DSA, 2023, Vor Art. 49 ff. Rn. 15; *Raue*, ebd., Art. 14 Rn. 72 ff., bes. Rn. 89 zur Beachtung der Medienfreiheit und von Pluralismus.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und Diskriminierungsfreiheit,[806] dann wird der Mensch, der den Dienst nutzt, sein *eigener* – autonomer – *Redakteur*, wenn und weil eine Optimierung seines Medienkonsums exakt gemäß seinen Präferenzen erfolgt. Wenn das so stimmt, dann sind die Personalisierungsalgorithmen ein Instrument einer medienbezogenen individuellen "*architecture of control*"[807] und fügen sich damit in den Gerechtigkeitsmaßstab einer möglichst umfassenden Selbstbestimmung bruchlos ein. Auf einer vom konkreten Beispiel abgehobenen Ebene: Der Einzelne wird „Autor des eigenen Lebens".[808] Dass wir bzw. vor allem die Anbieter der genannten Dienste so weit (noch) nicht sind, sei hier sofort eingeräumt. Derzeit mag noch viel eher gelten:

> „Bei Suchmaschinen und Personalisierungsdiensten ist nicht mehr der Mensch der Redakteur, sondern eine Software, die vom menschlichen Such- und Auswahlverhalten lernt und algorithmisch steuert, wie sie Informationen auswählt, indexiert und dem Nutzer darbietet".[809]

Aber wie zu Beginn gesagt, will ich im Rahmen dieses Buches eben das Experiment wagen, ein gutes Funktionieren der künstlichen Intelligenz zu unterstellen. Im Fall des Medienkonsums vermittels Personalisierungsalgorithmen würde das bedeuten, dass „Herrin" über die Selektionsleistungen der eingesetzten Algorithmen – im Fall erfüllter Transparenz und nutzerseitiger Manipulierbarkeit der maßgeblichen Kriterien, wie es bei *Google News* zumindest in Ansätzen schon der Fall ist – die Nutzerin selbst sein wird. „Der Nutzer lässt [!] Dienste [...] die digitale Welt bewusst nach seinen Kriterien strukturieren".[810] Dazu würde natürlich gehören, dass diejenigen von uns, die nicht in Echokammern und Filterblasen leben wollen, sondern regelmäßig mit gegenläufigen Thesen und unliebsamen Inhalten konfrontiert werden wollen, ein solches Profil eben auch erzeugen können müssten – das wäre dann ein Algorithmus, der *Sunsteins Opposing View Points Button* oder *Serendipity Button* funktional abbilden und integrieren könnte.[811] Art. 38 DSA fordert dies nun, zumindest für die Anbieter von sehr großen Online-Plattformen und sehr großen Online-Suchmaschinen.[812] 399

Wenn das gelingt, dann wendet sich – gemessen am aktuellen meinungsfreiheitsrechtlichen Gerechtigkeitsmaßstab – die negative oder zumindest warnende Konnotation des folgenden Ausspruchs von *Boris Paal* und *Moritz Hennemann* in eine positive: 400

806 Unterstellt man also einmal den von *Matthias Cornils* insoweit geäußerten „Vergeblichkeitsverdacht" als unbegründet, vgl. ZUM 2019, 89 (102).

807 *Sunstein*, #Republic, 2017, S. 1: "What matters is that with the Daily Me [= stark personalisierter Medien- und Informationskonsum], everyone could enjoy an *architecture of control*. Each of us would be fully in charge of what we see and hear." Hervorhebung im Original.

808 *Habermas*, Die Zukunft der menschlichen Natur, 2013, S. 54 f., 77.

809 *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 100.

810 Ibid., S. 225.

811 s. *Sunstein*, #Republic, 2017, S. 232; näher zu diesen Konzepten unten, → § 6 Rn. 65 f.

812 Zur Norm unten, → § 6 Rn. 66.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „Der ‚Herr' über den Algorithmus ist somit zu einem guten Teil ‚Herrscher' über die Meinungsbildung: Wer den jeweiligen Algorithmus konfiguriert, trifft wesentliche Auswahl- und Wertungsentscheidungen betreffend die angezeigten Informationen und damit (auch) für die in Ansehung der demokratischen Willensbildung zentrale Meinungsbildung".[813]

401 Bei *Paal* und *Hennemann* ist der Herr natürlich noch das den Algorithmus einsetzende private Unternehmen, und das ist intuitiv erkennbar ein Problem.[814] Aber wenn nun die „Herrin" die Nutzerin selbst wäre, wäre aus (gegenwärtig vorherrschender) grundrechtlicher bzw. regulatorischer Sicht ein durchaus wünschenswerter Zustand eingetreten.[815] Optimiert ist damit zwar nicht die Realisierung *staatlichen* Rechts, aber doch immerhin die *durch staatliches Recht*, nämlich die Grundrechte, gestützte Selbstbestimmung des und der Einzelnen.

402 Theoretisch wäre es denkbar, entsprechende *Architectures of Control* oder eben *Preference Assistance Technologies* in vielen, wenn nicht allen Bereichen einzusetzen, in denen Bürgern subjektive Rechte zur eigenen Verfügung zugewiesen sind. Ein weiteres aktuelles Beispiel stellen etwa die sogenannten PIMS dar. Die Abkürzung steht für *Personal Information Management Services* und meint Anwendungen, die es Nutzern erlauben, das datenschutzrechtliche Einwilligungsmanagement auf automatisierte Assistenten mit wählbaren, natürlich jederzeit modifizierbaren Voreinstellungen delegieren zu können.[816]

403 Das alles zeigt, dass die Versuche, *Compliance Assistance* über die Optimierung des öffentlichen Rechts hinaus auch auf das Zivilrecht zu übertragen, bereits in Gang gekommen sind. Kontingent ist dann immer weniger das Verhalten der Anspruchsgegner, kontingent ist irgendwann nur noch der Wille des Rechtsinhabers – und das scheint, aus einer stark positivistisch betrachteten Perspektive, genau das zu sein, was grundrechtliche Selbstbestimmung und Privatautonomie auch gebieten.

---

813 *Paal/Hennemann*, JZ 2017, 641.

814 Nicht minder problematisch wäre es, wenn es stimmt, dass der Algorithmus' bereits sein eigener Herr wäre, worauf *Martini* in dem Zitat bei → Fn. 809 abstellt. In dieselbe Richtung weist *Martinis* folgende Beobachtung: „Wie wirksam politische Parteien, andere Staaten und Dienstleister Facebook als Plattform zu manipulativen Zwecken nutzen konnten, war dem Konzern nach eigenem Bekunden selbst lange Zeit nicht bewusst. Erst spät reagierte die Unternehmensführung mit inhaltlich-bewertenden Gegenmaßnahmen in ihren Auswahl- und Sortieralgorithmen", s. *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 101.

815 Damit ist nicht bestritten, dass man die damit ‚befeuerte' Individualisierung oder – in der Terminologie von *Reckwitz* – die Singularisierung auch durchaus kritisch sehen kann; allerdings ist das „auf erfolgreiche Selbstverwirklichung ausgerichtete Lebensführungsmodell" (*Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten, 2018, S. 431) nach Art. 2 Abs. 1 GG nicht nur zulässig, sondern, i. S. der bekannten „objektiven Werteordnung", positiv konnotiert und als gesellschaftliches Maß valorisiert. Die krit. Reflexion der gesellschaftlichen ‚Strategie' der selbstbestimmten Selbstentfaltung liegt jenseits des Fokus dieser Untersuchung; s. dazu nur ebd., S. 433 f., 440, sowie *Schilling*, Authentizität, 2020, passim, bes. S. 135 ff.

816 Dazu, auch zur gegenwärtig geringen Verbreitung, *Dornis*, ZfPW 8 (2022), 310 (341).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

VI. Zwischenfazit I: verminderte Kontingenz durch immer mehr ‚hilfsbereite' Maschinen?

„It may be true that the law cannot make a man love me, but it can keep him from lynching me and […] that's pretty important."

Martin Luther King[817]

Die geschilderten Anwendungsbeispiele sind trotz ihrer großen Zahl noch punktuell. Die Tendenz aber ist ablesbar: hin zu einem immer häufigeren Einsatz ‚intelligenter' kommunikations- und aktionsfähiger Systeme, mit dem Ziel, die Rechtsrealisierung physisch oder kommunikativ oder durch Mischformen zu optimieren. Deshalb hat *Elisabeth Joh* recht, wenn sie darauf hinweist, dass es den Kern der Digitalisierung unserer Umwelt verfehlt, die Diskussion um die Zulässigkeit KI-getriebener *Law-Enforcement*-Technologien als „Echo" auf die Überwachungsstaatsdiskussionen der vergangenen Jahrzehnte[818] zu führen. Wenn man so will, bleibt dieses Echo in ein neoklassisches *Narrativ der Überwachung* eingespannt (zum Narrativ-Begriff sogleich, → 1.). 404

Wie wir gesehen haben, lässt sich die gegenwärtige Erfassung von *Impossibility Structures* – auf die der rechtswissenschaftliche Diskurs bislang fast exklusiv bezogen ist – als eine ‚überwachungsakzessorische' Bewältigungsstrategie beschreiben. Diese Strategie ist aber darauf angewiesen, dass die Qualifizierung ‚Überwachung' weiterhin zutrifft. Im Folgenden sollen einige der soeben schon gemachten Andeutungen dazu, warum diese Beschreibung in Zukunft nicht mehr oder zumindest immer weniger passen könnte, zu einer These verdichtet werden: *Es wird immer weniger um technologische ‚Überwachung' gestritten werden, und immer mehr um (unterlassene) technische Hilfeleistung – mit, so meine Einschätzung, erheblichen Konsequenzen für die rechtliche Zulässigkeit entsprechender Technologien (mehr/öfter!) und damit wiederum für die Kontingenz der Rechtsverwirklichung (weniger/reduzierter).* Folgendermaßen möchte ich die These/Einschätzung herleiten: 405

- Ausgangspunkt ist die Beobachtung, dass wir es phänotypisch bald nicht mehr mit klassischer Überwachung zu tun haben werden, sondern mit einer jedenfalls potentiellen *Infrastrukturalisierung der (Möglichkeit zur) Realisierung von Recht* (dazu → 2.). Mit *Joh* gesprochen: "as cities become 'smarter', they increasingly *embed* policing itself *into the urban infrastructure*."[819]

817 Zitiert nach *Capers*, NYU Law Rev. 94 (2019), 1 (22).

818 *Joh*, Int. J. Law in Context 26 (2019), 177.

819 Ibid., Hervorhebung hier. Vgl. mit dem Infrastrukturgedanken auch schon *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 11 f., deren Bezugspunkt aber nicht die Infrastrukturalisierung der (demokratischen) Rechtsdurchsetzung ist, sondern eine privatwirtschaftlich kontrollierte "technological regulation" mit normativem Anspruch.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- Auf dieser Beobachtung aufbauend soll kurz erläutert werden, warum bzw. inwiefern aus der damit gegebenen *Möglichkeit*, die Rechtsdurchsetzung zu infrastrukturalisieren, in der Tendenz ein *faktischer* Druck folgen wird, die Rechtsdurchsetzung zu infrastrukturalisieren – und damit erheblich zu intensivieren (→ 3.).
- Es wird aber nicht beim faktischen (gesellschaftlich-politischen) Druck bleiben; es wird auch gute *normative* Argumente geben, in der digitalisierten Zukunft Rechtsdurchsetzung(sassistenz) in viel größerem Umfang zuzulassen, vielleicht sogar einzufordern. Der Grund dafür ist, dass wir es in Zukunft mit einem *Wechsel des Narrativs*, bzw. vorsichtiger ausgedrückt: mit einer Narrativ-Ergänzung zu tun bekommen werden: Neben und teilweise anstelle des Überwachungsnarrativs wird das hier sogenannte *Narrativ der Hilfeleistung* treten. Ich greife für diese These – das sei ebenfalls noch vorangestellt – erneut in die Zukunft aus, was die Leistungsfähigkeit ‚intelligenter' Systeme anbelangt (zu alledem → 4.).
- Ein Widerspruch gegen einige der insbesondere aus rechtstheoretischer Perspektive vorgetragenen Befürchtungen, die mit der Möglichkeit zunehmend KI-gestützter oder -assistierter Rechtsverwirklichung verbunden sind, schließt diesen § 2 ab (→ 5.).

1. Methodische Vorbemerkung: der Narrativ-Begriff im rechtswissenschaftlichen Gebrauch

406 Der ursprünglich literatur-, dann auch kulturwissenschaftliche Begriff des *Narrativs* ist in Mode gekommen und zumindest medial bereits etwas überstrapaziert. Für deutsche *rechtswissenschaftliche* Zwecke wurde er bislang aber noch kaum fruchtbar gemacht.[820] Der Begriff scheint mir für unsere Zwecke gut zu passen, weil er rechtspolitische, gerichtliche und literarische Zugänge zur technologischen Überwachung als zusammenhängende und wechselwirksame ‚Erzählung' ausweist, welcher – das haben die Analysen oben, ab → S. 103, 166 und 217 gezeigt – hintergründig eine ‚Speicherwirkung' für die Lösung verwandter, aber neuer Phänomene (also *Impossibility Structures*) zugeschrieben werden kann.

407 Narrative im Recht haben damit mehr als nur einen heuristischen Wert. Konkret: Lässt sich eine Konstellation begrifflich als ‚Überwachung' qualifizieren, dann ist damit *mehr* aufgerufen als nur eine einfache, grundrechtlich regelhaft durch Abwägung zu bewältigende Gegenüberstellung von Rechts- und Schutzgütern. Vielmehr wird

820 s. *Lomfeld*, JZ 2019, 369: „Wie verschiedene Erzählungen über Recht und Gerechtigkeit wiederum die Auslegung und Wahrnehmung rechtlicher Normen und des Rechts insgesamt verändern, ist kaum untersucht." Vgl. auch *Gephart*, in: Pedersen/Ingebrigtsen/Gephart (Hg.), Narratives in the criminal process, 2021, S. 7 (8). Für eine ausf. Aufarbeitung des in der US-Rechtswissenschaft durchaus genutzten Terminus und zur Übertragbarkeit auf den dt. Rechtsdiskurs s. *Blufarb*, in: Fludernik/Schäfer (Hg.), Erzählen und Recht/Narrative and Law, 2022, S. 29 ff.; *Blufarb*, Geschichten im Recht, 2017, passim.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eine Erzählung aufgerufen, die bewusst oder unbewusst mit tatsächlichen Erfahrungen (Gestapo, Staatssicherheit, Facebook), literarischen Auseinandersetzungen (*George Orwells* 1984) und – als Reaktionen darauf – auch mit höchstrichterlichen Entscheidungen rund um die Massenüberwachung des 20. Jahrhunderts (*Volkszählungsurteil*) verknüpft.[821] Diese Verknüpfung löst einen erheblichen, durchaus auch rechtlich-dogmatisch *wechselwirksamen* ‚Bias' aus; und zwar durch die mehr oder weniger subtile Verstärkung von Abwägungsgewichten, im Fall des Narrativs ‚Überwachung' natürlich klar *gegen* die Maßnahme gerichtet. Die Abwägung wird nicht nüchtern erfolgen, wie man annehmen könnte bzw. insinuieren würde, würde man ‚Überwachung' nüchtern lediglich als ‚Zweck' oder ‚Funktion' eines gesetzlichen Arrangements oder einer Ermächtigung ausweisen. Beide Begriffe (Zweck und Funktion) passen natürlich *auch* – aber m. E. reichen sie nicht aus, um die starke Wirkung des Begriffs ‚Überwachung' angemessen zu beschreiben.

Erhellend, was die rechtliche Wirkung von Narrativen anbelangt, ist übrigens ein Seitenblick nach Japan: KI und vor allem Robotik sind dort durch populäre, langlaufende Zeichentrickserien (*Astro Boy*, *Doraemon*) anders als in Europa und im anglo-amerikanischen Kulturraum ganz überwiegend positiv konnotiert. Auch in Japan stehen die – mir zugänglichen – entsprechenden Forschungen noch am Anfang, aber es gibt schon erste Überlegungen dazu, ob bzw. dass diese positive Grundeinstellung zu einer insgesamt deutlich technologieaffineren Regulierung und Rechtsprechung beigetragen hat.[822] 408

Da Narrative also auch rechtswissenschaftlich relevant sind, soll *Johs* „Echo der Überwachungsstaatsdiskussion" nachfolgend als ein *Narrativ der Überwachung* auf den Begriff gebracht werden; und zwar mit dem Ziel, dessen m. E. *geringer* werdende Kraft beschreiben zu können. Die Abschwächung, so meine These, wird ausgelöst durch die breite Verfügbarkeit der in diesem § 2 beschriebenen neuen Technologien, die bis zu ihrer *Infrastrukturalisierung* reicht; sukzessive wird dadurch das Narrativ der Überwachung durch ein *Narrativ der Hilfeleistung* verdrängt oder zumindest überlagert, das wiederum – siehe soeben – normative Wirkung entfalten wird. Um 409

821 s. aus der *Law-&-Literature*-Perspektive (und zivilrechtlich geprägt) ebenso *Lomfeld*, JZ 2019, 369 (370): „Literatur und Kunst sind Quellen inhaltlicher wie performativer Inspiration für das Recht. Zur ‚Erfindung' rechtlicher Begriffe bedient sich die Rechtswissenschaft bei literarischen Vorlagen. Der Gedanke der ‚Genossenschaft' etwa blühte zum stehenden Begriff mit den literarischen Utopien des 19. Jahrhunderts auf. […] Recht übernimmt Metaphern und füllt sie mit neuem Inhalt. Begriffliche Prägungen wie etwa ‚juristische Person' entfalten eine eigene sozial wirkmächtige rechtliche Ästhetik. [N]arrative Jurisprudenz […] beleuchtet sprachliche und narrative Herkunft wie Bedeutungsumfeld juristischer Begriffe. Die Kontextualisierung legt normative wie kulturelle Hinter-Gründe der Begriffe offen." Für Nachw. zur Bedeutung von *George Orwells* 1984 auch für die Rspr. des US Supreme Court s. *Capers*, NYU Law Rev. 94 (2019), 1 (44), dort Fn. 229. Allg. zur Einordnung des Rückgriffs auf Dystopien *Posner*, Law and literature, 2009, S. 393 ff.

822 s. *Lintvedt*, The Digital Constitutionalist v. 5.5.2023 (Onlinequelle); kulturwissenschaftlich zum Phänomen *Wagner*, Robotopia Nipponica, 2013, passim. Herzlichen Dank an *Osamu Nishigami* für viele fruchtbare Diskussionen und Recherchehilfe zu diesen Fragen!

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

diesen Wechsel und seine Wirkungen wird es in diesem Zwischenfazit vor allem gehen.

2. Ausgangspunkt: Infrastrukturalisierung der (Möglichkeit zur) Rechtsanwendung

410 Ausgangspunkt für die hier zu entwickelnde These ist die Beobachtung und Prognose, dass unsere Umwelt eine zunehmend ‚smarte', d. h. unter Einsatz von Technologien der künstlichen Intelligenz digitalisierte und digital vernetzte Infrastruktur erhalten bzw. in Teilen sogar *sein* wird. *Artificial Intelligence of Things* (AIoT), *Ambient Intelligence* (AmI)[823] oder digitaler Zwilling/*Smart Dust*[824] sind Stichworte hierzu. Oder, mit *Andreas Reckwitz* gesprochen: „Technik ist immer weniger ein Werkzeug, sondern wird immer mehr zu einer technologischen Umwelt, in der sich die Subjekte bewegen".[825]

411 Man muss dafür gar nicht an die kompletten *Smart Cities*[826] in Toronto (gescheitert[827]), bei Tokyo, in Dubai[828] und Saudi Arabien[829] (jeweils im Bau) denken, wo Staaten und/oder private Anbieter ganze Stadteile und Städte als vollvernetzte Strukturen neu errichten woll(t)en. Von der ökonomisch und zunehmend auch ökologisch getriebenen Steigerung der Effizienz unserer Lebensräume sind vielmehr auch die alten Räume und Infrastrukturen erfasst:

- *Öffentliche Räume (Stadt, Land, Verkehr)*: neben optischer auch akustische,[830] sogar geruchsbasierte[831] Erfassung des öffentlichen Raums; Automatisierung des

823 *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 8.

824 *Smart Dust* beschreibt Sensoren, die so klein sind, dass sie praktisch überall, auch in der Luft, ausgebracht werden können. Die Technik wurde bereits in den 1990er Jahren erwähnt, befindet sich aber nach wie vor im experimentellen Stadium, s. etwa *Geißler*, BigData Insider v. 2.1.2023 (Onlinequelle).

825 *Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten, 2018, S. 237.

826 Allg. zum Konzept der *Smart City While/Marvin/Kovacic*, UrbanStudies 58 (2021), 769 ff.; *Albino/Berardi/Dangelico*, Journal of Urban Technology 22 (2015), 3 ff. Für Deutschland grundlegend *Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung*, Smart City Charta, Mai 2017 (Onlinequelle). Eine aktuelle Projekt-Übersicht findet sich hier: https://www.smart-city-dialog.de/ueber-uns/modellprojekte-smart-cities, besucht am 13.6.2025. Krit., wegen der mit der Technologisierung der Stadt möglichen Abkehr vom baurechtlichen Leitbild der funktionengetrennten Stadt, *Sinder*, Die Verwaltung 54 (2021), 157 ff.

827 Zu den Kontroversen *Artyushina*, Telematics and Informatics 55 (2020), 101456 ff.

828 Der District 2020 als Nachnutzung der Expo 2020 in Dubai ist als *Smart City* konzipiert, hierzu *G. V. Müller*, NZZ v. 29.11.2021 (Onlinequelle).

829 Dazu *Alshuwaikhat/Aina/Binsaedan*, Heliyon 8 (2022), e11138; *Al-sayed* et al., PO 13 (2022), 15.

830 Zu Überlegungen einer Erfassung von bestimmten Geräuschen (z. B. Hilferufen, Stürzen, Schüssen) s. www.axis.com/de-de/solutions/sound-detection, besucht am 13.6.2025; für die USA und die dortige Nutzung entsprechender Sensorik im öff. Raum sehr krit. *Goodman*, UIC John Marshall Law Rev. 54 (2021), 797 ff.; s. auch schon *Rademacher*, in: Wischmeyer/Rademacher (Hg.), Regulating Artificial Intelligence, 2020, S. 225 Rn. 10. Aus dem dt. Recht kann wieder auf § 44 PolG BaWü verwiesen werden, der bereits Tonaufnahmen im öffentlichen Raum zulässt (→ § 2 Rn. 22 f.). Allerdings ist die in Abs. 4 der Norm enthaltene Ermächtigung zur „automatischen Auswertung" auf die „angefertigten Bildaufzeichnungen" beschränkt.

831 Zu ersten Erfolgen *Michalowski*, MIT News v. 18.10.2021 (Onlinequelle).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verkehrsmanagements[832] und – durch selbstfahrende Kraftfahrzeuge, autonome Drohnen etc. – Automatisierung des Personen- und Warenlieferverkehrs selbst;[833] Digitalisierung und Vernetzung der Elektrizitätsinfrastruktur (*Smart Metering*),[834] einschließlich der Digitalisierung und Automatisierung der städtischen Beleuchtung;[835] Digitalisierung und Vernetzung der Wasserversorgung;[836] Automatisierung an den Grenzen;[837] Automatisierung und Optimierung der Landwirtschaft durch vielschichtige Vernetzung verschiedener IoT-Systeme (Landwirtschaft 4.0);[838]

- *Semi-öffentliche und private Räume*: Einzug von Industrie-, Haushalts- und Serviceassistenten bis hin zu humanoiden Fabrik- und Haushaltsrobotern;[839] Digitalisierung und Automatisierung des privaten und kommerziellen Gebäudemanagements (*Smart Homes* und *Smart Facility Management*),[840] Digitalisierung und Automatisierung von Arbeitsplätzen und -prozessen (*Smart Industry*),[841] einschließlich von Inspektions- und Wartungsarbeiten (*Smart Maintenance*);[842] smarte Selbstbedienungsgeschäfte in den USA, die das Verhalten des Kunden (Einkauf) automatisiert erkennen, bepreisen und abrechnen können[843] (mittlerweile gibt es auch Test-Filialen in Deutschland[844]); vorsichtige, aber fortschreitende Automatisierung sogar im Gesundheitswesen.[845]

832 Vgl. *Tischbirek*, ZfDR 2021, 307 (311 ff.) m. w. N. zu weiteren Forschungsvorhaben.

833 Zu den schon frühen Plänen der Intel-Töchter *Mobileye* zur Einführung von „Robotaxis" in Deutschland s. *dpa*, Automobil Industrie v. 5. 1.2023 (Onlinequelle); zu Drohnen *A. Williams*, NY Times v. 23.5.2020 (Onlinequelle).

834 Die Idee, die Energieversorgung ‚smart' zu gestalten, hat in Deutschland bereits eine lange Geschichte, scheiterte bislang aber relativ verlässlich u. a. an Datenschutzbedenken; vgl. hierzu schon *Guckelberger*, DÖV 2012, 613 ff.; zur Frage, inwieweit auch Fernzugriffsrechte Teil einer smarten Energieinfrastruktur sein können/sein dürfen, *Paulus/Matzke*, NJW 2018, 1905 ff.; aktuell und weiterführend *Diestelmeier/Cappelli*, EuCML 2023, 15. Eine Übersicht über mögliche KI-Einsatzfelder in der Energiewirtschaft liefert *Fritz*, in: Bruhn/Hadwich (Hg.), Künstliche Intelligenz im Dienstleistungsmanagement, 2021, S. 449.

835 *Figueroa*, San Diego Union-Tribune v. 23.12.2019 (Onlinequelle).

836 s. für eine Übersicht *Fu* et al., Water Research 223 (2022), 118973 ff.

837 Einige Bekanntheit hat die Anwendung iBorderCtrl erhalten, die unter Nutzung von Gesichtserkennungssoftware als eine Art von Lügendetektor bei der Einreise fungieren soll; vgl. hierzu *Stoklas*, ZD-Aktuell 2018, 6363.

838 Vgl. *Bayer*, COMPUTERWOCHE v. 21.7.2020 (Onlinequelle).

839 Auch hier forciert von *Elon Musk*, s. für diese – freilich wieder zu vollmundige – Ankündigung aus dem Jahr 2021 *dpa*, F.A.Z. v. 23.8.2021, S. 20. Hierzu ausf. schon ab → S. 150.

840 Für eine bes. eindrückliche, wenn auch noch fiktionale Illustration *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 1.

841 *Hunziker*, F.A.Z. v. 3.9.2021, S. I 1.

842 Zum Konzept z. B. https://alegerglobal.com/augmented-reality/anwendungsbereiche/smart-maintenance/, besucht am 13.6.2025.

843 Z. B. *Amazon-Go*-Märkte und *Whole-Foods*-Märkte; zum Konzept *Petersdorff*, F.A.Z. v. 9.2.2022 (Onlinequelle). *Beer*, heise online v. 6.12.2016 (Onlinequelle); zur Entwicklung auch *Fuchs*, t3n Magazin v. 26.1.2018 (Onlinequelle). Zur Markteinführung in Europa *Smolka*, F.A.Z. v. 19.7.2022, S. 21.

844 *Spehr*, F.A.Z. v. 14.3.2023, S. T 1.

845 Z. B. Erstdiagnose durch Telemedizinangebote oder Unterstützung ärztlicher, vor allem radiologischer Diagnosen durch Bilderkennung; zum Einsatz robotischer Systeme schon *Orzechowski*, Healthcare Digital v. 29.7.2021 (Onlinequelle).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- *Vor allem anderen Kommunikation*: *Personal-Assistants* und KI-Agenten (AI Agents) auch jenseits des persönlichen Umfelds, Digitalisierung eines Großteils der menschlichen Kommunikation durch *Messenger*-Dienste, Online-Foren und -Plattformen, digitale Telefonie und Videokonferenzen,[846] vielleicht sogar irgendwann Holographie, mit den oben[847] bereits besprochenen vielfältigen Möglichkeiten der Kommunikationsüberwachung und gegebenenfalls unmittelbaren -steuerung.[848] Außerdem hier zugehörig: die Digitalisierung städtischer und privater Dienstleistungen durch Online-Serviceportale,[849] schließlich auch alle Aktionen im sogenannten *Metaverse*,[850] die *per se* innerhalb einer virtuellen und damit digitalisierten Infrastruktur erfolgen werden (die Relevanz des Metaverse scheint derzeit, d. h. Stand 2025, aber wieder fraglich zu sein).

412 Diese lange, aber ganz bestimmt nicht vollständige Liste soll zeigen, dass hinter den oben ausführlicher geschilderten Anwendungsbeispielen automatisierter Rechtsrealisierung (und/oder automatisierter Assistenz zur Rechtsrealisierung) ein noch weitaus größeres ‚Reservoir' an ganz oder teilweise automatisierten Tätigkeiten und autonomen Strukturen liegt, die in den kommenden Jahren und Jahrzehnten in immer ‚smartere' Städte, Haushalte und Arbeitsplätze integriert werden. Diese Technik wird ebenfalls als ‚Trägerin' intelligenter Rechtserkenntnis- und Rechtsdurchsetzungsmechanismen in den genannten Abstufungen bereitstehen. *Smart-city*-Fähigkeiten in diesem anspruchsvoll-umfassenden Sinn können daher treffend als *Dual-use*-Technologien beschrieben werden:[851] Sie steigern nicht nur ökonomische und ökologische Effizienz (oder schlicht Bequemlichkeit) der Nutzer und Bewohner, sondern bieten zugleich eine Struktur zur Steigerung der Rechtstreue von kommunikativer *Compliance*-Assistenz bis hin zu physischer Bewirkung des Gesollten/Verunmöglichung des Verbotenen.

413 All diese die Umwelt neu mitkonstituierenden Technologien dienen freilich zunächst ökonomischen und meist privaten Zielen und jedenfalls nicht *per se* der Ermöglichung der Realisierung staatlichen Rechts. Der Unterschied ist wichtig, weil er die

846 Beispielhaft dazu *M. Koch*, heise online v. 20.8.2021 (Onlinequelle).

847 s. die ab → S. 99 genannten Anwendungen.

848 Zusätzlich kann auch noch auf die von der EU-Kommission zwischenzeitlich geplante Kommunikationsüberwachung zur Erkennung von Kinderpornographie hingewiesen werden, hierzu *EU-Kommission*, COM(2022) 209 final v. 11.5.2022, bes. Art. 4 des Entwurfs für eine VO zur Festlegung von Vorschriften zur Prävention und Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern; zur Diskussion in den USA *Cullen* et al., Laws 2020, 9, 28. Drängend dürfte alsbald die Bekämfung von betrügerischer Kommunikation unter Nutzung von *Deepfakes* werden. Die Kennzeichnungspflicht für *Deepfakes* nach Art. 50 AI Act könnte bald Gegenstand einer Diskussion um ihre möglichst weitgehende Absicherung durch *Impossibility Structures* werden. Zu *Deepfakes* schon in → Fn. 68 (Einleitung).

849 Für ein positives Bsp. *Heath*, How Estonia became an e-government powerhouse, TechRepublic v. 19.2.2019 (Onlinequelle).

850 Grundlegend *Ball*, Framework for the Metaverse, www.matthewball.vc/all/forwardtothemetaverseprimer, besucht am 9.9.2021. Für den dt. Rechtskreis einführend *Kaulartz/Schmid*, RiD 2022, 521 ff.

851 So *Joh*, Int. J. Law in Context 26 (2019), 177 (180).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Einführungsschwelle, die für *staatliche* Überwachungs- und Rechtsdurchsetzungstechnik im engen Sinn greift, *zunächst* einmal beseitigt.[852] Vielfach wird die Nutzung der Systeme *selbst* auf der – mehr oder weniger autonomen – Einwilligung der Nutzenden beruhen. Die entscheidende Frage hier ist nun: *Wird*, *darf* oder *soll* die Technologie zugleich als Trägerin von Rechtsdurchsetzungstechnologien genutzt *werden*, sobald und weil sie als Trägerin solcher Technologien genutzt werden *kann*?

3. Macht: zur (neuen) Möglichkeit ihrer Realisierung

Gestellt ist damit zunächst die macht*soziologische* Frage, ob es nämlich Anhaltspunkte dafür gibt, dass die neuen Mittel der physischen Durchsetzung von Recht genutzt *werden* (werden). Es spricht einiges dafür, die Frage mit ja zu beantworten. Anknüpfend an *Luhmann*[853] hat unter anderem *Ralf Poscher* herausgearbeitet, dass der moderne Staat Macht – im ursprünglichen Sinn von physisch wirksamer Gewalt – zur Durchsetzung von Recht nicht nur deshalb zurückhaltend einsetzt, weil er dadurch die Rechtsgüter der Adressaten der Machtausübung schont.[854] Vielmehr war physischer Machteinsatz immer eine Frage knapper Ressourcen:[855] 414

852 Vgl. auch *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 26 Rn. 147.

853 *Luhmann*, Macht, 2012, bei *Poscher* zitiert in der Originalausgabe von 1975.

854 Zu weit geht mir insofern *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 451, wenn er unter Rekurs auf eine (freilich noch mehr zugespitzte) Aussage von *Hannah Arendt* formuliert, dass „[e]tablierte Herrschaftsordnungen [deshalb] gut beraten [seien], [eine] gewaltsame Durchsetzung [ihrer Normen] zu vermeiden, [weil] Gewaltanwendung […] jenseits aller moralischen Einwände [indiziere], dass die Kosten der Norm, um deren Durchsetzung es geht, zu hoch sind." Das würde das Opfer einer Straftat sicherlich anders sehen, zumal es in solchen Situationen geradezu moralisch (und auch staatstheoretisch) geboten sein kann, Gewalt zur Verteidigung zu üben.

855 Eine weitere Ergänzung liefert die rechtshistorische Forschung zum Einsatz von Gewalt. Hierzu *Schlumbohm*, Geschichte und Gesellschaft 23 (1997), 647 (656 f.): „Bei der Kriminaljustiz z. B. bestand das Problem nicht allein darin, daß die Kräfte fehlten, alle Delinquenten […] zu fassen. Auch die […] Verhafteten wurden längst nicht immer nach der Schärfe des Gesetzes abgeurteilt. In Paris griff die Polizei Jahr für Jahr Hunderte von Männern wegen homosexueller Handlungen | auf; doch im ganzen 18. Jahrhundert wurde kaum ein Dutzend Fälle […] vor einem ordentlichen Gericht verhandelt, wo die Todesstrafe drohte […]. Die allermeisten ‚Delinquenten' ließ die Polizei ohne weitere Sanktionen nach einigen Tagen wieder frei. In den Kriminalakten eines deutschen Kleinstaats heißt es um 1770 über die Sanktionen, welche die Edikte gegen sog. ‚Zigeuner' vorsahen: ‚Es ist ... bekannt, daß sie mehr zum Schrecken als im Ernst und in der Absicht, sie also buchstäblich zu vollziehen, gegeben worden und daß sie daher nirgends in Teutschland zur würklichen Ausübung gekommen'. Auch die […] Vermutung, daß die Zentrale gar nicht von allen Unzulänglichkeiten wissen konnte, die sich bei der Umsetzung ihres Gesetzesgebots auf lokaler Ebene zeigten, kann nicht voll befriedigen. Denn nicht wenige von diesen Abweichungen kamen zur Kenntnis der Regierung, und die Folge war keineswegs immer der verstärkte Impuls, dem obrigkeitlichen Wort Gehorsam zu verschaffen. Oft akzeptierte die Zentrale die entgegenstehende Praxis, indem sie deren Konsequenzen mildernd regelte. So läßt sich verschiedentlich beobachten, daß der Verstoß gegen gesetzlich zwingend vorgeschriebene Verfahrensregelungen nicht mit Ungültigkeit des Rechtsaktes bestraft, sondern umgekehrt die Beachtung durch Anreize prämiert wurde, z. B. durch einen privilegierten Status für formgerechte Ansprüche. Gelegentlich wiesen landesherrliche Reskripte die zuständigen Richter explizit an, bei der Durchführung bestimmter strafbewehrter Ordnungen ‚die Billigkeit' der ‚Schärfe' des Gesetzes vorzuziehen." *Schlumbohm* weist allerdings auch darauf hin, dass Gesetze in der (frühen) Neuzeit einen symbolischen Wert als Selbstproklamationen moralisch guter Herrschaft hatten (vgl. schon oben, in → Fn. 554).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „Macht lässt sich als Medium beschreiben, mit dem Gesellschaften ihre Komplexität bewältigen. […] Moderne Gesellschaften benötigen in diesem Sinne mehr Macht als einfachere, weniger komplexe Gesellschaftsformen. Dem steigenden Machtbedarf kann aber nur durch die Potentialisierung von Machtausübung genügt werden. […] Alle Macht auszuüben, würde den Machthaber überanstrengen. Moderne Gesellschaften müssen sich so organisieren, daß die Machtmittel und Sanktionen, die ihren Machthabern zur Verfügung stehen, nur in verschwindend wenigen Fällen eingesetzt werden. Dies gilt besonders für den Einsatz physischer Gewalt als zwar universell einsetzbarer und zentralisierbarer, aber politisch prekärer und ökonomisch kostbarer Machtgrundlage. Vor diesem machtsoziologischen Hintergrund versteht sich, daß das Rechtssystem einen Mechanismus entwickeln mußte, der den Einsatz der staatlich monopolisierten physischen Gewalt weitgehend vermeidet."[856]

415 Diesen Mechanismus sieht *Poscher* im jeweils rechtsgebietsspezifischen Vollstreckungsverfahren, das auf den zu vollstreckenden Titel folgt bzw. diesen jedenfalls in der Regel überhaupt erst einmal voraussetzt:

> „Im Regelfall[857] kann [gemeint ist wohl: darf] die Vollstreckung nicht gleich an den Rechtserkenntnisakt anknüpfen. Mit Androhung, Fristsetzung und Festsetzung ist das Gesetz bemüht, alle kommunikativen Möglichkeiten zu nutzen, die Anwendung physischer Gewalt zu umgehen, und auf Einsicht und ‚freiwillige' Umsetzung des Verwaltungsakts durch den Bürger zu setzen, die eine Aktualisierung staatlicher Macht vermeiden. Die Retardierungen dienen sicher auch dem möglichst schonenden Umgang mit den Rechtsgütern des der Vollstreckung unterworfenen Bürgers und im Vergleich zu dem von Retardierungen weitgehend freien zivilprozessualen Vollstreckungsrecht der Kompensation des fehlenden gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Sie lassen sich aber auch als Illustration dafür lesen, wie sehr Staatsmacht auf Potentialität setzt und angewiesen ist."[858]

416 Die wachsende Verfügbarkeit von *Impossibility* und *Justification Structures* verändert die Vorzeichen für *diesen* soziologisch-faktischen Grund für den Verzicht auf physische Wirkung.

417 Aus einer demokratischen Steuerungsperspektive scheint die Konsequenz dann einfach: Wenn die technologisch getriebene Infrastrukturalisierung dem Recht eine neue physisch wirksame Widerständigkeit und Durchsetzungskraft gibt, dann ist das der Idee demokratischer Steuerung nicht *per se* fremd, sich das auch zu Nutze zu machen – bislang hat noch niemand gefordert, dass es *leicht* sein müsse, gegen Recht verstoßen zu können.

---

856 *Poscher*, VerwArch 89 (1998), 111, bes. S. 117. Ähnl. auch *Waldhoff*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR II, [3]2022, § 44 Rn. 75 m. w. N.

857 s. zum sofortigen Vollzug *Poscher*, VerwArch 89 (1998), 111 (130).

858 Ibid., S. 117 f. Ähnl., sogar noch weitergehend formuliert *Luhmann*, Kontingenz und Recht, 2013, S. 93 f.: Notwendigkeit der „Virtualisierung von Gewalt". Zur Frage, ob eine effektive Rechtsordnung ganz ohne den Einsatz von physisch und ggf. psychisch wirkendem Zwang denkbar ist, *Raz*, in: ders. (Hg.), The Authority of Law, [2]2009, S. 233 (245 f.); *Klement*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 227 (230 ff.); *Potacs*, in: Bezemek/Ladavac (Hg.), The Force of Law Reaffirmed, 2016, S. 121 ff. Zur Verschmelzung des Rechtsbegriffs mit dem Zwangsmoment unter einer freiheitlich-rechtsstaatlichen Verfassung *Ha. Hofmann*, in: Brandt (Hg.), Rechtsphilosophie der Aufklärung, 1982, S. 12 (27 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dabei gilt es zu beachten, dass die oben genannten Mittel physischer Machtausübung in Form von *Impossibility* und *Justification Structures* durch zunächst private Technologien mediatisiert sind und sein werden. Alles andere – also ein unmittelbar staatliches Konstrukt – ist auf absehbare Zeit und in größerem Umfang nicht realistisch. Auch die informatorisch arbeitenden *Compliance Assistance Technologies* i. e. S. sind mit Ausnahme von NINA private Anwendungen, die freilich teilweise staatlich mandatiert sind.[859] Aus der Perspektive demokratischer Herrschaft ist es legitimatorisch relevant, wenn der eigentliche, soll heißen physische Machteffekt von privater Hand erfolgt bzw. wenn rechtsrelevante Informationen durch privates Design übermittelt werden. 418

Eine grundlegend neue bzw. problematische Privatisierung der Rechtsdurchsetzung ist das freilich dennoch nicht.[860] Dieser – gerade im Zusammenhang mit den beschriebenen Upload-Filtern – vielfach erhobene Vorwurf übersieht, dass sich der demokratische Rechtsstaat schon immer Privater als – in der Terminologie von *Michael Pawlik* zu § 323c StGB – „Verwaltungshelfer" bedient, um Recht zu realisieren; im Fall von § 323c StGB sogar sachbereichs*un*spezifisch. Das darf, so wird zutreffend für den Bereich der Rechtsdurchsetzung speziell durch Online-Plattformen argumentiert, aber erst recht sachbereichsspezifisch gelten, wenn Private durch die Bereitstellung und Kontrolle der Infrastruktur, vermittels derer die Rechtsverletzung begangen wird, einen kausalen Beitrag dazu leisten.[861] Auch Rechtsanwälte als klassische ‚Assistenten' der Rechtsermittlung und -vermittlung sind zuallererst Private ohne originäre demokratische Legitimation – freilich sind sie immerhin standesrechtlich reguliert. 419

Äquivalente Arrangements ließen sich auch für solche privaten Instanzen andenken, die *Compliance Assistance Technologies/Structures* ins Werk setzen sollen/dürfen, gegebenenfalls ergänzt um interne, den staatlichen Gerichten vorgeschaltete Streitschlichtungsmechanismen. Zu fordern sind also situativ angepasste Arrangements, welche die fehlende personelle Legitimation dieser mediatisierten Ausübung von Staatsgewalt kompensieren können und die die jeweiligen Angriffslasten („Aktionslasten"[862]) und Angriffsanreize gegen die mediatisierte Herrschaftsausübung so ‚einstellen',[863] dass *per saldo* ein ausgewogenes Verhältnis zwischen primärem Realisierungswunsch, damit verbundener Fehlertoleranz und der theoretischen Verfügbarkeit und tatsächlichen Wahrscheinlichkeit korrigierenden staatlichen Rechtsschutzes 420

859 s. dafür bspw. oben, → § 2 Rn. 284.
860 Dazu schon oben, bei den Details zu den *Impossibility Structures*, → § 2 Rn. 248.
861 Zutreffend gegen den Einwand der unzulässigen Privatisierung der Rechtsanwendung z. B. *Eifert*, NJW 2017, 1450 (1451); *F. Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1223); *Raue*, JZ 2018, 961 ff.; jeweils m. w. N.
862 *Specht*, GRUR 2019, 253 (259).
863 Vgl. dazu auch *Becker*, ZUM 2019, 636 (640 f.) m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

geschaffen ist, der eine öffentlich-rechtlich legitimierte Letztentscheidung und damit Verantwortungsübernahme ermöglicht.[864]

421 Dabei muss es natürlich auch um die technische Frage gehen, ob und wie sich rechtliche Regeln in maschinell nachvollziehbare Befehle übersetzen lassen. *Denga*, *Pohle* und *Hölzel* schlagen deshalb vor, anknüpfend an systemtheoretische Konzeptionen, dieses Doppel-Phänomen als „doppelte Delegation" zu fassen: vom Staat auf Private und vom Recht in die Logik des technisch Machbaren.[865] Staatliche Verantwortungsübernahme ohne Vorgaben an die Verlässlichkeit und Bestreitbarkeit maschineller Rechtsdurchsetzung(sassistenz) ist in der Tat nicht denkbar. Die ausführliche Diskussion um den Einsatz von Upload-Filtern zur Realisierung des Urheberrechts und das im Anschluss geschaffene, differenzierte Regime des UrhDaG stehen als Vorbild für den Versuch, ein in diesem Sinn doppelt (d. h. Delegation auf Technik und Delegation auf Private berücksichtigendes) ausgewogenes Realisierungsregime zu schaffen.[866] Um die generalisierungsfähigen Anforderungen an solche Arrangements wird es zentral in → Kapitel 2 gehen. Unterstellen wir für den Moment weiterhin, dass die Arrangements gut genug funktionieren.

422 Das erlaubt es, wieder zurückzukommen auf die machtsoziologisch-faktische Frage: Bezieht man Private im großen Stil als Verwaltungshelfer ein, dann lassen digitalisiert-physisch wirksame Mechanismen der Rechtsrealisierung erstmals (und noch in Ansätzen) ein ‚ideales Recht' im kantischen Sinn möglich erscheinen. ‚Ideal' in dem Sinne, dass dieses Recht auch in der Lage wäre – wie es in dem berühmten Diktum heißt –, „ein Volk von Teufeln" zur geordneten Staatlichkeit zu verhelfen. *Kant*, in der Interpretation von *Marcus Willaschek* gelesen:

> „Der Grund dafür ist[, dass] es im Recht, anders als in der Ethik, nicht auf die Motive des Verhaltens ankommen darf, sondern allein auf die faktische, erzwingbare Rechtskonformität. Kants Ergebnis im § E lautet daher, dass das Recht nicht nur (gleichsam unter anderen) mit einer Befugnis zu zwingen verbunden ist, sondern: ‚Recht und Befugnis zu zwingen bedeuten […] einerlei' (6:232) | Dieses Ergebnis hat eine überraschende Konsequenz: Wenn das einzig legitime Mittel zur Rechtsdurchsetzung der von Kant so genannte ‚äußere Zwang' ist, dann müsste eine vollständige Verwirklichung der Idee des Rechts darin bestehen, den angedrohten bzw. angewendeten Zwang genau so zu bemessen, dass Rechtsübertretungen *ausgeschlossen* sind. Und tatsächlich vergleicht Kant die Handlungen der Menschen in einem idealen Rechtssystem wiederholt mit der ‚freien Bewegung der Körper unter dem Gesetz der Gleichheit der Wirkung und Gegenwirkung' (z.B. 6:232). Das bedeutet, dass die Möglichkeit freier Handlungen durch

864 Vgl. statt vieler *Raue*, JZ 2018, 961 (962); s. dazu auch unten, bei → § 4 Rn. 87.

865 *Denga/Pohle/Hölzel*, RW 11 (2020), 420 ff. Die Autoren beziehen allerdings die erste Delegation (von Staat auf Private) in ihrer Definition nur auf die *Regelsetzung* durch Private (a. a. O., S. 423); hier könnte man sogar weiter fassen, weil auch dann, wenn der Staat selbst noch die Regeln setzt, diese im Zweifel durch die Technik privater Akteure umgesetzt werden müssen.

866 Dazu oben, → S. 205 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

‚wechselseitigen Zwang' auf die rechtlich erlaubten Handlungen beschränkt ist; ein Rechtsbruch wäre ebenso ausgeschlossen wie eine Wirkung ohne gleichgroße Gegenwirkung."[867]

Aber, so *Willaschek* weiter: „dass es ein solches Rechtssystem empirisch nicht gibt und nie geben wird, würde wohl auch Kant nicht bestreiten."[868] Soll heißen: ganz abgesehen von der Frage, ob es normativ *wünschenswert* wäre, ein solch ‚ideales' Rechtssystem zu schaffen, es *geht* nicht. 423

Aber: Wird dieses auch und gerade in der rechtlichen Diskussion immer wieder referenzierte[869] faktische ‚Nie' eines solchen ‚Rechtssystems für Teufel' prekär – was eben durch die Verfügbarkeit rechtsrealisierender Technologien wenigstens diskutabel wird –, dann wird die Diskussion viel stärker als zuvor auf die *normativen* Gründe dafür verlagert werden (müssen), Rechtsübertretungen doch nicht auszuschließen, *obwohl* man es *könnte*.[870] 424

4. Schutz: vom Überwachungs- zum Hilfeleistungsnarrativ

Wir sind kein Volk von Teufeln. Das ist *prima facie* die einfache *normative* Begründung dafür, warum Recht im Sinn von Kommunikation als Steuerungsinstrument *grundsätzlich* reichen kann und reichen muss. Dass die Rechtsumsetzung damit kontingent ist, etwas subjektiv Zufälliges besitzt, ist in Kauf zu nehmen. 425

Ins Verfassungsdogmatische überführt: Weil wir kein Volk von Teufeln sind (sondern auf der ethisch-moralischen Appellebene erreichbar, die *Kant* aus seiner Bestimmung eines ‚idealen' Rechts ja herausgefiltert hat[871]), reiche grundsätzlich die Kommunikation des Gesollten aus. Die für ein umfassendes Zwangsregime im Sinn des *Kant*'schen idealen Rechts erforderliche, voraufgehende Überwachung[872] sei folglich nicht erforderlich, jedenfalls nicht verhältnismäßig.[873] Dass damit zwangsläufig Lücken und Retardierungen im – gegebenenfalls dann ja doch einmal erforderlichen – Vollzug von Recht eintreten, ist notwendige und bewusst in Kauf genommene Konsequenz aus dem ‚vorgeschossenen' Vertrauen in die Rechtschaffenheit der 426

867 *Willaschek*, in: Gerhardt (Hg.), Kant im Streit der Fakultäten, 2008, S. 188 (194); zur Staatsphilosophie von *Fichte* s. *Waechter*, Sicherheit und Freiheit in der Rechtsphilosophie, 2016, S. 70: „Aus diesem Widerspruch heraus lässt Fichte den Staat entstehen. Beide Beteiligten [Bürger] müssten sich den gegenseitigen Angriff unmöglich machen."

868 *Willaschek*, in: Gerhardt (Hg.), Kant im Streit der Fakultäten, 2008, S. 188 (202).

869 Vgl. neben *Poscher* u. a. auch *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 36: „Dies würde allerdings nicht nur die bürgerliche Freiheit zerstören, sondern auch die organisatorischen Kapazitäten des Staates bei Weitem überfordern; dieser würde an seinem Überwachungshunger buchstäblich ersticken."

870 So auch *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 26 Rn. 144.

871 Vgl. ausf. *Willaschek*, in: Gerhardt (Hg.), Kant im Streit der Fakultäten, 2008, S. 188 ff.

872 Statt vieler *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 36.

873 Präzise *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 26 Rn. 146 f. m. w. N.; ebenso, vor dem Hintergrund strafrechtlicher Theoriebildung, *Burchard*, JRE 27 (2019), 527 (550).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bürger, d. h. ist aus einer Steuerungsperspektive Konsequenz des Vertrauens auf den Erfolg der Kommunikation des Gesollten.

427 Wenn man dieser Argumentation folgt, fällt man auf die Anlassdogmatik des Bundesverfassungsgerichts[874] zurück, deren rechtsphilosophisches Kernpostulat es ja gerade ist, dass der Einzelne einen Anspruch darauf hat, nicht ständig ohne Anlass Rechtfertigung über die eigene Rechtschaffenheit ablegen zu müssen.[875] Er hat mit anderen Worten ein Recht darauf, dass ihm vorbehaltlich anderer Erkenntnisse Vertrauen und nicht Misstrauen (= Überwachung) entgegengebracht werde.[876] Damit könnte die Geschichte rechtlich-dogmatisch zu Ende erzählt sein. Ich meine, sie ist es nicht.

428 *a. Von der Überwachung zur Hilfeleistung: ein Wechsel des Narrativs.* Wir haben zu Beginn dieses Abschnitts von *Elisabeth Joh* gelesen, dass es dem Phänomen der Infrastrukturalisierung rechtserkenntnis- und rechtsdurchsetzungsfähiger Technologien nicht gerecht werden würde, sie mit dem „Echo" des Überwachungsnarrativs zu erfassen. Ich schließe mich dem an. Denn ‚Überwachung' und damit auch das damit verbundene hier sogenannte *Überwachungsnarrativ* passen auf eine Welt infrastrukturalisierter Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten nicht mehr (→ aa.). Stattdessen werden wir es sehr viel häufiger mit Situationen zu tun haben, die sich im hier sogenannten *Hilfeleistungsnarrativ* abspielen werden (→ bb.). Dieser Narrativwechsel ist rechtsdogmatisch bedeutsam (→ cc.).

429 *aa. Warum ‚Überwachung' begrifflich immer seltener passen wird.* Der Begriff Überwachung passt nicht mehr bzw. passt immer weniger, weil ‚Überwachung' etwas *Hinzutretendes* impliziert, ein bewusstes *Hin*schauen zunächst ohne konkreten Anlass,[877] in dem sich das Misstrauen oder doch wenigstens die Erwartung ausdrückt, der Überwachte werde oder könnte etwas tun oder unterlassen, das die Überwachung erst *ex post* betrachtet rechtfertigen *könnte* – es ist diese Reihenfolge des Geschehens, die den Vorwurf vom „Generalverdacht"[878] oder auch vom Fortschreiten des „Prädiktionsstaats"[879] evoziert.

874 s. ausf. oben, → § 2 Rn. 82 ff. Auch zur Alternative einer Umstellung auf *Gründe*.

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

876 Zur Bedeutung von ‚Vertrauen' als Grundlage der Rspr. auch schon oben, → § 2 Rn. 97, sowie nochmals ausf. unten, → S. 422 ff. Die von z. B. *Burchard*, JRE 27 (2019), 527 (551 f.) aus Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete Fundierung des Rechtssystems im Grundsatz eines (vorgeschossenen, kontrafaktisch zu gewährenden) Vertrauens in die rechtliche Rechtschaffenheit der Bürger erscheint damit also bereits verfassungsdogmatisch realisiert. Ähnl. auch *Rostalski*, GA 166 (2019), 481 (486), die allerdings weniger normativ als hegelianisch mit der natürlichen Vernunftbegabung des Menschen argumentiert.

877 Zu Anlässen für eine im Rechtssinn verhältnismäßige Überwachung → § 2 Rn. 105 ff.

878 Vgl. *Burchard*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 553 (565), wo *Burchard* gerade die Möglichkeiten neuer Technologien zur flächendeckenden Überwachung i. S. hat, und wo der Begriff des Generalverdachts zumindest eher passt als bei punktuellen Maßnahmen anlassloser Überwachung.

879 Vgl. v. a. *Volkmann*, NVwZ 2021, 1408 (114) m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das Bundesverfassungsgericht hatte in seinem Beschluss zu den automatisierten Kennzeichenkontrollen als idealisierten Startpunkt eine sozusagen leere und freie Welt vor sich, in der jeder und jede tun und lassen kann, was er bzw. sie möchte. In diese Freiheit tritt die staatliche Beobachtung von außen hinein, mit einer hemmenden Wirkung auch auf rechtmäßiges Verhalten der Überwachten (so die verfassungsgerichtliche These). Und deshalb ist die Überwachung nach überkommener Auffassung auch besonders rechtfertigungsbedürftig und zumindest in Deutschland und Europa engen Grenzen unterworfen. Diese Abfolge zeichnet staatliche *Überwachungs*maßnahmen generell aus. Nur nebenbei sei hier angemerkt, dass die Abfolge natürlich irreal ist: Genauso wenig, wie es in unserer hochverdichteten Gesellschaft sinnvollerweise eine vorrechtliche Freiheit geben kann, so wenig gibt es eine leere Welt ohne – wenigstens *sozial-gesellschaftliche* – Kontrolle. 430

bb. Warum wir stattdessen häufiger im hier sog. Hilfeleistungsnarrativ agieren werden. 431
Diese Abfolge wird sich in Zukunft aber ändern: Denn durch die Infrastruktur-Werdung von rechtserkenntnis- und rechtsdurchsetzungsfähigen Technologien wird das zur Hilfeleistung Fähige in Zukunft immer häufiger *schon da sein*. Damit kehren sich die Vorzeichen um:

Wie schon die polizeirechtlichen Generalklauseln für Fälle der *erkannten* Gefahr[880] 432
– in Abgrenzung zu den besonderen Ermächtigungen für informationelle Maßnahmen *im Vorfeld* der erkannten Gefahr – und wie vor allem § 323c StGB aus dem Jedermann geltenden Recht exemplarisch verdeutlichen,[881] ist dieses Schon-Da-Sein, wenn ein Rechtsverstoß zu geschehen droht, ein (narrativ) hoch bedeutsamer Vorgang: Es ist der Unterschied zwischen *grundsätzlich* unzulässiger, *spezifisch* begründungsbedürftiger Überwachung einerseits und grundsätzlich zu leistender (Not-)Hilfe andererseits, deren *Unterlassung* stattdessen guter Gründe bedarf. Oder, knapper gesagt: Es ist der Unterschied zwischen Hinschauen und Wegschauen.

Eine Folgefrage ist dann, im Fall *welcher* Rechtsbrüche dieses Wegschauen gesell- 433
schaftlich so unerträglich ist, dass eine Rechts*pflicht* zur Hilfe angeordnet werden soll. In der Manuskriptversion dieses Buches hatte ich es mir an dieser Stelle leicht gemacht und geschrieben, dass grundsätzlich jeder Verstoß gegen individual- und drittschützende Normen ausreichen könnte/müsste, um das Hilfeleistungsnarrativ zu aktivieren; und dass lediglich offen sei, wie mit Verstößen gegen solche, wegen

880 Zur möglichen Reduzierung des polizeilichen Ermessens hin zur Pflicht zum Einschreiten zum Schutz individueller Rechtsgüter (Ermessensreduzierung auf null) s. statt aller *Graulich*, in: Bäcker/Denninger/Graulich (Hg.), PolR-HdB, [7]2021, Abschnitt E Rn. 114 ff.; dort auch zum Verhältnis zu privatrechtlichem Rechtsschutz.

881 Zu dieser Norm und der Frage nach der Übertragbarkeit der darin enthaltenden allg. Pflicht zur Hilfe im Unglücksfall auf robotische Haushalts- und Servicehilfen oben, → § 2 Rn. 216 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Subjektivierungstendenzen des Unionsrechts[882] freilich immer seltener werdenden, Normen umzugehen sein werde, die wirklich *nur* Gemeinwohlgüter schützen. *Ralf Poscher* danke ich für den Hinweis, dass ich es mir damit allzu leicht gemacht hatte. Wäre, so gab er sinngemäß zu bedenken, § 323c StGB denn genauso weit ausgreifend formuliert worden, wenn der Gesetzgeber/die Gesellschaft eine Welt vor Augen gehabt hätte, in der „umfassende effektive Hilfe gegenüber jedem Rechtsbruch erfolgen könnte"? Die kritische Nachfrage hilft mir, etwas genauer zu sein und ein Missverständnis zu vermeiden: Keineswegs *müsste* eine *technikrechtliche* Entsprechung zu § 323c StGB genau dessen Konturen haben.[883] Es gibt gute Gründe, hier einerseits *mehr* Einsatz zu verlangen (die Unzumutbarkeitsschwelle dürfte für technische Systeme beispielsweise viel höher liegen als im Fall eines hilfeleistungsfähigen Menschen[884]), andererseits *weniger*, weil vielleicht – rechtspolitisch – nicht jeder Rechtsbruch gleichermaßen unerwünscht ist wie die in § 323c StGB genannten Fälle (zu der Frage, ob nicht erst die fehlende Relevanz bzw. sogar Beachtung der Norm diese erträglich macht, später[885] mehr – vorweg: Ich meine nein, weiß aber aus den Diskussionen zu dieser Frage, dass mancher das anders sieht). *Hier* geht es mir zunächst nur um die *grundlegende Wertung*, dass es einen Unterschied macht, namentlich verfassungsrechtlich, ob wir es mit Hin- oder Wegschauen zu tun haben. ‚Nur' *dafür* steht § 323c StGB oder stehen die polizeilichen Generalklauseln hier exemplarisch, nicht mehr.

434 *cc. Verfassungs- und rechtsdogmatische Relevanz des Narrativwechsels: der Unterschied zwischen Hin- und Wegschauen.* Der Unterschied zwischen Hin- und Wegschauen hat harte verfassungsdogmatische Konsequenzen:[886] Während in der Überwachungskonstellation die Grundrechte als *Abwehrrechte* unmittelbar aktiviert sind, weil ja eine Schutzpflicht *in concreto* nur bestehen *könnte*, ist es in der Hilfeleistungssituation die *Schutzpflicht*, die unmittelbar und zuerst aufgerufen ist. Das Abwehrrecht des ‚Angreifers', nicht zum ‚Objekt' physischer Rechtsdurchsetzung und dafür gegebenenfalls erforderlicher Datenverarbeitung zu werden, wird hier

882 Ob die im Unionsrecht betriebene *funktionale* Versubjektivierung der Rechtsordnung (dazu statt aller *Ludwigs*, in: Kahl/Ludwigs [Hg.], HVwR I, 2021, § 8 Rn. 37 f.) auch unmittelbar das Hilfeleistungsnarrativ eröffnen könnte, muss hier offenbleiben.

883 Hierzu schon oben, → § 2 Rn. 227 ff.

884 Oder sogar ganz fehlen, s. oben, → § 2 Rn. 222 ff.

885 Dazu → § 2 Rn. 464 ff.

886 Vgl. BVerfG, Urt. v. 20.4.2016, Az. 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 = BVerfGE 141, 220 – BKA-Gesetz, Sondervotum Schluckebier, Rn. 23, wonach es eine „nicht hinnehmbare Konsequenz [des BKAG-Urteils sei], dass der Rechtsstaat [bei Anfall von Zufallsfunden i. R. bestimmter eingriffsintensiver Überwachungsmaßnahmen wie Telefonüberwachungen u. U.] gezielt ‚wegsehen muss' und damit den potentiell betroffenen Einzelnen oder Rechtsgütern der Allgemeinheit der gebotene Schutz vorenthalten wird, um auf der anderen Seite dem Schutz der Daten derjenigen, mit denen sich die Maßnahmen befassen, den Vorrang einzuräumen". Auf *Schluckebiers* Sondervotum und seine Bedeutung für unsere Konstellation komme ich unten, → § 2 Rn. 468 ff., ausf. zu sprechen.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

in aller Regel[887] zurückstehen müssen – wie im Fall des allgemeinen Polizeirechts oder eben im Fall des § 323c StGB, der die wohl allgemeinste, weil auch Private als Verwaltungshelfer (*Pawlik*) umfassend in den Dienst stellende Rechtspflicht zur Hilfeleistung darstellt. Das Argument ‚Generalverdacht', das in der Anlassdogmatik des Bundesverfassungsgerichts als Eingriffsschwelle dogmatisch ausbuchstabiert ist, verfängt dann nicht mehr, bzw. genauer gesagt: diese Hürde ist genommen, denn der Anlass, zu handeln (oder zu warnen, zu melden etc.) ist eben da.

Folgt man der erläuterten Idee der Übertragbarkeit von § 323c StGB auf intelligente Maschinen (wohlgemerkt: *de lege ferenda* und mit gegebenenfalls angepassten materiellrechtlichen Konturen),[888] dann stellt auch das einfache Datenschutzrecht dem Narrativwechsel keine grundlegenden Hindernisse in den Weg, wäre doch die für das Funktionieren der oben genannten *Structures* allfällige Verarbeitung personenbezogener Daten zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung „erforderlich" und damit zulässig (Art. 6 Abs. 1 lit. c, Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO). 435

Im Folgenden will ich nun auf zwei Einwände gegen meine Argumentation eingehen, die durchaus gewichtig sind, die zumindest mich am Ende aber doch nicht überzeugen. Es geht einmal um einen technikbedingten Einwand (sogleich, → b., zu meinen Gegeneinwänden → c.) und einen normativen Einwand (→ d., dort auch direkt zu meinen Gegenargumenten). 436

b. Ein gewichtiger technikbedingter Einwand gegen den Narrativwechsel: Hilfsbereite Technologie schaut – anders als ein Mensch – nie einfach zufällig (!) ‚hin'. Es gibt einen gewichtigen Einwand gegen die These vom anstehenden Narrativwechsel: Auch avancierte intelligente Systeme sind keine Menschen, die ein Geschehen i. S. von § 323c StGB oder vergleichbaren Verhaltenspflichten zufällig wahrnehmen und vor dem Hintergrund der Hilfeleistungspflicht ‚einfach so' richtig verarbeiten könnten. Aktuelle künstliche Intelligenz arbeitet noch hochgradig aufgabenspezifisch,[889] d. h. sie erfüllt genau den Zweck, auf den sie trainiert wurde bzw. für den ihr – im Fall der symbolischen KI – entsprechende Regeln einprogrammiert worden sind. Eine *General Artificial Intelligence* mit der Fähigkeit zu generalisiertem Lernen und entsprechendem Anwenden gibt es *noch* nicht. 437

Unser Haushaltsroboter iC ist also – anders als ein menschlicher Haushaltsangestellter – nicht nur zur selektiven Wahrnehmung und Auswertung der aufgenommenen optischen oder sonstigen Input-Signale *fähig*, sondern die Festlegung des zu Selektierenden steht am Anfang seiner Programmierung/seines Trainings. Er *kann* nur *selektiert* und aufgabenspezifisch auswerten. Datenschutzrechtlich gesprochen kann 438

887 Vorbehaltlich allfälliger Überprüfung der Verhältnismäßigkeit der Mittel zur Durchsetzung des Rechts (also z. B.: kein Schuss zum Schutz des Eigentums am Apfel; s. schon oben, → § 2 Rn. 246).

888 s. ausf. oben, → S. 150 ff.

889 s. dazu einführend oben, → S. 44 ff., aber auch sogleich, bei → § 2 Rn. 442.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

damit die enge Zweckbindung auf – im Beispiel – *nur* Haushaltshilfe ohne Weiteres realisiert werden; anders als bei einem Menschen, dem diese Zweckbindung gerade nicht einprogrammiert werden kann.

439 In den beiden Narrativen gesprochen: Die Überwachungsleistung als Voraussetzung der Hilfeleistungsfähigkeit ist dem (aus anderen Gründen ‚zufällig' anwesenden) Menschen von Natur aus mitgegeben, dem (aus anderen Gründen ‚zufällig' anwesenden) KI-System/Roboter eben nicht, sondern muss als positive Kompetenz implementiert werden, muss also eben doch *hinzugefügt* werden. Der Haushaltsroboter iC würde, wenn nicht darauf trainiert bzw. programmiert, folglich nicht ‚erkennen', wenn seine Besitzerin gerade unberechtigt urheberrechtlich geschütztes Material auf *YouTube* hochlädt oder wenn sie ihren Freund im Bett ersticht, selbst wenn iC direkt neben dem PC steht oder direkt mit ihm vernetzt ist bzw. gerade im Schlafzimmer den Boden reinigt.

440 Es herrscht also technisch bedingt doch das Überwachungsnarrativ? Die Überlegung, es handele sich um Hilfeleistung, wäre dann neutralisiert durch die Einsicht, dass Hilfe im technischen Fall voraufgehende Überwachung voraussetzt, und weil diese nicht bzw. nur unter engen Voraussetzungen sein darf,[890] wird es jene nicht so häufig geben (dürfen), als dass sich der hier vertretene Narrativwechsel wirklich in großem Umfang einstellen könnte.

441 *c. Drei Gegeneinwände.* So kann man argumentieren. Ich halte diese Argumentation indes weder für nachhaltig noch – unter dem Gesichtspunkt staatlicher Schutzpflichten – für rechtlich dauerhaft durchhaltbar; auch empirisch-soziologisch betrachtet halte ich sie nicht für vermittelbar.

442 *aa. Der Einwand ist technologisch nicht nachhaltig.* Dieser Gegeneinwand kann knapp formuliert werden: An genereller künstlicher Intelligenz (*Artificial General Intelligence*/AGI) wird gearbeitet, sie wird weiterhin als (Fern-)Ziel der KI-Forschung ausgegeben.[891] Sobald ihre Entwicklung gelingt, wird es also doch auch technisch-formal um Weg- statt Hinschauen-Dürfen gehen, mit allen dieser Unterscheidung impliziten normativen Konsequenzen. Mit der sogenannten *General-purpose AI* (Anwendungsbeispiel ist das bekannte ChatGPT[892]) sind erste Schritte in diese Richtung bereits getan.[893]

890 Oben, → S. 102 ff, S. 165 ff.

891 s. oben, → § 1 Rn. 43 ff.

892 s. für weitere Bsp. s. den Nachw. in → § 1 Fn. 134.

893 Es ist die besondere Stärke der aktuell vieldiskutierten großen NLP-Anwendungen wie GPT, dass sie zunehmend "task-*agnostic*" statt "task-specific" lernen (*T. B. Brown* et al., in: Larochelle et al. [Hg.], Advances in Neural Information Processing Systems 33, 2020, S. 1877) und zunehmend auch multimodal arbeiten; s. hierzu ausf. oben, → § 1 Rn. 44 ff. und nochmals unten, → § 3 Rn. 36.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Der Einwand ist gesellschaftlich dauerhaft nicht vermittelbar. Auch wenn aktuell verbreitete künstlich-intelligente Systeme noch nicht über generelle Intelligenz verfügen, sondern funktional trainiert oder programmiert werden, so *simulieren* sie jetzt schon multifunktionale – generelle, mit anderen Worten menschliche – Kompetenzen in zunehmendem Maße: Zentral steht dafür die Idee des *Personal Assistants*/KI-Agenten, wie er in jedem modernen *Smart Phone* und zunehmend in *Smart Home Devices* implementiert wird (Stand 2025 freilich noch mehr schlecht als recht funktioniert – aber das dürfte sich nun rasch ändern). Auch die oben[894] beispielhaft vertieften Haushalts- und Servicehilfen werden sicherlich keine monofunktionalen Aktanten bleiben, sondern – mit Fortschreiten des technologisch Möglichen – neben dem Staubsaugen bald auch die Fensterreinigung übernehmen sollen usw. Insgesamt geht die technische Entwicklung in Richtung multifunktionaler Systeme, wie der Ausbau von Plattformsystemen, LLMs und zwischenzeitlich auch die Idee des Metaverse zeig(t)en.[895] 443

Gleichzeitig, auf einer phänomenologischen Ebene, vermenschlicht die Technologie dabei zunehmend. Denn von *Chatbots*, autonomen Fahrzeugen und den bislang vor allem industriell genutzten *Cobots*[896] über privat und geschäftlich genutzte *Personal Assistants* und KI-Agenten bis hin eben zu flexibel einsetzbaren humanoiden Haushalts-, Service- und Industrierobotern – alle Systeme *sollen* gerade mit Menschen kommunikationsfähig und auf dieser für ihre soziale Einordnung zentralen Ebene uns ähnlich(er) werden. 444

Dieser Trend ist nicht nur pragmatisch-wirtschaftlich, vielleicht auch emotional getrieben, sondern durchaus rechtlich forciert; er entspricht nämlich der verbreiteten Forderung, die Ergebnisse von KI müssten *explainable* sein, d. h. ‚die KI' solle am besten *self-explaining* sein.[897] Selbst wenn wir auf einer intellektuellen Ebene noch wissen (werden) bzw. uns nach Art. 50 AI Act gegebenenfalls sogar gesagt werden muss, dass beispielsweise ein hoch vernetzter *Personal Assistant* Soft- und Hardware ist: "for all practical purposes [it] often does resemble a person."[898] 445

Die Technologie entwickelt sich damit, vermutlich inkrementell und nach Sachbereichen differenziert, hin zum eigenständig handlungs- und kommunikationsfähigen und *so wahrnehmbaren* Akteur; bzw. – in Anlehnung an *Bruno Latours* Neologismus, der das Unmenschliche eines Akteurs sichtbar machen soll: entwickelt 446

894 Oben, ab → S. 150.
895 s. dazu bei/in → § 2 Fn. 850.
896 Die Abkürzung steht für Mensch-Maschine-Kollaborationen ohne trennenden Schutzraum, die in industriellen Anwendungen schon seit einigen Jahren zum Einsatz kommen, vgl. aus der insoweit bislang spärlichen jur. Lit. *Umbreit*, ARP 2021, 60 ff.
897 Dazu schon oben, → § 1 Rn. 51 ff.
898 Vgl. auch *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich zum eigenständig wahrnehmbaren *Aktanten*.[899] *Mireille Hildebrandt* spricht von einem neuen Animismus,[900] der mit solchen Technologien Einzug in die Welt halte.

447 Darauf aufbauend nun die hier zentrale Frage: Werden ‚intelligente' Produkte marktfähig sein, wenn sie sich zwar in ihrem funktionellen Alltag "for all practical purposes" einer Person annähern, sie aber dann, wenn es darauf ankommt, also wenn Menschen in ihrem sensorisch zugänglichen Umfeld Hilfe benötigen, stumm und tatenlos bleiben? Am konkreten Beispiel: Wären sie marktfähig, wenn für sie § 323c StGB und die darin enthaltene Rechtspflicht zur Hilfeleistung – anders als für alle ‚anderen' Menschen – *nicht* gälte?

448 Blickt man in eines der wirkmächtigsten literarischen Narrative zu Mensch-Roboter-Interaktionen, scheint die Antwort leicht zu fallen: Nach *Isaac Asimovs* erstem seiner berühmten drei Gesetze der Robotik müsste unsere KI, wenn sie denn könnte, helfen. Es lautet: "A robot may not injure a human being, or, through inaction, allow a human being to come to harm."[901] Sie (die KI) müsste also 'harm' von anderen Menschen abwenden, es sei denn, dies würde zu einer 'injury' eines anderen Menschen führen (ein Element der Verhältnismäßigkeit der Mittel ist also auch schon verbaut). *Asimovs* Gesetze werden in der Fachdiskussion um ethische Robotik und Mensch-Maschine-Beziehungen breit rezipiert und zugleich kritisiert;[902] kritisiert allerdings, soweit ersichtlich, vor allem dafür, dass Gesetze 2 und 3 es dem Roboter nicht gestatten, sich einem menschlichen Befehl zu widersetzen, sich *selbst* zu schädigen, bzw. nicht gestatten, sich gegen Angriffe zur Wehr zu setzen.[903] Diese spezielle Frage führt in die Diskussion um den ethischen, moralischen und gegebenenfalls auch rechtlichen Status intelligenter Systeme, die wir hier ausklammern können.

449 Hier geht es um *wahrscheinliche Erwartungen* einer breiteren Öffentlichkeit an die Hilfsbereitschaft von Maschinen, also darum, ob sie ab einem gewissen Grad der an ihren Interaktionsfähigkeiten bemessenen Vermenschlichung helfen *sollen*. Ich denke, dass die Frage – im Einklang mit *Asimovs* erstem Gesetz[904] – *im Grundsatz*

899 s. für den jur. Diskurs die Begriffsaufarbeitung bei *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (164 ff.) m. w. N.; s. auch *Wischmeyer*, in: Kulick/Goldhammer (Hg.), Der Terrorist als Feind? 2020, S. 193 (201), bezogen auf intelligente Videoüberwachung: Durch die Fähigkeit, „abweichende" Verhaltensweisen selbsttätig zu identifizieren, „wird die Videokamera endgültig vom bloßen Mittel der Gefahrenabwehrbehörden zu einem – in der Sprache der Akteur-Netzwerk-Theorie – eigenständigen Aktanten im Sicherheitsdispositiv".

900 *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. viii ff.

901 Zitiert nach *Anderson*, AI & Society 22 (2008), 477 f.

902 Für eine aktuelle ethische Verarbeitung von *Asimovs* fiktionalen Gesetzen s. die Beiträge in *Wallach/Asaro*, Machine ethics and robot ethics, 2017; außerdem *Murphy/Woods*, IEEE Intelligent Systems 24 (2009), 14 ff.; *Anderson*, AI & Society 22 (2008), 477 ff.; *McCauley*, Ethics and Information Technology 9 (2007), 153 ff.

903 Zitiert nach *Anderson*, AI & Society 22 (2008), 477 (490 ff.).

904 Vgl. *Murphy/Woods*, IEEE Intelligent Systems 24 (2009), 14: "The three laws have been so successfully inculcated into the public consciousness through entertainment that they now appear to shape society's

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ohne jeden Zweifel zu bejahen ist; dass es aber natürlich im Detail dann darauf ankommt, welche „Unglücksfälle" (in der Terminologie von § 323c StGB) am Ende tatsächlich zum Einschreiten verpflichten und welche nicht, welche Rechtsverstöße mit anderen Worten als lässlich gewertet würden und welche Regeln tatsächlich ernst gemeint (und also wirklich präventiv durchzusetzen) sind. Es wird einen Unterschied machen, ob der präsente humanoide Roboter stumm bleibt, wenn wir die rote Ampel überqueren oder einen Urheberrechtsverstoß begehen, oder ob er beim Mord ‚zusieht'.

Das war nun bei genauem Hinsehen natürlich eine hochgradig voraussetzungsvolle These im Tatsächlichen, die einer differenzierenden empirischen Überprüfung bedarf. Eine solche kann hier nicht geleistet werden. Deshalb sei sie (die These) auch ausdrücklich nur zur Diskussion gestellt: 450

> *Ein Produkt, das nach der Wahrnehmung der Menschen einem Menschen vergleichbare Fähigkeiten hat (simulieren kann), diese im (näher zu bestimmenden) Not- und Unrechtsfall aber nicht zugunsten von Menschen bzw. ihrer Rechtsgüter einsetzt, ist nicht marktfähig, da sozial nicht akzeptanzfähig.*

Anders gewendet: Dass eine technisch zur (Not-)Hilfe fähige Struktur diese Hilfe *nicht* leisten muss (oder zumindest darf), nur weil das nicht ihrer unmittelbaren Zweckbestimmung entspricht, erschiene mir (unternehmens)politisch auf Dauer kaum durchhaltbar. 451

Ähnlich skeptisch scheint mir übrigens auch *Christoph Burchard* zu sein, wenn er schreibt, dass ein Verzicht auf die immer weitere Optimierung der Rechtsdurchsetzung durch KI 452

> „gehörigen kriminalpolitischen und straftheoretischen Mut voraus[setze]. Immerhin müsste beispielhaft die öffentliche wie private Fremd- und Eigenüberwachung, die notwendig ist, um Predictive bzw. Big Data Policing zu ermöglichen, als übermäßig freiheitsinvasiv klassifiziert werden. Und der virtuelle Freiheitsgewinn der Vielen, die keiner Überwachung ausgesetzt werden, müsste dem realen Freiheitsverlust der Wenigen vorgezogen werden, die Opfer von Straftaten werden, die sich durch den Einsatz von KI (wohl) hätten verhindern lassen."[905]

Da nun aber diese These von der fehlenden Akzeptabilität nur virtueller Freiheit im Tausch gegen realen Rechtsgüterschutz hier nicht weiter fundiert werden kann, soll weiter nach rechtlich haltbare(re)n Argumenten für die These vom rechtlich relevanten Narrativwechsel gesucht werden. 453

---

expectations about how robots should act around humans." Die beiden Autoren schlagen selbst alternative Regeln vor (a. a. O., S. 19 f.), die sich aber an *Asimovs* Gesetzen orientieren.

905 *Burchard*, JRE 27 (2019), 527 (550). *Burchard* argumentiert ganz im Überwachungsnarrativ; der m. E. normativ bedeutsame Wechsel ins Hilfeleistungsnarrativ findet bei ihm, soweit ersichtlich, keine Erwähnung.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

454 *cc. Der Einwand ist auch rechtlich nicht durchhaltbar.* Von genereller künstlicher Intelligenz sind wir noch ein Stück weit entfernt, und die These, dass menschlich scheinende KI aus gesellschaftlichen Akzeptanzgründen heraus Menschen zumindest zur Einhaltung bestimmter Regeln zwingen müsste, kann hier methodisch nicht weiter fundiert werden. Es gibt aber noch eine dritte, weniger empirische, sondern im Kern rechtliche Argumentation zur Untermauerung der These vom Narrativwechsel. Sie baut auf der Formulierung eines allgemeinen Rechtsgedankens der KI-Regulierung auf. Er lautet:

> *Autonome Maschinen, die sich durch einen dem Menschen angleichenden Aktionsradius mit entsprechenden Freiheitsgraden auszeichnen, müssen sich an die für Menschen im konkreten Handlungsumfeld geltenden Regeln halten (können).*[906] *Sie müssen insoweit zur Law-abiding Technology werden.*[907]

455 Exemplarisch, aber – wie oben bereits ausgeführt – verallgemeinerungsfähig[908] stehen hierfür §§ 1a, 1e StVG. Zur Erinnerung: Die Normen besagen, dass sich hoch- und vollautomatisierte und autonome Fahrzeuge an die „an die Fahrzeugführung gerichteten Verkehrsvorschriften" halten müssen, um genutzt werden zu dürfen. Die hier für den sehr spezifischen, im Alltag aber bedeutsamen Lebensraum ‚Straßenverkehr' enthaltene *Compliance*-Anordnung enthält den soeben genannten, zu

906 Vgl. für den Kontext des autonomen Fahrens auch schon früh *Prakken*, Artificial Intelligence and Law 25 (2017), 341, bes. S. 344 f.; verallgemeinernd und im Erg. wohl zu weitgehend die These von *Abbott*, The Reasonable Robot, 2020, S. 3 f., der für ein "default" einer von ihm sog. "AI legal neutrality" wirbt, die besagt, dass – vorbehaltlich guter Gründe für eine Abweichung – "the law should not discriminate between AI and humand behaviour." "[A]s AI increasingly occupies roles once reserved for people, AI will need to be treated more like people, and sometimes people will need to be treated more like AI." Zur Relevanz für die Einhaltung spezifisch strafrechtlicher Verhaltensvorgaben s. a. a. O., S. 15. Krit. zu einem solch weitreichenden *Default* hingegen *Craig*, Jerusalem Rev. of Legal Studies 25 (2022), 24 (25): "Rights and responsibilities should be allocated with a clear view to the relationships and subjectivities that they shape and the social values they advance." Differenzierend auch *Rachum-Twaig/Somech*, in: Barfield/Weng/Pagallo (Hg.), Cambridge Handbook on Human-Robot Interaction, Kap. 30, die danach fragen, welche sozialen Normen auf robotische Systeme übertragen werden sollen und müssen. In Ansätzen findet sich die „akteursbezogene Indifferenz des Rechts" (s. *Esposito*, in: Beyes et al. [Hg.], Niklas Luhmann am OVG Lüneburg, 2021, S. 127 [130]) freilich schon bei *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1997, S. 46 f.: „Die Art der ‚Anlage', auf der Programme ausgeführt werden, die Maschine bzw. das menschliche Gehirn, ist für die ‚Logik' und die Richtigkeit des Schlusses unerheblich […]. Sind [bestimmte] Bedingungen erfüllt, dann gilt | im Prinzip, daß die Übertragung der Entscheidung auf Maschinen die Rechtslage selbst nicht verändert." Und noch viel grundlegender a. a. O., S. 60, dort Fn. 24: „Aufs letzte gesehen gibt es keine rationalen Gründe, die Menschenleistung der Maschinenleistung vorzuziehen. Und jedesmal, wenn die Befürworter des Menscheneinsatzes ihre Gründe präzise formulieren, schaffen sie damit zugleich die Grundlage für die Formulierung neuer äquivalenter Maschinenprogramme."

907 s. zum Begriff schon → § 1 Rn. 59. Damit ist der Steuerungscharakter von Recht betont. Diese Betonung bedeutet allerdings mitnichten automatisch, dass sich Recht, soweit es sich *an Menschen richtet*, in diesem Steuerungscharakter erschöpfen muss (mir scheint, dass *Rösinger*, ZfDR 2021, 147 [149 f.], aber genau davon ausgeht), beantwortet m. a. W. nicht die Frage, ob es *für Menschen* eine Freiheit zum Rechtsverstoß/zur Selbstbestimmung über den eigenen Rechtsgehorsam gibt oder geben muss. Dazu dann → § 5.

908 s. oben, → § 2 Rn. 202 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verallgemeinernden Rechtsgedanken: Denn wenn autonome Maschinen mit einem dem Menschen vergleichbaren Aktionsradius und entsprechenden Freiheitsgraden sich *nicht* an die für Menschen im konkreten Handlungsumfeld geltenden Regeln halten könnten, dann wären sie unbrauchbar. Es würde den Menschen in seiner Aktions- und Interaktionsfähigkeit in einer robotisierten Umwelt seinerseits massiv einschränken, wenn die von der Geltung der Gesetze und Rechtsvorschriften vermittelte Erwartungsstabilisierung hinsichtlich des Verhaltens Dritter für die Aktantengruppe ‚Roboter/KI' nicht greifen würde.[909]

Das ist zuerst auch ein soziologisches und rechtspolitisches Argument; es folgt aber dahinter – als harter verfassungsrechtlicher Kern – aus den Schutzpflichten des Grundgesetzes, die bekanntlich den Staat in ihrer Gesamtschau auf die Herstellung einer objektiven Werte*ordnung* verpflichten. Bewusst ist hier einmal die Ordnung betont. Denn der Diskussion um die *Werte*-gerechten Inhalte dieser Ordnung vorgelagert erfordert Ordnung primär eben das: die Herstellung einer wechselseitig kommunizierbaren, kommunizierten und zumindest grundsätzlich auch gelebten (d. h. gegebenenfalls: durchgesetzten) Ordnung.[910] Auf unser Thema angewandt, verlangt das Schutz vor der Emergenz neuer, wirkmächtiger künstlicher Aktanten, die sich in ihrem autonomen Verhalten dem tradierten und legitimen Erwartungshorizont der Regelbefolgung entziehen (könnten) und damit die Grundlage einer geordneten Koexistenz von Mensch und Maschine, einschließlich der Menschen untereinander, (zer)stören würden. 456

Simple, plakative Beispiele: Der Einkaufsroboter darf natürlich nicht stehlen, auch wenn sein Auftrag lautet, die Lebensmittel ‚möglichst günstig zu beschaffen'. Das autonome Fahrzeug darf natürlich nicht die direkte Route wählen, auch wenn diese schneller zum Ziel führt, wenn es dafür eine Fußgängerzone befahren müsste. Eine digitale Steuererklärungs-Assistenz darf natürlich nicht Nebeneinkünfte verschweigen, nur weil ihre Aufgabe die Optimierung der Steuerschuld ‚nach unten' ist. Der Haushaltsroboter darf nicht die Stromleitung der Wohnung nebenan anzapfen, wenn und weil seine Aufgabe ‚Reduzierung des eigenen Stromverbrauchs' ist. Der *Smart-Home*-KI-Agent darf nicht illegale *Videosharing*-Plattformen aufrufen, wenn wir es darum bitten, Vorschläge für einen Filmabend zu machen. Und so weiter. 457

909 Vgl. hierzu auch *Kube*, AöR 146 (2021), 494 (516), wenn auch ohne ausdr. Bezug zu intelligenten Systemen: „Ohne Vertrauen in das – seinerseits als Vertrauensspeicher dienende – Recht, in seinen Vollzug und seine Befolgung wäre ein geordnetes Zusammenleben nicht möglich." Zur damit angesprochenen „Erwartbarkeit wechselseitigen Erwartens" *Luhmann*, in: ders. (Hg.), Ausdifferenzierung des Rechts, 1999, S. 191 (207) m. w. N.

910 Vgl. i. d. S. auch *Kube*, AöR 146 (2021), 494 (504 f.). Man kann diese Überlegung als „oberflächlich-rechtstheoretisches (Vor-)Verständnis" werten/abtun und eine Theorie normativer Ordnungen anspruchsvoller als Arrangement für einen fortdauernden Widerstreit um die Rechtfertigung von Normen in Kenntnis ihrer Fehlbarkeit deuten wollen; so *Burchard*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 553. Aber selbst dieser Widerstreit setzt, soll er zivilisiert erfolgen, eine physisch relevante (also wohl „oberflächliche") Ordnung voraus.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

458 Warum ist das für uns relevant? Bislang folgt aus diesen Überlegungen lediglich, dass der Roboter/der KI-Agent *selbst* in der Lage sein muss, sich an Recht zu halten, nicht aber, dass er es auch *gegenüber anderen* durchsetzen muss. Tatsächlich ist es für uns auf zwei Ebenen wichtig:

459 *Erstens* wird sich irgendwann die Frage stellen, ab wann ein System über hinreichend Autonomie bei der Erfüllung von Aufgaben verfügt, um wertungsmäßig vom Werkzeug zu einem der Mitstörer- oder Mittäterschaft fähigen Akteur zu werden.[911] Wenn es soweit ist, dann werden wir ‚ihm' – dem Roboter – Mitstörer- und Mittäterschaft auf Ebene der Programmierung sicherlich verbieten müssen. Sein *Default Setting* wird auch insoweit fortdauernd *Compliance* sein müssen. Exemplarisch kann hier erneut auf das StVG verwiesen werden, diesmal auf dessen § 1e Abs. 2 Nr. 5. Die weiter oben[912] schon besprochene Vorschrift besagt in ihren Nummern 3 und 4 sinngemäß, dass ein autonomes Fahrzeug erkennen können muss, ob „die Fortsetzung der Fahrt nur durch eine Verletzung des Straßenverkehrsrechts möglich wäre". Dann muss es die Kontrolle an die menschliche Technische Aufsicht abgeben, die dann über die (rechtsverletzende) Weiterfahrt entscheiden muss und darf. Das aber gilt mit der Einschränkung, dass das Fahrzeug auch die menschliche Entscheidung bzw. das damit verbundene Fahrmanöver weiter selbsttätig überprüft und sie – die menschliche Entscheidung – blockieren muss, „wenn das Fahrmanöver [der Technischen Aufsicht] am Verkehr teilnehmende oder unbeteiligte Personen gefährden würde" (§ 1e Abs. 2 Nr. 5 StVG). Das Fahrzeug muss insoweit zur *Impossibility Structure* werden, es darf, plakativ ausgedrückt: nicht zum Mit- bzw. Nebentäter[913] einer Körperverletzung durch die Technische Aufsicht werden. Wenn wir jetzt bedenken, dass *wir selbst* immer mehr von dem, was wir tun, *durch* ‚intelligente' oder *mithilfe* ‚intelligenter' Technologie tun, also z. B. kommunizieren, reisen, unsere Finanzen regeln, Wasser verbrauchen usw., dann bedeutet das, dass auch *unser Default Setting* bald sein könnte, dass wir insoweit nur noch Rechtmäßiges tun *können*.

460 *Zweitens* ist für uns aber noch wichtiger: Der hier formulierte allgemeine Rechtsgrundsatz hat zur Folge, dass, je höher der Autonomiegrad eines Aktanten ist, umso mehr Rechterkennungstechnologie schon zur Erfüllung der *eigentlichen* Funktionalitäten verbaut werden muss. Womit der eingangs[914] im Sinn des überkommenen Überwachungsnarrativs formulierte Einwand (= die Rechtserkenntnistechnologie trete *hinzu* und sei damit phänomenologisch und folglich auch rechtlich Überwachung) dann doch sukzessive mit den wachsenden Aktionsmöglichkeiten der

911 Oben, → § 2 Rn. 204, 260.
912 Oben, → § 2 Rn. 193, 204.
913 In die im Strafrecht zu führende Diskussion, ob es fahrlässige Mittäterschaft gibt oder ob in diesem Fall metaphorisch sogar eher Alleintäterschaft ‚des autonomen Fahrzeugs' durch Unterlassen vorliegt, will ich hier nicht einsteigen.
914 s. soeben, → § 2 Rn. 437.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Systeme neutralisiert wäre. Dabei kann hier nicht ausbuchstabiert werden, welche Rechtspflichten für welche Aktionen bzw. ab welchem Aktionsradius von welchem Typus Maschine beherrscht werden können müssen. Wenn wir noch einmal an die robotischen Haushalts- und Servicehilfen denken: Sicherlich werden sie Normen zum Schutz von Leib, Leben, Freiheit und Eigentum, zur Koordination im Straßenverkehr, zur Regelbefolgung beim Einkauf oder zur rechtskonformen Kommunikation mit Besuchern oder online schneller beherrschen können müssen als steuerrechtliche Regeln. Wir können uns hier aber letztlich auf den Grundsatz zurückziehen: Je mehr und je allgemeiner eine Maschine das ihr geltende Recht in einer konkreten Situation erkennen und umsetzen können muss, umso mehr befinden wir uns in einer Situation, in der rechtserkenntnis- und aktionsfähige Technologie bereits ‚*da*' (aktiviert) ist, *bevor* eine mögliche Rechtsgutverletzung im der Maschine sensorisch zugänglichen Umfeld geschieht – und umso mehr sind wir eben statt im Überwachungs- im Hilfeleistungsnarrativ.

Wir befinden uns dann zunehmend in einer Konstellation, die – in der menschlichen Parallele – der von § 323c StGB entspricht. Gilt nun auch hier der oben formulierte allgemeine Rechtsgrundsatz, dass Maschinen grundsätzlich dieselben Regeln einhalten können müssen, die für Menschen in äquivalenten Situationen gelten? Wie schon dargelegt,[915] ist speziell § 323c StGB keine Norm, die schon *de lege lata* auf ‚intelligente' Maschinen anwendbar wäre. Die allgemeine Hilfeleistungspflicht dient nach aktuellen Auffassungen in der Strafrechtswissenschaft dem aktiven Individualgüterschutz und damit der staatlichen Schutzpflichterfüllung. Bekanntlich hat der Staat insoweit einen weiten Einschätzungsspielraum, ob und wie er diesen Pflichten nachkommt. Er wäre also von Rechts wegen nicht dazu *gezwungen*, eine ihrem Umfang nach § 323c StGB entsprechende Hilfeleistungspflicht auf Maschinen zu erstrecken.[916] 461

Aber nach der hier vertretenen Auffassung *könnte* er sich dazu entscheiden, auch Maschinen bzw. deren Programmierer/Hersteller dazu zu verpflichten, dort, wo eine entsprechend erkenntnis- und aktionsfähige Maschine nach Maßgabe ihrer Sensorik ‚anwesend' ist, Hilfe zu leisten.[917] Die mit der begrifflichen Einordnung als ‚Überwachung' verbundenen, rechtlichen und darüber hinaus auch rechtspolitischen, historischen und wohl sogar emotionalen Gewichte, die *dagegen* streiten,[918] sind im Hilfeleistungsnarrativ nicht mehr aktiviert, sondern es greift, wie gesagt, in der Abwägung ein gegenteiliger ‚Bias': Besonders begründungsbedürftig wird sein, 462

915 s. oben, → § 2 Rn. 227 ff.

916 Dazu, dass § 323c StGB nach heute h. M. ein Instrument staatlicher Schutzpflichtenerfüllung ist (und nicht mehr der Durchsetzung einer gesellschaftlichen Solidaritätserwartung dient), → § 2 Rn. 220.

917 Dazu, dass bei der Ausgestaltung entsprechender Rechtspflichten auf die Rechte der Hersteller Rücksicht zu nehmen ist, oben, → § 2 Rn. 245.

918 s. hierfür oben, → § 2 Rn. 407.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

warum die Maschine soll ‚*wegschauen*' dürfen (d. h. soll nicht helfen müssen), *obwohl* sie den Hilfeleistungsbedarf erkannt hat und entsprechend reaktionsfähig ist.

463 Wichtig ist zuletzt noch der Hinweis, dass es dem Gesetzgeber jedenfalls möglich und im Interesse der Verhältnismäßigkeit der Mittel der Hilfeleistung[919] auch aufgetragen ist, die Wirkungen und Wirksamkeit von maschinellen Hilfeleistungen über das gesamte Spektrum der genannten Technologien von *Compliance Assistance* (i. e. S.) über *Justification* bis hin zur *Impossibility Structure* rechtsguts- oder rechtsnormspezifisch zu skalieren.[920] Auch hier liefert nochmals § 1a StVG ein Beispiel: Während das autonome Fahrzeug menschlich angeordnete Fahrmanöver verweigern muss, wenn sie *Personen* gefährden,[921] muss es Sachschäden, die durch Fahrmanöver entstehen, ‚lediglich' protokollieren und dem gegebenenfalls Geschädigten zur Rechtsverfolgung zugänglich machen.[922]

464 *d. Ein normativer Einwand: Wohnt nicht doch einer jeden Hilfeleistungspflicht ein Moment der Überwachung inne (d. h. Gleichzeitigkeit der Narrative statt Alternativität)?* Schließlich soll eine naheliegende Replik auf die soeben genannten Gegeneinwände durchdacht werden, über die ich namentlich mit Jens-Peter Schneider und Nikolaus Marsch viel diskutiert habe: Wohnt nicht einer allgemeinen Pflicht zur Hilfeleistung, die jeden Anwesenden – lediglich vorbehaltlich eigener Gefährdung – zur Hilfe in jedem Unglücksfall verpflichtet (um bei § 323c StGB zu bleiben[923]), doch immer *auch* ein Element der *Überwachung* inne? Implizit leitet *Pawlik* selbst mit seiner Analogie von der Inpflichtnahme des zur Hilfeleistung Verpflichteten als *staatlichem* „Verwaltungshelfer" auf diese Überlegung hin: § 323c StGB als breitflächiges – von der öffentlich-rechtlichen Wissenschaft meines Wissens bislang freilich völlig übersehenes – staatliches Überwachungsarrangement? Und könnte es nicht sein, dass diese sehr allgemeine Überwachungsmaßnahme gegenwärtig nur deshalb erträglich ist, weil die Norm überhaupt nur auf zufällig Anwesende beschränkt ist *und* sie vermutlich bewusst oder unbewusst[924] kaum beachtet wird, ihre Verletzung

919 s. oben, → § 2 Rn. 246 f.
920 s. dazu auch → § 2 Rn. 359.
921 s. dazu oben, → § 2 Rn. 193, 204.
922 s. dazu oben, → § 2 Rn. 194 f., 206 f.
923 Zur Erinnerung: Nach Auffassung von *Michael Pawlik* reicht sogar der einfache Diebstahl aus, um die Pflicht zur Hilfeleistung zu aktivieren, s. *Pawlik*, GA 142 (1995), 360 (366). Freilich ist *Pawliks* Position zum Umfang der von § 323c StGB auferlegten Pflichten bes. weitgehend, vgl. → § 2 Rn. 214. Namentlich der BGH verlangt eine Straftat von gewisser Schwere, vgl. BGH, Beschl. v. 10.3.1954, Az. GSSt 4/53 = BGHSt 6, 147 – Hilfeleistung nach Selbstmordversuch. Auf die Unbestimmtheit dieser Position sei hier nur am Rande hingewiesen.
924 Bspw. wegen fehlender Rechtskenntnis oder Aufmerksamkeit anwesender Menschen.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

jedenfalls kaum Gegenstand von Strafverfahren ist?[925] Die Fragen leiten hin zu schwierigen Überlegungen.

Klar ist dabei zunächst nur Folgendes: Es kann nicht in Abrede gestellt werden, dass die *praktischen* Abschwächungen, welche die Wirkmacht von § 323c StGB oder auch die Eingriffsbefugnisse einer *anwesenden* Polizistin erfahren,[926] im Fall von rechtserkenntnis- und entsprechend handlungsfähigen Technologien *nicht* mehr greifen. Das ist ja gerade der Clou der sich abzeichnenden Infrastrukturalisierung: Das Maß an Hilfe ist rein *praktisch* betrachtet potentiell unbegrenzt. Es wäre jedenfalls viel größer als die ‚Überwachung', welche die allgemeine *menschliche* Hilfeleistungspflicht oder die wenigen Streife gehenden Polizisten bewirken. Zumal, daran sei auch erinnert, auch der zweite Abschwächungsgrund bei Maschinen nicht greifen *darf*: Da diese sich qua Programmierung zwingend *law abiding* verhalten müssen,[927] kommt die bewusste oder unbewusste Nichtbeachtung, die man für § 323c StGB einmal vermuten darf, hier nicht als Korrektiv in Frage. 465

Wenn wir daher einmal annehmen, dass das Hilfeleistungs- das Überwachungsnarrativ nicht komplett verdrängen würde, sondern sie beide *gleichzeitig* greifen würden, dann hätte das zur Folge, dass eben *auch* die Hürden der Anlassrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[928] zu überwinden wären, sollte der Gesetzgeber beschließen, die Hilfeleistungspflicht für KI-Aktanten zu normieren. Die Hürden wären dann zwar niedriger, eben weil es *auch* um akute Hilfeleistung ginge. Nichtsdestotrotz dürfte der Gesetzgeber den Rechtsgedanken von § 323c StGB nicht 1:1 auf Maschinen übertragen, sondern nur in abgeschwächter, z. B. auf hochrangige Rechtsgüter beschränkter Form. Tatsächlich ist das ein Kompromiss, der im geltenden Strafrecht an anderer Stelle schon umgesetzt wurde: § 138 StGB verpflichtet nicht zur Anzeige *aller* Straftaten (oder gar Rechtsverletzungen) mit dem Ziel, diese zu verhindern, sondern nur zur Anzeige bestimmter, schwerer Delikte. 466

Meines Erachtens ist es eine gefährliche Strategie, Überwachung und Hilfeleistung für parallel wirksam zu erklären: Gerade weil der Begriff der Überwachung – mit seinen dogmatischen Konsequenzen – die Qualität eines Narrativs hat, kann er auch Rückwirkungen auf gesellschaftliche Einstellungen haben: *Besagt* das Recht, dass in jeder Hilfeleistung eine Überwachung liegt, und weil ‚Überwachung' mindestens ambivalent, angesichts der Assoziationen, die damit verbunden sind, wohl sogar 467

925 Das Statistische Bundesamt weist für 2021 133 Verurteilungen wegen Verstoßes gegen § 323c StGB aus, im Vergleich zu 815.199 nach allgemeinem Strafrecht Verurteilten in diesem Jahr insgesamt, s. *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege 2021, S. 16, 42.

926 Auch diese müsste und dürfte ja nicht wegschauen, wenn sie eine Gefahr/Rechtsgutverletzung wahrnimmt, sondern dürfte und müsste verhältnismäßige Hilfe leisten; zur hiermit auch angerissenen Frage der Ermessensreduzierung auf Null schon in → § 2 Fn. 880.

927 s. soeben, → § 2 Rn. 454.

928 s. oben, → § 2 Rn. 82 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

negativ konnotiert ist, droht die Gleichsetzung einer Erosion der Hilfsbereitschaft in der Bevölkerung *zwischen Menschen* Vorschub zu leisten und ihr vor allem *Rechtfertigung* zu liefern. Das rät zu großer Vorsicht, was die Annahme von Gleichzeitigkeit der Narrative angeht.

468 Als hilfreich könnte es sich an dieser Stelle allerdings erweisen, die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zur sogenannten „hypothetischen Datenneuerhebung“[929] vergleichsweise heranzuziehen. Die Rechtsprechung ist deshalb hier *prima facie* relevant, weil es darin auch um „Zufallsfunde“[930] geht. *Wilhelm Schluckebier* verdeutlicht in seinem Sondervotum zum BKAG-Urteil des Verfassungsgerichts die Wirkungen der komplizierten Rechtsprechung[931] an anschaulichen Beispielen:[932] Darf das Bundeskriminalamt Hinweise auf einen Diebstahl oder eine Umweltstraftat, die „zufällig“ bei einer präventiven Telefonüberwachung erlangt wurden, an die zuständige Ortspolizeibehörde weiterleiten? Umgekehrt: Darf eine Landespolizeibehörde Hinweise auf einen drohenden Farbbeutelanschlag auf einen Politiker an das zuständige BKA weitergeben? Nach der geltenden Rechtsprechung dürfen die jeweiligen Behörden das *nicht* tun, weil das jeweils bedrohte Rechtsgut nicht so hochrangig ist, als dass es die eingriffsintensive Telefonüberwachung *hierfür* hypothetisch hätte rechtfertigen können. Ginge es hingegen – so führt *Thomas Schwabenbauer* die Beispiele von *Schluckebier* weiter – um Hinweise auf eine Tötung, dann wäre der Datenaustausch jeweils zulässig.[933] Steckt hierin nicht – *mutatis mutandis* auf unsere Situation übertragen – die Aussage des Bundesverfassungsgerichts, dass Hilfeleistung nicht nur versagt werden darf, sondern versagt werden muss, weil sie ansonsten die grundrechtlichen Grenzen der – nach der Senatsmehrheit *noch zulässigen* – *Überwachung* von Individuen schwächen könnte?

469 Zunächst: Ich teile die Auffassung von *Schluckebier*, dass die Rechtsprechung der Senatsmehrheit zu Überwachungsmaßnahmen

> „bei denen […] Zufallserkenntnisse anfallen, [zu] kaum erträglichen Ergebnissen führ[t], weil [sie] von der rechtsstaatlichen Ordnung nicht mehr und nicht weniger verlangt, als vor drohenden Gefahren für ebenfalls wenigstens gewichtige Rechtsgüter *die Augen zu verschließen* und die Realisierung von Straftaten und die Beschädigung von Rechtsgütern hinzunehmen.“[934]

929 Hierzu ausf., allerdings krit., *Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, 2015, 486 ff.
930 *Schwabenbauer*, in: Bäcker/Denninger/Graulich (Hg.), PolR-HdB, [7]2021, Abschnitt G Rn. 29 f.
931 s. Ibid., Rn. 249 ff. m. w. N. zur Rspr.
932 BVerfG, Urt. v. 20.4.2016, Az. 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 = BVerfGE 141, 220 – BKA-Gesetz, Sondervotum Schluckebier, Rn. 21 f.
933 *Schwabenbauer*, in: Bäcker/Denninger/Graulich (Hg.), PolR-HdB, [7]2021, Abschnitt G Rn. 254.
934 BVerfG, Urt. v. 20.4.2016, Az. 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 = BVerfGE 141, 220 – BKAG-Urteil, Sondervotum Schluckebier, Rn. 20. Hervorhebung hier.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Es ist genau dieser Umstand, dass in großem Umfang „gezielt ‚weg[ge]sehen [werden] muss'",[935] der nach meiner Auffassung[936] und offensichtlich auch für *Schluckebier* zu einer „nicht hinnehmbaren Konsequenz"[937] führt.[938] 470

Nun ist darauf hinzuweisen, dass auch *Schluckebier* dort vorsichtiger formuliert, wo es um „anlasslos in großer Breite erhobene Massendaten geht",[939] oder wo es um 471

> „Erkenntnisse [geht], die mittels hochinvasiver, besonders schwerwiegender Eingriffe gewonnen worden sind, wie das etwa bei der Wohnraumüberwachung und der Online-Durchsuchung informationstechnischer Systeme der Fall ist."[940]

„[A]llenfalls" (!) hier könne das Wegsehen „seine Berechtigung" haben.[941] Da es nun bei uns – angesichts der dargestellten Infrastrukturalisierung von rechtserkenntnisfähigen Technologien – ja gerade um massenhaft erhobene und potentiell auch aus hoch geschützten Räumen stammende Daten geht, stellt sich die Frage, ob man auch in unserer Konstellation mit *Schluckebier* ins Zweifeln kommen muss. 472

Ich meine nein: Denn *letztlich* wird auf einen genauen zweiten Blick der hier um des Argumentes willen angestellte Abgleich unserer Konstellation mit dem Konzept der hypothetischen Datenneuerhebung insgesamt schief und verliert seine Aussagekraft. Der ganz entscheidende Punkt in der Entscheidung der Senatsmehrheit im BKAG-Urteil war es ja, dass der „Zufallsfund" aus einer eingriffsintensiven, vorausgehenden staatlichen *Überwachungs*maßnahme wie eben z. B. einer Telefonüberwachung resultiert. Es handelt sich also streng genommen gar nicht um einen wirklichen „*Zufalls*fund", wie er für die Konstellation der allgemeinen Hilfeleistungspflicht kennzeichnend wäre; sondern richtigerweise um ‚Beifang' einer staatlichen Überwachungsmaßnahme und -technologie, die *nicht* ohnehin schon ‚da' war.[942] 473

Damit führen letztlich alle Überlegungen zu dem Punkt, hinterfragen zu können und zu müssen, ob das ‚Schutzgut', das man mit dem *Verzicht* darauf schützen würde, eine Hilfeleistungspflicht trotz Möglichkeit der Hilfeleistung zu normieren, nicht letztlich doch der Selbstbestimmungswille eines Rechtsunterworfenen über seinen 474

935 Ibid., Rn. 23.
936 s. soeben, → § 2 Rn. 431 ff.
937 BVerfG, Urt. v. 20.4.2016, Az. 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 = BVerfGE 141, 220 – BKAG-Urteil, Sondervotum Schluckebier, Rn. 23.
938 Dazu, dass sich die Sicherheitsbehörden mittlerweile auch nach der Auffassung des Senats aber nicht ‚unwissender' stellen müssen, als sie es auch unter Zuhilfenahme von automatisierten Datenauswertungsmöglichkeiten sind, BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, Az. 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = BVerfGE 165, 363 – Automatisierte Datenanalyse, Rn. 108; zur Einordnung ausf. oben, → § 2 Rn. 108 ff.
939 BVerfG, Urt. v. 20.4.2016, Az. 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 = BVerfGE 141, 220 – BKAG-Urteil, Sondervotum Schluckebier, Rn. 23.
940 Ibid., Rn. 20.
941 Ibid.
942 Und die sich auch – im Gegensatz zum Streifengang einer Polizistin oder der Entgegennahme von Notrufen – ganz unstr. selbst als Grundrechtseingriff darstellt.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eigenen Rechtsgehorsam sein könnte – oder wenigstens ein *objektives* rechtliches Interesse am Erhalt individueller Verhaltenskontingenz. Ob es einen solchen Schutz bzw. ein solches Interesse gibt, ist allerdings die zentrale Frage von → § 5, der dort vertieft nachgegangen werden soll.[943]

475 Hier soll es nun ausreichen, nochmals festzuhalten, dass unabhängig davon, wie man sich zur Frage *Wechsel* oder *Ergänzung* der Narrative positioniert, die vorstehenden Überlegungen gezeigt haben, dass es dem Gesetzgeber *jedenfalls leichter* fallen dürfte, den Einsatz rechtserkenntnisfähiger Technologien vorzuschreiben, *soweit diese schon zur Funktionalität der entsprechenden Systeme verbaut sind*; mit der Folge, dass die im Radius dieser Systeme mögliche Verhaltenskontingenz deutlich abnehmen dürfte.

476 *e. Perspektive: Zukunft.* Abschließend ist hier nochmals der Hinweis angezeigt, dass, wie *Eric Hilgendorf* mit Blick auf § 1e Abs. 2 Nr. 2 bis 5 StVG richtig formuliert hat,[944] die hier letztlich nur beispielhaft auch für künftige Regulierung hoch-autonomer robotischer und sonstiger ‚intelligenter' Systeme eingeforderten Rechtserkenntnis- und Rechtserkenntnis*reaktions*-Kompetenzen technisch anspruchsvoll sind. Offen gesagt dürfte es sich bei der StVG-Norm derzeit noch um einen Fall legislativer *Science Fiction* oder – weniger scharf formuliert – um zukunftsbezogene Rechtssetzung handeln. *Christoph Burchard* weist zutreffend auf die Gefahr hin, dass rechtswissenschaftliche Überlegungen, die diese *Science Fiction* aufgreifen und verallgemeinern, „naiv" wirken können.[945] Folgt man allerdings dem Ansatz der *Futurist Legal Studies*, dann ist es zumindest *auch* die Aufgabe von Rechtswissenschaft, Überlegungen in diesen Unsicherheitsbereichen anzustellen; solange es sich um futuristische Projektionen handelt, die auf Bestehendem aufbauen können, und nicht um rein utopistische (oder spiegelbildlich: rein dystopische) Spekulationen.[946]

477 Die vorstehenden Überlegungen, hoffe ich, sind dieser wichtigen Unterscheidung gefolgt: Natürlich ist es gegenwärtig noch einfach, den Diskurs um rechtsrealisierende Technologien weitgehend exklusiv im Narrativ der Überwachung zu halten. Die Technologien sind als *Zusatz* gut wahrnehmbar, wirken sozusagen als *Add on* zu den *eigentlichen* Funktionen von Technologien. Dieser Eindruck passt, weil KI-Technologien bislang noch *erkennbar* spezifisch konkrete Aufgaben wahrnehmen, d. h. monofunktional und eben noch keine Allrounder sind bzw. sein müssen, wie es ein menschlicher Beobachter wäre. Das Überwachungsnarrativ wird allerdings immer weniger passen bzw. immer weniger Gewicht besitzen, wenn die Technologien

943 s. unten, ab → S. 403.
944 s. für das Zitat → § 2 Rn. 193.
945 *Burchard*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 553 (561).
946 Zur Methode oben, → Rn. 33 (Einleitung).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

multifunktional agieren und multimodal verknüpft sind.[947] Es wird vor allem dann nicht mehr passen, wenn die eigentliche Funktion so autonom agieren kann, dass sie ohne Kombination mit rechtsrealisierender Technologie nicht mehr denkbar sein wird: autonome Fahrzeuge, humanoide Roboter, oder *Personal Assistants*, welche die Steuererklärung selbstständig vorbereiten oder gar einreichen sollen. Spätestens dann scheint mir der Narrativwechsel vollzogen bzw. unvermeidbar, mit den soeben erläuterten normativen Folgerungen.

5. Zuletzt ein Widerspruch gegen die Thesen von der Naturalisierung und Entdialogisierung der Rechtsanwendung

So sehr die These von der zunehmend ‚smarten' Umwelt folglich an Plausibilität gewinnt, so wenig richtig erscheint es mir, die Infrastrukturalisierung der Technologie – und damit potentiell der Rechtsanwendung – pauschal mit einer „Naturalisierung" des Rechts bzw. einer „Natürlichkeit" seiner Anwendung gleichzusetzen. Deshalb möchte ich etwa *Klaus Günther* widersprechen. Er schreibt, dass „[d]ie technisch perfektionierte Normbefolgung […] die Norm zu einem Teil der ersten Natur werden [lasse], wie das Gravitationsgesetz schon immer eines ist. Als Natur erscheint sie unveränderlich."[948] Mir erscheint die Aussage etwas zu undifferenziert. Die These der Unveränderlichkeit mag mit Blick auf eine Steuerung durch das sogenannte *Nudging* plausibel sein,[949] bei dem dem Rechtsunterworfenen gar nicht klar ist, dass er gesteuert wird. Sie passt hingegen nicht bei algorithmischer Steuerung durch *Impossibility Structures*, *Justification Structures* und *Compliance Assistance Technologies* (die – wenn ich *Günther* richtig verstehe – alle Teil der von ihm sogenannten „smarten Ordnungen" sind[950]). Anders als im Fall des *Nudging* ist es nämlich gerade *nicht* definitorisch konstitutiv für Rechtsrealisierung durch technologische *Compliance Structures*,[951] dass die Verhaltensbeeinflussung unbewusst[952] oder manipulativ[953] erfolgt, also "less visible, less contestable" ist als die Verhaltenssteuerung

478

947 s. dazu ausf. oben, → § 1 Rn. 46 f., sowie nochmals unten, → § 3 Rn. 72 f.

948 *Günther*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 523 (547). Ähnl. (wohl) *Burchard*, a. a. O., S. 553 (579); *Rauber*, JZ 79 (2024), 174 (176 f.).

949 Dazu schon → § 2 Rn. 140.

950 s. oben, → § 2 Rn. 370.

951 Vgl. nochmals, → § 2 Rn. 140.

952 Dazu, dass dieses Element konstitutiv für eine abgrenzbare Definition des Konzepts des *Nudging* ist, *O'Hara*, AöR 145 (2020), 133 (166); s. zur Abgrenzung des *Nudging* von *rechtlicher* Anreizsteuerung *J. Wolff*, Anreize im Recht, 2021, S. 21 f. Eine aktuelle monographische Bearbeitung des *Nudging*-Themas aus grundrechtlicher Sicht liefert *F. Baer*, Staatliche Steuerung durch Nudging im Lichte der Grundrechte, 2023, passim.

953 Vgl. *Kreßner*, Gesteuerte Gesundheit, 2018, S. 200 ff., dort auch zu Unterscheidungen von manipulativ, suggestiv und persuasiv.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nur durch Normen.[954] Sicherlich sind *Compliance Structures* denkbar, die unbewusst wirken und damit einen Unterfall von *Nudging* darstellen, was dann wiederum die Überlegungen in die *Nudging*-Debatte um- und ablenken würde. Das soll hier vermieden werden, wie die in diesem § 2 beschriebenen Beispiele illustrieren sollten. Davon qualifiziert keine einzige als *Nudging* im engeren Sinn.[955] In allen hier genannten Beispielen ist es für die Nutzer der Technologie bzw. diejenigen, die mit den physischen oder kommunikativen Wirkungen der Technologie konfrontiert sind, vielmehr hinreichend transparent, dass sie eben technologischen Wirkungen (Widerständen oder Informationen) ausgesetzt sind. Sie alle erlauben also auch Kontestation in mehr oder weniger formalisierten Foren.

479 Richtig ist hingegen, dass diese Wirkungen jedenfalls im Fall von *Impossibility Structures* physisch und in den anderen Fällen eventuell psychisch nicht leicht veränderlich sind. Das ist gerade ihr Sinn und Zweck. Aber es kann ohne Schaden für die Funktionalität der Systeme transparent bleiben, dass es sich um künstliche (und eben nicht natürliche) Mechanismen handelt, die in Betrieb gesetzt sind und die auch wieder außer Betrieb genommen werden können und die in ihrer Funktion verändert werden können – weswegen zwar nicht das Bild der Natur, aber eben das Bild der Infrastruktur oder auch Umwelt (*Joh*, *Reckwitz*) gut passt: physisch oder psychisch wirksam und nicht leicht veränderlich, sondern möglicherweise Verhalten lenkend oder zumindest beeinflussend, aber mit gewissem Aufwand eben doch veränderlich. Infrastruktur kann als solche erkannt, verändert, zurück-, um- oder weitergebaut werden, die Schranke kann gehoben, der Tresor geöffnet werden, was für digitale *Compliance*-Systeme auch möglich bleibt – sie sind mit anderen Worten selbst auch kontingent.[956]

480 Mit der These der natürlichen Unveränderlichkeit eng verknüpft ist ein weiterer genereller Kritikpunkt am Einsatz künstlich-intelligenter Rechtsdurchsetzung: der Einwand der fehlenden Dialogfähigkeit der Systeme. Mit Natur kann man nicht kommunizieren. Dass auch dieser Einwand allerdings zu pauschal ist, habe ich oben bereits im Rahmen der beiden Abschnitte zu den *Impossibility Structures* und den

954 *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 165, die den Einsatz von KI zur Verhaltenssteuerung auf von ihr sog. "pre-emptive technologies" zuspitzt, was begrifflich-konzeptionell einem *Nudging* unter Einsatz von digitalen Technologien entsprechen dürfte; vgl. auch a. a. O., S. 69: "[T]he paradigm of pre-emptive computing is subliminal intervention". Es geht *Hildebrandt* in ihrem Buch m. a. W. zentral um das Risiko der *unbewussten* Manipulation von Nutzern durch Informationstechnologien, s. ebd., S. 185.

955 Das gilt natürlich nur, falls man das Konzept nicht schlicht mit „Steuerung" gleichsetzt und damit deskriptiv und dogmatisch wertlos macht. Für eine dogmatisch brauchbare Konturierung, die sich am Kriterium des *Sich-(nicht-)Bewusstseins* des Beeinflussten von der Verhaltensbeeinflussung orientiert, s. *O'Hara*, AöR 145 (2020), 133 (165 ff.).

956 Nur nebenbei sei abschließend erwähnt, dass selbst dann, wenn man die Technologien nicht (nur) als Teil der Umwelt, sondern tiefer wurzelnd als Teil der Natur metaphorisieren will, die Folgerung der Unveränderlichkeit nicht trägt: Mittlerweile kann der Mensch u. U. auch die Natur ändern.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Justification Structures zeigen wollen; es sei hier nur noch einmal daran erinnert, weil es in → Kapitel 2 gleich besonders wichtig wird:[957] Je nach der Verortung des künstlich-intelligenten Systems in dem größeren Interaktionszusammenhang von Mensch und Maschine kann es sogar dazu beitragen, „Verantwortung, Rechtfertigung und Kritik"[958] an Normen bzw. Normanwendungsoperationen organisationell stärker zu strukturieren und zu formalisieren, wodurch das geforderte „diskursive Ernstnehmen"[959] des Normadressaten sogar gesteigert werden kann.

Richtig ist aber, dass dieser Diskurs in den genannten hybriden Interaktionszusammenhängen nunmehr, also wenn intelligente Technik eingebunden werden soll, zwischen Akteuren und Aktanten erfolgt, die *per se* keine gemeinsame Sprache sprechen.[960] Das bleibt nicht ohne Folgen für die Ausgestaltung der Mensch-Maschine-Zusammenarbeit, die neue Übersetzungsleistungen zulassen und organisationell vorsehen muss. Sie sind letztlich die Bedingung dafür, dass die neue Arbeitsteilung von Mensch und Maschine bei der Realisierung von Recht rechtlich und sozial akzeptiert werden kann. Um die Konturen dieser Arbeitsteilung geht es im folgenden → Kapitel 2. 481

957 s. oben, → § 2 Rn. 264 ff. bzw. → § 2 Rn. 369 ff.
958 *Günther*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 523 (542).
959 Vgl. *Burchard*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 553 (579).
960 s. dazu unten, → § 3 Rn. 98 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel 2
Bedingungen und Maßstäbe der Optimierung: Funktionalität und Akzeptanz einer neuen Arbeitsteilung

Bedingung einer optimierten Realisierung von Recht durch Technologie ist es, dass die soeben in → § 2 beschriebenen Strukturen und Technologien *gut genug* funktionieren. Um dieses ‚gut genug' soll es in diesem Kapitel gehen. Eine entscheidende Weichenstellung ist dabei vorab vorzunehmen: Es ist nicht sinnvoll, die Leistungsfähigkeit von Technologie isoliert zu betrachten. Sie muss für ein ‚gut genug' nicht ‚perfekt' funktionieren im Sinn eines vollständigen Ersatzes für den menschlichen Beitrag bei der Realisierung von Recht. Denn solange es bei Recht um die Ordnung des Gemeinwesens geht, solange geht es um ein Instrument der Gestaltung *menschlicher* Interaktion. Es wird sich bei rechtsrealisierender Technologie also von vornherein nur um ergänzende Bausteine in Mensch-Maschine-Entscheidungs- und Handlungsarchitekturen (im Folgenden: hybride Interaktionszusammenhänge) handeln, in denen die unterschiedlichen Leistungsfähigkeiten von Mensch und Maschine – Akteur und Aktant – zwecks neuer Arbeitsteilung so rekombiniert werden, dass *per saldo* bessere Leistungen zu erwarten sind.[1] 1

Die Frage bzw. Aufgabe so zu stellen, verlangt dann zunächst nach einer Vergewisserung über den Maßstab – *besser* als *was*? – also Vergewisserung darüber, welche Leistungen *Menschen* bei der Realisierung normativer Programme erbringen. Darauf aufbauend sollen dann in einem zweiten Schritt die Funktionsbedingungen von KI-Systemen soweit möglich an den korrespondierenden menschlichen Rechtserkenntnis- und Rechtsrealisierungshandlungen gespiegelt werden. Als ich mit der Arbeit an diesem Buch begann, fehlte es noch weitgehend an anspruchsvollen Versuchen der gezielten, d. h. kontextbewussten Gegenüberstellung der Leistungen von Mensch und Maschine; *mittlerweile* scheint sich mir die Methodik aber langsam durchzusetzen.[2] Sie ist meines Erachtens besonders ertragreich, weil viele der rechtlichen Maßstäbe, die an den Einsatz von KI angelegt werden bzw. gegen ihn in 2

1 Vgl. *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (9): „Soll Wissen verantwortungsvoll eingesetzt werden, müssen die Annahmen [ggf.] auf Richtigkeit und Verwendungstauglichkeit überprüft werden. Die Generierung, Aneignung, Aggregierung und Prüfung von Wissen sowie dessen Verwendung kann durch menschliches Handeln erfolgen, sich aber ergänzend und eventuell ersetzend digitaler Techniken bedienen." s. zudem ebd., S. 11: „Dass intelligente Systeme den Einsatz menschlicher Intelligenz vollständig erübrigen werden, ist nicht anzunehmen. Zu erwarten aber ist, dass ihre Einsatzmöglichkeiten weiter ausgebaut werden."

2 Bsp. für die Methodik finden sich bei *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (489 ff.), mit einer gleichheitsrechtlichen Orientierung; bei *Yuan*, RW 9 (2018), 477 (484 ff.), für das Fahrlässigkeitsstrafrecht; bei *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (372 ff.), zum Polizeirecht; in Ansätzen auch bei *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (13 ff.), und bei *Mund*, Das Recht auf menschliche Entscheidung, 2022, S. 75 ff., letztere bezogen auf die Gegenüberstellung Maschine vs. Amtsträger. Vgl. auch die entspr. Forderung von *Trute*, Die Verwaltung 53 (2020), 99 (114); ebenso *ders./S. Kuhlmann*, GSZ 2021, 103 (104), speziell für den polizeilichen Einsatz neuer Technologien.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Stellung gebracht werden, nichts *Kategoriales* über KI aussagen können, sondern nur Aussagen *relativ* zu menschlichen Leistungen in den jeweils konkreten Anwendungskontexten sinnvoll sind (zu alledem → § 3).

3 Hierauf aufbauend können dann in → § 4 die Konturen einer Arbeitsteilung Mensch/Maschine mit Rückbindung an verfassungs- und unionsrechtliche Vorgaben skizziert werden. Es ging und geht bei der notwendigen Wissensgenerierung und -verteilung in einer arbeitsteiligen Gesellschaft zwecks Normrealisierung seit jeher „um die Etablierung von angemessenen Wissensinfrastrukturen, des Zugangs zu Wissen, der Transparenz und Offenlegung, der Selektivität, der Qualität und nicht zuletzt der Rolle des Staates im Hinblick auf dieses Thema".[3] Mit dieser Aufgabenbeschreibung von *Hans-Heinrich Trute* aus dem Jahr 2010 ist eigentlich immer noch alles gesagt. Aktuell zu beantworten ist daher die Frage, wie die *bekannten* Instrumente (‚Bausteine') einer solchen „Wissensinfrastruktur" so neu zusammengesetzt werden können, dass sie auch das spezifisch Neue mit erfassen können: dass diese Risiken bzw. Herausforderungen nun in und durch neue Aktanten (KI) auftreten, wo sie vorher fast[4] ausschließlich durch Akteure (Menschen und ihre Zusammenschlüsse) auftraten. Abschließend, und das ist mein eigentliches Erkenntnisinteresse in diesem Kapitel, kann gefragt werden, was – wenn die Arbeitsteilung so aufgebaut werden kann und gut funktionieren sollte wie dargestellt – als rechtstheoretisches Desiderat verbleibt.

3 *Trute*, in: Röhl (Hg.), Wissen, 2010, S. 11 (34).
4 Schon immer war mit Tieren zu rechnen, auch im und durch das Recht.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Aufs letzte gesehen gibt es keine rationalen Gründe,
die Menschenleistung der Maschinenleistung vorzuziehen. Und jedesmal,
wenn die Befürworter des Menscheneinsatzes ihre Gründe präzise
formulieren, schaffen sie damit zugleich die Grundlage für die Formulierung
neuer äquivalenter Maschinenprogramme."

Niklas Luhmann[1]

§ 3 Der Vergleich Mensch/Maschine als Grundlage rechtlicher Beurteilung künstlich-intelligenter Realisierung von Recht

In diesem § 3 soll es, frei nach dem *Luhmann*'schen Zitat, um Menschenleistungen (→ I.) und Maschinenleistungen gehen (→ II.), jeweils fokussiert auf die Aufgaben der Rechtserkenntnis, Rechtsrealisierung und gegebenenfalls Rechtsreflexion und -korrektur. Eine Warnung und eine Relativierung schließen diesen Paragraphen ab (→ III.), bevor wir uns im nächsten → § 4 dann der Frage zuwenden können, was aus diesem Vergleich bzw. aus seinen Ergebnissen folgt. 1

I. Die Leistungen von Menschen bei der Realisierung von Recht als Ausgangspunkt

In diesem Abschnitt I. geht es um die Leistungen *von Menschen* in normativen Ordnungen; hingegen geht es (noch) nicht um die Leistungen *normativer Ordnungen*, die im Wesentlichen in → Kapitel 3 behandelt werden. Was also leisten Menschen zur, bei und mit der Realisierung von Recht? 2

1. Realisierung des Gesollten

Das ist der elementare Ausgangspunkt: Recht realisiert sich nicht von selbst. Das immer wieder sogenannte selbstvollziehende Gesetz oder die selbstvollziehende Regelung gibt es nicht.[2] Recht wird in der Anwendung durch die adressierten 3

1 *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1997, S. 60, dort Fn. 24.

2 Die m. E. irreführende Begrifflichkeit wird oft genutzt, z. B. von BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021, Az. 1 BvR 781/21 et al = BVerfGE 159, 223 – Bundesnotbremse I, Rn. 138 ff. Was das BVerfG eigentlich meint, ist Recht,

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Menschen realisiert und ist damit bislang von der Entscheidung dieser Menschen für oder gegen die Realisierung abhängig:[3] sei es im Wege der Befolgung[4] (einschließlich gegebenenfalls angeordneter Unterlassung[5]) oder im Wege des Vollzugs (Ersatzvornahme, unmittelbarer Zwang) im Fall eines nicht folgebereiten Erstadressaten/-interpreten. Das lässt sich aber letztlich auch wieder als Befolgung desjenigen Rechts deuten, das für die vollziehende Stelle gilt.[6] In der mehr oder weniger großen Ungewissheit dieser Entscheidungen (bzw. unter Umständen auch schlicht dem aus Rechtsunkenntnis fehlenden Bewusstsein der eigenen Adressatenstellung) liegt die Ursache für die – mit *Luhmann* gesprochen – bisher das Recht prägende Verhaltenskontingenz.[7]

4 Eine Selbstbewirkung von Normen kann es hingegen schon definitionsgemäß nicht geben, jedenfalls nicht, solange Normen als kommunikativer Akt einer positiven (affirmative) Markierung einer Handlungs*möglichkeit* verstanden werden.[8] Diese basale Definition von Normen von *Christoph Möllers* lege ich den weiteren Überlegungen zugrunde. Damit ist nicht in Abrede gestellt, dass es für andere Untersuchungskontexte sinnvoll sein mag, philosophisch anspruchsvollere Konzeptionen von Normativität zu wählen, die über die Affirmation einer Möglichkeit hinausgehend nach Gerechtigkeit oder nach *guten* Gründen für deren Realisierung fragen. Zwingenden Technologien – "technological regulation" – *an sich* eine normative Wirkung zuzuschreiben, ist daher zumindest rechtstheoretisch missverständlich[9] und kann zu einer Kategorienvermischung von Normsetzung und Normimplementation führen.[10]

---

das ohne zwischengeschalteten Vollzugsakt bindet. Die Verwaltungsrechtswissenschaft macht demgegenüber deutlicher, dass zwischen Rechtskonkretisierung (i. d. R. durch Verwaltungsakt) und Realisierung zu trennen ist, s. *J.-P. Schneider*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR II, ^{3}2022, § 28 Rn. 1, 140 ff.

3 Vgl. *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 473 f.

4 Zu der rechtstheoretischen Debatte, ob Befolgung durch die Adressaten von Recht nur rechtliche Interpretation durch Laien und (k)eine Rechts*anwendung* i. S. der jur. Methodenlehre ist, *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201 (203 ff.) m. w. N.; ausf. dazu → S. 328 ff.

5 Insb. strafrechtlich begründete Verhaltensnormen, zumindest solche des Kernstrafrechts, verlangen vom Normadressaten i. d. R. ein Unterlassen als Realisierungsleistung.

6 Dazu statt vieler *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht, 2016, S. 142 ff. bzw. 144 f. m. w. N.; s. außerdem bereits in → Fn. 5 (Einleitung).

7 Vgl. hierzu bereits oben, → Rn. 12, 26 (Einleitung).

8 s. für Nachw. oben, in → Fn. 2 (Einleitung).

9 s. z. B. *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 162: "[A] specific technology [has] a normative impact on its users […]. Normative refers to action patterns that are induced or enforced, and inhibited or ruled out by the use of a specific technology."

10 In diese Richtung ist m. E. auch zu verstehen *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 183: „Keinen normativen Anspruch erhebt dagegen die Durchsetzung einer Norm. […] Denn die Durchsetzung kennt keine Möglichkeit der Abweichung mehr, sie ist, wie auch immer sie betrieben wird, letztlich eine Verursachung, die nur eine einzige Wirkung zulässt." Vgl. auch ebd., S. 342.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Konkretisierung zur Normanwendung

Rechtsrealisierung setzt die Anwendung abstrakter Regeln auf einen konkreten Fall, d. h. einen Akt der Konkretisierung voraus;[11] oft des Rechts selbst, jedenfalls aber der im Recht beschriebenen Handlung/des beschriebenen Gegenstandes.[12] Nach weitverbreiteter Ansicht ist Rechtsanwendung damit immer auch ein Akt der Rechts*erzeugung*.[13] Das gilt am offensichtlichsten im Rahmen von offenen Normprogrammen wie unbestimmten Rechtsbegriffen, Ermessen oder Billigkeitsklauseln (z. B. § 829 BGB, §§ 163, 227 AO, Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO).[14] Sie erlauben nicht nur, sondern fordern eine ergänzende Wissensgenerierung und -anwendung im Einzelfall *entlang* des rechtlich bestimmten Maßstabs, zu der mehr oder weniger ausdrücklich,[15] aber *praktisch* doch stets auch außerrechtliche Folgenbetrachtungen gehört.[16] 5

Die Konkretisierungsleistung betrifft sowohl das materielle Recht als häufig auch das Vollzugs- und Sanktionenrecht; gerade die im Verwaltungs-, aber auch im sonstigen Vollstreckungsrecht ‚verbauten' Momente der Retardierung sollen den Rechtsvollzug grundsätzlich nicht weniger gut und wirksam machen, sondern haben – zusätzlich zum Erkenntnisverfahren – eine weitere Wissensgenerierungsfunktion für die Rechtsfindung.[17] Nach der hier befürworteten Auffassung kann bzw. muss die Konkretisierungsleistung nicht nur von juristischen Experten (Richtern, sonstigen Amtsträgerinnen) erbracht werden, sondern muss allgemeiner gesprochen von den potentiellen Adressaten der jeweiligen Norm erbracht werden, unabhängig von deren professionellem Status. Die Maßgeblichkeit dieser Auffassung, die in der Rechtstheorie nicht unumstritten ist,[18] folgt für mich schon daraus, dass ich Recht vor 6

11 *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (10) m. w. N.; s. auch *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (489 ff.), zu verschiedenen Verzerrungen, die bei der *menschlichen* Anwendung von Recht auftreten können.

12 Für diese Ergänzung des an dieser Stelle zuvor missverständlichen Manuskripts danke ich *Ralf Poscher*.

13 Besonders prononciert *Kuntz*, AcP 216 (2016), 866 (876), unter Verweis u. a. auf *Kelsen*: „Für den Gegenstand der Rechtswissenschaft heißt das: ‚Geltendes' Recht im Sinne konkreter Rechtsnormen wird erst in der Anwendung […] geschaffen." Vorsichtiger *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (10): „Im Zuge der Rechtsanwendung kann auch Rechtserzeugung erfolgen."

14 s. dazu ausf. *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 69 ff. m. w. N.

15 Eindeutig ist das bei Billigkeitsklauseln wie § 227 AO, die eine Folgenbetrachtung integral vorsehen. Zu den methodischen Schwierigkeiten *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht, 2016, S. 145 ff. m. w. N.

16 *Luhmann* würde wohl von *systemexternen* Folgen – im Gegensatz zu rechtsinternen, also Rechtsfolgen – sprechen, vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 2002, S. 380, und er würde deren Einbeziehung kritisieren: „Folgenorientierung ist, von den Standards empirischer Forschung aus gesehen, nichts anderes als Imagination mit Rechtskraft." Dagegen auf die Unmöglichkeit einer *nicht* folgenbetrachtenden Rechtsanwendung hinweisend *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 473 m. w. N.

17 *Poscher*, VerwArch 89 (1998), 111 (113 f.); *Trute*, in: Röhl (Hg.), Wissen, 2010, S. 11 (36). Vgl. auch *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 473, allg. zur Normanwendung durch Menschen: „Das Subjekt beobachtet das Ergebnis der Anwendung und variiert Regeldeutung und Urteil, falls beide nicht zueinander ‚passen'. [D]ie Funktion der Anwendung durch rational ausgestattete Subjekte dürfte gerade darin liegen, das Ergebnis der Anwendung noch einmal gesondert zu beurteilen."

18 Nachdrücklich a. A. *Kotsoglou*, JZ 2014, 451 ff. und *ders.*, JZ 2014, 1100 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

allem anderen als auf Verwirklichung angelegte Verhaltensordnung und folglich als Instrument der Steuerung menschlichen Verhaltens verstehe. Eine rechtstheoretische Perspektive, die nur auf die Gerichte als Rechtsanwender abstellt, und damit eine Vielzahl anderer (Erst-)Adressaten von Rechtsnormen nicht als Rechtsanwender gelten lässt, hat hingegen erhebliche Schwierigkeiten, den steuernden Charakter gegenüber den (Erst-)Adressaten zu begründen.[19] Auf diesen Diskurs wird noch einmal ausführlicher zurückzukommen sein.[20]

3. Korrektur bei Normanwendung

7 Menschliche Normanwendung muss *im Ergebnis* nicht stets nur Konkretisierung, sondern kann auch Korrektur bedeuten:[21] einerseits *entlang* des durch die konkrete Norm – tatsächlich oder vermeintlich – defizitär umgesetzten Maßstabs (Stichworte: Analogie, Rechtsfortbildung),[22] andererseits auch *gegen* den eigentlich geltenden Maßstab nach Maßgabe eigener Gerechtigkeitsvorstellungen der Normanwenderin (= Devianz, siehe aber z. B. auch § 35 StGB). Dazu treffend *Möllers*:

> „[Menschliche] Entscheidungen [über die Anwendung von Normen] zu treffen bedeutet, die unvermeidliche Offenheit der Regel dazu zu nutzen, für einen konkreten Fall andere normative Kriterien mitzutransportieren [oder doch zumindest: andere normative Kriterien mittransportieren *zu können*] als die formalisierten."[23]

4. Reflexion über die Norm

8 Menschen sind folglich im Zuge der Normanwendung zu „Kontrollbetrachtungen"[24] in der Lage, d. h. zu einer eigenständigen Beurteilung der Passung einer – soweit das überhaupt möglich ist – begriffstreuen Realisierung zum Gesollten. Das betrifft zunächst den konkreten Fall. Über den konkreten Fall hinausweisend ist damit allerdings auch die Möglichkeit verbunden, die Zustimmungsfähigkeit der Norm an sich zu hinterfragen, sie relational an außerrechtlichen oder rechtlich höherrangigen Maßstäben zu messen (Reflexionsleistung). Die (Selbst-)Beobachtung des Normanwenders bei der konkretisierenden oder korrigierenden Anwendung der Norm kann

19 Hier sei verwiesen auf *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201 ff., der diese Leerstelle gründlich aufarbeitet; s. bes. S. 205 und ff.: „Der Adressat verschwindet hier […]. Dabei sehen nach meinem Eindruck die wenigsten der insofern einschlägigen Autoren überhaupt das Problem, dass hier eine Spannung zur an sich weit unangefochtenen Annahme besteht, das Recht steuere das Verhalten seiner Adressaten."

20 s. unten, ab → S. 328.

21 *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 185.

22 Zur Analogiebildung als Fall nicht-konkretisierender, sondern „abstrahierender" Normanwendung *Möllers*, ibid., S. 187 ff.

23 Vgl. dazu treffend ibid., S. 473.

24 Ibid.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

also jene Feedback-Prozesse auslösen, die auf anderen, dem konkreten Fall neben- oder nachgelagerten Kommunikationskanälen ablaufen und zu (begrifflichen) Änderungen der Norm führen können: gerichtliche Kontrolle, Petitionen, Verfassungsbeschwerden, Anruf der eigenen Bundestagsabgeordneten, Demonstrationen gegen eine Norm, ziviler Ungehorsam usw. Damit ist *Luhmanns* „*Norm*kontingenz"[25] angesprochen, die *neben* der Verhaltenskontingenz steht.

5. Bestätigung des Sollens

Aus der sozialwissenschaftlichen Forschung und strafrechtlichen Theorie mittlerweile bekannt und anerkannt ist darüber hinaus die mit der Normanwendung (einschließlich des Vollzugs und der Sanktion[26]) verbundene Bestätigung der Geltung der Norm.[27] Wobei die Bestätigung nach dem soeben, bei → 2. und → 3. Gesagten sich nicht auf die *eine* ‚richtige' Anwendung bezieht, sondern in der Bezugnahme auf die anzuwendende Norm stets auch deren grundsätzliche Konkretisierungsbedürftigkeit und Korrekturmöglichkeit, also den von *Pawlik* sogenannten „kreativen Charakter regelanwendender Tätigkeit"[28] *nolens volens* mit bestätigt. 9

Interessanterweise kann auch Devianz im konkreten Fall eine Bestätigung der allgemeinen Geltung der Norm oder doch zumindest der normativen Ordnung sein, deren Teil die Norm ist, falls die Abweichung heimlich erfolgt bzw. erfolgen sollte, und die außenstehende Beobachterin damit den Eindruck gewinnen kann, dass der *im konkreten Fall* Abweichende sich *insgesamt* von der Norm/der Ordnung adressiert und gebunden fühlt.[29] Erfolgt sie nicht heimlich, sondern auf offener Straße – die rote Ampel kommt wieder in den Sinn[30] – kann die Devianz des Nicht-Anwenders aber immerhin noch zu einer inneren Bestätigung der Sinnhaftigkeit und damit Zustimmungsfähigkeit des Rechts beim außenstehenden Beobachter führen[31] – oder 10

25 *Luhmann*, Kontingenz und Recht, 2013, S. 119.

26 Wobei die Sanktion letztlich auch Normanwendung durch Gerichte und Strafvollzugsbehörden ist.

27 *Luhmann*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1999, S. 304 m. w. N. Zur Bestätigungswirkung speziell von Strafe *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 59 ff. m. w. N.; s. auch *Raz*, in: ders. (Hg.), The Authority of Law, ^{2}2009, S. 233 (237): "A public atmosphere of respect for law rests on the cumulative effect of individual behavior."

28 *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 62: „Die Einsicht in den kreativen Charakter regelanwendender Tätigkeit erscheint vor diesem Hintergrund unausweichlich. Diese Einsicht gräbt einem allzu engherzigen Verständnis von ‚bestätigen' das Wasser ab. […] Bestätigt wird im Akt der Bestrafung insofern nicht nur, ja nicht einmal in erster Linie die jeweils herangezogene Strafvorschrift als solche als vielmehr das Vertrauen darauf, dass ihre Fortentwicklung zu der konkreten Entscheidungsnorm im Einklang mit etablierten methodischen Standards geschieht. Kurz gesagt: Gegenstand der Bestätigung ist nicht in erster Linie eine konkrete Normauslegung, sondern vor allem eine komplexe Begründungskultur."

29 Vgl. bei *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 425.

30 Vgl. auch ibid., S. 478: „Man kann rote Ampeln […] als einen Ort verstehen, in dem ein eigenverantwortlicher Umgang mit Normen auch mit Hilfe derjenigen eingeübt wird, die sie ignorieren."

31 Vgl. *Raz*, in: ders. (Hg.), The Authority of Law, ^{2}2009, S. 233 (238).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eben zu deren Verneinung, was dann wieder auf die Reflexion der/über die Norm zurückverweist (soeben, → 4.).

6. Adressatenfunktion für die Zuschreibung von Verantwortung

11 Mit der menschlichen Norm(nicht)anwendung ist – eng verknüpft mit der Bestätigungsfunktion – eine nachgelagerte, man kann auch sagen: sekundäre Adressatenfunktion bedient, indem nämlich ein vertrauter Anknüpfungspunkt für die zahlreichen Normen vorhanden ist, die Verantwortung eben für die (Nicht-)Anwendung und gegebenenfalls deren Folgen zuweisen wollen: Haftung, Sanktion, aber vorgelagert auch wichtige prozedurale Ansprüche auf Begründung und Information (Transparenz) von bzw. über Handlungen. Indem sie die tragenden Gründe für eine Entscheidung darstellen (sollen), fokussieren sie einerseits eine Eigenkontrolle des Entscheidenden und erinnern ihn an die rechtlich-demokratischen Bindungen, denen er unterliegt; andererseits dienen sie vor allem auch der Fremdkontrolle durch Dokumentation, Aufsicht und Rechtsschutz, und idealerweise der Befriedung von Konflikten,[32] die auf der Idee einer argumentativ herzustellenden Richtigkeit beruht. Darauf, dass zwischen Herstellung und Darstellung einer Entscheidung zu unterscheiden ist,[33] wird zurückzukommen sein.[34]

7. Querliegend dazu: Parameter, die die Anwendung von Recht strukturieren

12 *Bewusstsein:* Die Rechtsanwendung kann *planvolles* oder zwar reflexhaftes, aber zumindest gedanklich mitbewusstes[35] Vorgehen sein, d. h. im Bewusstsein des normativen Programms, seiner Konkretisierungsbedürftigkeit und seiner Korrigierbarkeit erfolgen – oder in bewusster Abweichung davon. Oder die Leistungen der Konkretisierung oder Korrektur werden *unbewusst* erbracht, weil entweder das Normprogramm nicht bekannt ist oder ein Irrtum über die Begriffe des Normprogramms vorliegt. Es fehlt dann am Anwendungswillen/-wissen, das Ergebnis lässt sich freilich dennoch beobachten und mit dem Gesollten abgleichen.[36] Man kann zwar argumentieren, dass nur (wenigstens mit-)bewusste Anwendung als Leistung von Menschen bei der Normrealisierung gelten darf. Für eine solche Ausklammerung

32 Zu den zentralen Funktionen von Begründungs- und Transparenzpflichten statt vieler *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 (42 ff.).

33 Vgl. *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1997, S. 51 ff.

34 s. unten, → § 3 Rn. 101.

35 Vgl. auch *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 198: „[…] weil nichts dagegen spricht, auch das ‚blinde', unreflektierte Befolgen einer Norm wie das reflexhafte Anhalten vor einer roten Ampel als Variante der Normanwendung zu verstehen."

36 *Raz* spricht im einen Fall von "conformity with the law", im anderen von "obedience to the law", vgl. *Raz*, in: ders. (Hg.), The Authority of Law, ^{2}2009, S. 233 (245); s. für weitere Nachw. *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201, dort Fn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dürfte die unbewusste, in diesem Sinn zufällige Anwendung oder Nicht-Anwendung von Recht aber einen empirisch zu häufigen Fall darstellen;[37] man denke beispielhaft wieder nur an die Teilnahme am Straßenverkehr, wo ein gewisses Maß an Regelbefolgung quasi ‚automatisch' erfolgen dürfte.

Freiwilligkeit: Bewusste Abweichungen vom Gesollten können freiwillig erfolgen, aber auch *unfreiwillig*, d. h. zwar im Bewusstsein der nur ungenügenden oder zumindest potentiell ungenügenden Befolgung des konkreten normativen Maßstabs, aber mangels ausreichend differenzierter Informationen ohne Alternative, weil akuter Handlungsdruck besteht. Die beiden Parameter Bewusstsein und Freiwilligkeit sind im Grunde eine verknappte Synthese der mittlerweile breit und tief differenzierenden Diskussion um die Notwendigkeit unterschiedlichster Arten rechtserheblichen Wissens, d. h. von Wissen, das sich als Voraussetzung für die Auslegung und Anwendung von Recht definiert; auf diese Diskussion sei hier nur knapp verwiesen.[38] 13

Sichtbarkeit: Die Leistungen bei der Anwendung können bewusst offen erkennbar oder verdeckt oder auch erkennbar, aber unter erkennbarer Verdeckungsabsicht erbracht werden; das wirkt sich vor allem auf die Bestätigungsleistung, oben, → 5., aus. 14

Etappen: Zu guter Letzt ist das zumindest potentiell Prozesshafte, Ettapenhafte der Rechtsanwendung hervorzuheben. Die Realisierung von Recht wird in der Theorie oftmals aus der Perspektive *eines* Anwenders gedacht und reflektiert; realistisch(er) sind aber prozesshafte oder verfahrensmäßige Konstellationen, in denen der eine Anwender nicht autark agiert, sondern von Leistungen anderer abhängig ist bzw. sich auf diese verlässt[39] (z. B. bei einer arbeitsteiligen oder kollegialen Ermittlung des zur Konkretisierung notwendigen Sachverhalts- oder Kontextwissens) oder auf diese Bezug nimmt (z. B. die zur Einbringung besonderen Normwissens im Konfliktfall aufgerufene Richterin).[40] Die beim Einsatz von intelligenten Systemen zwischenzeitlich vieldiskutierten Verbund- und Vernetzungsrisiken[41] existieren in gewisser Weise also auch im analogen menschlichen (Rechtsrealisierungs-)Verkehr. 15

37 Vgl. auch *Kühl*, Brauchbare Illegalität, 2020, S. 25 m. w. N.: „Die Komplexität staatlicher Gesetze oder formaler Regeln führt dazu, dass Mitglieder häufig nicht überblicken, ob sie abweichend handeln oder nicht".

38 Dazu die Systematisierung bei *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (7 ff.).

39 Vgl. *Wischmeyer*, in: Eifert (Hg.), Digitale Disruption und Recht, 2020, S. 73 (80), dort Fn. 26, 27; s. auch unten, → § 3 Rn. 95.

40 Zur Differenzierung der drei genannten Typen rechtserheblichen Wissens *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (8); ausf. *J.-P. Schneider*, in: Schoch/Schneider (Hg.), VwVfG, Grundwerk Juli 2020, § 24 Rn. 25 ff. m. w. N.

41 Prägend *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (196 ff., 201 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Erfüllung durch Maschinen? Der Mensch/Maschine-Vergleich als Grundlage für die Analyse hybrider Interaktionszusammenhänge

16 Vorab sei hier noch einmal an die KI-Definition von *Elaine Rich* aus dem Jahr 1983 erinnert: "Artificial Intelligence is the study of how to make computers do things at which, at the moment, people are better."[42] Diese zum Menschen relative KI-Definition habe ich dafür kritisiert,[43] dass sie auch solche Fähigkeiten eines Computers erfasst, denen wir nicht das Attribut ‚intelligent' verleihen würden, z. B. dem bloßen Indexieren und Abspeichern großer Datenmengen. Wenngleich der Mensch-Maschine-Vergleich daher als *Definition* problematisch ist, weist er doch rechtswissenschaftlich-*methodisch* den richtigen Weg.[44] Denn die aus den Fähigkeiten von KI-Systemen erwachsenden Optimierungsmöglichkeiten bei der Realisierung von Recht lassen sich nicht bewerten, ohne den steten Wechselblick auch auf die korrespondierenden Vorzüge und Defizite eines Menschen zu werfen, die dieser aufwiese, würde er anstelle der Maschine allein bzw. in rein menschlich-organisationellen Interaktionszusammenhängen handeln.[45]

17 Zur raschen Illustration dieser methodischen Notwendigkeit sei hier nochmals die mittlerweile berühmte Figur der *Black Box* genannt.[46] Je nach Begriffsverwendung sind damit (mittlerweile) unterschiedliche Aspekte maschinellen Lernens oder auch allgemein von Algorithmen adressiert.[47] Die immer noch gebräuchlichste Verwendung des Begriffs bezieht sich auf Algorithmen (also x'e-Konstellationen im hier genutzten Sprachgebrauch), die so komplex und/oder – unter anderem wegen des Einsatzes Feedback-responsiver selbstlernender Systeme[48] – so dynamisch sind, dass die entscheidungstragenden Prädiktoren nicht oder kaum mehr menschlich nachvollzogen werden können. Die an diesen Befund teils anknüpfenden, meist

42 *E. Rich*, Artificial intelligence, 1983, S. 1.

43 s. dazu → § 1 Rn. 2.

44 Vgl. auch schon meine Überlegungen in *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (373 ff.).

45 Vgl. dazu schon ibid., S. 372 ff.; gleichsinnig *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 (15): „Um die […] regulatorischen Herausforderungen einschätzen zu können, sind menschliche und maschinelle Entscheidungssysteme nochmals direkt miteinander zu vergleichen." Ähnl., speziell mit Blick auf strafrechtliche Fahrlässigkeitshaftung, *Yuan*, RW 9 (2018), 477 (484 und ff.). Von grds. kritischer Warte aus auch *La Diega*, jipitec 2018, 1 (3), Rn. 18 ff.

46 Prägend *Pasquale*, The Black Box Society, 2015. Monographisch hierzu *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, passim; *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, 2019, S. 520 ff.; wegweisend nach wie vor *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 ff., und *ders.*, in: Wischmeyer/Rademacher (Hg.), Regulating Artificial Intelligence, 2020, S. 75 passim.

47 Seltener wird der Begriff in Anlehnung an die *Black Box* in Flugzeugen gebraucht, was darauf anspielt, dass sich algorithmische Entscheidungen protokollieren lassen (Muster, Inputdaten, konkreter Output, ggf. Zeit und Ort des Vorgangs usw.); mit dieser Konnotation *Molavi*, JRP 2018, 7 (9); aufgegriffen von *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, 2019, S. 521. Zu den üblicheren Bedeutungen s. bei und in → § 2 Fn. 66.

48 s. oben, → § 1 Rn. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rechtsstaatlich begründeten[49] Bedenken gegen den Einsatz solcher Systeme verlieren an Überzeugungskraft, wenn sie sich nicht wenigstens damit auseinandersetzen, dass gerade auch der Mensch dem anderen Menschen streng genommen eine *Black Box* ist.[50] Die entscheidungstragenden Vorgänge in unserem Gehirn sind bislang noch viel weniger gut analysier- und verstehbar als der Output jedes noch so komplexen neuronalen Netzes.[51] Das heißt nicht, dass die strukturelle Intransparenz des einen Systems dieselben rechtlichen Konsequenzen nach sich ziehen müsste wie die des anderen (menschlichen) ‚Systems'; zumal, wie noch näher zu analysieren sein wird,[52] der Umgang mit der spezifischen Intransparenz menschlicher Gegenüber lange vertraut und erlernt ist, wohingegen der Umgang mit der Intransparenz von Maschinen erst noch erlernt werden muss, und zwar mithilfe ganz anderer Methoden. Aber: Die Analysen werden mindestens einseitig, wenn *prima facie* gleichförmige Defizite noch nicht einmal als solche erkannt/benannt werden. Dieser Vergleich und die damit aufgerufene Frage nach der funktionalen Äquivalenz menschlicher und maschineller Prognosen/Klassifikationen zu stellen, bedeutet daher auch nicht, Unterschiede und vor allem nicht „intendierte Nebenfolgen" des Maschineneinsatzes in Abrede zu stellen[53] oder gar einem naturalistischen Fehlschluss zu unterliegen. Es geht bei der Frage nach der Funktionsäquivalenz vielmehr darum, solche Unterschiede und Nebenfolgen systematisch auffindbar zu machen. Vergleichen bedeutet weniger gleichsetzen als vielmehr abgrenzen.

Nun muss der geforderte Wechselblick ‚im Feld' natürlich anhand konkreter Entscheidungszusammenhänge erfolgen, um zu konkreten rechtlichen Aussagen über die Anforderungen an den jeweiligen Einsatz spezifischer KI-Systeme zu gelangen. Auf einer mittleren Abstraktionsebene lassen sich aber Beurteilungskategorien finden, anhand derer sich die relative Leistungsfähigkeit von Mensch und Maschine strukturiert analysieren lässt. Ich orientiere mich dafür an den soeben, → I., genannten Leistungen von Menschen bei der Realisierung von Recht und unterscheide demgemäß die Kategorien Konkretisierung (sogleich, → 1.), Korrektur und *technische* Reflexion des Normprogramms (→ 2.), Bestätigung durch Technikeinsatz und 18

49 Unter dem Gesichtspunkt der verfassungsgebotenen „Transparenz", vgl. paradigmatisch *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 66 ff., dann aber zutr. differenzierend S. 340 ff.

50 s. schon *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (399); *Wischmeyer*, in: Ebers et al. (Hg.), RechtsHdb. KI und Robotik, 2020, § 21 Rn. 56.

51 Vgl. die bei *Siemons*, F.A.S. v. 4.8.2019, S. 33, wiedergegebenen Stellungnahmen von Neurowissenschaftlern. Allerdings wird schon länger daran gearbeitet, das menschliche Gehirn unmittelbar lesbar zu machen, s. *Moses* et al., Nat Commun 10 (2019), 3096 ff.; speziell für den jur. Anwendungskontext s. früh *Meynen*, Journal of Law and the Biosciences 4 (2017), 311 ff.

52 Zur *Black-Box*-Problematik nochmals ausf., → § 3 Rn. 93 ff.

53 s. die Warnung bei *Wischmeyer*, in: Kulick/Goldhammer (Hg.), Der Terrorist als Feind? 2020, S. 193 (195, 206 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

menschliche Reflexion des Normprogramms (→ 3.), Realisierung des normativen Programms (→ 4.), und Verantwortungszuschreibung (→ 5.).[54]

1. Konkretisierung des normativen Programms

19 *a. Mensch.* ‚Konkretisieren' verlangt den Abgleich von verfügbarem Wissen mit der wahrnehmbaren Realität auf Passung. Menschliche Rechtsanwendungsoperationen sind folglich ein kognitiver Akt, der einerseits auf dem konkret vorhandenen bzw. erschließbaren rechtlich relevanten Wissen (Rechtswissen) basiert, andererseits, sozusagen diagnostisch, seine zweite Basis in der konkret wahrnehmbaren gegenwärtigen[55] Umwelt hat. Das Rechtswissen als Basis menschlichen Entscheidens lässt sich dann weiter und sehr viel diffiziler aufspalten.[56] Für uns relevant ist die noch relativ grobe Unterteilung in Erfahrungs- und Lernwissen. Zunächst zum Erfahrungswissen, in den Worten von *Wolfgang Hoffmann-Riem*:

> „Wichtig sind | in der konkreten [rechtlichen] Entscheidung insbesondere das verfügbare Kontext- und Erfahrungswissen, das Nebeneinander und Zusammenspiel kognitiver, voluntativer, intuitiver und motivationaler Entscheidungsfaktoren, dabei gegebenenfalls auch die Wirkmacht von Anomalien".[57]

20 Auch der Begriff des menschlichen Lernens, wie er heute in der Lernpsychologie verwendet wird, betont stark diese Komponente der „unmittelbaren Erfahrung" des Einzelnen, also den „Erwerb und Aufbau von bereichsspezifischen und zugleich ‚generischen' Wissensstrukturen'"; sie (die individuelle Erfahrung) stelle den „bedeutendsten Einzelfaktor" des Lernens dar.[58] Auch Rechtsanwendungsoperationen beruhen demnach stets auf „alltagsweltlichem Erfahrungswissen", wissenschaftlich nicht unbedingt belegten „Rationalitätsvermutungen", „Heuristiken (Daumenregeln)" und natürlich auch auf „textbezogenem Normwissen".[59] Diese jeweiligen „Vorverständnisse"[60] werden von allen Rechtsanwendern mehr oder weniger bewusst und jedenfalls im ersten Zugriff auf das anzuwendende Recht im Wechselblick mit dem zu subsumierenden Sachverhalt genutzt. Eher selten werden diese Arten von

54 Vgl. mit leicht anderer Akzentuierung auch *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 (15 ff.); mit Fokus auf das sog. *Predictive Policing* auch *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (372 ff.).

55 Natürlich kann das gegenwärtig Wahrnehmbare auch Informationen über in der Vergangenheit liegende Vorgänge enthalten bzw. auf die Prognose von künftigen Ereignissen gerichtet sein. Basis der Wahrnehmung bleibt dennoch das Gegenwärtige.

56 *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (8 f.).

57 *ders.*, Die Verwaltung 49 (2016), 1 (2 f.), der diese Erkenntnis allerdings selbst als Prämisse ausweist, die nicht von jedem Rechtswissenschaftler geteilt werde (a. a. O., S. 1).

58 Vgl. *Seel*, Psychologie des Lernens, 2003, S. 23 m. w. N.

59 *Hoffmann-Riem*, Die Verwaltung 49 (2016), 1 (12 ff.); *ders.*, AöR 145 (2020), 1 (6 f.); *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 70 ff.; jeweils m. w. N.

60 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, S. 27 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtswissen auch vom Recht selbst ausdrücklich in Bezug genommen;[61] wenn, dann häufig abwehrend (z. B. in Form von Befangenheitsregeln oder Regeln zum Umgang mit Vorbefassung).

Daneben steht mit dem lernenden Denken die zweite Methode des (Rechts-)Wissenserwerb, der 21

> „über unmittelbare Erfahrungen hinausgeht [und] auf Seiten des Lernenden die Überzeugung voraus[setzt], daß es in der Welt Regularitäten gibt, die sich zwar der unmittelbaren Beobachtung entziehen mögen, aber auf der Basis gehalterweiternder Schlußfolgerungen zu erschließen und zu ‚entdecken' sind" (inferenzielles Lernen).[62]

Auf das rechtliche Wissen übertragen spricht *Hoffmann-Riem* hier unter anderem 22
von „normbezogenem Meta-Wissen" und „Lernwissen",[63] das im wissenschaftlichen Studium und auch später noch im rechtsdogmatischem und -theoretischem Lernen erworben wird. Laien verfügen hierüber wohl in der Regel nur in ausgewählten, für ihren Alltag besonders relevanten Domänen.

Diese Art menschlichen Lernens erweitert den Bestand des in Rechtsanwendungs- 23
operationen abrufbaren Wissens über das in der Vergangenheit schon einmal individuell Beobachtete (‚Erfahrene') hinaus. Damit ist eine weitere Hierarchieebene relevanten Wissens eingezogen, die es erlaubt, das aus der Erfahrung zunächst Geschlussfolgerte auf Konsistenz zu überprüfen, die (i. e.: die Erfahrung) aber zugleich auch selbst immer wieder Gegenstand der Überprüfung ist, indem die „Überzeugung der nicht unmittelbar beobachtbaren Regularitäten" ihrerseits auf Stimmigkeit eben mit dem Beobachtbaren hinterfragt werden kann.

In diesen iterativen Prozess ist folglich auch die wahrnehmbare Realität als zweite 24
Basis rechtlicher Kognition eingebunden. Sie (die Realität) bietet den Kontext, in den die rechtliche Entscheidung eingebettet sein soll, und steuert mit ihm zugleich inhaltlich die Entscheidung, weil diese realitäts- und damit kontextgerecht gefällt werden muss. So ist es erst dieser reale Kontext, der es ermöglicht, die häufige Mehrdeutigkeit von in menschlicher Sprache verfassten Normbegriffen aufzulösen und der zur Modifikation von *prima-facie*-Schlüssen veranlasst. Also z. B.: Ob das *prima facie* geltende straßenverkehrsrechtliche Verbot, eine durchgezogene weiße Linie zu überfahren, aufgrund einer akuten Gefahrenlage ausnahmsweise aufgehoben ist. Damit ist das beschrieben, was *Engisch* so einprägsam als das „Hin- und Herwandern

61 *Hoffmann-Riem*, Die Verwaltung 49 (2016), 1 (14 ff.), dort auch zu den Vor- und Nachteilen bzw. Gefahren des Rückgriffs aus Alltagswissen; S. 16 zur praktisch häufig nicht einlösbaren Forderung, Alltagswissen durch wissenschaftliche Erkenntnisse abzulösen.

62 *Seel*, Psychologie des Lernens, 2003, S. 23 und 184 ff.

63 *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (9).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des Blicks zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt" beschrieben hat,[64] *Larenz* spricht vom „hermeneutischen Zirkel".[65]

25 Zugleich ist es Teil des Konkretisierungsprozesses, dass das abrufbare Rechtswissen daraufhin ‚befragt' wird bzw. zumindest befragt werden kann, ob die wahrnehmbare Realität die Informationen enthält, das geöffnete „Diagnosefenster"[66] sozusagen groß genug ist, um eine sowohl erfahrungs- als auch lernwissensadäquate Entscheidung treffen zu können; oder ob weitere Informationen beigezogen, weitere Informationsquellen angezapft werden müssen. Dass die *faktischen* Möglichkeiten der Wahrnehmung der Realität und der gezielten Erweiterung des Wahrnehmbaren beschränkt sind, versteht sich.[67]

26 *b. Maschine.* Wenn Maschinen wie oben beschrieben *law abiding* sein sollen, dann müssen sie Recht in konkreten Kontexten anwenden,[68] d. h. mehr oder weniger abstrakte Normen in Bezug auf sensorisch hinreichend genau zu erkennende Sachverhalte konkretisieren können. Dabei laufen maschinelle Rechtsanwendungsoperationen zwangsläufig anders ab als menschliche, manche würden sagen: ärmer, viele sagen: schematischer.[69]

27 Hier soll zur Illustration das autonome Kraftfahrzeug dienen. Es muss sich an die Verkehrsvorschriften halten können (siehe § 1a Abs. 2 Nr. 2, § 1e Abs. 2 Nr. 2, 3 StVG). Freilich kann nichts anderes auch für andere robotische oder sonstige autonome Systeme entsprechend ihrem physischen Aktionsradius gelten.[70] (Verkehrs-)Vorschriften sind allerdings, wie alle Gesetze, in menschlicher Sprache und in Graphiken verfasst, also in menschlich verständlich codierten Symbolen. Wenn und weil maschinell angelernte KI diese symbolische Sprache nicht ‚spricht',[71] ist das für den Anspruch an rechtskonform agierende Systeme offensichtlich ein Problem. Das zu beantwortende Übersetzungsproblem wurde in der deutschen rechtswissenschaftlichen KI-Diskussion als solches zunächst erstaunlich selten lösungsorientiert

64 *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1963, S. 15.
65 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 206 f., 281.
66 Begriff *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (378). „Diagnosefenster" meint etwas leicht anderes als die Begriffe „Realbereich" (*Hoffmann-Riem*, Die Verwaltung 49 [2016], 1 [4]) oder „Sachbereich" (*F. Müller/Christensen*, Juristische Methodik, 2013, Rn. 235a). Dort geht es jeweils um die Bezeichnung der von einer Norm ihrer Ratio nach, also *normativ*, „in Bezug genommenen technologische[n], naturwissenschaftliche[n], soziale[n], politische[n], ökonomische[n], kulturelle[n], ökologische[n] u. a. ‚Wirklichkeit'"; hier geht es darum, wonach der Mensch/Rechtsanwender *tatsächlich* sucht. Das kann, muss aber nicht dasselbe sein. Der Begriff „Sachverhalt" erfasst in der klassischen Terminologie hingegen diejenigen und nur diejenigen Tatsachen, die „das konkrete Entscheidungsproblem" der Norm betreffen; für beide Zitate zuletzt s. *Hoffmann-Riem*, Die Verwaltung 49 (2016), 1 (4) m. w. N.
67 Vgl. *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 21 m. w. N., zum philosophischen Schrifttum.
68 Zum hier weit verstandenen Begriff der Rechtsanwendung s. oben, → § 3 Rn. 6.
69 Z. B. *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 69.
70 s. oben, → § 2 Rn. 454 ff.
71 s. oben, → S. 59 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

beschrieben.[72] Die angebotene ‚Lösung' liegt wenn, dann meist darin, die Systeme auf rein schematisch (= logisch) zu absolvierende Teilschritte von Rechtsanwendungsoperationen zu beschränken;[73] beispielhaft:

> „Raum für den Computereinsatz bleibt [nur] dort, wo einzelne Teiloperationen aus den rechtlichen Erwägungen herausgelöst und in exakte Schritte zerlegt werden können, ohne dass eine Bewertung [gemeint sein dürfte: Wertung] vorzunehmen wäre. Hierzu zählen vor allem mathematische Berechnungen."[74]

Für nicht wenige Anwendungen ist diese Teilschritt-Lösung praktikabel. Für selbstfahrende Kraftfahrzeuge ist sie es offensichtlich nicht, denn die – rechtskonformen – Entscheidungen im Straßenverkehr müssen angesichts des Zeitdrucks zumindest im ersten Zugriff (!) von der Maschine selbst, also ohne menschliche Mitwirkung, getroffen werden können. Dementsprechend finden sich konstruktive Überlegungen zum Design von *Law-abiding Technology* auch vornehmlich in diesem Anwendungskontext.[75] 28

Solange KI nicht umfassend symbolisch ‚denken' kann, existieren für die Lösung des Übersetzungsproblems zwei Ansätze, die letztlich wohl kombiniert werden müssen: 29

aa. Rechtstraining durch Machine Learning – hat Grenzen. Einmal kann das System unter der Annahme trainiert werden, dass die Trainingsdaten rechtmäßiges menschliches (Norm-)Verhalten abbilden, welches das System in seinen Aktionen dann *pro futuro* imitieren *darf*.[76] Der Trainingsdatensatz würde quasi insgesamt das Label ‚rechtmäßig' tragen. 30

Technisch ist das ohne weiteres möglich; die Inhalte von Labeln sind nicht auf die Beschreibung von Tatsachen durch deskriptive oder wahrheitsfähige Begriffe beschränkt.[77] Theoretisch können sie sogar vergangene Ermessens- und sonstige Wertentscheidungen ‚lernen' und auf mehr oder weniger identische Sachverhalte 31

72 s. hierfür z. B. *Prakken*, Artificial Intelligence and Law 25 (2017), 341 (342), der auch konstatiert, dass der Diskurs im Allgemeinen hier einen blinden Fleck hat(te), auch im internationalen Bereich. Freilich stammt *Prakkens* Beitrag bereits von 2017. Aber auch neuere Beiträge hierzu waren lange Zeit eher schweigsam, vgl. etwa *Oppermann/Stender-Vorwachs*, Autonomes Fahren, ^{2}2020. Sehr gute Ansätze, allerdings auch eher aus der *Legal-Tech*-Perspektive, finden sich bei *Herold*, Demokratische Legitimation, 2020, S. 71 ff. Für eine Einführung in die Thematik, die die vielen offenen Fragen beleuchtet, s. *Schulz/Schmees*, in: Augsberg/Schuppert (Hg.), Wissen und Recht, 2020, S. 561, bes. S. 581 f.

73 Einen lesenswerte Historie der Versuche, Recht bzw. Rechtsprache nach den Regeln der Logik zu formalisieren, liefert *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 12 ff.

74 *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 78; ähnl. *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 30; beide m. w. N. in diesem Sinn.

75 s. *Rizaldi* et al., in: Polikarpova/Schneider (Hg.), Integrated Formal Methods, 2017, S. 50 ff.; *Prakken*, Artificial Intelligence and Law 25 (2017), 341 ff.; knapp auch *Niederée/Nejdl*, in: Ebers et al. (Hg.), RechtsHdb. KI und Robotik, 2020, § 2 Rn. 137 m. w. N.

76 *Prakken*, Artificial Intelligence and Law 25 (2017), 341 (352 f.).

77 Vgl. anschaulich *Herold*, Demokratische Legitimation, 2020, S. 209 f. m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

projizieren.[78] Wer darin einen Wertungs- oder – in der Terminologie des allgemeinen Verwaltungsrechts – einen Ermessensausfall sieht[79] (in der *konkreten* Situation kann die Maschine ja tatsächlich nur in einem bestimmten Sinn entscheiden, falls nicht ein Zufallsmechanismus mit verbaut ist), der fordert die Frage heraus, ob der Mensch in konkreten Entscheidungen wirklich Wahlfreiheit hat, oder ob er nicht auch neurologisch auf ein bestimmtes Verhalten festgelegt ist. Diese Perspektive führt also nicht weiter.[80]

32 Entscheidender ist, dass Stand heute die Leistungen maschinell trainierter Systeme bei der Simulation speziell von wertegeleitetem Handeln unbefriedigend sind; *Thomas Wischmeyer* hat das anhand von Microsofts *Chatbot Tay* illustriert.[81] Und auch ChatGPT & Cie. zeigen bekanntlich noch bestimmte Ausfallerscheinungen, von denen das sogenannte Halluzinieren nur die bekannteste ist. Werden die Systeme gezielt nach Wertungen gefragt, liefern sie in der Regel dialektische Gegenüberstellungen pro und contra, was für eine Entscheidungs*assistenz* ideal, für ein *Entscheidungs*system aber unzureichend ist. Allerdings zeigen die zufriedenstellenden Ergebnisse von modernen Spamfiltern,[82] dass in bestimmten Anwendungsdomänen durchaus auch Wertungsentscheidungen bzw. wertungs*nahe* Entscheidungen wie eben die Klassifikation von E-Mails als Spam = ‚erwünscht/unerwünscht' automatisierten Systemen überlassen werden können. Mit dem probabilistischen Ansatz des maschinellen Lernens ist es zudem möglich, Unschärfe abzubilden bzw. zu erzeugen.[83] Es muss also gerade nicht der exakt identische Fall in den Trainingsdaten enthalten gewesen sein, um, in Anwendung auf neue, reale Daten, gleichwohl eine ‚richtige' Entscheidung fällen zu können.[84]

33 Schließlich ist dieses Probabilistische maschinell trainierter Muster dem Vorgang der Rechtsanwendung auch nicht gänzlich fremd; das gilt jedenfalls für diejenigen, die die Auslegung und Subsumtion von Recht bzw. von Sachverhalt unter Recht in

78 Vgl. i. d. S. auch *Tischbirek*, ZfDR 2021, 307 (313 ff.); *Guggenberger*, NVwZ 2019, 844 (848); jeweils für Anwendungen aus dem Bereich Entscheidungsassistenz. Eine Studie zu maschinell trainierten Systemen im Anwendungsbereich von zwei sozialrechtlichen Ermessensnormen (§ 16 SGB II und § 45 SGB X) liefern *Blumröder/Breiter*, dms 13 (2020), 448 (453 ff.). Nach § 35a VwVfG, § 155 Abs. 4 AO und § 31a SGB X sind vollautomatisierte Anwendungen im Bereich von Ermessensentscheidungen zwar aktuell (grds.) unzulässig; s. aber *Tischbirek*, ZfDR 2021, 307 (315 ff.) für den zutreffenden Hinweis, dass ein Assistenzsystem gerade dann, wenn es eigentlich auf Sachverhaltsermittlungen beschränkt ist, im Fall situativer Zeit- und menschlicher Ressourcenknappheit häufig entscheidungs- und auch „ermessensdirigierende" Wirkung haben wird.

79 Vgl. in diese Richtung *Mund*, Das Recht auf menschliche Entscheidung, 2022, S. 153. Differenzierter *Tischbirek*, ZfDR 2021, 307 (322 ff.).

80 Vgl. ausf. auch ibid.

81 *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 (10, 17).

82 s. oben, → § 1 Rn. 27.

83 Das wird in der Diskussion häufig übersehen. Vgl. für den medizin-ethischen Kontext zutreffend auch *Meier* et al., The American Journal of Bioethics 2022, 1 (5).

84 s. oben, → § 1 Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rechtsrealistischer Theorietradition[85] selbst als Voraussage *künftiger* Rechtsanwendungsoperationen auf der Basis der empirischen Auswertung *vergangener* Rechtsanwendungsoperationen über vergleichbare Sachverhalte verstehen wollen. *Erfahrung* und *Routine* als Quellen rechtlichen Wissens sind von dieser Warte aus lediglich besonders stark betont. Mit *Mireille Hildebrandt* gesprochen: "Interpretation in law is always anticipation",[86] und – so verstanden – *auch* im menschlichen Fall ein Wahrscheinlichkeitsurteil über künftiges Verhalten bestimmter menschlicher Akteure.[87] Und Verhaltensvorhersage ist exakt das, was künstliche Intelligenz, die unter den Bedingungen maschinellen Lernens arbeitet, leisten kann bzw. leisten soll.[88]

Der weit verbreitete Hinweis, dass „[f]allbasierte Rechtsanwendungssysteme […] statistische Korrelationen, nicht das legislative Normprogramm ab[bilden]",[89] ist daher zwar nicht falsch, führt aber pragmatisch betrachtet nicht recht weiter, da das eine das andere zwar auf einer ganz bestimmten, anspruchsvollen rechtstheoretischen Ebene ausschließt,[90] nicht aber auf einer – für den Alltags- und Laiengebrauch wahrscheinlich vielfach ausreichenden[91] – praktischen, eher rechtsrealistisch inspirierten Ebene.[92] Zu bedenken ist dabei, dass *Law-abiding Technologies* zwar oft Erstanwender von Recht sein können müssen (Beispiel Straßenverkehr); aber nicht Letztanwender sein können müssen und auch gar nicht sein dürfen.[93] 34

Freilich: Selbst, wenn man sich auf diese eher soziologische Deutung von Rechtsanwendungsoperationen als empirisch messbares und damit mehr oder weniger zuverlässig prognostizierbares Verhalten einlassen will – und damit maschinelles Lernen als *Rechts*wissenserwerb im Spiel hält –, dann sind die praktischen Grenzen dieses Ansatzes doch schnell erreicht. Das gilt gerade im Bereich des Lernens von realem Straßenverkehrsgeschehen.[94] Denn ein nicht unerheblicher Teil des Verhaltens im Straßenverkehr dürfte gerade *nicht* rechtmäßig, sondern bestenfalls zweckmäßig 35

85 Dazu allg. *Potacs*, Rechtstheorie, 2019, S. 36 ff. Wobei man differenzierend hinzufügen muss, dass der klassische Rechtsrealismus in der Tradition von *Holmes Jr.*, Harvard Law Rev. 10 (1897), 457 (461) die Vorhersage spezifisch von *gerichtlichen* Rechtsanwendungsoperationen meint.

86 *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 142, unter Rückgriff auf *Holmes Jr.*, Harvard Law Rev. 10 (1897), 457 (461) berühmtes Diktum: "The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, is what I mean by the law."

87 *Potacs*, Rechtstheorie, 2019, S. 38 m. w. N.

88 s. oben, → § 1 Rn. 13.

89 So *Herold*, Demokratische Legitimation, 2020, S. 294.

90 In diese Richtung bes. der einflussreiche Beitrag von *Kotsoglou*, JZ 2014, 451 ff.

91 s. unten, → S. 321 ff., bes. S. 352 ff.

92 Ähnl. *M. Engel*, JZ 2014, 1096 (1097 ff.). I. d. S. auch schon *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 143: "My take is that an approach based on statistics would reduce judicial and legislative decisions to administration, and thus collapse the Rule of Law. This is not to say that a number of administrative decisions could not be taken by smart computing systems. It is to confirm that such decisions should be brought under the Rule of Law, notably by making them contestable in a court of law."

93 Dazu unten, → § 3 Rn. 128 und → § 4 insgesamt.

94 Zur Möglichkeit, mit synthetischen Daten zu arbeiten, *Markov* et al., arXiv:2208.03274 (5.8.2022), Abschnitt 3.3; auch *Toews*, Forbes v. 13.6.2022 (Onlinequelle).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sein. Erforderlich ist demnach eine qualifizierte menschliche Durchsicht bzw. ein qualifiziertes *differenzierendes* Labeln der Trainingsdaten nach ‚rechtmäßig/nicht rechtmäßig', was zwar theoretisch möglich ist, aber realistisch außerordentlich aufwendig erscheint.[95] Das Unternehmen OpenAI mit seiner Anwendung ChatGPT scheint in diese Richtung zu gehen, indem es die *Prompts* – also den Input/die Anfragen der Nutzer – dahingehend labelt bzw. von Dienstleistern und Nutzern labeln lässt, ob sie auf einen unerwünschten *Output* gerichtet sind.[96] OpenAI unterschied dabei in seiner "Taxonomy" fünf Kategorien (Stand 2022): "*Sexual content*", "*Hateful content*", "*Violence*", "*Self-harm*", und "*Harassment*".[97] Dass dies nach echten Rechtsmaßstäben, d. h. zur Nutzung als gezieltes Instrument der Rechtserkenntnis, noch viel zu grob ist bzw. war, versteht sich von selbst.

36 Besonders problematisch ist zudem, wie auf der Basis dieses Ansatzes Rechtsänderungen schnell genug erfasst werden können.[98] Perspektivisch wird insoweit allerdings genau zu beobachten und zu prüfen sein, ob die immer leistungsfähiger werdenden Anwendungen von *Natural Language Processing* (NLP) bzw. *Large Language Models* (LLMs)[99] dazu in der Lage sein werden, die in Form von Gesetzen, juristischen Kommentaren und Gerichtsurteilen verfügbaren ‚Expertensysteme' maschinell auslesbar und auswertbar zu machen, ohne dass diese spezifisch in maschinenlesbaren Code übersetzt werden müssten. Ein *spezifisches* Training könnte damit zunehmend obsolet oder auf geringfügiges *Finetuning* beschränkt werden. In diesem Zusammenhang sei nochmals daran erinnert, dass gerade NLP-/LLM-Systeme zunehmend multimodal[100] arbeiten (also nicht auf reine Textauswertung beschränkt sind, sondern zur ‚Anwendung' des Textes auf optischen und akustischen, eines Tages eventuell auch olfaktorischen Input in der Lage sind) und sich zudem die Möglichkeiten der für rechtliche Anwendungen sinnvollen Erklärungen/Begründungen (Stichwort *explainable AI*[101]) Stück für Stück verbessern. Bislang ist NLP/sind LLMs allerdings noch nicht so weit, einem System auf diesem Weg Rechtserkenntnis- oder gar Rechtsanwendungsfähigkeiten ‚beibringen' zu können.[102]

95 Ausgeschlossen ist es freilich nicht, und zudem könnte das Rückschlüsse auf das Maß der im Straßenverkehr notwendigen „brauchbaren Illegalität" liefern.

96 *Markov* et al., arXiv:2208.03274 (5.8.2022).

97 Ibid., Abschnitt 2.

98 Die Thematik der gezielten und ggf. nur punktuellen *Änderung* von Wissensbeständen wurde bislang selten diskutiert; vgl. immerhin *Zhou/Zafarani*, ACM Comput. Surv. 53 (2020), 1 (131), mit dem Bsp. des geänderten Mitgliedschaftsstatus des UK in der EU und den Optionen, diesen in KI-basierten *Fake News*-Detektoren abbilden zu können.

99 Dazu oben, → § 1 Rn. 44 ff.

100 Dazu oben, → § 1 Rn. 46.

101 Dazu oben, → § 1 Rn. 51 ff.

102 Vgl. bspw. mit noch ernüchternden Ergebnissen *Ouellette* et al., Stanford Public Law Working Paper et al. vom 4.2.2025 (Onlinequelle); *Schirmer*, JZ 2023, 144 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Symbolische KI als notwendige Ergänzung. Als Lösung für das beschriebene Problem wird vorgeschlagen, das maschinell trainierte System nach dem Training hinsichtlich der Rechtskonformität mit technischen Mitteln zu evaluieren (*Off-line Modell Testing* oder *Regimentation*)[103] und gegebenenfalls dadurch auch Lern-Grenzen zu definieren.[104] Eine solche Evaluation erfordert es freilich, das einzuhaltende Recht einschließlich seiner inhärenten Hierarchien zu formalisieren, also in relationalen *Wenn-Dann*-Befehlen *symbolisch* abzubilden – womit sich der Kreis zur *good old-fashioned AI* schließt.[105] Sie ist nicht überflüssig. *Henry Prakken* liefert anhand des niederländischen Straßenverkehrsrechts anschauliche Beispiele, bis zu welchem Punkt eine solche Formalisierung gelingen kann: Nämlich eben bis zu dem Punkt, an dem man im Recht auf wertungs- und kontextualisierungsbedürftige Verpflichtungen der Verkehrsteilnehmer wie "keeping right as much as possible" oder das Verbot von "unnecessary noise" trifft.[106] Das lässt sich ‚händisch' nur schwer formalisieren, wenngleich es stimmen mag, dass die juristische „Kommentarliteratur […] beredtes Zeugnis davon [gibt], wie konkret die Rechtsprechung in der Ermittlung der Normbedeutung bereits fortgeschritten und wie weit die Formalisierung der Rechtssprache damit bereits möglich ist."[107] 37

Der Weg voran dürfte deshalb derzeit aus einer Kombination der genannten Methoden bestehen:[108] Wo möglich kann die Formalisierung von Recht im Sinn klassischer KI, d. h. hin zu klassischen Steuerungs- und Kontrollalgorithmen, weiter vorangetrieben und vertieft werden, um maschinelles Lernen dort anzubinden, wo auch im Recht klar zu labelnde – also insoweit mit maschinellem Lernen umsetzbare – Klassifikations- bzw. Prädiktionsaufgaben anstehen („Das ist ein Fußgänger; er wird auf die Straße treten" oder „Dies ist eine Ampel und sie zeigt rot"). 38

Abschließend lohnt sich hier ein Seitenblick auf die medizinische KI-Forschung. Dort wird auch versucht, Ratgeber-Systemen beizubringen, in konkreten Situationen *ethisch* ‚richtige' Einschätzungen abgeben zu können und auf dieser Basis perspektivisch "real-moral dilemmas in clinical settings" selbstständig zu lösen.[109] Die Parallelen zum Recht dürfen zwar nicht überzeichnet werden. Jedoch geht es auch 39

103 Vgl. ausf. und gut nachvollziehbar *Prakken*, Artificial Intelligence and Law 25 (2017), 341 (351 ff.). *Prakken* nennt als dritte mögliche Strategie noch die Technik des *Reasoning*, die sich allerdings nur für Entscheidungsassistenzsysteme, nicht aber für die hier interessierenden unmittelbar selbst agierenden Systeme eignet (s. ebd., S. 352, 357 f., 361).

104 Vgl. *Zech*, in: Verhandlungen des 73. Deutschen Juristentages Hamburg 2020/Bonn 2022 (Hg.), Bd. I: Gutachten (Gesamtband A-G + CD), 2020, S. A 35.

105 s. oben, → § 1 Rn. 38.

106 *Prakken*, Artificial Intelligence and Law 25 (2017), 341 (355 ff.).

107 Optimistischer deshalb *M. Engel*, JZ 2014, 1096 (1098). Auf die Chancen von LLMs/NLP wurde insoweit bereits hingewiesen, s. soeben, → § 3 Rn. 36.

108 So auch *Marcus/Davis*, Rebooting AI, 2019, S. 177 ff.; *Herold*, Demokratische Legitimation, 2020, S. 73 f.: „hybride Systeme".

109 *Meier* et al., The American Journal of Bioethics 2022, 1 (13).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

in dieser Domäne darum, stark wertungsabhängige[110] Entscheidungen zu treffen, die sich einfachen, d. h. auf wenigen, einfach symbolisch zu programmierenden Faktoren basierenden Entscheidungen entziehen – was *für* maschinelles Lernen spricht; die aber zugleich höchst individuell und kontextabhängig ausfallen, d. h. nur mühsam zu labeln sind[111] – was *gegen* maschinelles Lernen spricht. Schließlich sind sie zugleich in hohem Maße auf Transparenz bzw. Begründbarkeit gegenüber den Ärztinnen und Patienten angewiesen (was *für* symbolische KI spricht). Eine erste[112] *Proof-of-concept*-Studie namens METHAD (für *Me*dical *Et*hics *Ad*visor) von *Meier et al.* zeigte, dass sich hybride Systeme, die symbolische und maschinelle KI-Methoden kombinieren,[113] als vielversprechende Option herauskristallisieren, mithilfe derer in Zukunft in *bestimmten* Szenarien[114] automatisierter Rat ethisch vertretbar bzw. sinnvoll erteilt werden könnte.

40 *cc. Sonderfall automationsgerechte Rechtssetzung und der sog. Digitalcheck für alle Gesetze.* Bevor sogleich in die Gegenüberstellung von menschlicher und maschineller Konkretisierung von Recht eingestiegen wird, sei noch abschließend ein Sonderfall genannt, in dem Konkretisierungsleistungen von KI vergleichsweise unproblematisch erbracht werden können, wenn und weil das zu konkretisierende Recht nämlich mit diesem Anliegen erlassen worden ist: sogenanntes computergerechtes oder digitaltaugliches Recht[115] oder automationsgerechte Rechtssetzung.[116]

41 Solches Recht *muss* aus möglichst einfach formalisierbaren Regeln bestehen und sich auf Sachverhalte beziehen, die mit bestehenden Bild- oder Texterkennungssystemen mit ausreichend großer Verlässlichkeit ermittelbar sind; (schwieriger) automatisierbare Wertungen sollen dafür möglichst schematisch gesetzlich antizipiert und eine – eventuell erwünschte – Feinsteuerung auf fakultative *ex-post*-Verfahren

110 Oftmals sogar in Abhängigkeit von *rein individuellen* Wertungen (wie z. B. der Gewichtung von Lebensqualität vs. Lebensdauer, vgl. *Meier* et al., The American Journal of Bioethics 2022, 1 [5 f.]), die – im Gegensatz zu rechtlichen Wertungen – noch nicht einmal den *Anspruch* erheben, intersubjektiv nachvollziehbar und damit verobjektivierbar zu sein.

111 s. ausf. zu dem Problem *Meier* et al., The American Journal of Bioethics 2022, 1 (9 f.).

112 Den Autoren zufolge existierten im medizinisch-ethischen Bereich bis dato erst zwei (!) eher basale Vorstudien von 2006 und 2018, vgl. *Meier* et al., ibid.

113 Die Autoren nutzen sog. *Fuzzy Cognitive Maps* (s. *Meier* et al., The American Journal of Bioethics 2022, 1 [3 ff.]), die den Vorteil aufweisen, dass relativ wenige Trainingsfälle ausreichen, um einen stabilen Algorithmus erzeugen zu können.

114 *Meier* et al., The American Journal of Bioethics 2022, 1 (10, 14): "There will be much to be gained from, for example, employing advisory algorithms in overwhelming emergency situations where greater numbers of morally relevant decisions must be taken than would be humanly possible; and, conversely, there will be scenarios in which machine intelligence will likely always remain inferior to human decision-making."

115 Weitgehend *Achtert* et al., Digitale Verwaltung braucht digitaltaugliches Recht, Nationaler Normenkontrollrat, 2021 (Onlinequelle).

116 Dazu *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 221. Vgl. auch *Unger*, in: ders./Ungern-Sternberg (Hg.), Demokratie und künstliche Intelligenz, 2019, S. 113 (121); *Herold*, Demokratische Legitimation, 2020, S. 208 f.; warnend *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (38).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ausgelagert werden. Die dafür im ersten Schritt erforderlichen Pauschalisierungen und Typisierungen sind aus dem Recht der Massenverwaltung bekannt, insbesondere aus dem Sozial- und Steuerrecht.[117] Der Bundesgesetzgeber möchte mit der Idee des Digital-Checks nunmehr alle Gesetze daraufhin überprüfen und möglichst dahingehend optimieren, dass sie digital durchführbar und umsetzbar sind.[118]

Ein Beispiel für ein solches Arrangement speziell aus dem Bereich künstlich-intelligenter Rechtsdurchsetzung liefert das Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz [UrhDaG].[119] Zur Erinnerung: Die Möglichkeit, einen Upload als „erlaubte Nutzung" (§§ 9, 11 UrhDaG) zu kennzeichnen, soll eine Nutzerin dann *nicht* haben, wenn der Upload mindestens die Hälfte eines geschützten Werks enthält *und* der geschützte Inhalt *nicht* mit anderen Inhalten kombiniert hochgeladen wird. Beide Anforderungen hat der Gesetzgeber bewusst gewählt, weil sie in automatisierten Verfahren leicht nachprüfbar sind,[120] und die Kombination mit anderen Inhalten typisch für die – auch lizenzfrei zulässigen – Zitate, Parodien und Pastiches sei, die wiederum so stark kontext- und wertungsabhängig sind, dass sie von maschinell trainierter KI kaum zuverlässig erfasst werden könn(t)en.[121] 42

Anhand des Beispiels zeigt sich gut, dass das Konzept der automationsgerechten Rechtsetzung differenziert zu betrachten ist: Die „Kennzeichnung als erlaubte Nutzung" betrifft lediglich die Rechtsdurchsetzungsebene des Urheberrechts, ändert hingegen an der materiellen Rechtslage erst einmal nichts, einschließlich der in einem eventuellen gerichtlichen Verfahren geltenden Darlegungs- und Beweislasten und möglichen Schadenersatzansprüchen gegen Nutzer. Es bleibt bei den allgemeinen beweisrechtlichen Regeln. Es ist der Nutzer, der gegebenenfalls die Voraussetzungen der Schranke nachweisen muss, auf die er sich beruft.[122] Anders liegen die Dinge in der Variante der „geringfügigen Nutzung". Zur Erinnerung: falls der geschützte Werksteil zusätzlich zu den beiden oben genannten Kriterien auch noch besonders kurz ist (z. B. „Nutzungen bis zu 15 Sekunden je einer Tonspur"[123]), dann muss (und kann) sich die Nutzerin nicht auf eine Urheberrechtsschranke als Rechtfertigungsgrund berufen, sondern der Upload *ist* zuzulassen. *Zugleich* ist 43

117 Vgl. *Wischmeyer*, in: Eifert (Hg.), Digitale Disruption und Recht, 2020, S. 73 (85 ff.); zu den schnell erreichten Grenzen der Typisierungsbefugnis des deutschen Gesetzgebers *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 26 Rn. 34 m. w. N.

118 s. https://www.digitale-verwaltung.de/Webs/DV/DE/transformation/digitalcheck/digitalcheck-node.html, besucht am 15.6.2025.

119 Dazu ausf. oben, ab → S. 205.

120 BT-Drs. 19/27426 v. 9.3.2021, S. 139.

121 Dazu *Oster*, in: Ahlberg/Götting/Lauber-Rönsberg (Hg.), BeckOK Urheberrecht, 32. Ed. 15.9.2021, § 9 UrhDaG Rn. 8. A. A. speziell für das Urheberrecht (dieses sei „filterfreundlich, weil abwägungsfeindlich") *Kraetzig/Lennartz*, NJW 2022, 2524 Rn. 10 ff.

122 *Oster*, in: Ahlberg/Götting/Lauber-Rönsberg (Hg.), BeckOK Urheberrecht, 32. Ed. 15.9.2021, § 9 UrhDaG.

123 § 10 Nr. 2 UrhDaG.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Nutzerin von der urheberrechtlichen Verantwortung freigestellt (§ 12 Abs. 3 UrhDaG), bis ein Beschwerdeverfahren abgeschlossen ist. *Hier* modifiziert die automationsgerechte Rechtsetzung nicht nur temporär die Durchsetzungsfähigkeit eines Rechts, sondern auch dessen schadens- und strafrechtliche Bewehrungen und damit wesentliche Teile seines Inhalts.

44 *c. Mensch vs. Maschine.* Beschränkt man den Blick scharf auf die Konkretisierungsleistung, dann wirkt die *Methodik* von Mensch und Maschine auf den ersten Blick ähnlich: Mensch und Maschine operieren zunächst und vor allem aus ihrer Erfahrung und aus Vorverständnissen heraus, die sie im Umgang mit Normen und Sachverhalten in der Vergangenheit ‚erlernt' haben. Alles ist – mindestens auch – Musterabgleich.[124]

45 *aa. Im Ausgangspunkt ähnlich: Alles ist Entscheiden unter Wahrscheinlichkeitsurteilen.* Damit liegt der entscheidende Unterschied zwischen Mensch und Maschine nicht darin, dass es sich bei Anwendung der aktuell dominanten Techniken des maschinellen Lernens im Ergebnis um probabilistische Aussagen handelt:[125] Der Abgleich des Wahrgenommenen mit dem Erlernten liefert sowohl im menschlichen[126] als auch im maschinellen Fall eine Form von Wahrscheinlichkeitsurteil.[127] Absolute Sicherheit bzw. ‚Richtigkeit' der Rechtsanwendungsoperation gibt es allein schon wegen der Möglichkeit auch menschlicher Wahrnehmungs- und Einschätzungsfehler in beiden Fällen nicht.[128] Es befremdet daher etwas, wenn das Bundesverfassungsgericht speziell im gefahrenabwehrrechtlichen Bereich beständig formuliert, eine Prognose dürfte nicht auf „allgemeinen Erfahrungssätzen" beruhen.[129] Auf was sonst?[130] *Konkrete* Erfahrungssätze gibt es nur hinsichtlich des erfahrenen Vergange-

124 *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (381 ff.); vgl. auch, aus der sozialwissenschaftlichen Digitalisierungsforschung, bes. nachdrücklich *Nassehi*, Muster, 2019, S. 50 ff.; außerdem *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 9 f.

125 Vgl. hierzu oben, → S. 44 ff., 53 ff.

126 s. *J.-P. Schneider*, in: Schoch/Schneider (Hg.), VwVfG, Grundwerk Juli 2020, § 24 Rn. 29 ff., bes. Rn. 32, m. w. N.; immer noch aktuell *Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (366 ff.).

127 Vgl. i. d. S. auch *Ihden/Janßen*, RW 2021, 46, bes. S. 50, spez. zu Bayesschen Netzen.

128 Vgl. auch schon *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. ix: Technologien "combine to simulate one of the most critical capacities of living organisms: unconscious, intuitive and on-the-spot pattern recognition."

129 St. Rspr., s. etwa BVerfG, Urt. v. 27.7.2005, Az. 1 BvR 668/04 = BVerfGE 113, 348 (378) – Vorbeugende Telekommunikationsüberwachung; BVerfG, Urt. v. 20.4.2016, Az. 1 BvR 966/09 u.a. = BVerfGE 141, 220 – BKA-Gesetz, Rn. 164 f. Jetzt allerdings wertet das Gericht in BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, Az. 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20 = BVerfGE 165, 363 – Automatisierte Datenanalyse, Rn. 100, kriminologisch fundierte Erfahrungsmuster positiv.

130 Rätselnd auch *Meyer*, JZ 2017, 429 (438). Zur Notwendigkeit des Rückgriffs auf "profiles, probabilities, and stereotypes" zur Bewältigung lebensweltlicher Kontingenz *Schauer*, Profiles, probabilities, and stereotypes, 2003, zitiert nach *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 191; ähnl. auch *Luhmann*, in: ders. (Hg.), Ausdifferenzierung des Rechts, 1999, S. 191 (225): „Typisiertes Erwarten ist Voraussetzung dafür, daß Erfahrungen gemacht werden, daß gelernt werden kann und daß Erinnerungen sich ablagern und verfügbar bleiben können. Erst an schematisierender Erlebnisverarbeitung

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nen, da sich eine reale Situation (also alles außerhalb einer Simulation) nie 1:1 wiederholen wird. Eine Prognose ist aber *per definitionem* gegenwarts- oder zukunftsgerichtet. Wie gesagt besteht zwar die menschliche Wissensbasis, anders als aktuell die maschinelle, nicht nur aus Erfahrungssätzen, sondern auch aus kombinatorischen Schlussfolgerungen aus dem Erfahrenen; und doch sind es die Erfahrungssätze, die auch das menschliche Gelernte zu einem großen Teil ausmachen und den Erstzugriff stützen. Nochmals erweitert kann man daher zunächst feststellen: Alles ist – mindestens auch – Musterabgleich mit Unschärfebereichen/unter Wahrscheinlichkeitsannahmen.[131]

bb. Das zentrale Problem: einzelfalladäquates Entscheiden. Gleichwohl verbirgt sich hinter der Gegenüberstellung von allgemeinen und konkreten Erfahrungssätzen der maßgebliche Einwand gegen eine mit im Kern statistischen Mitteln arbeitende Rechtsanwendungsoperation: Es ist deren zweifelhafte Einzelfalladäquanz.[132] Die Zweifel sind methodisch begründet: Maschinelles Lernen ist, wie gesagt, angewandte Statistik oder, genauer: die Anwendung der statistischen Subdisziplin der Stochastik auf die Realität. Der staatliche Umgang mit maschinellem Lernen/künstlicher Intelligenz fiele leichter, wenn ‚Statistik' bereits als Referenz- und Handlungsfeld erschlossen wäre. Das ist nicht der Fall,[133] ‚Statistik' als Handlungsmaßstab hat vielmehr einen schlechten Ruf.[134] Bisher taugten die Erkenntnisse der Statistik nämlich nicht als Quelle für *kleinräumige* Handlungsmaßgaben. Mangels hinreichend großer Datenbestände und schneller Rechenkapazitäten zu deren Auswertung mussten statistische Methoden bisher zu stark generalisieren; sie waren unterkomplex, in technischer Terminologie: Die mit klassischer Statistik erstellten Muster waren *underfitting* (= zu grob). 46

‚Statistik' als Handlungsmaßstab war also zur Lösung konkreter Rechtsanwendungsfragen – mit wenigen Ausnahmen – zu weit weg von Einzelfall-Adäquanz und damit von Einzelfallgerechtigkeit.[135] Auf Einzelfallgerechtigkeit ist das deutsche öffentliche Recht wegen der normativen Vorgaben aus Art. 3 Abs. 1 GG und dem Gebot der Verhältnismäßigkeit allerdings verpflichtet und mit den eher kleinräumigen Referenzfeldern im Polizei- und Baurecht auch rechtswissenschaftlich orientiert. Wenn dann 47

bildet sich ein Zeithorizont mit Vergangenheit und Zukunft." Für das Verwaltungsrecht *J.-P. Schneider*, in: Schoch/Schneider (Hg.), VwVfG, Grundwerk Juli 2020, § 24 Rn. 32 m. w. N.

131 Vgl. schon *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (381 ff.); sozialwissenschaftlich *Nassehi*, Muster, 2019, S. 50 ff. Vgl. außerdem *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 9 f.

132 s. etwa *M. Engel*, JZ 2014, 1096 (1097 f.); *Kotsoglou*, JZ 2014, 1100 (1102 f.); *Ebers*, in: ders. et al. (Hg.), RechtsHdb. KI und Robotik, 2020, § 3 Rn. 16 ff.; *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 69 ff., 77 f.; *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 26 Rn. 33 m. w. N.

133 Vgl. *Voßkuhle*, in: ders./Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 1 Rn. 45.

134 Vgl., freilich selbst richtigerweise der weit verbreiteten Einschätzung widersprechend, *Wischmeyer*, in: Ebers et al. (Hg.), RechtsHdb. KI und Robotik, 2020, § 21 Rn. 47 m. w. N.

135 Ibid., Rn. 48 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

das Stichwort ‚Statistik' häufig mit Erkenntnis und damit Handlungsmaßstab anhand einer *einzelnen* Gruppenzugehörigkeit[136] oder allgemeiner formuliert anhand einzelner *Features* gleichgesetzt wird, nimmt das das korrespondierende Rechtsgebiet im Ergebnis aus dem Schlaglicht rechtsdogmatischen Interesses.[137]

48 Diese (jedenfalls bislang) berechtigte Zurückhaltung bei der Nutzung von Statistik wird auf den Einsatz künstlicher Intelligenz gerade auch von den Gesetzgebern übertragen. Dafür stehen auf einer allgemeinen Ebene Normen wie § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG oder auch Art. 22 Abs. 3 DSGVO, die Behörden bzw. alle Datenverarbeiter verpflichten, in automatisierten Verfahren technisch nicht erfasste oder erfassbare Faktoren gesondert zu berücksichtigen bzw. automatisiert getroffene Entscheidungen auf Anfechtung hin menschlich zu überprüfen. Diese Normen spiegeln

> „vor allem die Sorge wider, maschinelle Entscheidungen könnten für den individuellen Fall relevante Informationen unberücksich|tigt lassen und damit der Einzelfallgerechtigkeit abträglich sein. Zugleich verdeutlichen sie, dass es Aufgabe der Verwaltung ist, Einzelfallgerechtigkeit zumindest anzustreben und nicht allein die Effizienzsteigerungen von Risikomanagementsystemen zu verfolgen."[138]

49 Wie der hier zitierte *Yoan Hermstrüwer* aber herausarbeitet, dürfte dieser Einwand durch die mit dem Begriff *Big Data* assoziierten technologischen Fortschritte sukzessive an Überzeugungskraft verlieren.[139] Maschinelles Lernen setzt gerade darauf, möglichst viele Details, nach *Viktor Mayer-Schönberger* und *Kenneth Cukier* wohl etwas zu euphorisch bestenfalls sogar *alle* Details,[140] eines Sachverhalts aufs statistische Muster bringen zu können. Das soll dann, angewandt auf die Realität, deren Erfassung und Auswertung in einer Granularität ermöglichen, die der der menschlichen Wahrnehmung des Einzelfalls nahekommt, möglichst sogar überlegen ist.[141]

50 Der beschriebene Effekt lässt sich anhand der in → § 1 eingeführten Formel illustrieren. Man kann davon ausgehen, dass ein bestimmter realer Sachverhalt y durch eine Vielzahl von *Features* x beschrieben wird. Bislang können statistische Methoden nur eine begrenzte Zahl dieser *Features* erfassen, sodass ein erheblicher Teil an

136 Prägend (selbst allerdings schon viel differenzierter) *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, 2008, bes. S. 9 ff. Auch heute noch z. B. bei *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 50: „So wird ein Online-Händler einer Person im Zweifel eine bestimmte Zahlungsart verweigern, wenn ein Scoring-Algorithmus ihn einem Wohngebiet mit schlechter Zahlungsmoral zuordnet." Ähnl. *Ebers*, in: ders. et al. (Hg.), RechtsHdb. KI und Robotik, 2020, § 3 Rn. 18 f. Solche Ein-Faktor-Analysen sind eigentlich das Gegenteil der *Big-Data*-Idee, wie sie sich in den vergangenen 15 Jahren etabliert hat.

137 Deutlich wird das auch an der bislang fehlenden aktuellen Kommentierung des Bundestatistikgesetzes. Die Ausnahme bildet *Dorer* et al., Bundesstatistikgesetz, 1988.

138 *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (484 f.). Vgl. ähnl. auch *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, ^{3}2022, § 26 Rn. 89.

139 *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479, bes. S. 486.

140 *Mayer-Schönberger/Cukier*, Big Data, 2013, S. 38 ff.

141 *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (486); skeptisch *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, ^{3}2022, § 26 Rn. 33.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

möglicherweise aussagekräftigen Prädiktoren für das gewünschte y unberücksichtigt bleiben, d. h. statistisch ausgedrückt: als Störgröße oder *Residual Noise*[142] Ɛ[143] mit dem Wert null unterstellt werden muss:

$$\text{Weil } x_1 \text{ gestern} + x_2 \text{ gestern} + x_3 \text{ gestern} \ldots + x_n \text{ gestern} + Ɛ = y_{\text{gestern}},$$

$$\text{sei } x_1 \text{ heute} + x_2 \text{ heute} + x_3 \text{ heute} \ldots + x_n \text{ heute} = p_{y\ \text{heute}}.$$

Einfach ausgedrückt reduzieren *Big-Data*-Technologien idealerweise das Ɛ in der Gleichung, bringen die maschinelle Aussage y damit näher als bisher an die Realität und erhöhen folglich den Wert von $p_{y\ \text{heute}}$, also die Wahrscheinlichkeit, dass y vorliegt.[144] Unter dieser Hypothese würden statistisch geformte Muster „präzise ausdifferenzierte Generalisierungen und damit gewissermaßen verallgemeinerbare Annäherungen an eine Individualisierung" liefern.[145] 51

Das gilt freilich nur *idealiter*, weil zumindest bislang nicht die gesamte Umwelt digital erfasst und als Lernmaterial aufbereitet ist, die Technologien rein sensorisch oftmals auch noch nicht zu einer für die Normanwendung hinreichend granularen Erfassung der Welt in der Lage sind,[146] und KI-Systemen (wieder: bislang) die Fähigkeit fehlt, informationelle Defizite in ihren Mustern als solche zu erkennen und sich gegebenenfalls notwendige weitere „Diagnosefenster" selbst zu öffnen, wenn sich der wahrnehmbare Sachverhalt an diesen Defiziten gemessen als nicht aussagekräftig erweist.[147] 52

Soziologisch gewendet kann man sagen, dass die Klassifikation oder Prognose durch ein intelligentes System *kein* „kommunikativer Akt" ist: Das System ‚weiß' zwar um die ihm zugänglichen Nachrichten (d. h. Inputdaten), ihm fehlt aber „das Nichtwissen um den Auswahlbereich dieser Nachrichten und daher um erwartbare, aber ungewisse Möglichkeiten weiterer [relevanter] Nachrichten".[148] Oder, nochmals anders gewendet: Es „fehlt einem Subsumtionsautomaten das offene Ohr: | Er hört nur, wonach er fragt, und ihm entgeht, was der Benutzer von sich aus zu sagen hat."[149] 53

142 *Fan/Han/Liu*, Natl Sci Rev 1 (2014), 293 (301).
143 Ɛ steht für *erratum* = Irrtum. Zu den statistischen Details ibid.
144 Auf die Gefahr des *Overfitting* sei nochmals verwiesen, s. oben, → § 1 Rn. 12.
145 *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (486).
146 Als Standardbsp. für diese rein sensorisch-technische Erfassungsschwäche wird nach wie vor das selbstfahrende Kfz genannt: Offenbar wurden Menschen Stand 2022 (!) immer noch als Fläche/Hindernis dargestellt bzw. trainiert, ohne dass eine hinreichend sichere Abgrenzung zu sonstigen ‚Hindernissen' gelang, vgl. *Weise*, Hochautomatisiertes Fahren in Deutschland und Kalifornien, 2022, S. 75 f.
147 *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 (16); *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (378). Interessant sind in diesem Zusammenhang allerdings die neuerdings angebotenen Optionen des sog. *Deep Research*, bei der sich das KI-System (LLM/NLP) bewusst mehr „Zeit lässt", um mehr Quellen zu analysieren und die Recherche mehrstufig auszugestalten; hier wird das Diagnosefenster also gezielt weitergezogen.
148 *L. Hagen* et al., in: Oberreuter (Hg.), ^{8}2017, Staatslexikon, Abschnitt III.2.
149 *M. Engel*, JZ 2014, 1096 (1098 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

54 Diese Problematik betrifft sämtliche Formen von algorithmisch verfasstem Wissen, also auch die Anwendung von regelbasiert verfasstem Rechtswissen, und betrifft in verschärfter Form solches Wissen, das gegenwärtig nur implizit vorliegt, d. h. nicht ausdrücklich zum Gegenstand der Darstellung von rechtlichen Entscheidungen/Anwendungen geworden ist, und einem *Labeling* daher rein praktisch schwer zugänglich ist.[150]

55 *cc. Auch nicht einfach: Wertungen.* Zudem betrifft das Problem die im Recht allfälligen Wertungen: Zwar können theoretisch auch sie im beobachteten Sinn erlernt werden. Allerdings bleibt dieses Lernen eine – wenn auch potentiell immer dichtere, granularere – Simulation, denn rein technisch ist die Maschine unfähig, über das rein Beobachtende hinausgehende Schlussfolgerungen anzustellen.[151] Sie kann folglich nicht anhand relationaler, hierarchisch höherrangiger Regeln oder gar Werte deduktiv reflektieren, ob das Beobachtete gegenüber dem Gelernten vollständig oder widersprüchlich oder schlicht neu ist, sodass *in concreto* ein gegenüber dem Erlernten abweichendes Urteil gerechtfertigt ist. Eine *solche* anspruchsvolle Feedbackschleife auf sozusagen zweiter (also hierarchisch übergeordneter bzw. relationaler) Ebene, können auch diejenigen Systeme *nicht* leisten, die gemeinhin als selbstlernend bezeichnet werden (auch deshalb ist der Begriff nicht geschickt gewählt, siehe dazu schon oben, → § 1 Rn. 18). Da zahllose Prognosen wertende Elemente enthalten (wie etwa die Bestimmung der polizeilichen „Gefahr“[152], die Prüfung der Verhältnismäßigkeit oder die Bestimmung von Härtefällen), muss jede Prognose oder Klassifikation *in einem solchen Feld* jedenfalls als latent insuffizient behandelt werden. Erst deutliche Fortschritte im Forschungsbereich der symbolischen KI[153] *könnten* hier in Zukunft ein anderes Urteil rechtfertigen.[154]

56 Als ein erstes Zwischenfazit lässt sich daher festhalten, dass maschinelle Rechtsanwendungsoperationen nach aktuellem Fähigkeitsstand als *strukturell fragmentarischer* als menschliche zu betrachten sind.[155] Ihnen kommt noch nicht die Fähigkeit

150 s. hierzu die Überlegungen von *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (22): „Die […] Technik der Vorhersage beansprucht, auch der Komplexität rechtlicher Systeme und der Vielfalt der entscheidungsrelevanten Faktoren gerecht zu werden. Da sie aber nur durch Algorithmen abbildbare Komplexitätsfaktoren berücksichtigen kann, bleibt ein Teil der für die Rechtsanwendung wichtigen, nicht oder nur unzureichend digitalisierbaren Faktoren – etwa die nicht per se illegitimen, durch Entscheidungskulturen, Juristensozialisation, informelle Handlungsstrategien geprägten – außer Acht.“

151 Vgl. oben, → § 1 Rn. 10. Diesen Aspekt heben v. a. *Kraetzig/Lennartz*, NJW 2022, 2524 ff. hervor, die anstelle von automatisierter Rechtsdurchsetzung auf den von ihnen untersuchten Plattformen für „grundrechtsfreundliche Architekturen“ ebendort plädieren; z. B. durch die Kontrolle von *Bots* oder durch verringerte Verbreitungsgeschwindigkeiten von Nutzerbeiträgen. Dazu grundlegend *Eifert*, in: Hermstrüwer/Lüdemann (Hg.), Der Schutz der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, 2020, S. 189 ff.; ausf. nun *Perkowski*, Desinformationsregulierung (Manuskript 2025), passim.

152 *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (383 f.).

153 Dazu oben, → S. 59 ff.

154 Hierzu auch nochmals → § 3 Rn. 72 ff.

155 Für computergerechtes Recht, wie in → § 3 Rn. 40 beschrieben, gilt dieser Einwand natürlich nicht.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu, *in quantitativ und qualitativ gleichem Maße* für Einzelfalladäquanz zu sorgen, wie es Menschen zumindest *potentiell* tun können.[156] Diesen Schritt (also wenn es um vollständige Individualisierung geht), der mit der Konkretisierungs- oder gegebenenfalls Korrekturphase korrespondiert (siehe sogleich, → S. 298), muss daher *per definitionem* weiterhin ein Mensch unternehmen. Dass er gegangen werden *kann*, ist folglich sicherzustellen in allen Fällen, in denen Typisierungen und Pauschalisierungen nicht das letzte Wort sein dürfen. Die eigentlich zentrale Frage ist damit, ob dieser Schritt *in jedem Fall* gegangen werden muss, und vor allem, *wann* er gegangen werden muss.[157] Es wird in vielen Fällen denkbar sein, ihn nur auf Initiative bzw. Rüge des Betroffenen und/oder *ex post* zu tun (siehe dazu weiter unten, → S. 365 ff.).

Soviel zu den relativen Defiziten KI-basierter Rechtserkenntnisoperationen; nun noch zu Ambivalenzen und dezidierten Stärken. 57

dd. Spezifische Stärken maschineller Prognosesysteme. Eingangs steht eine wichtige Relativierung menschlicher Stärke an: Während Maschinen – wie gerade gesehen – (noch) nicht alle für den Einzelfall relevanten Prädiktoren berücksichtigen können (ein Fall von strukturellem *Underfitting* – allerdings mit, siehe soeben, positiver Tendenz), neigen Menschen ihrerseits offenbar dazu, zu viele und/oder auch die für den konkreten Fall rechtlich nicht ausschlaggebenden Informationen zu berücksichtigen.[158] Dieser Befund ist allein schon mit Blick auf die bei jeder Rechtsanwendung zum Tragen kommenden Vorverständnisse (~ Vorurteile) plausibel,[159] folgt aber noch zusätzlich daraus, dass „Menschen nur ungern bewusst Informationen außer Acht" lassen, wenn sie einmal davon Notiz genommen haben. Daraus folgt, in den Worten von *Hermstrüwer*, ein menschlicher "*overfitting bias*", und *Hermstrüwer* argumentiert, dass spezifisch Amtsträger als professionelle Rechtsanwender durch den Untersuchungsgrundsatz (§ 24 Abs. 1 VwVfG) „gleichsam auf *Overfitting* programmiert" seien.[160] Sachlich dürfte diese plausible Diagnose auch für die Regeln der Ermessensausübung und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gelten, die die Rechtsanwendung zumindest in Deutschland *insgesamt* auf eine immer stärkere Granularität verpflichten, und damit personell auch Richter erfassen, speziell solche der Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit.[161] 58

Fokussiert man nun auf die Stärken maschineller Klassifikations- und Prognosesysteme spezifisch im juridischen Anwendungsbereich, dann lässt sich festhalten, dass 59

156 Treffend *Tischbirek*, ZfDR 2021, 307 (324): „Da [KI] aus den Daten der Vergangenheit lernt und hieraus auf die Zukunft schließt, ist sie besser im Umgang mit dem Regelfall als mit dem Ausnahmefall."

157 Vgl. i. d. S. auch *Herold*, Demokratische Legitimation, 2020, S. 76 f.; *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 143 (für das wörtliche Zitat → § 3 Fn. 92).

158 *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (489 f.) m. w. N.

159 s. oben, bei → § 3 Rn. 20.

160 *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (490).

161 Was nicht heißen soll, dass Zivilgerichte davon nicht auch betroffen sein können, dazu allg. *Tischbirek*, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung, [2]2020.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Maschine regelmäßig *schneller*, *gleichmäßiger*, *allgegenwärtig(er), unermüdlicher* und *differenzierter* als ein Mensch arbeiten kann.

60 Das *Schneller* liegt auf der Hand:[162] Wenn es um die Auswertung vieler verknüpfter Diagnosequellen geht, kann der maschinelle Musterabgleich seine besondere Stärke ausspielen. Das oben ausführlicher beschriebene *Data Mining* ist hier ein wichtiges Stichwort bzw. Beispiel.[163] Auch intelligente Videoüberwachung, steuerrechtliches Risikomanagement oder die umfassende Geldwäschekontrolle[164] wären ohne IT-/KI-Unterstützung schlicht aus Gründen fehlender menschlicher Ressourcen unleistbar.

61 Der Computer arbeitet zudem – jedenfalls potentiell – *gleichmäßiger*. Während Menschen selbst bei praktisch identischer Aus- oder Vorbildung aufgrund von unterschiedlichen individuellen Vorverständnissen Unterschiede in der Wahrnehmung und Bewertung von Normen und Sachverhalten aufweisen und entsprechend ungleich handeln, verspricht die computergestützte Prognose vollständige Anwendungsgleichheit ungeachtet des konkreten Diagnosegegenstands.[165] Wenn das Muster gut funktioniert und eventuelle Divergenzen im zu diagnostizierenden Realbereich berücksichtigt wurden (z. B. bei einer Spracherkennung: unterschiedliche Dialekte innerhalb derselben Sprachfamilie), liefert es personenunabhängig gleichbleibend gute Qualität, was im Ergebnis das Ziel der Rechts*anwendungs*gleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) besser als bisher gewährleisten kann.[166] Andersherum ist natürlich auch die Breitenwirkung eines Weise defizitären Musters potentiell viel größer.[167]

62 Eng mit dem Aspekt der Gleichmäßigkeit verknüpft ist eine weitere Eigenart von künstlich-intelligenten Rechtsanwendungsoperationen, die man unter dem Schlagwort der *potentiellen Allgegenwart* zusammenfassen könnte. Etwas weniger hochtrabend lässt sich davon sprechen, dass dank der neuen Mess-, Kommunikations- und Speichertechnologien KI *Zeit- und Distanz-indifferente* Diagnosen ermöglicht. Was damit gemeint ist, lässt sich wieder am besten am Beispiel illustrieren: Ein mit smarter Videoüberwachung ausgestattetes CCTV-System kann alle Bewegungen auf allen Straßen einer Stadt erfassen und ohne Zeitverlust auf gefährliches oder verbotenes Verhalten hin auswerten sowie für zusätzliche spätere Auswertungsstufen speichern. Damit ist ein aktueller raum-zeitlicher Gesamtüberblick über das Geschehen einer Stadt in einer Detailschärfe möglich (Stichwort dynamischer digitaler Zwilling), den kein System aus nur menschlichen ‚Komponenten' kognitiv und kommunikativ jemals leisten könnte. Es ist die besondere raum-zeitliche *Verknüpfungsleistung* von

162 Diese Stärke besonders hervorhebend auch *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 (16).
163 s. oben, → S. 82 ff.
164 s. oben, auf/ab → S. 77, 94 bzw. 95.
165 Vgl. auch *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1.
166 Zustimmend *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (492).
167 Zutreffend *La Diega*, jipitec 2018, 1 (3), Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

KI-Systemen, die sie im Feld der rechtsrelevanten Erkenntnis von der menschlichen Leistungsfähigkeit so deutlich abhebt.

Auch hinsichtlich der *konkreten* Rechtsanwendung im Einzelfall gibt es freilich zwei bedeutsame Unterschiede zwischen Maschine und Mensch: Ein Computer arbeitet *unermüdlich*. Zwar war die aufsehenerregende Studie, wonach Richter härter urteilen, wenn sich die Mittagspause nähert (und sie deshalb hungrig werden),[168] methodisch nicht über jeden Zweifel erhaben.[169] Dennoch wird kaum zu bestreiten sein, dass ein Mensch, ob müde oder nicht, stets der Gefahr ausgesetzt ist, dass ihm Flüchtigkeitsfehler und andere, von der ‚Tagesform' abhängige Differenzierungen unterlaufen, die sich sachlich nicht rechtfertigen lassen – technisch gesprochen werden daher auch menschliche Entscheidungen das Opfer von ‚Rauschen' (*Noise*).[170] Bei einer computergestützten ‚Musterung' der Welt droht diese Gefahr von *Noise* zwar auch, sie ist aber zumindest anders beherrsch- und steuerbar.[171] 63

Schließlich ist das maschinelle Mustern zu potentiell *differenzierteren* und *präziseren* Prognosen und Klassifikationen in der Lage, und zwar in einem positiven wie in einem negativen Sinn: *Positiv* differenzierter ist die Maschine, wenn es darum geht, Prädiktoren (x'e) wahrzunehmen, die der Mensch rein *sinnlich* nicht wahrnehmen kann (größeres, jedenfalls anderes Spektrum an Wahrnehmungsebenen). Zu denken ist hier an optische, akustische, geruchs- und radarbasierte Überwachungssysteme. *Negativ* differenzierter ist der Computer in der Hinsicht, dass zumindest theoretisch ausgeschlossen werden kann, dass er auf der Prognoseebene Faktoren mitverarbeitet, die – normativ oder faktisch – nicht ‚ins Muster' gehören. *Hermstrüwer* spricht in diesem Zusammenhang vom „bewussten Ignorieren",[172] zu dem Menschen offensichtlich nicht (gut) in der Lage sind. Oder versuchen Sie einmal, jetzt nicht an den berühmten rosa Elefanten zu denken. Das Fragmentarische der maschinellen Wahrnehmung wandelt sich hier zur Stärke, nämlich zur Möglichkeit einer *selektiven Wahrnehmung*:[173] Prädiktoren, die im Muster nicht enthalten sind, werden auch nicht erfasst.[174] Beim Menschen ist es hingegen weitaus komplexer auszuschließen, dass er solche Faktoren nicht doch unbewusst als ‚Prädiktor' gelten lässt, welche er vielleicht sogar selbst, mit dieser Frage konfrontiert, als von Rechts wegen unzulässig oder faktisch unergiebig qualifizieren und deren Berücksichtigung zurückweisen würde. Auf Anhieb fällt einem hier die Gefahr der unterbewussten Mitverwertung solcher ‚Daten' ein, die an sich einem Beweisverwertungsverbot unterliegen. *Holger* 64

168 *Danziger/Levav/Avnaim-Pesso*, PNAS 108 (2011), 6889 ff.
169 s. für Gegenstudien/-überlegungen *Chatziathanasiou*, JZ 2019, 455 ff.
170 Umfassend hierzu *Kahnemann/Sibony/Sunstein*, Noise, 2021, bes. S. 210 und passim.
171 Zurecht vorsichtig formulierend ibid., S. 221 f.
172 *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (489).
173 *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (385).
174 Hierauf komme ich i. R. der Verantwortungszuschreibung nochmals zurück, s. ab → S. 306.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Spamann und *Lars Klöhn* haben in einer Laborstudie mit 55 US-Bundesrichtern belegt, dass irrelevante Umstände doch relativ häufig – *unbewusst* – mit in die Entscheidung einfließen.[175] Auch die negative Differenzierungskraft einer Maschine ist daher weitaus höher bzw. sogar als überhaupt erst vorhanden.

65 *d. Ergebnisse des Vergleichs.* Als ein erstes, hochstufiges Ergebnis des Vergleichs lässt sich damit festhalten, dass menschliche Rechtsanwendungsoperationen nach wie vor ‚besser' darin sind, Einzelfälle mit ihren eventuell auch unvorhergesehenen/neuen Details zu verarbeiten, wenngleich sie dabei *erstens* zu einem *Overfitting* neigen und *zweitens* auch statistisch arbeitende Maschinen unter den neuen Funktionsbedingungen maschinellen Lernens zumindest theoretisch fähig*er* werden, „Annäherungen an eine Individualisierung" zu liefern.[176] Maschinelle Rechtsanwendungsoperationen arbeiten demgegenüber potentiell schneller, unermüdlicher und vor allem gleichmäßiger, d. h. können ein höheres Maß an Rechtsanwendungsgleichheit[177] in mehr Fällen gewährleisten.

66 Die Stärke von KI liegt folglich (noch) nicht so sehr darin, aus einer anspruchsvollen rechts*dogmatischen* Perspektive heraus dem Einzelfall *final* gerecht zu werden – das kann der Mensch, kann jedenfalls die menschliche *Richterin* potentiell besser. Allerdings liegt die rechts*pragmatisch* orientierte Stärke von KI darin, *schon im Erstzugriff* granularer zu sein, als es die abstrakte Rechtsregel *und ihre Anwendung durch Laien* sein könnten. Wenn man nun bedenkt, dass Recht in der Regel gerade juristische Laien *erst*-adressiert, ist das Potential rechtserkenntnisfähiger und gegebenenfalls sogar -realisierender Technologie vielleicht doch größer als auf den ersten juristischen, d. h. vom Idealbild der Rechtsanwendung durch juristische ‚Profis' geprägten Blick gedacht (dazu nochmals ausführlich → S. 326 ff.).

2. Korrektur und technische Reflexion des Normprogramms

67 *a. Mensch vs. Maschine.* Alles ist (mindestens auch) Musterabgleich – siehe soeben: Mensch und Maschine haben abstrakt betrachtet eine ähnliche Lernbasis. Beide, Akteur und Aktant, ‚lernen' zunächst gestützt auf die Beobachtung des Vergangenen, um daraus aussagekräftige Muster abzuleiten, die unter der Hypothese ihrer

175 *Spamann/Klöhn*, The Journal of Legal Studies 45 (2016), 255 ff. Schwierig daher auch die These von *Rostalski*, in: Hermann/Stock/Rostalski (Hg.), Kompetent eigene Entscheidungen treffen? Auch mit Künstlicher Intelligenz! 2020, S. 9 (18), wonach „[f]ür den Menschen […] seine Entscheidungen im Hinblick auf deren Zustandekommen weitestgehend transparent [seien]. Er [sei] jedenfalls dazu in Lage, die Gründe offenzulegen, die ihn zu einer bestimmten Wertung gebracht haben." Mir scheint, dass es im hier interessierenden Feld einen wichtigen Unterschied zwischen Begründen-Können (leicht und eingeübt) und einem Gründe-offen-legen-Können i. S. echter Transparenz gibt (schwierig, vielleicht sogar unmöglich, wie nicht nur diese Studie zeigt).

176 *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (486).

177 Vgl. auch ibid., S. 485.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eignung zur sinngerechten Deutung auch künftiger Beobachtungen geformt werden. Würde es bei Rechtsanwendungsoperationen nur um *Konkretisierung* gehen, dann könnte man argumentieren, dass maßgeblich *grundsätzlich* nicht die Methode der Wissens-‚Erstellung' sei, sondern die Detailtiefe und Granularität des Musters/des Erfahrungssatzes, seine Bewährtheit bei vergangenen Prognosen, sowie der Grad der Übereinstimmung zwischen Muster/Erfahrungssatz und aktuellem Diagnoseobjekt.[178] Das wäre freilich verkürzend, da die Konkretisierungsleistung von Rechtsanwendungsoperationen nicht ohne Reflexions- und darauf aufsetzende Korrekturleistungen zu konzipieren ist. Die damit aufgerufenen Methoden der Rechtsfortbildung und auch formalen Rechtsänderung (*Luhmanns* Normkontingenz[179]) traut soweit ersichtlich aktuell kein Autor rechtlichen Technologien zu.[180]

Geht man zur Beantwortung der Frage nochmals von den technischen Grundlagen künstlich-intelligenter Systeme aus, ist die Zurückhaltung gut nachvollziehbar. In Ermangelung von Fortschritten im Bereich der klassischen symbolischen KI[181] wird KI auf absehbare Zeit nicht in der Lage sein, Beobachtetes in einem inferenziellen Denkprozess so zu neuen Erkenntnissen zu rekombinieren, dass sie dann anschließend im Wege der *Deduktion* auf neue, so noch nicht beobachtete Konstellationen anwendbar wäre. Die Generalisierungsleistung von KI ergibt sich allein aus dem *induktiv-probabilistischen* Charakter der maschinell trainierten Muster, verbunden mit den je nach Anwendungsbereich justierten Konfidenzschwellen.[182] 68

Daraus folgt, dass bislang nur Menschen in der Lage sind, neu Erlerntes (sei es Beobachtetes, sei es Geschlussfolgertes) mit bereits Gelerntem in Relation zu setzen und beides in einem Wechselblick auf Plausibilität oder Widersprüchlichkeit zu hinterfragen.[183] Nach *Hugo Mercier* und *Dan Sperber* liegt darin der Unterschied zwischen einem rein inferenziellen Schließen vom Bekannten auf Neues (was auch Tiere beherrschen), und dem Gebrauch von Vernunft,[184] die es „uns erlaubt, kommunizierte Informationen vor dem Hintergrund bereits existierender Überzeugungen auf ihre Kohärenz zu überprüfen und damit ihre Verlässlichkeit zu testen."[185] 69

Menschen kommt dabei zugute, dass ihr Wissen derart hochgradig und zugleich breit verknüpft ist, dass es gerechtfertigt erscheint, sie als Generalisten zu bezeichnen, während die Maschine als Spezialist agiert, deren Training sie nur für (vom 70

178 Vgl. *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 66, mit einem medizinischen Bsp.; zum Polizeirecht *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (382) m. w. N.
179 *Luhmann*, Kontingenz und Recht, 2013, S. 119.
180 Vgl. etwa *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 73 ff. m. w. N.
181 s. dazu oben, → § 1 Rn. 38 ff.
182 Vgl. hierzu oben, → § 1 Rn. 52.
183 Vgl. auch schon *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (375).
184 *Mercier/Sperber*, Behav Brain Sci 34 (2011), 57 ff.
185 So *Poscher*, JZ 2013, 1 (11), unter Bezugnahme auf den Beitrag von *Mercier/Sperber*.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Menschen) konkret zugewiesene Aufgaben qualifiziert. Ein Muster, das anhand von Bilddaten trainiert wurde, um auf den Aufnahmen einer Überwachungskamera $y_{Taschendiebstahl}$ zu ermitteln, wird dieselbe Zielvariable anhand akustischer Hilferufe und Aussagen nicht erkennen können. Die verbreitete Einschätzung, dass es KI „[i]m Ausgangspunkt [darum gehe], die durch menschliche Intelligenz geprägten Erkenntnis- und Entscheidungsfähigkeiten strukturell nachzuahmen [und] menschliche Denkstile, Orientierungen und | Handlungsregeln möglichst weitgehend digital zu rekonstruieren“[186], bedarf daher der Qualifikation: aktueller KI fehlt, um sie wirklich als strukturelle Nachahmung *auch im Denkstil* begreifen zu können, noch die symbolische, relationale und hierarchische Komponente, die zur beobachtend-induktiven Lernmethode (= maschinelles Lernen) hinzutreten müsste (dann würde es sich um hier sogenannte hybride oder kombinatorische KI handeln[187]).

71 Zwar gibt sich der Mensch *auch* häufig mit erfahrungsbasierten Korrelationen und den genannten Heuristiken zufrieden. Das wird insbesondere für juristische Laien gelten. Aber auch professionelle juristische Rechtsanwenderinnen werden sich in aller Regel im Erstzugriff auf eine Rechts- und Sachmaterie der vertrauten Erfahrungssätze bedienen (Stichworte: *Templates* und Textbausteine). Zudem gibt es Grund zur Annahme, dass menschliche Analogien und Verallgemeinerungen je nach Vorverständnissen und -kenntnissen bereichsspezifisch besser oder schlechter ‚funktionieren'.[188] Der Mensch *kann* aber zumindest nach relationalen Zusammenhängen fragen und wird das im Fall sich aufdrängender Widersprüchlichkeiten auch tun – jedenfalls sich selbst, im Rahmen von konkreten Rechtsanwendungsoperationen gegebenenfalls auch eine weitere juristische Expertin.[189] Diese Fähigkeit des Menschen spielt, wie schon gesagt, bereits auf der Ebene der Konkretisierung eine wichtige Rolle, sie wirkt sich aber auf der Ebene der möglichen Korrektur bzw. bei der Reflexion des bestehenden Normprogramms noch deutlicher aus.

72 *b. Noch einmal zurück: Maschine.* Gleichwohl ist klar, dass die Entwicklung der Technologie sukzessive in eine Richtung gehen *muss*, in der die diversen Spezialfähigkeiten von KI durch ein gemeinsames „Obernetzwerk“ verknüpft werden, das generalistische Fähigkeiten wenigstens *simuliert*.[190] Es sind mit anderen Worten Kombinationen und Verknüpfungen denkbar und notwendig: Angesichts der heutigen Leistungsfähigkeit sensorischer Technologien kommen – je nach realem Einsatzge-

186 *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (10 f.).
187 s. oben, → § 1 Rn. 49 f.
188 *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (491) m. w. N. Demnach „deuten sozialwissenschaftliche Befunde darauf hin, dass die Fähigkeit zur Analogiebildung bzw. Generalisierung bereichsspezifisch ist, Lösungen für ein Problem aus einem Bereich also tendenziell nicht auf analoge Probleme aus anderen Bereichen übertragen werden.“
189 *Kaminski*, in: Wiegerling/Nerurkar/Wadephul (Hg.), Datafizierung und Big Data, 2020, S. 157 f.
190 *Lenzen*, Künstliche Intelligenz, 2018, S. 62; zu den Versuchen, *Machine Learning*-basierte KI-Systeme zu einem relationalen ‚Lernen' zu zwingen, → § 1 Rn. 49 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

biet – neben klassischen Datenbanksystemen andere textbasierte Diagnosequellen ebenso wie optischer Input und zunehmend auch schon Geräusche im weitesten Sinne als zu ‚musternde' Gegenstände und damit als eventuell verknüpfbare Input-Quellen in Betracht (multimodale Systeme),[191] die ihrerseits einer relationalen bzw. hierarchischen Verknüpfung bedürfen, *um funktionieren zu können*.

Auch hier ist das autonome Fahrzeug das einfachste und beste Beispiel für ein System, das in der Lage sein muss, diverse Aufgaben relational-hierarchisch zu koordinieren: beispielhaft die Aufgabe, von A nach B zu gelangen, und dabei die geltenden Rechtsvorschriften zu beachten. Das Straßenverkehrsrecht kann bzw. muss hier – wie gesagt: aktuell wohl noch alternativlos – als symbolisch definierte Aktionsgrenze programmiert werden (sog. *Regimentation*[192]). Theoretisch ist es nun denkbar, für *dieses* Recht, also das einfache Recht, wieder Telos- und/oder verfassungsrechtliche Grenzen und Vorgaben als *hierarchisch darüberliegende* Regeln maschinell zu lernen oder regelbasiert zu definieren, deren Aufgabe es dann ist, das Straßenverkehrsrecht bzw. seine Konkretisierung im Einzelfall zu prüfen (z. B. indem der Korpus an verfassungsgerichtlicher Judikatur oder Kommentarliteratur mithilfe fortgeschrittener Technologien des *NLP* ausgewertet würde[193]). Hingewiesen sei zudem auf die laufenden Bemühungen,[194] maschinell lernende Systeme bereits unmittelbar relational lernen zu lassen, was in unserem Fall bedeuten würde, dass auch die rechtlichen Hierarchien miterlernt werden könnten. Lässt man sich auf diese Überlegung ein, dann würde damit die deduktive Reflexionsleistung zur reinen Konkretisierungsleistung *umdefiniert*, und wenn *diese* gelingt, so könnte man überlegen, müsste perspektivisch auch *jene* gelingen. 73

In einem ersten Schritt könnten auch rein tatsächliche, offensichtliche Grenzen symbolisch vorgegeben werden; etwa, um ein Beispiel von *Manuela Lenzen* aufzugreifen, könnte programmiert werden, dass es zu einer Fehlermeldung kommen muss, wenn ein Wetterprognosesystem eine Temperatur von 500 Grad Celsius vorhersagt;[195] oder wenn eine Bilderkennungssoftware von einem Straßenschild eine Höchstgeschwindigkeit von 500 km/h abliest. Auf diese Weise wäre es zumindest denkbar, die Korrekturleistung, die Menschen erbringen, zu kopieren bzw. zu antizipieren. Aber genau darin liegt dann wieder das eigentliche Problem, das *Symbolic Grounding Problem*:[196] Abgesehen von der Mühe, die eine solche Formulierung von Regeln bereitet, taugt die Methode nicht dazu, bislang *unbekannte* Korrekturbedarfe 74

191 Dazu → § 1 Rn. 46 ff.
192 s. oben, bei → § 3 Rn. 37.
193 Für erste Ansätze für eine "Constitutional AI" des Unternehmens *Anthropic* s. *Bai* et al.; ein lesenswertes Review findet sich hier: https://medium.com/mlearning-ai/paper-review-constituional-ai-training-llms-using-principles-16c68cfffaef, besucht am 26.7.2023.
194 Details zu dieser Forschung oben, → § 1 Rn. 49.
195 *Lenzen*, Künstliche Intelligenz, 2018, S. 47 f.
196 Dazu oben, → § 1 Rn. 43.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu verarbeiten, die sich *ad hoc* in einer konkreten Rechtsanwendungsoperation ergeben können. Sie wären schlicht nicht ‚im Muster', und für das System folglich auch nicht erkenn- und damit nicht verarbeitbar. Die (gleichwohl mögliche) Passung des Ergebnisses wäre zufällig, das Problem des Fragmentarischen tritt hier sozusagen in zweiter Ordnung auf der Korrektur- und Reflexionsebene einfach nur erneut auf.

3. Bestätigung durch Technikeinsatz und menschliche Reflexion des Normprogramms

75 Welche größere Bestätigung könnte ein Rechtssatz erhalten als die Einkleidung in eine auf möglichst sichere und stete reale Wirksamkeit angelegte *Impossibility Structure*?

76 Die Frage ist weniger rhetorisch als sie zunächst daherkommt. Denn wie in → § 2 im dortigen Zwischenfazit gezeigt, sind mit dem Einsatz neuer Technologien im Bereich der Rechtsdurchsetzung ja ausdrücklich Befürchtungen einer Naturalisierung des Rechts in dem Sinn verbunden, dass es zunehmend *unveränderlich* erscheinen werde. Eine solche Naturalisierung müsste zugleich zum Verlust der normativen Bestätigungsfunktion der Rechts(nicht)anwendung führen, weil etwas, das nicht anders sein kann, nicht sinnvoll bestätigt werden kann bzw. muss. Auf die obige Gegenrede[197] gegen die Naturalisierungsthese sei hier zunächst verwiesen; letztlich kommt es aber auf die konkrete Ausgestaltung der Arrangements an, in denen Menschen (Normadressaten jeder Ordnung, d. h. unmittelbare Normadressaten, Richterinnen, bis hin zu Mitgliedern der Legislative) mit den (Fehl-)Leistungen von Rechtsdurchsetzungstechnologien konfrontiert werden.[198] *Wenn* diese Arrangements gut eingerichtet und – mindestens ebenso wichtig – in der Breite der Bevölkerung hinreichend gut *angenommen* sind, dann kann der Einsatz entsprechender Technologien auf der *menschlichen* Reflexionsebene durchaus positiv wirken: Wenn KI-basierte Technologien die Realisierung von Gerechtigkeitsmaßstäben und des sie konkretisierenden rechtlichen Programms tatsächlich optimieren (können), dann erhöhen sie quasi beiläufig den Druck zur menschlichen Reflexion darüber, ob die gewählten Gerechtigkeitsmaßstäbe (noch) richtig sind (z. B. *wirklich reine Eignungs- und Leistungsorientierung als Studienzugangsvoraussetzung?*[199] oder *wirklich reine Selbstbestimmung im Rahmen des digitalen Medienkonsums?*[200]), und ob sie richtig umgesetzt wurden; und die Erkenntnisse können *dann* genutzt werden, um wiederum *die Maßstäbe* zu ‚optimieren' (d. h. das Recht anzupassen/zu modifizieren).

197 s. oben, → S. 265 ff.
198 Dazu nochmals unten, ab → S. 351.
199 Vgl. oben, ab → S. 196.
200 Dazu oben, ab → S. 224.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Technologien können also beispielsweise Anlass sein, um im Straßenverkehr zu hinterfragen, ob wirklich noch auf unbedingte, starre Verbote durch rote Ampeln mit klassischer Zeitschaltung sinnvoll sind, oder nicht stattdessen technologisch gestützte Analysen des tatsächlichen Straßenverkehrsgeschehens mit verknüpften intelligenten Verkehrssteuerungssystemen einsetzbar sind, die dann passgenau den Verkehr leiten. Im Ergebnis würde entweder das unbedingte Verbot beseitigt werden oder es würde – wenn der Gesetzgeber z. B. aus Gründen der Klarheit oder Bewährung nichts am normativen *Overblocking* durch klassische rote Ampeln ändern will – die Norm eben diskursive Bestätigung erfahren. 77

Es gibt durchaus schon Beispiele dafür, dass neue Technologien solche Reflexionsprozesse über geltendes (Verfassungs-)Recht anstoßen. So lässt sich nochmals die wissenschaftliche Diskussion rund um die notorischen Upload-Filter zur Durchsetzung des Urheberrechts aufgreifen. Neben oder vielleicht eher sogar hinter der lauten Sorge vor dem technischen *Overblocking* – also der Gefahr von zu vielen *False Positives*[201] oder auch von *False Negatives* oder einer diskriminierenden Verteilung dieser Fehlleistungen[202] – stehe, so *Maximilian Becker*, die tiefere Sorge, dass das Urheberrecht für die Online-Kommunikation des 21. Jahrhunderts schlicht „unpassendes Recht" sei.[203] Es denke mit seiner Fokussierung auf „separate, rechtlich einzeln zu bewertende Nutzungshandlungen" in den Maßstäben des 20. Jahrhunderts. *Becker* illustriert das anschaulich am Beispiel des Abrufs einer Online-Zeitung per Smartphone, die „zig oder hunderte urheberrechtliche Nutzungshandlungen" produziere. Das Urheberrecht sei somit sinnwidrig zum „Eigentumsrecht für die meisten Inhalte des Netzes und für große Teile der durch Software geprägten Internetinfrastruktur"[204] geworden.[205] Die Diagnose erinnert an die Feststellung *Ralf Poschers*, dass das Datenschutz(grund)recht, indem es, mit dem Urheberrecht vergleichbar, *jeden* Verarbeitungsschritt von personenbezogenen Daten als eigenen Grundrechtseingriff wertet, „absurde" Züge trage.[206] Man bedenke, dass nach dem Willen des Unionsgesetzgebers genau dieses Recht soweit wie möglich in *Impossibility Structures* einzukleiden ist.[207] Es scheint so, als hätten zwei zentrale Rechtsgebiete ihr ‚Update' auf digitale Anwendungsräume noch vor sich. 78

Ungeachtet der Frage, ob diese beiden Diagnosen in der Sache richtig sind oder nicht, verweisen sie für die vorliegenden Zwecke auf einen *strukturell* zentralen Punkt: Das mit KI-Technologien verfügbare ‚bessere' Wissen über und zur Verwirk- 79

201 Zum Begriff → § 1 Rn. 12.
202 Vgl. oben, ebd., bzw. → S. 53 ff.
203 *Becker*, ZUM 2019, 636 (637).
204 Ibid., S. 637.
205 Die dem 21. Jahrhundert angemessene(re) Lösungen seien „flatrate-Modelle und pauschalisierte Vergütungen", so *Becker*, ZUM 2019, 636 (645).
206 *Poscher*, in: Miller (Hg.), Privacy and Power, 2017, S. 129 (138).
207 Dazu oben, ab → S. 143.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lichung von Gerechtigkeitsmaßstäben – bzw. des sie umsetzenden Rechts – ist natürlich nur dann *gutes* Wissen, wenn die Gerechtigkeitsmaßstäbe – gemessen an den gewählten Meta-Maßstäben – die ‚richtigen' sind. Ganz streng genommen trifft die Kritik z. B. an den Upload-Filtern dann, wenn das stimmt, das falsche Ziel; nicht so sehr der Einsatz von KI ist das Thema, sondern das Recht, das damit optimiert umgesetzt wird, gilt vielen als defizitär. Ein Thema für die KI-Diskussion wäre es dann *vor allem* deshalb, weil es gerade die damit eröffnete Möglichkeit einer optimierten Durchsetzung ist, die deutlich macht, dass das Urheberrecht tatsächlich oder vermeintlich ein für das Internet „unpassendes Recht" ist.

80 Aus den oben, → § 2, genannten Beispielen ist in diesem Zusammenhang auch noch an die Frage zu erinnern, ob es *in der Sache* wirklich ‚richtig und gerecht' ist, als Maßstab für die Verteilung von knappen Studienplätzen die spätere Studien- und Berufseignung zu bestimmen, wie es das Bundesverfassungsgericht in seiner Auslegung von Art. 12 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG getan hat. *Frank Pasquale* hat einen solchen Ansatz als „neoliberal" bezeichnet und das sicherlich nicht positiv gemeint.[208]

81 Letztlich durchzieht der Reflexionsbedarf die gesamte Rechtsordnung, eben weil diese auf eine menschliche Befolgung/einen menschlichen Vollzug hin angelegt wurde, und das in diesem Sinn ‚alte' Recht auf die neuen Funktionsbedingungen eines optimierten Vollzugs wenig überraschend neu eingestellt werden sollte.

4. Realisierung des normativen Programms

82 *a. Maschine.* Die Leistungen bzw. die Leistungsfähigkeit von KI-Systemen zur Realisierung des normativen Programms entsprechen zunächst den bisherigen Ausführungen: Noch jedenfalls sind intelligente Systeme mit ihren auf die ‚Rechtserkenntnis' aufsetzenden Folgehandlungen auf diejenigen – kommunikativen wie physischen – Aktionen beschränkt, welche die menschlichen Programmierer ihnen vorgegeben haben. Deutlich *Maximilian Herberger*:

> „Wenn man also metaphorisch davon spricht, dass Algorithmen Entscheidungen treffen, so muss man sich vor Augen halten, dass sie dies allenfalls kraft delegierter Entscheidungsmacht ‚tun' und auch nur in dem ‚Autonomiebereich' ihre ‚Aktionen' entfalten können, der ihnen eingeräumt ist."[209]

83 → § 2 lieferte Anwendungsbeispiele dafür, wie diese Realisierungsaktionen konkrete Formen annehmen können: Von reinen Auskünften über das Recht über die Verweigerung von Aktionen wegen deren (möglicher) Rechtswidrigkeit bis hin zu physisch wirksamen Aktionen, die ein Verhalten von Menschen verunmöglichen sollen.

208 *Pasquale*, New laws of robotics, 2020, S. 66.
209 *Herberger*, NJW 2018, 2825 (2827).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Daneben ist an dieser Stelle noch zu bedenken, dass KI-Systeme zu einem gezielten ‚Vergessen' in der Lage sind: Nicht-Trefferfälle und auch Trefferfälle können – gegebenenfalls nach der Realisierungsaktion – sofort und spurenlos gelöscht werden; oder sie können weiter gespeichert werden, um eine menschliche Überprüfung zu ermöglichen.[210] 84

b. Mensch. Auch der Mensch unterliegt Beschränkungen, was seine Möglichkeiten der Reaktion auf gewonnene Rechtserkenntnis anbelangt: Allen voran physiologischen, aber auch – nach den (umstrittenen) Einsichten der Neurowissenschaften und jedenfalls der Psychologie – kognitiven Beschränkungen. Diese darzustellen, würde den Rahmen des Buches sprengen und das von mir nachbarwissenschaftlich Leistbare auch übersteigen. Festgehalten werden kann aber, dass der Mensch mit seinem hierarchisch-relational strukturierten (Lern-)Wissen – auf diesen Punkt wurde nun schon mehrfach hingewiesen[211] – die universelle Fähigkeit besitzt, gewonnene Erkenntnisse zu reflektieren, d. h. zu kontextualisieren und zu hinterfragen. Das betrifft die kognitive Ebene und ist nach dem bisher Gesagten auch nicht mehr überraschend. Auf den ersten Blick überraschender mag hingegen sein, dass der Mensch auch physisch deutlich universeller agieren kann: Vielleicht nicht aus eigener Körperkraft (wobei der Mensch *fein*mechanisch aktuell den meisten robotischen Systemen noch überlegen sein dürfte), wohl aber dadurch, dass der Mensch die Fähigkeit besitzt zu reflektieren, welche *Hilfsmittel* er einsetzen kann, um zu einem ihm biologisch-physisch unerreichbaren Ziel zu gelangen. Von KI-Systemen ist mir eine solche eigenständige Erweiterung des programmierten Aktionsradius bislang nicht bekannt. Zu einem gezielten Vergessen sind Menschen allerdings (noch) nicht in der Lage.[212] 85

c. Mensch vs. Maschine. Der Vergleich spiegelt zunächst das bisher Gesagte wider: Der Mensch ist in seinen Aktionen deutlich individueller und eigenständiger als die Maschine, ist also nicht auf vorab erlernte bzw. programmierte Ausführungen beschränkt. Umgekehrt ist nur die Maschine in der Lage, eine Realisierungshandlung bzw. die voraufgehende Rechtserkenntnisoperation gezielt zu vergessen, und vor allem wirken sich die oben benannten – potentiell – positiven Faktoren maschineller Rechtserkenntnisoperationen (schneller, gleichmäßiger, allgegenwärtig, unermüdlicher, und differenzierter[213]) auch auf der Ebene der Realisierung voll aus. 86

210 Hierzu schon *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (384 ff.).

211 s. soeben, → § 3 Rn. 68 ff.

212 Allerdings gibt es eine erstaunlich breite, v. a. psychologische Forschung zu den Möglichkeiten von "intentional forgetting", s. *Wang/Placek/Lewis-Peacock*, The Journal of Neuroscience 39 (2019), 3551 ff. Zu Überlegungen, *diese* Ansätze wiederum auf KI zu übertragen, *Ellwart/Kluge*, Künstliche Intelligenz 33 (2019), 79 ff.

213 s. oben, → § 3 Rn. 59 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

87 Sucht man davon ausgehend weiter nach Stärken von KI-Systemen spezifisch im Feld der Realisierung von Recht, dann lässt sich ein bislang nur wenig beleuchtetes Feld betreten: Auf Maschinen *per se* muss von Rechts wegen[214] keine Rücksicht genommen werden, solange diese als Sachen qualifiziert werden. Konfliktkonstellationen, in denen es um die *vollstreckende* Realisierung von Recht gegen den Willen des eigentlichen Erstadressaten geht, müssen also nicht im selben Maße vermieden oder mitigiert werden wie im Fall menschlicher Akteure. Im Fall einer Vollstreckung durch professionelle Akteure (Polizeibeamte, Gerichtsvollzieherinnen etc.) stehen nämlich auch[215] beamtenrechtliche Fürsorgepflichten dem Versuch entgegen, Recht „koste es was es wolle" vollstrecken zu lassen. Auch § 323c StGB, der als Generalklausel des Einsatzes Privater als „Verwaltungshelfer"[216] zur Durchsetzung staatlichen Rechts gelten kann, ist vor allem dadurch beschränkt, dass dem Adressaten der Hilfeleistungspflicht diese „zuzumuten" sein muss, er sie „insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr" leisten können muss.

88 Gegenüber Maschinen muss eine solche Zurückhaltung nicht geübt werden. Im Gegenteil zeigen die Beispiele zur *Intelligent Surveillance*, dass sie gerade auch dort eingesetzt werden können, wo die Datenauswertung Menschen im hohen Maße psychisch belasten würde; die Suche nach kinderpornographischen Abbildungen und Schriften[217] steht dafür besonders eindrücklich. Aber auch jenseits der Rechtserkenntnis, d. h. speziell mit Blick auf die physische Realisierung von Recht sind eventuell Schäden an einer im Wortsinn: ‚Vollstreckungsmaschine' vorzugswürdig gegenüber Schäden an Leib, Leben oder auch Psyche von Menschen. Soweit mir ersichtlich wird diese Dimension automatisierter Rechtsdurchsetzung bislang fast ausschließlich im Bereich der Kriegsführung diskutiert.

5. Verantwortungszuschreibung

89 *a. Maschine.* Die Frage, wie ein *verantwortungsvoller* Umgang mit künstlich-intelligenten Systemen arrangiert werden kann, hat in den vergangenen Jahren breiten Raum in den medialen, rechtspolitischen und ethischen Debatten eingenommen, und wird gesetzgeberisch mit dem AI Act aufgegriffen (den Vorschlag für eine KI-Haftungsrichtlinie[218] hat die Kommission zwischenzeitlich als Teil ihrer Bemühungen, die EU zu entbürokratisieren, zurückgezogen). Allgemein wird dabei die

214 Anders die ethische Diskussion, s. bspw. *Anderson*, AI & Society 22 (2008), 477 (485 ff.).
215 D. h. unbeschadet der Rechte und Interessen der ‚Objekte' der Vollstreckungshandlung.
216 Zur Konzeption der Norm i. d. S. oben, → § 2 Rn. 220.
217 Knappe Nachw. hierzu in → § 2 Fn. 271, 848.
218 COM(2022) 496 final v. 28.9.2022. Eine zurückhaltende Einschätzung zum Entwurf liefert *G. Wagner*, JZ 2023, 123 ff., demzufolge die zeitgleich vorgeschlagene und mittlerweile auch erfolgte Änderung der Produkthaftungsrichtlinie (Vorschlag COM[2022] 495 final, jetzt RL [EU] 2024/2853) größere Relevanz haben soll; dazu *G. Wagner*, JZ 2023, 1 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zuschreibung von Verantwortung im weiten Sinn, also von Haftung und Sanktion, von vielen als Kernproblem der Regulierung von KI ausgemacht.[219] Es falle angesichts der Autonomie, der Vernetzung und des Verbundcharakters von intelligenten Systemen[220] schwer, einzelne haftungs- und sanktionsrechtlich relevante Handlungsbeiträge von Mensch und Maschine so zu differenzieren, dass die überkommenen Zurechnungstatbestände eine problemadäquate Verteilung von Verantwortung leisten könnten.[221]

Von zivilrechtlicher Seite zielen daher viele der Vorschläge darauf ab, Geschädigte beim Nachweis oder sogar der Darlegung von Verursachungs- und Verschuldenszusammenhängen zu entlasten.[222] Strafrechtlich zeigen sich im Ausgangspunkt ähnliche Probleme einer Verantwortungsdiffusion,[223] sodass einerseits um die Leistungskraft insbesondere der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit gerungen wird,[224] andererseits die Frage im Raum steht, ob nicht kurzerhand KI-Systeme selbst bestraft werden könnten, was je nach vertretener Strafzwecklehre unterschiedlich zu beantworten ist.[225] In beiden Teilrechtsordnungen wird deshalb die Frage diskutiert, ob bzw. wann KI-Systeme die Voraussetzungen erfüllen könnten, um als eigenständige Rechtspersonen selbst Adressaten der jeweils einschlägigen Normen sein zu können,[226] denen es um Zuschreibung von Verantwortung nicht nur, aber eben auch für Rechtsanwendungsoperationen geht. 90

So wichtig beide Problemkreise sind, aus der hier eingenommenen Steuerungsperspektive, die nach Steuerung *durch oder mit KI* fragt, scheinen sie mir nicht die zentral maßgeblichen zu sein. Denn Haftungs- wie auch Sanktionsfragen setzen als Rechtsfehlerfolgenregimes eine *fehlgeschlagene bzw. fehlerhafte* Steuerung voraus. Das soll nicht heißen, dass Haftung und Sanktion nicht selbst mächtige Steuerungsinstrumente sind; aber auch als solche verstanden, stehen sie *neben* künstlich-intel- 91

219 Dabei sind Verantworten-Müssen und Verantworten-Können zu unterscheiden. Zum Verantworten-*Müssen* schon qua Entscheidung für den Einsatz der Technologie treffend *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, 2019, S. 539 f.; s. auch *Herberger*, NJW 2018, 2825 (2827): „Wenn man also metaphorisch davon spricht, dass Algorithmen Entscheidungen treffen, so muss man sich vor Augen halten, dass sie dies allenfalls kraft delegierter Entscheidungsmacht ‚tun' und auch nur in dem ‚Autonomiebereich' ihre ‚Aktionen' entfalten können, der ihnen eingeräumt ist. […] Hier besteht immer eine Organisationsverantwortung."

220 Diese Trias an Risiken hat sich zur Beschreibung der Problematik etabliert, statt vieler *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (164) m. w. N.

221 Ibid., S. 157 ff.

222 Vgl. ausf. ibid., S. 177 ff., zum Höhepunkt der Debatte. s. außerdem die Nachw. soeben, in → § 3 Fn. 218.

223 *Beck*, ZIS 15 (2020), 41, bes. S. 42 ff. m. w. N.

224 s. bes. *Yuan*, RW 9 (2018), 477 (492 ff.).

225 *Gaede*, Künstliche Intelligenz – Rechte und Strafen für Roboter? 2019, S. 57 ff.; *Ziemann*, in: Hilgendorf/Günther (Hg.), Robotik und Gesetzgebung, 2013, S. 183 ff.

226 Zur Notwendigkeit der Zuerkennung von (voller) Rechtspersönlichkeit, um die offenen zivilrechtlichen Fragen lösen zu können, abl. *Schirmer*, in: Wischmeyer/Rademacher (Hg.), Regulating Artificial Intelligence, 2020, S. 123 ff. m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ligenten Systemen als potentiell Recht realisierenden Strukturen, als alternative – freilich klassische, gewohntere – Steuerungswerkzeuge. Das rechtfertigt es, die Haftungs- und Sanktionsfragen der Zivil- und Strafrechtswissenschaft zur vorrangigen Bearbeitung zu überlassen; eine Aufgabe, derer sich beide in den letzten Jahren wie gesagt auch intensiv angenommen haben (bislang weniger intensiv untersucht ist die Frage speziell der Staatshaftung für den Einsatz von künstlich-intelligenten Systemen[227]).

92 Aus der Steuerungsperspektive ist nun vor allem der Aspekt interessant, der sich als Verantwortung im engen, sozusagen im Wortsinn beschreiben lässt: Gefragt ist nach der Fähigkeit eines künstlich-intelligenten Systems, *Antwort* zu geben[228] auf die Frage, *warum* eine Rechtserkenntnis- oder Rechtsrealisierungsoperation im konkreten Fall oder grundsätzlich so und nicht anders abgelaufen ist (sogleich, → b.), wenn und weil das erkennen lässt, ob nicht die besseren Gründe für eine *andere* Steuerung und damit gegebenenfalls für eine Korrektur der technischen Realisierungsoperation – *in concreto* oder *pro futuro* – sprechen (dazu → c.).

93 *b. Mensch vs. Maschine I: Antworten-Können.* Es ist mittlerweile ein Gemeinplatz geworden, dass die meisten Techniken maschinellen Lernens zu KI-Systemen führen, die *Black Boxes* sein können, d. h. die Verknüpfung von Input und Output menschlich nicht nachvollziehbar ist, weil sie entweder als Geschäftsgeheimnisse geschützt und deshalb unzugänglich sind, weil sie technisch so komplex sind, dass selbst dann, wenn ihr Quelltext transparent gemacht werden würde, dieser nur von wenigen Expertinnen oder eventuell noch nicht einmal mehr von diesen nachvollzogen werden könnte, oder weil die trainierten Muster im Fall der meisten (nicht aller) maschinellen Lernverfahren für Menschen keinen Sinn ergeben mögen.[229]

94 Gleichwohl können die Systeme in allen drei Fällen durchaus verlässliche Outputs liefern. Andernfalls wären sie auch nicht so erfolgreich bzw. würden nicht genutzt werden. Freilich liegt allein in der Undurchschaubarkeit der vom Input zum Output führenden Verarbeitungsprozesse *nicht* der eigentliche Unterschied zum Menschen: Auch das menschlich erlernte Rechtswissen und seine Anwendung im konkreten Fall können nicht einfach ‚ausgelesen' werden. Das menschliche Gehirn mit seinen

227 Dazu mittlerweile aber *Martini/Ruschemeier/Hain*, VerwArch 112 (2021), 1 ff.; *Roth-Isigkeit*, AöR 145 (2020), 321 ff. Zur Geltung der zwischenzeitlich geplanten, nun aber zurückgezogenen KI-Haftungs-RL der EU auch für die Staatshaftung s. *G. Wagner*, JZ 2023, 123 (124 f.).

228 Zum Antworten-Können als Kern des Verantwortungsbegriffs grundlegend *Klement*, Verantwortung, 2006, bes. S. 576 und passim; s. auch schon *Rademacher*, in: Eifert (Hg.), Digitale Disruption und Recht, 2020, S. 45 ff.

229 Zu alledem oben, → § 1 Rn. 24 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Lern- und Verständnisprozessen ist jedem anderen Menschen schon rein biologisch-physisch zunächst *auch* eine *Black Box*.[230]

Zudem können Menschen lügen,[231] und Erkenntnisprozesse einschließlich der ihnen zugrundeliegenden Wissensbasis sind fast immer arbeitsteilig organisiert.[232] Sei es, weil Entscheidungen von Gremien getroffen werden, sei es, weil sie auf Vorwissen basieren, das der konkret Entscheidende nicht verstehen *muss*, weil er sich darauf *verlassen darf*, dass andere es vor ihm verstanden und geprüft haben. Jeder Einsatz einer DNA-Analyse vor Gericht dürfte ein Beispiel sein für einen Fall, in dem ein Verstehen durch ein strukturiertes Sich-Verlassen ersetzt ist.[233] Auch rein menschliche Interaktionszusammenhänge setzen mit anderen Worten Vertrauen in die Verlässlichkeit, die gute ‚Funktionsfähigkeit' des Gegenübers bzw. desjenigen voraus, der in der ‚kognitiven Prozesskette' vorausging. Und anders als bei intelligenten digitalen Systemen sind die ‚Verarbeitungsschritte' im Kopf von Menschen weit weniger gut dokumentierbar. Die Aktenführungspflicht menschlicher Beamter oder entsprechende Dokumentationspflichten von Mitarbeiterinnen von Unternehmen sind ein funktionales Äquivalent mit eindeutig geringerer Leistungsfähigkeit, zumindest in ihren analogen Ausprägungen. Auch deshalb ist Vorsicht geboten bei der Einschätzung, das differenzierende Kriterium zwischen menschlichem und maschinellem Mustern sei, das Letzteres "tacit, invisible interpretations" liefere,[234] Ersteres hingegen nicht. Wie der Mensch zu Interpretationen gelangt, ist – zum Glück – (noch) viel unsichtbarer. 95

Aber: Menschen haben untereinander Techniken entwickelt, Gelerntes und vor allem die Anwendung des Gelernten in einer Weise zu *erläutern* – also auf die Frage nach dem Warum so zu antworten –, dass es als intersubjektiv nachvollziehbar *gilt* und als nachvollziehbar *erfahren* wird:[235] 96

> "Humans are another example of an often unpredictable and inexplicable system. […] But an important difference between machine learning algorithms and humans is that humans have

230 Vgl. *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, 2019, S. 545 f.; *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 (54); *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (399).

231 *Kaminski*, in: Wiegerling/Nerurkar/Wadephul (Hg.), Datafizierung und Big Data, 2020, S. 151 (171); das wird natürlich weniger bei der Mitteilung oder ‚Darstellung' des Erlernten vorkommen als vielmehr bei der Begründung seiner Anwendung auf den Einzelfall.

232 Hierzu auch *J.-P. Schneider*, in: Schoch/Schneider (Hg.), VwVfG, Grundwerk Juli 2020, § 24 Rn. 153 ff.

233 Vgl. auch schon *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (389), wo ich zur Veranschaulichung auf die Gravitation verwiesen habe. Es reiche, dass irgendjemand sie verstehe, es müsse nicht die konkret vor Ort handelnde Polizistin sein. Dabei habe ich freilich übersehen, dass die Physik ausgerechnet die Gravitation bislang nicht befriedigend erklären kann. Das Bsp. ist schlecht, der Punkt hoffentlich dennoch nachvollziehbar. Ähnl. auch *Wischmeyer*, in: Eifert (Hg.), Digitale Disruption und Recht, 2020, S. 73 (80), v. a. Fn. 26; *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, 2019, Rn. 634.

234 So *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 181, auch speziell zur Frage der Interpretation von Recht.

235 *Wischmeyer*, in: Eifert (Hg.), Digitale Disruption und Recht, 2020, S. 73 (80).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> a built-in advantage when trying to predict and explain human behavior. Namely, we evolved to understand each other. Humans are social creatures whose brains have evolved the capacity to develop theories of mind about other human brains. There is no similar natural edge to intuiting how algorithms will behave."[236]

97 *Mireille Hildebrandt* spricht insoweit von einer "double mutual anticipation", die dem menschlichen Mustern – dem "profiling" – des Gegenübers zugrunde liege: "anticipating how one is anticipated" und "expecting that others do the same";[237] *Niklas Luhmann* beschreibt das als Lösung für das Problem „doppelter Kontingenz"[238] menschlicher Interaktion.

98 In Interaktionen mit künstlicher Intelligenz gilt das nicht: Es ist eben nicht nur so, dass die maschinell erlernten Muster aufgrund ihrer Dimensionalität oder wegen ihrer Einordnung als Geschäfts- oder Staatsgeheimnisse *Black Boxes* sein können. Sie sind es in den besonders erfolgreichen, nicht regelbasierten Varianten maschinellen Lernens in der Regel deshalb, weil sie bislang nur in einer Sprache expliziert werden bzw. nach einer Sprache agieren, die wir Menschen nicht sprechen und deren Umsetzung ins Tatsächliche wir deshalb auch nicht antizipieren können;[239] was uns, noch einen Schritt weiter gedacht, wiederum die Fähigkeit nimmt, jenseits der rein statistisch messbaren, *früheren* Verlässlichkeit einer Maschine zu antizipieren, wie die Maschine *unser* Verhalten antizipieren und wie sie folglich mit uns interagieren wird.[240] Selbst wenn wir die Maschine also mit den aktuell geläufigen Verfahren von *explainable AI*[241] dazu zwingen, auf die Frage nach dem Warum

236 *Tutt*, Administrative Law Rev. 68 (2017), 83 (103).

237 *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 67, sowie S. 52, 58 f.

238 *Luhmann*, Soziale Systeme, 2018, S. 148 ff. Weiterführend *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 10 f.: „Wie der amerikanische Philosoph Donald Davidson gezeigt hat, werden andere Personen für uns lediglich in dem Maße verständlich, in dem wir bei ihnen etwas von der Art unserer eigenen Denkkräfte am Werk sehen. […] Dass der Interpret dessen ungeachtet das Verhalten des Interpretierten zumeist als im Großen und Ganzen sinnvoll zu deuten vermag, verdankt sich dem Umstand, dass beide an derselben Welt und an derselben Denkweise über die Welt teilhaben."

239 s. Verweise bei *Kaminski*, in: Wiegerling/Nerurkar/Wadephul (Hg.), Datafizierung und Big Data, 2020, S. 151 (157 f.), und die Überlegungen bei *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, 2019, S. 522; außerdem *Pasquale*, George Washington Law Rev. 87 (2019), 1, (5 f.). Deutlich auch *Lenzen*, Künstliche Intelligenz, 2018, S. 77: „[Künstliche neuronale Netze] funktionieren in einer Weise, die uns Menschen nichts sagt."

240 Vgl. *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 61. Aktuell mit Blick auf *Large Language Models* (dazu oben, → § 1 Rn. 44 ff. und → § 3 Rn. 36), und nicht minder deutlich, *Shanahan*, arXiv:2212.03551v5 (16.2.2023), passim und bes. S. 4: "First, the basic function of a large language model, namely to generate statistically likely continuations of word sequences, is extraordinarily versatile. Second, notwithstanding this versatility, at the heart of every such application is a model doing just that one thing: generating statistically likely continuations of word sequences. […] In contrast to humans […], a simple LLM-based question answering system […] has no communicative intent […]. In no meaningful sense, even under the licence of the intentional stance, does it know that the questions it is asked come from a person, or that a person is on the receiving end of its answers. By implication, it knows nothing about that person. It has no understanding of what they want to know nor of the effect its response will have on their beliefs."

241 Dazu allg. oben, → § 1 Rn. 51 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einer Aktion zu ‚antworten', erfolgt diese Antwort nicht unbedingt in einer für uns sinnvollen Sprache.

Zur Erinnerung nochmals die Beispiele aus der – freilich mittlerweile recht alten – Studie von *Jenna Burrell*:[242] Die *Heat Maps*, mit denen sie erkennbar machte, worauf ihr neuronales Netz fokussierte, um handgeschriebene Zahlen zu erkennen, zeigten nicht die Formen, die ein Mensch als phänotypisch für 1, 2, 3, 4 usw. bezeichnen und erwarten würde – gleichwohl funktionierte das Programm. Auch der *Bag of Words*, mit dem *Burrells* Spam-Filter die Frage ‚beantwortete', warum eine E-Mail mit *höherer* Wahrscheinlichkeit als Spam qualifiziert wurde, zeigte aus Menschensicht erstaunlich unverdächtige Begriffe.[243] Abstrakt gesagt: Die jeweiligen Muster $x_1 + x_2 + x_3$ usw. waren mit den beiden Lernmethoden nicht menschlich plausibel mit dem gesuchten y verknüpft, funktionierten aber in der konkreten Studie dennoch verlässlich. 99

Würden wir diese Erklärungen als Antworten (im anspruchsvolleren Sinn von Begründungen[244]) gelten lassen? Für einfache Anwendungen wie isolierte *Impossibility* oder *Justification Structures* ist diese anspruchsvolle, doppelte gegenseitige Antizipation sicherlich nicht relevant. Für multidimensional aktionsfähige Technologien, die deshalb auch *law-abiding* sein können müssen, wohl schon. Avancierte symbolische KI (Stichwort *Representational Learning*[245]) wäre der Versuch, einerseits die Vorteile maschinellen Lernens zu nutzen, aber Maschinen zugleich zu einer Kommunikation in und einem Agieren auf Basis einer uns verständlichen Sprache zu zwingen, wodurch *ihr* Handeln sowie ihre Erwartungen an *unser* Handeln für uns nachvollziehbar würden;[246] zumindest mit hinreichender technischer Expertise, gegebenenfalls in Form von Sachverständigen. Die langfristige Perspektive mit der Möglichkeit, „dass technische Verfahren entwickelt werden [könnten], die eine leichte Übersetzung zwischen menschlicher und maschineller Objekt- und Mustererkennung ermöglichen und so die jetzt noch fehlende Kommensurabilität herstellen",[247] darf daher nicht aus dem Blick verloren werden. Zumal das Ziel – Fähigkeit zu einer "double mutual anticipation" auch zwischen Mensch und Maschine – auch auf anderem Weg angestrebt wird: Eine international und interdisziplinär zusammengesetzte Gruppe von Forschenden hat schon 2019 vorgeschlagen, eine neue Forschungsrichtung der *Study of Machine Behaviour* (maschinenbezogene ‚Verhaltens'-Forschung) zu eröffnen,[248] die Kommensurabilität vielleicht auch dadurch 100

242 Vgl. die Klassifikation von *Burrell*, → § 1 Rn. 25 ff.
243 s. oben, → § 1 Rn. 27.
244 Zu dieser Unterscheidung ausf. *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 (42 ff.).
245 Dazu oben, → § 1 Rn. 49.
246 Ebenso *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, 2019, S. 525.
247 *Wischmeyer*, in: Eifert (Hg.), Digitale Disruption und Recht, 2020, S. 73 (82).
248 *Rahwan* et al., Nature 568 (2019), 477 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

herstellen oder zumindest befördern *könnte*, dass *der Mensch* die neue ‚Sprache' lernt.

101 Die Ausführungen bis hierher betreffen im Kern das, was in den Computerwissenschaften als ‚lokale' Ebene,[249] also als Erklärung oder Begründung einer konkreten Entscheidung gelten kann. Wenn damit der Eindruck entstanden ist, dass der Mensch an dieser Stelle der Maschine insgesamt überlegen sein sollte, muss dieser Eindruck noch einmal relativiert werden – nochmals: Menschen können *erstens* lügen, und auch dann, wenn sie nicht (bewusst) lügen, setzt sich *zweitens* mittlerweile die Einsicht durch, dass auch menschliche Entscheidungen das Opfer von *Noise*[250] und natürlich von *Biases* sind, d. h. von diffusen (*Noise*) oder spezifischen Verzerrungen (*Biases*) werden, also von Faktoren, die entscheidungserheblich sind, die aber in der menschlichen Begründung bewusst oder unbewusst nicht auftauchen. Das ist der Unterschied zwischen Herstellung und Darstellung einer Entscheidung. Letztere offenbart im menschlichen Fall eben nicht zwingend die *tatsächlich* ausschlaggebenden Gründe bzw. Ursachen für die Entscheidung.[251] Auf der lokalen Ebene liefern Maschinen daher unter Umständen zwar (noch) keine überzeugenden (keine plausiblen, keine kommensurablen), aber zumindest *verlässliche* ‚Antworten'. Vor diesem Hintergrund kommt nun die globale Ebene wieder ins Spiel:

102 *c. Mensch vs. Maschine II: Dokumentierbarkeit und Korrigierbarkeit (insbesondere De-biasing).* Es ist ein weiterer Gemeinplatz geworden, dass maschinell trainierte Systeme mit ihren Statistik-basierten Lernmethoden anfällig für eine Reproduktion von *Biases* sind,[252] und dass solche *Biases* oftmals unerkannt bleiben können (Stichwort *Black Box*, siehe soeben). Dem steht allerdings gegenüber, dass KI-Verfahren *erstens* auch dazu genutzt werden, um durch Test-, Audit- und Evaluationsverfahren[253] systematische Verzerrungen in den Trainingsdaten und d. h.: in *menschlichem* Verhalten aufzuspüren und zu dokumentieren, und sodann – *zweitens* – unter bestimmten Umständen auch zu beseitigen, indem die gelernten Muster entsprechend modifiziert und korrigiert werden. Denn auch

> „[w]ir [Menschen] können uns im Alltag kaum ohne stereotypisierende Ordnungsvorstellungen bewegen. Um von Teilaspekten des Verhaltens von Menschen auf Rollenerwartungen zu schließen, müssen wir Typologien und Taxonomien im Kopf haben, die uns überhaupt handlungsfähig machen".[254]

249 Vgl. oben, → § 1 Rn. 55.
250 s. beispielhaft schon oben, → § 3 Rn. 50, 63.
251 Vgl. auch *Wischmeyer*, in: Eifert (Hg.), Digitale Disruption und Recht, 2020, S. 73 (80).
252 s. dazu ausf. oben, → S. 53 ff.
253 Ausf. *Barocas/Hardt/Narayanan*, Fairness and Machine Learning, 2021, S. 119 ff.
254 *Nassehi*, Muster, 2019, S. 53.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Es ist gerade die überragende Generalisierungs*fähigkeit* des menschlichen Lernprozesses,[255] die als Kehrseite oftmals eine überschießende, meist unbewusste Generalisierungs*bereitschaft* mit sich bringt, die leicht zu Vorurteilen verleiten mag.[256] Dass Menschen sich in ihren (Vor-)Urteilen selbst auch nur ungern korrigieren, sondern vielmehr versuchen, das Wahrgenommene in das zuvor Erwartete einzupassen, wird in der Psychologie unter dem Stichwort *Confirmation Bias* ausführlich diskutiert.[257] 103

Vor diesem Hintergrund könnte der hybride, mit dem Menschen verkoppelte Einsatz von KI sogar verantwortlicher, weil kontrollierbarer, ‚Antwort-fähiger' sein als der ‚Einsatz' von Menschen allein. Allerdings sind auf *De-biasing* angelegte, korrigierende Eingriffe in die *KI-Muster* nicht einfach zu bewerkstelligen, sondern in mehrfacher, auch spezifisch rechtlicher Hinsicht anspruchsvoll: 104

aa. Datenintensive Testverfahren. Für alle oben[258] identifizierten statistikbasierten Defizite von *Machine-Learning*-Technologien wird intensiv nach Lösungen gesucht: Dem *Sampling Bias* versucht man durch eine möglichst gute, repräsentative Datenbasis, insbesondere durch Zufallsstichproben oder, wenn das nicht möglich ist, durch sogenanntes *Over-* oder *Undersampling* Herr zu werden. In allen Varianten geht es darum, potentiell diskriminierende Verzerrungen möglichst schon beim Training zu vermeiden, und trainierte Muster daraufhin zu testen, ob sie bislang eventuell gesellschaftlich verbreitete, aber normativ unerwünschte Ungleichbehandlungen reproduzieren.[259] Solche Testverfahren werden gerade auch dafür entwickelt, *Discrimination by Proxy* aufzuspüren.[260] Das Irritierende ist hier, dass solche Tests – um *Proxies* wirklich gut identifizieren zu können – nach weit geteilter Auffassung grundsätzlich erfordern, dass die Testdaten die an sich verpönten Merkmale wie Geschlecht, sexuelle Orientierung, Religion etc. *enthalten*. Hier steht dem Antidiskriminierungsrecht eventuell ein Paradigmenwechsel bevor, das von (auch) diskriminierungsrechtlicher Datensparsamkeit (auch *Fairness through Blindness* genannt) auf ein *Paradigm of Knowledge Creation* wird umstellen müssen.[261] Der Unionsgesetzgeber hat das bereits zögerlich akzeptiert (siehe Art. 10 Abs. 5 AI Act[262]). 105

bb. "How much bias is too much?" Zweitens zwingt der fortschreitende Einsatz von KI in vielen Fällen zur Entscheidung darüber, welche *Proxies* für grundsätzlich unzulässige Prädiktoren oder Klassifikationen (Hautfarbe, Rasse, sexuelle Orientie- 106

255 s. schon oben, → § 3 Rn. 19 ff.
256 *Garnelo/Shanahan*, Current Opinion in Behavioral Sciences 29 (2019), 17; zur wichtigen Fähigkeit der Generalisierung auch *Ertel*, Grundkurs KI, 2021, S. 202 ff.
257 Dazu *Mercier*, in: Pohl (Hg.), Cognitive illusions, 2022, S. 78 ff.
258 Oben, → S. 53 ff.
259 Vgl. zu solchen Forschungen *Criado/Such*, in: Yeung/Lodge (Hg.), Algorithmic Regulation, 2019, S. 82 (89 ff.).
260 s. dazu oben, → § 1 Rn. 32.
261 *Tischbirek*, in: Wischmeyer/Rademacher (Hg.), Regulating Artificial Intelligence, 2020, S. 103 (115 ff.).
262 Näheres zu dieser Vorschrift unten, → § 4 Rn. 139.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rung etc.) in welchen konkreten Situationen unzulässig sein sollen, und ab welcher Schwelle der Korrelation das gelten soll. Klar ist, dass nicht jede Korrelation zum Ausschluss eines Prädiktors wird führen können,

> „weil in der Welt nun einmal alles mit allem zusammenhängt und es vor diesem Hintergrund kaum Prädiktoren gibt, die unkorreliert mit | dem verbotenen Prädiktor sind. Führt man diese Argumentation *ad absurdum*, müssten Datennutzungsverbote die Nutzung jedes Datums sperren."[263]

107 Diese Absurdität zu vermeiden, ist eine genuin rechtliche (und ethische) Frage, die von der gleichheitsrechtlichen Dogmatik noch nicht bewältigt ist und vermutlich letztlich nur im Wege der legislativen, administrativen und judikativen Abwägung wird geleistet werden können.[264] Das eigentliche Problem entpuppt sich insoweit dann weniger als ein technisches, sondern vielmehr als normatives: "That is, how much bias is too much?"[265] Besonders deutlich wird der im Kern normative Charakter der Fragestellung dann, wenn sich herausstellt, dass Merkmale eine statistisch valide Aussagekraft hinsichtlich eines legitimen Erkenntnisinteresses haben, diese Merkmale aber stark mit verpönten Unterscheidungskriterien korrelieren. Statistikbasierte Verfahren *begründen* diese Problematiken *nicht*, weil eben auch Menschen auf der Basis intuitiver Vorverständnisse operieren müssen (und danach mehr oder weniger ‚verlässlich' diskriminieren). Die statistischen Verfahren machen die Problematik aber viel deutlicher *sichtbar* und sie sind damit (besser) zu diskutieren (in diesem Sinne neu bzw. deutlicher zu ver*antworten*). Hier auf KI zu verzichten, hieße letztlich nur, der Fragestellung auszuweichen.

108 *cc. Curse of Dimensionality.* Drittens wirkt sich auf der Ebene der Korrigierbarkeit und Manipulierbarkeit der sogenannte *Curse of Dimensionality* von immer komplexeren Mustern aus: Die an sich positive Fähigkeit, aus hochdimensionalen Datenmassen zu lernen,[266] führt in vielen Fällen eben auch zu hochdimensionalen bzw. zu menschlich nicht nachvollziehbaren Mustern (x'en), deren gezielte nachträgliche Korrektur dann ihrerseits zu einem kognitiven Massen-Verarbeitungsproblem wird. Unmöglich wird eine gezielte Herausnahme bestimmter x'e oder einzelner Muster von x'en dann, wenn diese subsymbolisch gelernt sind, also menschlich, auch mit

263 *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (502 f.).

264 Skeptisch allerdings ibid., S. 503. *Hermstrüwer* sieht „die Gefahr, dass die einen Unterschied zwischen Subpopulationen erklärenden Prädiktoren ausgeschlossen werden und so einer verdeckten Diskriminierung Vorschub geleistet" werden könnte.

265 *Criado/Such*, in: Yeung/Lodge (Hg.), Algorithmic Regulation, 2019, S. 82 (92); s. auch *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, 2019, S. 505, 508, die sich mit vielen weiteren Nachw. zum Diskussionsstand zutreffend dagegen ausspricht, gegen KI-Systeme den Anspruch auf Fehlerfreiheit zu erheben.

266 Zu den mit großen Datenmassen (*Big Data*) spezifisch verbundenen technisch-statistischen Schwierigkeiten, auf die es im Vorliegenden nicht in den Details ankommt, s. *Fan/Han/Liu*, National Science Rev. 1 (2014), 293 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

entsprechender Expertise, nicht mehr nachvollzogen werden kann, wofür sie eigentlich konkret stehen.[267]

dd. Rechtliche Rezeption welcher algorithmischen Fairnessmaße? Möglich bleibt allerdings auch in diesen Fällen – viertens –, Diskriminierungen durch regelhaft implementierbare – also sehr präzise zu definierende, deshalb auch sogenannte „algorithmische"[268] – Gleichheits- oder Fairnessmaße entgegenzuwirken. Es gibt mittlerweile eine Vielzahl solcher Fairnessmaße mit uneinheitlicher und damit verwirrender Terminologie.[269] Es geht bei der sogleich folgenden Darstellung daher nicht um Vollständigkeit oder Begriffsklärungen (die letztlich die Computerwissenschaften vornehmen sollten), sondern nur darum, die diversen *Accuracy-Fairness-Trade-offs* erläutern zu können, die mit den unterschiedlichen Fairnessmaßen einhergehen, und deren Bewältigung nach verbreiteter Ansicht *technisch* nicht final geleistet werden kann,[270] sondern die letztlich normative Entscheidungen erfordern. Aufbauend auf *Hermstrüwer* sollen hier drei solcher Gleichheitsmaße unterschieden werden: 109

- *Ergebnisgleichheit*:[271] Die Quoten für das Prognose- oder Klassifikationsergebnis y wird für alle Angehörigen einer Minderheitspopulation (z. B. Migranten) mit der Quote für die Mehrheitspopulation gleichgesetzt, also z. B. wird stets derselbe Prozentsatz von Personen aus der zu schützenden Population zum Studium zugelassen oder einer vertieften Steuerprüfung unterzogen usw. (auch sogenannte statistische Parität[272]). Welche Subpopulationen entlang welches Merkmals (Rasse, Geschlecht etc.) derart gleichgesetzt werden sollen bzw. dürfen, ist eine juristisch zu beantwortende Frage. Das Kriterium, anhand dessen Gleichheit hergestellt werden soll, muss zudem im Muster und in den Realdaten enthalten sein. Eine reine Zufallsauswahl aus den jeweiligen Populationen kann dadurch vermieden werden, dass Ergebnisgleichheit unter Bedingungen hergestellt wird, dass also jeder Adressat einer positiven Entscheidung (oder jede Steuererklärung etc.) zumindest das Kriterium x_1 (gutes Abitur, eine bestimmte Verdachtsschwelle etc.) aufweisen muss (sogenannte konditionale statistische Parität[273]). Gleichwohl geht die erzwungene Gleichstellung dann mit Genauigkeitsverlusten – vermehrte *False*

267 s. für Bsp. schon oben, → § 1 Rn. 25 ff.
268 So *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (505 und ff.); eine Übersicht über aktuelle Fairnessmaße und -lösungen liefern *Richardson/Gilbert*, arXiv:2112.05700v1 (10.12.2021); s. auch *Barocas/Hardt/Narayanan*, Fairness and Machine Learning, 2019.
269 *Berk* et al., Sociological Methods & Research 50 (2021), 3 (15 ff.); *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (505 ff.); *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren, 2018, S. 39 ff.
270 Ibid., S. 40.
271 *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (505 ff.).
272 *Berk* et al., Sociological Methods & Research 50 (2021), 3 (16).
273 *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (507).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Positives und *False Negatives* – einher, wenn die relevanten Kriterien ungleich über die Subpopulationen verteilt sind,[274] also z. B. tatsächlich mehr weiße Bewerberinnen gut für ein Studium geeignet sind als migrantische (z. B. weil sie bereits eine bessere Schulbildung genossen haben), oder mehr Weiße Steuerhinterziehungsdelikte begehen können, weil sie mehr wirtschaftliche Aktivität aufweisen.

- *Prognosegleichheit*: Anstelle von Ergebnisgleichheit kann das Muster stattdessen auf Prognosegleichheit über die geschützten Subpopulationen trainiert werden.[275] D. h., dass die Prognose oder Klassifikation für das verwendete Datenmaterial gleich genau ist, unabhängig davon, ob eine Person zur Mehrheitspopulation A oder zur Minderheit B gehört. Der Nachteil einer alleinigen Orientierung an der Genauigkeit der Prognose liegt darin, dass die gleiche Fehlerrate nichts darüber aussagt, ob es sich *in concreto* um *False Positives* oder *False Negatives* handelt;[276] die sogenannte *Treatment Equality* (siehe sogleich) ist damit nicht bzw. nicht unbedingt gewährleistet.[277]
- *Belastungsgleichheit*: Auf *Treatment Equality* zielt die von *Hermstrüwer* sogenannte Belastungsgleichheit.[278] Dadurch soll sichergestellt werden, dass die Zahl von *False Positives* oder (!) von *False Negatives* für Angehörige der Mehrheits- und der Minderheitspopulation gleich ist, und zwar bezogen auf die Basisrate, d. h. auf die tatsächliche Verteilung in der (relevanten) Bevölkerung, und nicht nur im Datensatz. Gefordert ist hierfür eine normative und vor allem auch eine aufwendige empirische Vorabbestimmung derjenigen Merkmale, deren Gewichtung einer Korrektur bedarf – Beispiel:[279] Wenn angenommen werden kann/muss, dass eine bestimmte ethnische Minderheit hinsichtlich der an sich für aussagekräftig befundenen Schulnote trotz *materiell* gleicher Eignung gegenüber der Mehrheitspopulation *nominal* (also durch die Note) benachteiligt ist, können Studienzulassungssysteme[280] derart manipuliert werden, dass die Schwellenwerte für die Minderheitspopulation niedriger angesetzt werden als für die Mehrheitspopulation. Freilich stehen solche Methoden schnell im Ruf umgekehrter Diskriminierung.[281] Dem Optimierungsversprechen von KI entspräche es eher, die Technologie zu nutzen, um bereits die Aussagekraft der Abschlussnote zu erhöhen und von menschlichen Vorurteilen bzw. sozioökonomisch nachteiligen, für die Zielvariable $y_{\text{Studieneignung}}$ aber irrelevanten Faktoren zu befreien. Wo das nicht

274 Vgl. *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren, 2018, S. 40; *Kearns/Roth*, The Ethical Algorithm, 2020, S. 71 f.
275 *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (507 ff.).
276 *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren, 2018, S. 39.
277 *Berk* et al., Sociological Methods & Research 50 (2021), 3 (17).
278 *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (509 ff.).
279 Bsp. übernommen von ibid., S. 510 ff.
280 s. oben, → S. 196 ff.
281 Dagegen wendet sich aber dezidiert *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (512).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

möglich ist, besteht auch die Option, den Schwellenwert für *alle* abzusenken oder zu heben (je nach Perspektive), sodass mit Sicherheit auch mehr geeignete Bewerber der Minderheitspopulation zugelassen werden (mehr *True Positives*/weniger *False Positives* in *dieser* Population), was aber zugleich (erneut) dazu führt, dass mehr ungeeignete Bewerber der *Mehrheits*population – für welche die Abschlussnote, das sei hier unterstellt, relative höhere Aussagekraft hat – zugelassen werden (mehr *False Positives* für *diese* Gruppe).

Bislang bestand eine gewisse Einigkeit, dass *Trade-offs* zwischen Genauigkeit einer- 110
seits und – wie auch immer zu definierender – *Fairness*/Gleichbehandlung andererseits technisch nicht perfekt im Sinne einer "total fairness" zu beseitigen sind.[282] Wenngleich neuere, empirische Studien nachweisen wollen, dass der *Trade-off tatsächlich* sehr klein sein könnte (d. h. die diversen Korrekturen nach Maßgabe algorithmischer Fairnessmaße offenbar nur zu geringen Leistungsverlusten in Sachen Präzision führen),[283] bleibt es dabei, dass der Einsatz algorithmischer Fairnessmaße normative Vorabentscheidungen erfordert und – sehr wahrscheinlich – zumindest in Grenzbereichen *Trade-offs* zwischen Fairness und Genauigkeit auf absehbare Zeit in Kauf genommen werden müssen.

d. Zwischenbetrachtung. Was heißt das nun für den Vergleich zwischen Mensch und 111
Maschine? Entsprechende Manipulationen, wie sie an KI-Mustern bei allen soeben genannten Hindernissen bzw. mit den genannten Einschränkungen möglich sind, können an menschlichen Entscheidungsträgern von vornherein nicht vorgenommen werden. Das funktionale Äquivalent – Schulungen, Sensibilisierungen – bleibt natürlich möglich, unter Umständen sogar unterstützt durch statistische Erkenntnisse aus KI-Trainingsprozessen. Die Präzision, Dokumentierbarkeit und vor allem gleichmäßige Wirksamkeit über eine Vielzahl von Anwendungsfällen hinweg sind bei Menschen aber notwendig geringer und können – nach neueren Forschungen – unter Umständen sogar kontraproduktiv sein.[284]

III. Anstelle eines Zwischenfazits: eine Warnung und eine Relativierung

Abschnitt II. hat gezeigt, dass rechtsanwendende Technologien typisierbare Stär- 112
ken wie auch Defizite im Vergleich zu rechtsanwendenden Menschen aufweisen. In der verfassungsrechtlichen und rechtsphilosophischen Auseinandersetzung um

282 Ausf. *Berk* et al., Sociological Methods & Research 50 (2021), 3 (19 ff.); *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (495, 511); *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren, 2018, S. 40.

283 s. etwa *Rodolfa/Lamba/Ghani*, nature machine intelligence 3 (2021), 896.

284 *Jagdeep* et al., NCRI Reports v. 25.11.2024 (Onlinequelle), passim, bes. S. 14 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Möglichkeiten und Grenzen des Einsatzes von KI war es bis vor sehr kurzer Zeit weithin üblich, die Defizite in den Vordergrund zu stellen. Das war nicht überraschend, sondern stellte letztlich ein klassisches, im eigentlichen Sinn: konservatives Reaktionsmuster auf transformative Gesellschaftsprozesse dar.[285] Während zu Beginn der modernen KI-Diskussionen noch menschlich verantwortete Handlungen des Datenmissbrauchs diskussionsleitend waren,[286] standen viele Jahre die Sorgen vor der ungewollten Verantwortungslosigkeit des Menschen wegen der intransparenten Entscheidungslogiken[287] und Steuerungswirkungen von KI[288] im Vordergrund. Beispielhaft dafür steht *Mario Martinis* 2019 erschienenes monographisches Werk zu den *Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz*, das diesem nüchtern wissenschaftlichen Untertitel den Obertitel *Blackbox Algorithmus* vorangestellt trägt.[289] Es befasst sich dementsprechend zentral mit den, wie sich auch hier gezeigt hat: diversen Ausprägungen des *Black-Box*-Charakters von KI[290] sowie den immanenten Diskriminierungsgefahren der Technologie.[291] Studien, die KI-Anwendungen als mögliche oder gar rechtlich gebotene Elemente in konkreten staatlichen oder auch sonstigen gesellschaftlichen Funktionszusammenhängen darstellen, waren und sind weiterhin die Ausnahme.[292]

113 Es sei klargestellt, dass das rechtswissenschaftliche Fokussieren auf diese und weitere Defizite von KI-Technologien guten Sinn ergibt, zumal als Gegengewicht zu einer hier und da immer wieder zu beobachtenden Möglichkeits-Euphorie in den Technikwissenschaften.[293] Gleichwohl sei vor der Fokussierung auf die Schwächen

285 Vgl. *Lepenies*, Verbot und Verzicht, 2022, S. 31 ff., der anschließend an *Albert O. Hirschman* drei stets wiederkehrende rhetorische Reaktionsmuster der „Reaktion" auf bzw. gegen gesellschaftliche Veränderungen unterscheidet: *Perversity Thesis* (= die vorgeschlagene Änderung/Neuerung verschlimmere die Situation angesichts nicht-intendierter Nebeneffekte, statt sie zu verbessern), *Futility Thesis* (= Neuerungen seien nutzlos, da Menschen ihr Verhalten letztlich doch nicht ändern könnten/wollten), und *Jeopardy Thesis* (= die Neuerung sei gefährlich, da die Kosten die Nutzen überwögen).

286 *Mayer-Schönberger/Cukier*, Big Data, 2013, bes. S. 189 ff. (wobei allerdings der erste Teil des Buchs nachdrücklich die Chancen von *Big Data Analytics* betont). Im Zusammenhang mit der Diskussion um KI-getriebene Desinformationskampagnen und den missbräuchlichen Einsatz sog. *Deepfakes* ab ca. 2023 wird diese Perspektive des menschlich verantworteten Missbrauchs von Technologie nun auch wieder verstärkt eingenommen. Zu *Deepfakes* s. die Nachw. in → Fn. 68 (Einleitung), zu Desinformation bei/in → § 2 Fn. 321.

287 Grundlegend *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 ff.

288 Grundlegend *Hoffmann-Riem*, AöR 142 (2017), 1 ff.

289 *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019. Ähnl. *Ernst*, in: Wischmeyer/Rademacher (Hg.), Regulating Artificial Intelligence, 2020, S. 53 ff.

290 s. oben, → § 1 Rn. 28 und → § 3 Rn. 99.

291 s. oben, → S. 53 ff.

292 Eine solche Ausnahme ist *Capers*, North Carolina Law Rev. 95 (2017), 1241 ff., der für einen *verstärkten* Einsatz intelligenter Überwachungssysteme plädiert, weil sich allein so das Ziel einer weniger rassistischen Polizeiarbeit in den USA erreichen lasse. Der Natur der Sache nach rechtlich konstruktiv orientiert sind außerdem die v. a. aus Praktikersicht verfassten Beiträge zu rechtsanwaltlichen und wirtschaftlichen *Legal Technologies*, s. z. B. *J. Wagner*, Legal Tech und Legal Robots, 2018, passim.

293 Vgl. aber auch die zur Zurückhaltung mahnenden, technikwissenschaftlichen Stimmen z. B. von *Marcus/Davis*, Rebooting AI, 2019; *Bridle*, New Dark Age, 2019. Für einen ausgewogenen Regelungsvorschlag,

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einerseits gewarnt (sogleich, → 1.); zugleich bzw. ohnehin können sie in gewisser Weise relativiert werden (dazu → 2.).

1. Defizit-Fokussierung als Anreiz und potentiell unbewusste Legitimierung des KI-Einsatzes; deshalb: Desiderat einer defizitunabhängigen Bewältigungsstrategie

Die diversen Defizite von KI sind längst auch von den Entwicklern erkannt und – das ist das Entscheidende – als zu bewältigende Herausforderung verstanden worden. Wie die voraufgehenden Ausführungen gezeigt haben, wird von den Technikwissenschaften an der Behebung der Defizite mit Hochdruck gearbeitet. Erinnert sei an die Bemühungen rund um *explainable AI*[294] und die nach wie vor hintergründig laufenden Forschungsvorhaben zu symbolischer KI.[295] Das gleiche gilt im Grundsatz für den – wie gesagt: berechtigten – Vorwurf, dass aktuelle KI-Anwendungen wegen des ihnen eigenen Reproduzierens der menschlichen Vergangenheit (maschinelles Lernen) oder wegen Fehlern im Design der Lernalgorithmen bzw. der Zusammenstellung der Trainingsdaten potentiell diskriminierend wirken können.[296] Die sich abzeichnende Verfügbarkeit von Quantencomputern könnte den Versuchen, diese Mängel zu beseitigen, weiteren Schub verleihen. 114

An dieser Stelle ist deshalb auf eine vielleicht unbedachte Folge hinzuweisen, die die bislang dominante rechtswissenschaftliche Herangehensweise an KI haben kann: Wer als Element einer KI-Regulierungsarchitektur mehr oder weniger ausgeprägte ‚Bauverbote' fordert – also Verbote fordert, die Technologie in bestimmten Bereichen zu nutzen, oder bestimmte Technologien überhaupt zu nutzen –, und wer dies *maßgeblich* damit begründet, dass die gegenwärtigen Anwendungen die genannten schwerwiegenden funktionalen Defizite aufweisen, der muss bedenken, dass diese Argumentation den Einsatz künftiger KI-Technologien faktisch legitimieren und stabilisieren kann, *wenn* diese Defizite technisch behoben sind.[297] 115

Christoph Burchard hat diese Paradoxie schon recht früh mit Blick auf die Strafrechtstheorie besonders klar hervorgehoben: 116

> „[J]e mehr man strafrechtstheoretisch die Blößen von KI betont, desto mehr Anreize setzt man, dass solche Schwachstellen durch technologischen Fortschritt geschlossen werden."[298] „[D]ie Verheißung, dass KI eine objektive, neutrale sowie kohärente Strafrechtspflege effektiver und ef-

der Chancen und Risiken im Blick hat, s. *European Law Institute*, Model Rules on Impact Assessment of Algorithmic Decision-Making Systems Used by Public Administration, 2022.

294 s. oben, → § 1 Rn. 51 ff.

295 s. oben, → S. 59 ff.

296 Soeben. → § 3 Rn. 102 ff.

297 Vgl. zutreffend auch *La Diega*, jipitec 2018, 1 (3): "Therefore, it seems that it is currently impossible to design an interpretive algorithm [Rn. 13]. [...] AI's growth is exponential, therefore the considerations above may prove to be wrong soon [Rn. 14]."

298 *Burchard*, JRE 27 (2019), 527 (543).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> fizienter als menschliche Entscheidungsträger organisieren könne, [wird somit] nicht nachhaltig in Frage gestellt. Im Gegenteil, sie wird […] als Entwicklungsziel ausgegeben. Paradoxerweise stabilisiert und legitimiert die […] Kritik am jetzigen Einsatz von KI in der Strafrechtspflege den zukünftigen Einsatz einer weiterzuentwickelnden KI. Die [sozusagen Technologie-internen] Zweifel daran, dass es sich bei den Versprechungen von KI um die sprichwörtliche ‚heiße Luft' handelt und eine KI gestützte Strafrechtspflege quasi an sich selbst bzw. den zu hoch gesteckten Erwartungen scheitert, eben weil Algorithmen normativ programmiert sind und anhand voreingenommener Datensätze lernen, sind im Ergebnis weniger durchgreifend als sie zunächst erscheinen mögen. Denn diese Zweifel betreffen nur die konkrete Umsetzung, nicht aber die fundamentalen normativen Ordnungsvorstellungen einer algorithmischen Verbürgung effektiven wie effizienten Rechtsgüterschutzes sowie objektiver, neutraler und kohärenter Strafrechtsanwendung. Die Forderungen nach einer objektiv-politischen Programmierung und nach einer normativen Ausbalancierung von KI-Systemen sanktionieren und perpetuieren diese Ideale vielmehr. Ein Ignorieren, Bagatellisieren oder Unterminieren von ‚KI und Strafrecht' hilft daher nicht weiter."[299]

117 Die einseitige Fokussierung der rechtlichen, vor allem der verfassungsrechtlichen und rechtsphilosophischen Diskussion auf die Defizite von KI droht, ihre Behebung oder zumindest Einhegung von einer *Voraussetzung* des Einsatzes zu einem Umstand seiner *Legitimierung* zu wenden. Auf eine allgemeine KI-regulatorische Ebene gehoben muss also vergegenwärtigt werden, dass diejenigen, die *maßgeblich* wegen der defizitären Funktionsbedingungen von *gegenwärtiger* KI Nutzungsverbote fordern, nur temporäre Bauverbote fordern, quasi einen nur auflösend bedingten Baustopp.[300] Vergleiche ganz in diesem Sinne diese Stellungnahme von *Annette Guckelberger*:

> „Insbesondere wenn die KI-Systeme in bestimmten Bereichen nachweisbar besser als Menschen sind, lässt sich möglicherweise nur schwer begründen, warum man sich diese Technologien nicht zu Nutze machen soll".[301]

118 Dem lässt sich intuitiv kaum widersprechen. Das gilt jedenfalls dann, wenn man ein grundsätzlich instrumentelles Verständnis von Recht als Mittel zum demokratischen Zweck anlegt: Wenn der Zweck durch den Einsatz des Instruments der Technologie *besser* erreicht werden kann, bleiben (scheinbar) keine Gründe, die Instrumente *nicht* einzusetzen.

---

299 Ibid., S. 547; *ders.*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 553 (561).

300 Krit. i. d. S. auch schon *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 163: "An instrumentalist conception of technology thus focuses on harm and abuse, avoiding a discussion of the technology itself, turning a blind eye to its affordances and how they reconfigure the fabric of human society."

301 *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, 2019, S. 505 f., dort in Fn. 2837. Ähnl. auch schon *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1997, S. 60, dort Fn. 24: „Aufs letzte gesehen gibt es keine rationalen Gründe, die Menschenleistung der Maschinenleistung vorzuziehen. Und jedesmal, wenn die Befürworter des Menscheneinsatzes ihre Gründe präzise formulieren, schaffen sie damit zugleich die Grundlage für die Formulierung neuer äquivalenter Maschinenprogramme."

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtsdogmatische Stütze findet diese Position in den Einschätzungen, die – m. E. grundsätzlich zutreffend – darauf hinweisen, dass das grundgesetzliche Arrangement im weiten Sinn (also grundrechtliche Schutzpflichten und Gewährleistungsansprüche, Rechtsstaatlichkeit usw.) schon bisher nie *exklusiv* auf Abwehr und Retardierung staatlichen Handelns, sondern gleichermaßen auch immer schon auf dessen Ermächtigung, effektive und effiziente Nutzung und damit eben auf die *Realisierung von rechtlichen Programmen* gedrängt hat.[302] Oder kürzer gefasst: Art. 20 GG geht es nicht allein um Eindämmung von Herrschaft, sondern eben um Herrschaft, und damit um Effekt und Bewirkung. 119

Um keine Missverständnisse aufkommen zu lassen: Vor dem Hintergrund des Gesagten geht es nicht darum, die Defizite ganz aus der Betrachtung auszuklammern. Das wäre naiv und sicherlich gemeinwohlschädlich. Aber es fordert dazu heraus, Argumentationsstrategien und daraus abgeleitete Arrangements zum Umgang mit rechtserkenntnis- und aktionsfähigen Technologien zu entwickeln, die auch defizitunabhängig greifen; also auch dann noch funktionieren, wenn bzw. falls die Defizite irgendwann und Stück für Stück behoben worden sind. 120

2. Mit dem Menschen als Maßstab: Um perfekte Rechtsanwendung geht es nicht.

Die entscheidende Frage ist damit: Können KI-Systeme im Bereich *spezifisch der Rechtsanwendung* ‚besser' sein als Menschen? 121

a. Besser reicht. Wichtig ist für die Antwort auf diese Frage zunächst der von Guckelberger (siehe soeben, bei → Fn. 301) genutzte – auf den ersten Blick vielleicht unscheinbare – Komparativ: „besser" reicht, „perfekt" ist auch von einer instrumentellen Warte aus nicht zu fordern. Mit anderen Worten ist also Fehlerfreiheit nicht zu fordern. 122

Das folgt schon daraus, dass der Vergleichspunkt – menschliche Rechtsrealisierung – aus den soeben, in → II., genannten Gründen ebenso wenig fehlerfrei ist bzw. fehlerfrei sein kann. „Besser als Menschen sind" Maschinen mit anderen Worten auch schon dann, wenn sie *weniger* fehlerhaft, *weniger* diskriminierend etc. sind. Jenseits von evidenter Ungeeignetheit lassen sich daher auch keine allgemeinen verfassungsrechtlichen Vorgaben an die Fehlerraten konstruieren. Es ist vielmehr eine Frage praktischer Klugheit und von Kosten-Nutzen-Abwägungen – natürlich unter Einschluss (grund-)rechtlicher Kosten und Nutzen –, „sachbereichsspezifisch 123

302 Vgl. *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 26 Rn. 134; zum im KI-Bereich bes. relevanten Datenschutzrecht *Marsch/Rademacher*, Die Verwaltung 54 (2021), 1 (10).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einsetzbare Qualitäts- und Fairnessmaße fest[zu]legen und sachbereichsspezifische Schwellenwerte [zu] normieren."[303]

124 Daraus folgt unmittelbar: unterschiedliche Sach- und Rechtsbereiche sind gesondert zu betrachten. Die Leistungsfähigkeit der Technik, der Rang der Rechtsgüter, die im Fall der Nicht-Realisierung von Recht einerseits und im Fall eines *Overblocking* andererseits Schaden nehmen, sowie die Befolgungs- und Vollzugserfahrungen mit der bislang rein menschlichen Rechtsrealisierung werden sich je nach Sach- und Rechtsbereich erheblich unterscheiden; daher dürfen sich auch die eingesetzten Mittel und die in Kauf genommenen Kosten unterscheiden. Das ist letztlich eine (klassische) Frage der Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen der Rechtsdurchsetzung.[304]

125 Dieser Punkt ist allerdings weniger trivial, als die beiden letzten Sätze vielleicht nahelegen: *Besser* ist nämlich nicht darauf beschränkt, den *konkreten individuellen* Rechtsanwendungsfall zu erfassen, sondern kann inhaltlich auch die mögliche *Breiten*wirkung des Einsatzes der Technologie mit verarbeiten.[305] Am Beispiel illustriert: Natürlich wird nach unserem eingeübten, auf menschlich-professionelle Rechtsanwendung fokussierten Verständnis jede Richterin besser darin sein, die Berechtigung eines Blockierverlangens eines Urhebers *im konkreten Fall* zu beurteilen. Sie, einschließlich all ihrer Kollegen, werden aber deutlich schlechter darin sein, das für *jeden* konkreten Upload zu tun, den die Nutzer einer Plattform tagtäglich versuchen. In *dieser* Dimension ist Technologie zumindest *online* uneinholbar überlegen. Und es ist nicht ersichtlich, dass diese Dimension ein von vornherein unzulässiges Kriterium der Abwägung für oder gegen den Einsatz von neuer Technologie sein sollte – gerade dann, wenn es um die Regulierung von solchen neuen Technologien geht, deren Verfügbarkeit es gerade ist, welche die klassischen Durchsetzungsmechanismen – konkret-individuelles gerichtliches Vorgehen etwa – als zu langsam, zu wenig breitenwirksam etc. erscheinen lassen (hier der erweiterten Kommunikationsmöglichkeiten im Web 2.0).[306] Es geht hier um eine (Wieder-)Herstellung von ‚Waffengleichheit', die dem analogen (Vollstreckungs-)Recht im digitalen Raum in bestimmten Feldern verloren gegangen sein dürfte. „Dass die Gesetzgebung und die

303 *Herold*, Demokratische Legitimation, 2020, S. 236.

304 *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 26 Rn. 147.

305 *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (14 f.): „Soweit Defizite beim Einsatz der digitalen technischen Konstrukte bestehen, die bei menschlichem Handeln nicht oder nicht in gleicher Intensität und gleicher Gewichtigkeit auftreten, aber wichtig | sind, ist menschliches Handeln vorzuziehen; *jedenfalls soweit digital gesteuerte Maßnahmen nicht aufgrund besonderer Vorteile der Digitalisierung auch aus normativer Sicht trotz des Mangels vorzugswürdig sind*." Hervorhebung hier.

306 Vgl. hier etwa die mittlerweile zulässige Vorratsdatenspeicherung von IP-Adressen, wenn und weil bestimmte im Internet begangene Delikte nicht anders aufklärbar sind; dazu die Nachw. bei/in → § 2 Fn. 271.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bedingungen ihres Vollzugs in Wechselwirkung miteinander treten, ist im Ausgangspunkt normativ unbedenklich."[307]

126 Ebenso zeigt die grundsätzliche Zulässigkeit von Typisierungen und Pauschalisierungen im überkommenen materiellen wie auch Verfahrensrecht, dass individuelle Unschärfen aus systematischen Kosten-Nutzen-Erwägungen heraus nicht *per se* unzulässig sind.[308]

127 Gleichwohl: Aus der Breitenwirksamkeit folgt als Kehrseite, dass es richtig ist, an den Einsatz rechtsrealisierender Technologie grundsätzlich *höhere* Anforderungen als an den ‚Einsatz' *einzelner* menschlicher Rechtsadressaten zu stellen (also das *bessere* Funktionieren eben nicht auf die Dimension der besseren Massenverarbeitung zu beschränken). Das liegt ebenfalls am Skaleneffekt,[309] den der Einsatz einer Software mit sich bringt: Die Rechtsrealisierung ist gleichmäßiger. Im Beispiel von Filtertechnologien im Internet tendiert sie in Richtung einer flächendeckenden Umsetzung der damit erfassten Rechtsregeln. Gleichzeitig sind damit aber auch Verzerrungen, die das System gegenüber dem ‚richtigen' Recht bewirkt – *Overblocking* oder diskriminierungsrechtlich relevante Fehler usw. –, potentiell gleichmäßiger und flächendeckender.[310]

128 *b. Besser als wer zu welchem Zeitpunkt?* Das soeben genannte Urheberrechts-Beispiel führt zur zweiten wichtigen Frage, die in diesem § 3 immer wieder mit angesprochen wurde: Auf *welchen* Menschen kommt es eigentlich für das ‚besser' an? Kommt es an auf den juristisch vorgebildeten Menschen (die Richterin) oder auf den juristischen Laien?

129 Die schon 2015 begonnene und bis heute fortdauernde Debatte um die Möglichkeit eines Rechts „ex machina"[311] hat Kontrahenten gezeigt, die – bildlich gesprochen – von den gegenüberliegenden Seiten des schon erwähnten rechtstheoretischen Grabens aus diskutieren: Wer Rechtsanwendung allein oder maßgeblich als Sache professioneller Anwender versteht, der wird es leicht haben, rechtserkennende Technologien noch auf lange Zeit als ‚weniger gut' als die geschulte Richterin zu werten. Wer hingegen aus einer Steuerungsperspektive auch die (Erst-)Adressaten von Normen als deren Anwender gelten lässt,[312] für den relativieren sich die Defizite von KI als Rechtsanwenderin womöglich schnell*er*.

307 *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 26 Rn. 20.
308 Ausgewogen *Wischmeyer*, in: Eifert (Hg.), Digitale Disruption und Recht, 2020, S. 73 (78 ff.).
309 Vgl. hierzu SaarlVerfGH, Urt. v. 5.7.2019, Az. Lv 7/17 = NZV 2019, 414 – Fehlen von Rohmessdaten bei Geschwindigkeitsmessung.
310 Vgl. *Rademacher*, in: Eifert (Hg.), Digitale Disruption und Recht, 2020, S. 45 (54) m. w. N.
311 Bes. deutlich *Kotsoglou*, JZ 2014, 1100 (1102): „Denn genauso wie ein Laie bestenfalls nur in groben Zügen nachvollziehen könnte, was in einem Operationssaal vor sich geht, kann er auch nicht verstehen, aus welchem Grund ein Sachverhalt so und nicht anders bewertet wird."
312 s. zu diesem Konflikt schon oben, bei/in → § 3 Fn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

130 Auf den ersten Blick scheint dieser Graben kaum überbrückbar. Schaut man sich diesen Disput aber von oben an, dann löst er sich *in einem ersten Zugriff* in einer einfachen Einsicht auf: Nicht nur ist das Recht mit seiner Formulierung und seinem Abdruck im Bundesgesetzblatt[313] nicht einfach fertig – der berühmte Unterschied zwischen *Law in the Books* und *Law in Action*. Sondern auch: Das Recht ist auch *mit seiner ersten Anwendung* (in der Regel durch juristische Laien als Erstadressaten) stets weiterhin *latent* unfertig. Die erste Rechtsanwendungsoperation eröffnet letztlich immer nur einen potentiellen Dialog, einen Austausch von Argumenten („Gründen und Gegengründen"[314]), über die Korrekturbedürftigkeit dieser ersten Rechtsanwendung, der dann gegebenenfalls – um die Vertreter der ersten Theorie ‚abzuholen' – vor Behörden und dann vor allem vor Gerichten ausgetragen werden muss.

131 Das heißt: Unter keiner der beiden theoretischen Prämissen ist Rechtsanwendung ein einaktiges Geschehen, das von einer Person allein und vor allem: von einer Person allein *final* ‚richtig' bewirkt werden muss. Wenn das stimmt, dann verschiebt sich unsere Fragestellung: von *Kann KI Rechtsanwendungsprozesse besser ausführen als der Mensch?* hin zu *(Wo) Kann mithilfe von KI der Austausch von Informationen und Argumenten über die ‚richtige' Anwendung des Rechts besser organisiert werden?* – selbstverständlich weiterhin mit dem Ziel, dass die Norm am Ende möglichst oft und möglichst ‚richtig' verwirklicht werden soll. Die Herstellung dieses ‚Richtig' ist schon jetzt kein einaktiges oder, mit *Habermas* gesprochen: ist kein „monologisches"[315] Geschehen im Kopf des übermächtigen Richters (*Dworkins* "Hercules"[316]), sondern ein mindestens potentiell mehrgliedriges, prozesshaftes Geschehen, das ‚falsche' Rechtsanwendungsoperationen insbesondere, aber nicht nur durch juristische Laien als ganz normale Zwischenakte einpreist.[317]

132 Wenn dabei als Grundsatz mittlerweile anerkannt ist, dass sich das Recht der rechts*durchsetzenden* Technik nicht anpassen soll,[318] sondern die *umgekehrte* Wirkungsrichtung bestehen muss, dann muss aus der Perspektive des Mensch-Maschine-Vergleichs ergänzt werden, dass das Gleiche auch für *menschliche* Rechts(erst-)anwendungsoperationen gilt: Selbstverständlich *sollen* Befolgungs- bzw. Vollzugshandlungen – egal ob technologisch unterstützt bzw. bewirkt oder nicht – eine möglichst nur dienende Funktion gegenüber dem materiellen Recht haben,

313 Zur Bedeutung der klassischen "information and communication infrastructure" Text und Druckpresse für modernes Recht *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 175 ff.
314 *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 (59).
315 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 2014, S. 274.
316 *Dworkin*, Law's empire, 1998, S. 239 und ff.
317 Vgl. dazu auch die *Legal Process conception* der *Rule of Law*, *Pasquale*, George Washington Law Rev. 87 (2019), 1 (45) m. w. N.
318 Vgl. *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (37); *ders.*, Recht im Sog der digitalen Transformation, 2022, S. 280 f.; *Wischmeyer*, in: Ebers et al. (Hg.), RechtsHdb. KI und Robotik, 2020, § 20 Rn. 9, 61.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dessen Realisierung sie ja bewirken sollen. Sie *können* aber faktisch stets und immer wieder zu Verschiebungen zwischen Gesolltem und Realisiertem führen.

Der Blick ist somit auf die *allgemeine* Notwendigkeit gelenkt, Rechtsverwirklichung 133
als Prozess zu begreifen und *hierfür* Arrangements zu gestalten. Das Neue ist, dass diese Arrangements in Zukunft immer häufiger *hybrid* ausfallen können, indem sie die Schwächen von Menschen bei der Realisierung von Recht um die Stärken der Maschinen ergänzen – und umgekehrt. In aller Regel müssen diese Arrangements bei rechtlichen Laien ihren Ausgangspunkt nehmen; und hier wird der Unterschied der beiden soeben recht schnell abgehandelten theoretischen Positionen dann doch noch wichtig werden. Um diese Arrangements, ihre Konturen und Maßstäbe geht es nun in → § 4.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

"Law assumes that ordinary people are capable of applying norms to their own behavior and it uses this as the pivot of their being governed. Ordinary people are capable of acting like officials."

Jeremy Waldron[1]

§ 4 Die Konturen einer neuen Arbeitsteilung von Mensch und Maschine bei der Realisierung von Recht

1 Menschen realisieren Recht. Sie tun das bislang allein. ‚Allein' darf aber nicht missverstanden werden in dem Sinn, als sei *ein* Mensch für die Realisierung des ihm geltenden Rechts verantwortlich. Das wäre zu einfach gedacht: Die Realisierung des Rechts ist weniger ein Moment, als vielmehr ein zumindest potentiell gestrecktes, normativ und organisatorisch strukturiertes Verfahren unter Einbeziehung einer Vielzahl von verantwortlichen Akteuren: Erstadressaten, Betroffene der Erstanwendung, Beobachter der Erstanwendung (§ 323c StGB![2]), Vollzugs- und Sanktionsbehörden, Aufsichtsbehörden, Gerichte, Berufungs-, Revisions- und Verfassungsgerichte, Ombudsstellen und viele mehr.[3]

2 Daraus folgt: Auf der Suche nach der ‚richtigen' Realisierung des Rechts, die als Vorstufe die ‚richtige' Rechtsfindung hat, preist das Rechtssystem selbstverständlich ein, dass es falsche, unzureichende, widersinnige (Zwischen-)Realisierungen geben kann. Versteht man Rechtsrealisierung in diesem anspruchsvolleren verfahrensmäßigen Sinn, zeigt sich, dass die mitunter mit Verve verneinte[4] Frage, ob Technologie *an sich* – etwa ein Upload-Filter oder die Software eines autonomen Autos – Recht ‚richtig' auslegen und vor allem anwenden kann, zu eng gestellt ist. Natürlich will das Rechtssystem, dass möglichst jeder Realisierungsbeitrag ‚richtig' ist; es setzt diese Richtigkeit aber nicht voraus: Die Vielzahl an Schleifen und Retar-

1 *Waldron*, CLJ 71 (2012), 200 (208).

2 Überlegungen speziell hierzu oben, → § 2 Rn. 211 ff.

3 Vgl. *Marsch/Rademacher*, Die Verwaltung 54 (2021), 1 (23 ff.); zur Rechtsanwendung im „Steuerungsverbund" und seinen diversen „Steuerungsfaktoren" *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht, 2016, S. 97 f., 142 ff.

4 So *Kotsoglou*, JZ 2014, 451, bezogen auf die Möglichkeiten zur Digitalisierung der Rechtsanwendung: „Der [Autor] vermag nicht einzusehen, wie das zentrale Problem der (offenen) Semantik gelöst wird. […] Natürliche Sprachen kann man nicht formalisieren." Das mag richtig sein (Stichwort *Knowledge Acquisition Bottleneck*, s. oben, → § 1 Rn. 43); es ist aber gerade die Stärke maschinell lernender Systeme, dass eine solche Formalisierung nicht mehr erforderlich ist, um brauchbare Ergebnisse zu erzielen (s. oben, → § 1 Rn. 10 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dierungen, die das Rechtssystem im Prozess der Realisierung des Rechts enthält, zeigen das deutlich an. Denn sie erlauben es, einen konkreten Realisierungsversuch eines Erst-, Zweit- oder manchmal auch Drittadressaten mehrfach zu hinterfragen und gegebenenfalls zu korrigieren. Der Maßstab zur Beurteilung recht*mit*realisierender Technologie ist also keine Verpflichtung auf ein ‚von vornherein richtig', sondern die Suche nach einem ‚bei wertender Betrachtungsweise besser'.

Nun kann es hier nicht darum gehen, die einzelnen Anwendungsbeispiele aus → § 2 in einem entsprechenden Detailgrad zu untersuchen. Das muss Einzelstudien vorbehalten bleiben, zumal sich die Ergebnisse der konkreten Untersuchung/Abwägung mit jedem neuen Entwicklungsschritt der Technik – also z. B. Verbesserung des *Debiasing* oder Verringerung von *False Positives* durch Verfeinerung der Technologie – ändern dürften. Alle, die sich zu solchen verdienstvollen Analysen aufmachen, schießen auf sich bewegende Ziele. Im Folgenden sollen demgegenüber einige *Grunddeterminanten* für die Arbeitsteilung von Mensch und Maschine bei der Realisierung von Recht bestimmt werden, die für die konkreten Untersuchungen einzelner Anwendungsfelder auf mittlerer Abstraktionsebene als Analyseraster dienen können. 3

Dafür sollen folgende Fragen beantwortet werden: *Erstens*, als Vorüberlegung: Wer ist eigentlich zuständig für die Rechtsfindung und -realisierung und welche Auswirkungen hat die Antwort auf die Ansprüche, die an die Arrangements der Arbeitsteilung anzulegen sind (dazu sogleich, → I.)? *Zweitens*: Wie sehen die Konturen einer gelingenden Arbeitsteilung zwischen Mensch und Maschine bei der Realisierung von Recht aus (dazu → II.)? Schließlich soll – *drittens* – dargelegt werden, warum Verhaltenskontingenz im Recht unter den beschriebenen Bedingungen und Maßstäben für den Einsatz von rechtserkenntnis- und -durchsetzungsfähiger künstlicher Intelligenz noch weiter (vgl. schon → § 2.VI) eingeschränkt werden dürfte (abschließend, → III.). 4

I. Vorüberlegungen: Wer ist derzeit zuständig für die Rechtsfindung?

Rechtsfindung – und darauf aufbauend: die ‚richtige' Realisierung von Recht – ist nicht nur für künstliche Intelligenz, sondern ist auch für Menschen ein schwieriges Unterfangen. Soll das Zusammenspiel der beiden im Sinn einer neuen Arbeitsteilung konturiert werden, muss daher zunächst als Vorfrage noch etwas weiter konkretisiert werden, welche ‚Art' *Mensch* für die Rechtsfindung *derzeit* zuständig ist: der einfache Bürger, oder die qualifizierte Juristin. Zugespitzt: Sind Recht und Gesetz für die – in der Regel – adressierten Bürger oder für die beratenden, kontrollierenden, und vollziehenden Juristen da? Diese grundlegende Frage ist rechtstheoretisch umstritten. Die – *prima facie* eindeutige – (verfassungs-)dogmatische Antwort wirkt seltsam 5

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

realitätsfremd. Die folgenden Überlegungen zielen vor dem Hintergrund dieses sogleich noch zu entfaltenden Streit- und Meinungsstands darauf ab, die in jüngerer Zeit zu beobachtende (Wieder-)Entdeckung eines hier sogenannten republikanischen Bürgerschafts- und Rechtskonzepts mit den im bisherigen Verlauf dieses Buches beschriebenen Möglichkeiten einer KI-basierten Rechtserkenntnis/-realisierung zu verbinden. Die Grundannahme eines republikanischen Rechtsverständnisses ist es, dass der Bürger im demokratisch konstituierten Staat grundsätzlich *nicht* – wie ein Untertan[5] oder ein idealisierter Konsument[6] – *in innerer Opposition zur Befolgung des Rechts* steht (bzw. er so nicht konzipiert werden darf), sondern dass ihm eine „Selbstbeurteilung"[7] des ihn bindenden Rechts als *eigenes* Recht sowohl zusteht als auch von ihm als originäre (Grund-)Pflicht *verlangt* werden kann und werden muss. Demgegenüber kann das klassische, hier sogenannte professionalistische Gehorsamsmodell des Rechts rechtstheoretisch nicht überzeugen; es zwingt zu unbefriedigenden Fiktionen bzw. hinterlässt eine konzeptionelle Leerstelle (dazu sogleich, → 1.).

6 Auf Basis des überzeugenderen republikanischen Verständnisses von der Zuständigkeit für die Realisierung von Recht gewinnen *Compliance Assistance Technologies* in einem *weiten* Sinn (d. h. unter Einschluss von *Impossibility* und *Justification Structures*) sodann eine eigenständige, bislang weitgehend übersehene originäre Relevanz im Rahmen der zu konzipierenden Mensch-Maschine-Arbeitsteilung: Kurz gesagt *drängt* ein republikanisches Bürgerschafts- und Rechtsverständnis auf deren Nutzung und beschleunigt so deren Verbreitung potentiell *weiter* (→ 2.).

1. Der Diskurs über die Zuständigkeit für die Realisierung des Rechts: zwischen Fiktion, Professionalismus und Republikanismus

7 Grob kategorisiert lassen sich aktuell drei Positionen zur Zuständigkeit für die Konkretisierung und Realisierung von Recht ausmachen: Die erste beruht auf einer

5 Vgl. *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 34.

6 Vgl. für diese Neoliberalismus-kritische Perspektive *Lepenies*, Verbot und Verzicht, 2022, S. 23 f.: „Die extreme Haltung, die Verbot und Verzicht ablehnt, fußt [u. a.] auf der Ablehnung staatlicher Eingriffe in das Privatleben, gespiegelt im Bild des | Staates als Gegner, dessen Aktivitäten im Gegensatz zu denen des idealisierten autonomen Individuums grundsätzlich negativ zu bewerten sind." Ausf. sodann ab S. 74 ff. und nochmals S. 255: „In der neoliberalen Dichotomie stehen die individuellen Bürger dem Staat einzeln gegenüber. Die neoliberale Vorstellung von der Freiheit des Einzelnen macht es den Bürgern schwer, sich auch *als Teil* des Staates zu begreifen. Eigentlich sind sie natürlich in einer Demokratie nicht ‚vom Staat' getrennt. Sie *sind* der Staat." Hervorhebungen im Original. Nicht überzeugend insofern allerdings die Behauptung, dass „[d]er Staat als Gegner" eine Haltung beschreibe, die auf Bereiche *wirtschaftlicher* Freiheiten beschränkt wäre und nicht für „generelle Einschränkungen der Person, […] politische[r] Freiheiten, Bürgerrechte, Rechte der sexuellen Selbstbestimmung" gelte (so ausdr. a. a. O., S. 75). Die heftigen Debatten um staatliche Eingriffe in klassische Fortbewegungsfreiheiten (Ausgangssperre, Tempolimit), Datenschutz und Äußerungsrechte widersprechen der Unterscheidung anhand wirtschaftlich/nicht-wirtschaftlich doch recht deutlich.

7 *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201 (213).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Fiktion (→ a.), die zweite soll hier als *professionalistisch* bezeichnet werden (→ b.), und die dritte Position – der ich selbst zuneige – soll hier als *republikanisch* bezeichnet werden (→ c.).

a. Fiktion (Bundesverfassungsgericht). Versucht man, die Frage nach der Zuständigkeit für die Realisierung von Recht mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu beantworten, scheint die Antwort einfach. Die Rechtsprechung zum rechtsstaatlich begründeten Gebot der Normenklarheit lässt sich dahin verstehen, dass die Zuständigkeit für die Realisierung von Recht jedenfalls im ersten Zugriff bei den jeweiligen Adressaten des konkreten Rechtssatzes liege. Den – wohl immer noch herrschenden – Leitgedanken hat *Roman Herzog*, damals schon in seiner Funktion als Bundespräsident, so auf den Punkt gebracht: 8

> „Jedenfalls gilt bei Gesetzen wie überall im Leben: Was nicht zu verstehen ist, kann weder auf Verständnis hoffen noch auf Befolgung. | Wie soll der Bürger Spielregeln beachten, die zu verstehen selbst der Experte Mühe hat?“[8]

Gleichsinnig, wenn auch ausdifferenzierter und sogar im Quervergleich der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts untereinander sehr ausführlich liest sich das im *Kindesunterhalt*-Beschluss von 2003 so: 9

> „Gesetzliche Regelungen müssen so gefasst sein, dass der Betroffene seine Normunterworfenheit und die Rechtslage so konkret erkennen kann, dass er sein Verhalten danach auszurichten vermag (vgl. [Nachw. zur BVerfG-Rspr.]). Die Anforderungen an die Normenklarheit sind dann erhöht, wenn die Unsicherheit bei der Beurteilung der Gesetzeslage [wie im entschiedenen Fall] die Betätigung von Grundrechten erschwert (vgl. [dito]). Nicht nur bei Eingriffen in die Freiheitssphäre des Einzelnen (vgl. dazu [dito]), sondern auch bei der Gewährung von Leistungen […] müssen die Normen in ihrem Inhalt entsprechend ihrer Zwecksetzung für die Betroffenen klar und nachvollziehbar sowie in ihrer Ausgestaltung widerspruchsfrei sein. Soweit die praktische Bedeutung einer Regelung für den Normunterworfenen nicht nur von der Geltung und Anwendung einer Einzelnorm abhängt, sondern vom Zusammenspiel von Normen unterschiedlicher Regelungsbereiche, hier des Kindergeld-, Unterhalts-, Steuer- und Sozialhilferechts, müssen die Klarheit des Norminhalts und die Voraussehbarkeit der Ergebnisse der Normanwendung gerade auch im Hinblick auf dieses Zusammenwirken gesichert sein.“[9]

Deshalb sei „allgemein anerkannt, dass sich die Bewertung der Klarheit einer Norm und ihrer Wirkungen am Verständnis der Adressaten orientieren muss.“[10] Die häufige Notwendigkeit, die Rechtslage durch juristische Auslegung erst mehr oder weniger mühsam zu ermitteln, scheint nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts mit dem Gebot der Normenklarheit nicht grundsätzlich in Konflikt zu stehen.[11] 10

8 *R. Herzog*, NJW 1999, 25 (26 f.).
9 BVerfG, Beschl. v. 9.4.2003, Az. 1 BvL 1/01, 1 BvR 1749/01 = BVerfGE 108, 52 (75) – Kindesunterhalt.
10 *Towfigh*, Der Staat 48 (2009), 29 (42).
11 St. Rspr., s. etwa BVerfG, Beschl. v. 22.6.1977, Az. 1 BvR 799/76 = BVerfGE 45, 400 (420) – Oberstufenreform: „Die Notwendigkeit der Auslegung einer gesetzlichen Vorschrift nimmt ihr jedoch noch nicht die Bestimmtheit, die das Rechtsstaatsprinzip von einem Gesetz fordert“. Allerdings ist zu beachten, dass das

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

11 Auf die genauen Ausformungen im Detail und insbesondere die diversen Relativierungen, die diese grundsätzlich hoch anspruchsvolle Linie in zahlreichen Entscheidungen des Gerichts erfahren hat, kommt es hier aber letztlich nicht an; entscheidend ist für uns, dass, wie *Emanuel Towfigh* in einer längeren Untersuchung von 2009 gezeigt hat,

> „[d]as Recht […] seinen Maßstab nicht ernst [nimmt]. Das geltende positive Recht ist an vielen Stellen dermaßen komplex, dass es für den Adressaten unverständlich ist.[12]“

12 Eine Bestätigung dieser Einschätzung lieferte uns schon Generalanwalt *Saugmandsgaard Øe* in seinen oben[13] ausführlich geschilderten Schlussanträgen zur Rechtssache C-401/19 (Nichtigkeitsklage Polens gegen Art. 17 DSM-Richtlinie). Zur Erinnerung: Der Generalanwalt ging davon aus, dass es dem gewöhnlichen Nutzer eines Hostingdienstes grundsätzlich unzumutbar sei, ein *Overblocking* seines Upload-Versuchs als solches zu erkennen und dann dadurch zu verhindern (bzw. besser: zu beseitigen), dass er unter Berufung auf sein Recht zum Upload *ex post* Beschwerde bei dem Anbieter einlege. Denn:

> „Wären diese Nutzer gezwungen, ihre Rechte systematisch im Beschwerdeverfahren geltend zu machen, würde sehr wahrscheinlich ein Großteil von ihnen davon absehen, *weil sie insbesondere nicht über genügend Know-how verfügen, um beurteilen zu können, ob ihre Nutzung dieser Objekte zulässig ist* und ob eine solche Beschwerde daher begründet wäre.“[14]

13 Legt man den zuvor zitierten Maßstab des Bundesverfassungsgerichts aus der *Kindesunterhalt*-Entscheidung dazu, was der Grundsatz der Normenklarheit leisten soll, an diese Einschätzung des Generalanwalts an, dann ist damit ein vernichtendes Urteil über den Zustand des Urheberrechts gefällt. Denn im Grunde sagt *Saugmandsgaard Øe* an der zitierten Stelle, dass das immerhin strafbewehrte Urheberrecht (§§ 106 ff. UrhG) von seinen Erstadressaten nicht mehr verstanden werden könne, von ihnen daher auch nicht erwartet werden könne, dass sie ihr „Verhalten danach [ausrichten würden]“. Tatbestands- und (unvermeidbare?) Verbotsirrtümer wären demnach Regel statt Ausnahme.

14 Die verfassungsgerichtlich postulierte Zuständigkeitsverteilung, die im Gebot der Normenklarheit so vermeintlich scharf und klar zum Ausdruck kommt, erscheint damit bei genauerem Hinsehen als seltsam realitätsfern – es sei denn, man konzipiert die Gesetzeskenntnis des Adressaten von vornherein als *Fiktion*. Dafür plädiert *Towfigh*:

BVerfG in dieser frühen Entscheidung Normenklarheit und Normenbestimmtheit noch vermischt hat. Zu den jüngeren Bemühungen um eine klare Differenzierung s. sogleich, → § 4 Rn. 21.

12 *Towfigh*, Der Staat 48 (2009), 29 (59).

13 Oben, → § 2 Rn. 337 ff.

14 GA *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge v. 15.7.2021, Rs. C-401/19 (Polen/Parlament und Rat), Rn. 187. Hervorhebung hier.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„[…] Freilich, er [der Adressat einer spezifischen Norm] hätte vom neuen Gesetz *wissen können*. An diese theoretische Möglichkeit knüpft das Recht im Allgemeinen an, wenn es den Adressaten für die Nichtbefolgung einer sich an ihn richtenden Norm haften lassen will: Die Gesetzeskenntnis der Bürger ist insofern eine für das Funktionieren des Rechts elementare Fiktion, die Unkenntnis des Gesetzes wird ihm zugerechnet."[15]

In Teilbereichen der Rechtsordnung ist die Fiktion widerleglich – siehe insbesondere die Regelung des Verbotsirrtums in § 17 StGB –, aber bekanntlich nur unter engen Voraussetzungen.[16] Nochmals *Towfigh*: 15

„Im Strafrecht zeigt die bloße Existenz des Verbotsirrtums, dass die Gesetzeskenntnis nicht mehr als eine Fiktion bzw. eine Verhaltensanforderung ist: Es wird gefragt, was der Täter *hätte wissen müssen*. Damit knüpft selbst das Strafrecht nicht an die Gesetzeskenntnis, sondern an Kenntnispflichten an (deren Kenntnis wiederum fingiert wird); andernfalls würden sich wohl nur Juristen strafbar machen können."[17]

Grundsätzlich *gilt* mit anderen Worten, dass der Adressat eines Gesetzes oder sonstigen Rechtsaktes das ihm daraus geltende Recht kennen *muss*. Es wird dabei *unterstellt*, dass er es (intellektuell) auch kennen *kann*. Angesichts der Komplexität des modernen Rechts erscheint diese Unterstellung auf den ersten Blick als eine krasse Überforderung; die Einschätzung des Generalanwalts zum geltenden Urheberrecht sei nochmals in Erinnerung gerufen. 16

Scheint man damit in der Aporie angelangt, dann finden sich im rechtstheoretischen Schrifttum nunmehr, grob gerechnet, zwei unterschiedliche Konzeptionen, wie die Aporie aufgelöst werden kann. Die beiden ‚Lager' wurden oben bereits kurz beschrieben,[18] insbesondere *Andreas Funke* hat sie in einem Beitrag zum Tagungsband *Warum befolgen wir Recht?* schön gegenübergestellt;[19] darauf kann ich hier aufbauen: 17

15 *Towfigh*, Der Staat 48 (2009), 29 (49 f.).

16 s. statt vieler *Joecks/Kulhanek*, in: Erb/Schäfer (Hg.), MüKo StGB, [4]2020, § 17 Rn. 46 ff.; s. aber auch a. a. O., Rn. 46a: „Demgegenüber geht das Schrifttum in großen Teilen davon aus, dass die Rechtsprechung bei der Prüfung der Vermeidbarkeit zu hohe Anforderungen [an den Täter] stellt."

17 *Towfigh*, Der Staat 48 (2009), 29 (60). Hervorhebung im Original. Ganz so schlimm wären die Folgen für die Steuerungskraft des Rechts aber doch wohl nicht, da ab einem gewissen Umfang der Wiederholung einer bestimmten strafbaren Handlung *vorbehaltlich anschließender privater oder behördlicher Aufklärung über den Rechtsverstoß* irgendwann dann wirklich kein Irrtum mehr angenommen werden dürfte.

18 s. oben, → § 3 Rn. 6.

19 *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

18 *b. Professionalismus.* Verbreitet[20] und gerade auch im Zusammenhang mit KI-basierten Rechtserkenntnistechnologien wieder aufgegriffen[21] ist die These, dass die Gesetze nicht wirklich für ihre Adressaten (Bürger, Unternehmerinnen etc.) gemacht seien, sondern für Juristen[22] bzw. – etwas weiter definiert – für rechtskundige „Intermediäre".[23] Hierzu werden Rechtsanwältinnen gezählt, Richter, Bedienstete von Behörden, Mitarbeiterinnen in Rechtsabteilungen von großen Unternehmen etc. Ihnen komme die Aufgabe zu, die *Gesetze* in eine davon zu unterscheidende[24] *Rechts*kenntnis der eigentlichen Gesetzesadressaten zu übersetzen. Diese Position lässt sich damit als eine professionalistische bezeichnen; wollte man zuspitzen, ließe sie sich auch paternalistisch oder expertistisch nennen. Den Vertretern dieser Richtung

> „geht es also nicht in erster Linie um eine Nachvollziehbarkeit der gesetzlichen Regelung für den Normadressaten, damit dieser daraus das Recht entfalten und es befolgen kann, sondern um eine Verständlichkeit des Gesetzes für all jene, die es vollziehen und den Vollzug kontrollieren (das sind neben den Gerichten auch Rechtsanwälte […]) – und denen mit dem Vollzug auch die Vermittlung des aus dem Gesetz gewonnen [sic] Rechts obliegt. Wenn auch das *Recht* den Menschen zu dienen bestimmt ist: *Gesetze* sind für Juristen gemacht."[25]

19 Nimmt man eine rechtsrealistische Perspektive ein, dann erscheint das auf den ersten Blick als überzeugende Rekonstruktion der Realisierungszuständigkeit für Recht; denn *Emanuel Towfigh* hat ja recht, dass nur dann,

> „wenn man die Vermittlungsleistung der Intermediäre berücksichtigt[,] die bei Beziehung auf den gemeinen Normadressaten inkonsistente Großzügigkeit der Rechtsprechung – die es genügen lassen will, wenn das Verständnis eines Gesetzes ‚mit herkömmlichen juristischen Methoden bewältigt werden' kann oder wenn eine Norm ausnahmsweise sogar lediglich ‚dem

20 Ausf. begründet von *Towfigh*, Der Staat 48 (2009), 29 ff.; mit Nachdruck *Kotsoglou*, JZ 2014, 1100 ff., auch *Bernzen/Kehrberger*, RW 10 (2019), 374 (396), beide spez. zu Rechtserkenntnistechnologien. Umfangreiche Nachw. zur hier sog. professionalistischen Position finden sich bei *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201 (204 ff.). s. außerdem aktuell die Nachw. bei *Lemken*, AöR 150 (2025), 330 ff. Aus dem anglo-amerikanischen Schrifttum vgl. ähnl. die Theorie von *Joseph Raz*, s. bspw. *ders.*, Southern California Law Rev. 62 (1989), 1153 (1169 ff.), wonach „rechtliche Verhaltenskontrolle" exklusiv „über die zwei Ebenen der autoritativen Rechtsetzung und der autoritativen Rechtsanwendung verläuft" (für das Zitat und weitere Auswertung der *Raz*'schen Theorie s. *Kuch*, JZ 2017, 719 [724]); für diese Verortung von *Raz* ungeachtet vereinzelt abw. interpretierbarer Aussagen auch *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201 (218). Krit. diagnostiziert wird die hier sog. professionalistische Position auch schon von *Häberle*, in: ders. (Hg.), Verfassung als öffentlicher Prozeß, ^{3}1998, S. 155 (156): „Verfassungsinterpretation ist bewußtseinsmäßig, weniger realiter, bislang viel zu sehr Sache einer ‚geschlossenen Gesellschaft': der ‚zunftmäßigen' juristischen Verfassungsinterpreten und der am Verfassungsprozeß formell Beteiligten." Dazu, warum *Häberle* trotz eines vergleichbar krit. Ausgangspunktes nur *prima facie* zu gleichen Ergebnissen wie die hier vertretene republikanische Position gelangt, unten, in → § 4 Fn. 52.

21 s. *Bernzen/Kehrberger*, RW 10 (2019), 374 (396); *Kotsoglou*, JZ 2014, 1100 ff.

22 So der Titel des Beitrags von *Towfigh*, Der Staat 48 (2009), 29.

23 Ibid., S. 43, dort Fn. 76 für eine Def. des Begriffsvorschlags.

24 Ibid., S. 46: „Der gemeine Normadressat hat für gewöhnlich zwar eine diffuse Kenntnis des *Rechts*, nicht aber eine konkrete des *Gesetzes*." Hervorhebungen im Original.

25 Ibid., S. 66. Hervorhebungen im Original.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> Fachmann unter Aufbietung aller juristischen Interpretationsmöglichkeiten irgendwie verständlich' ist – ein[leuchtet]."[26]

Folglich verspreche 20

> „die auf Juristen bezogene Sicht [also die hier sogenannte professionalistische Perspektive] eine größere Realitätsnähe, da keine lebensfremde Gesetzeskenntnis und kein fernliegendes Rechtsverständnis der Normadressaten fingiert, sondern dort angesetzt wird, wo das Gesetz in aller Regel bekannt sein und verstanden werden muss, oder wo es zumindest zuverlässig ermittelt werden kann: bei den Juristen als Anwendern, aber eben auch als Intermediären des Rechts. / Auch erscheint die angesichts der Adressatenzentrierung vergleichsweise geringe Zahl der mangels Klarheit für verfassungswidrig | erklärten Gesetze [nur dann als] verständlich, wenn juristisch ausgebildete Experten maßgeblich sind."[27]

Man muss zu dieser Rekonstruktion von vornherein kritisch anmerken, dass damit 21
das Gebot der Normenbestimmtheit das Gebot der Normenklarheit weitgehend ‚verschlucken' würde. Dabei ist zumindest der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts – im Gegensatz allerdings zum Zweiten Senat – sogar eher bemüht, den Eigengehalt beider Gebote zu betonen:[28] Bei dem Gebot der Normenklarheit soll gerade „die inhaltliche Verständlichkeit der Regelung im Vordergrund [stehen], insbesondere damit Bürgerinnen und Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen können".[29] Die Normenbestimmtheit hingegen richtet sich nach dieser Lesart vor allem an die juristische Profession, denn

> „[b]ei der Bestimmtheit geht es vornehmlich darum, dass Regierung und Verwaltung im Gesetz steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden und dass die Gerichte eine wirksame Rechtskontrolle vornehmen können."[30]

Aber auch ungeachtet dieses dogmatisch-systematischen Einwands kann die pro- 22
fessionalistische Zuständigkeitsverteilung schon theoretisch nicht überzeugen. Es entsteht in ihr nämlich eine konzeptionelle Leerstelle, die *Andreas Funke* sorgfältig

26 Vgl. auch insoweit ibid., S. 68.
27 Ibid., S. 69/70 f.
28 s. bes. BVerfG, Beschl. v. 10.11.2020, Az. 1 BvR 3214/15 = BVerfGE 156, 11 – Antiterrordateigesetz II, Rn. 86-88.
29 Ibid., Rn. 87.
30 BVerfG, Beschl. v. 10.11.2020, Az. 1 BvR 3214/15 = BVerfGE 156, 11 – Antiterrordateigesetz II, Rn. 86. Notabene: Der Zweite Senat will der Abgrenzung in seiner Wahlrechtsentscheidung von 2023 nicht folgen. Für ihn gibt es keinen Unterschied zwischen Bestimmtheit und Klarheit, s. BVerfG, Urt. v. 29.11.2023, Az. 2 BvF 1/21 – Bundeswahlgesetz 2020, Rn. 81; ebd. auch der m. E. reichlich konstruierte Versuch einer Erläuterung, warum die Entscheidung des Zweiten Senats nicht im Widerspruch zu der des Ersten Senats (s. soeben) stehe. Überzeugend demgegenüber das Sondervotum *König*, *Müller* und *Maidowski*; hierzu auch *Rath*, taz v. 18.4.2023 (Onlinequelle), der den Richter *Müller* mit den Worten zitiert: „Aber wo ist die [demokratisch geforderte] Selbstbestimmung [des Wahlbürgers], wenn ich mir das Wahlrecht erst von einem Anwalt erklären lassen muss?" Für eine ausf. Analyse und Gegenüberstellung der Positionen der beiden Senate s. *Lemken*, AöR 150 (2025), 330 ff., bes 336 ff. Wirklich relevant ist die Entscheidung des Zweiten Senats *für uns* aber nicht, weil sich das Wahlrecht *direkt* ja tatsächlich, wie der Zweite Senat in Rn. 81 betont, an die „Wahlorgane" richtet, nicht aber an die Wähler. Mir geht es vorliegend ja gerade um Recht, das Bürger als Erstadressaten hat.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

beschrieben hat:[31] Wenn es stimmt, dass das positive Recht eine Steuerungsfunktion hat, bzw. weil doch *jedenfalls* der Gesetzgeber eine Steuerungs*intention* besitzt, dann kommt es für die Konstruktion der Zuständigkeitsverteilung eben doch auf die Adressaten an, denn *bei diesen* soll sich die Steuerungswirkung ja letztlich ergeben.

23 Das Problem der professionalistischen Konstruktion ist: „Der Adressat verschwindet hier".[32] Denn der Adressat ist in zahllosen Fällen eben *nicht* ein *professioneller* Rechtsanwender, dem allein von den Professionalisten die aufwendige Gesetzesinterpretation zugetraut wird, sondern er ist ‚einfacher' Bürger. Zwar schafft die Rechtsordnung in manchen besonders komplexen Regelungsbereichen Arrangements, die die Rechtsadressaten quasi in Kontakt zu den rechtskundigen Intermediären ‚zwingen' (z. B. im Baurecht, aber auch nur noch *insoweit*, als noch Genehmigungspflicht besteht). Aber in zahlreichen alltäglich relevanten Rechtsanwendungskonstellationen wie etwa dem Strafrecht (!), dem Urheberrecht, dem Steuerrecht, dem Straßenverkehrsrecht, und dem Datenschutzrecht ist es schon längst nicht mehr der Regelfall, dass dem Bürger erst der behördlich beglaubigte Verwaltungsakt sagt, was ihm im konkreten Einzelfall Recht sein soll (frei nach *Otto Mayer*).

24 Deshalb erschien auch die Aufregung[33] um den sogenannten *Self-executing*-Charakter der infektionsschutzrechtlichen Gesetzgebung in der Corona-Pandemie hoch befremdlich: Gesetze, die *self-executing* in dem Sinn sind, dass ihre ‚bürgerlichen' Adressaten ihr Verhalten selbst und eigenverantwortlich unter die dort geregelten Ge- und Verbote subsumieren (können) müssen, sind und waren schon ‚vor Corona' Legion. *Jeremy Waldron* hat es auf den Punkt gebracht:

> "Law assumes that ordinary people are capable of applying norms to their own behavior and it uses this as the pivot of their being governed. Ordinary people are capable of acting like officials."[34]

25 Und selbst dann, wenn Bürger in Verfahrenszüge einbezogen sind, an deren Ende ein Verwaltungsakt als hoheitlich-autoritative Rechtserkenntnis bzw. -aussage steht, ist der Bürger doch nicht völlig von rechtlichen Anwendungsoperationen befreit. Das zeigt § 26 Abs. 2 S. 1 und 2 VwVfG an, wonach

31 *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201 (205).

32 Ibid.

33 Vgl. *Lepsius*, LTO v. 3.12.2021 (Onlinequelle): „Das wohl folgenschwerste Ergebnis ist, dass das BVerfG das selbstvollziehende Gesetz als eine Handlungsoption in den Formenkasten des Rechtsstaats aufgenommen hat. […] Eine Feinsteuerung durch die Verwaltung mit ihrer freiheitssichernden Abwägungsleistung in Gestalt der Einzelfallkonkretisierung ist offenbar verzichtbar." Diese bemerkenswerten Ausführungen beziehen sich auf BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021, Az. 1 BvR 781/21 – Bundesnotbremse I, Rn. 139 ff. Das Gericht prüft die Ausgangsbeschränkungen und weiteren Regelungen, die unmittelbar durch das IFG angeordnet wurden, anhand des Gewaltenteilungsgrundsatzes. Dass Bürger überhaupt Adressaten von selbstvollziehenden Gesetzen sind/sein dürfen, wird nicht in Abrede gestellt. Von einem neuen Instrument im „Formenkasten des Rechtsstaats" kann absolut keine Rede sein.

34 *Waldron*, CLJ 71 (2012), 200 (208).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„[d]ie Beteiligten [eines Verwaltungsverfahrens] bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken [sollen]. [2]Sie sollen insbesondere ihnen bekannte Tatsachen und Beweismittel angeben."

Nach der digitalpolitisch motivierten Einführung des § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG von 2017 ist diese „Mitwirkungslast"[35] nun auch ausdrücklich mit dem Einsatz und vor allem mit dem Leistungsvermögen digitaler Rechtserkenntnis- bzw. Rechtserzeugungstechnologien verknüpft: 26

„Setzt die Behörde automatische Einrichtungen zum Erlass von Verwaltungsakten ein, muss sie für den Einzelfall bedeutsame tatsächliche *Angaben des Beteiligten* berücksichtigen, die im automatischen Verfahren nicht ermittelt würden." Hervorhebung hier.

Die Norm fixiert eine „besondere Verantwortung der Beteiligten […], die Behörde durch ihren Sachvortrag auf Besonderheiten des Einzelfalles hinzuweisen."[36] Das zeigt, dass der Gesetzgeber dem Bürger sehr wohl zutraut (und zugleich zumutet) rechtlich relevante von rechtlich nicht relevanten Angaben zu unterscheiden, d. h. eine zumindest rudimentäre Konkretisierungsleistung von Recht vorzunehmen. Denn die Mitwirkungslast betrifft natürlich nur *rechtlich erhebliche* Besonderheiten des Einzelfalls.[37] Im Steuerrecht sind die Mitwirkungslasten sogar zu strafbewehrten Mitwirkungs*pflichten* verdichtet. 27

D. h., dass also auch in den Bereichen, in denen Bürger in Verfahrenszüge einbezogen sind, in denen autoritativ festgestellt werden soll, welches Recht ihnen konkret gilt, dass also Bürger auch in diesen Bereichen nicht davor bewahrt sind, rechtliche Konkretisierungsleistungen zu erbringen. *Waldrons* Bild von den "ordinary people […] acting like officials"[38] erscheint hier zwar blasser als im Feld des *Self-executing*-Rechts, aber eine im Schrifttum ausgemachte „absolute Grenze der Verlagerung [der Konkretisierung] von Rechtsbegriffen" auf den Bürger[39] gibt das geltende Recht schlicht nicht her. 28

Damit zurück zur Leerstelle in der professionalistischen Konzeption: Wie nun wollen deren Vertreter die besagte Leerstelle zwischen Steuerungsziel (= Verhalten der Adressaten) und Zuständigkeit für die Verwirklichung des Rechts (= professionelle Rechtskundige) schließen? Eben dadurch, dass sie auf die zuständigen Rechtskundigen, die „Intermediäre" und deren „Vermittlungsleistung" verweisen. Aus der Steuerungsperspektive ist damit – auf der Wirkungsebene des Rechts – eine mittelbare Steuerung beschrieben: keine direkte Steuerung der formellen Adressaten der Gesetze und des sonstigen Rechts (= in der Regel Bürger, Unternehmerinnen etc.), 29

35 Dazu, und auch zur Abgrenzung zu isoliert durchsetzbaren oder sanktionsbewehrten Mitwirkungs*pflichten*, *J.-P. Schneider*, in: Schoch/Schneider (Hg.), VwVfG, Grundwerk Juli 2020, § 24 Rn. 20 ff.
36 Ibid., Rn. 134.
37 Ibid.
38 *Waldron*, CLJ 71 (2012), 200 (208).
39 *Herold*, Demokratische Legitimation, 2020, S. 282, auch S. 216, 253, 282.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sondern deren indirekte Steuerung durch die materiellen Adressaten des Rechts (= professionelle Rechtsanwender als „Intermediäre").[40]

30 Aber damit ist die Lücke noch nicht (ganz) geschlossen: Denn die Vermittlungsleistung muss auch irgendwie zum Empfänger gelangen; und – ganz salopp formuliert – einen Rechtsanwalt haben die wenigsten zu Hause greifbar, vielmehr kostet seine Einschaltung Geld, setzt eine nicht unerhebliche soziale Kompetenz voraus, und erfordert zumindest eine *prima-facie*- oder Initial-Subsumtion dergestalt, dass *überhaupt* rechtlicher Rat notwendig sein *könnte*.[41] Gleiches gilt für die verbreitete Ratgeberliteratur und – in einem gewerblichen Kontext – für die sicherlich umfangreichen Schulungs- und Beratungsangebote der Kammern und Berufsverbände. Auch die Verwaltung füllt die Lücke nicht uneingeschränkt, denn sie ist nicht (mehr) stets berufen, das rechtmäßige Verhalten durch konkreten, adressatengerecht formulierten Verwaltungsakt vorzuzeichnen. Schließlich kann zwar den als „neuzeitliche[n] Ausrufer[n] gehandelten Massenmedien" (Journalisten) auch eine gewisse Vermittlungsleistung zugeschrieben werden, derer sie gerade mit Blick auf das Infektionsschutzrecht in der Corona-Pandemie auch durchaus nachgekommen sind. Doch dürfte diese Vermittlungsleistung „angesichts von Dichte und Interdependenzen gesetzlicher Normen"[42] nur in seltenen Fällen besonders konkret und akkurat ausfallen. Zudem nimmt die Reichweite der klassischen Massenmedien gerade unter der jüngeren Bevölkerung bekanntlich ab. Der von Ge- und Verboten adressierte Bürger ist daher im Konfliktfall unter Umständen doch auf den Vortrag zurückgeworfen, sein Unwissen sei im konkreten Fall entschuldbar und schütze ihn gegebenenfalls eben doch – entgegen der landläufigen Auffassung – vor Strafe.[43]

31 Es macht also doch einen Unterschied, ob man mit den Professionalisten meint, dass „man auch gleich auf [die] Kenntnisse [der Intermediäre vom Recht] abstellen"

40 Vgl. *Towfigh*, Der Staat 48 (2009), 29 (51), demzufolge „das Recht – ganz zu schweigen vom eigentlichen Gesetzestext – nur in den seltensten Fällen unmittelbare Auswirkungen auf das Verhalten der Bürger hat. Dass unsere stark durch das Recht vorgeprägte oder gar konstruierte Welt den Anschein hat, nach den Regeln des Rechts zu funktionieren, kann nicht damit begründet werden, dass die Adressaten die Gesetze kennen." Vgl. auch nochmals a. a. O., S. 53: „Gleichzeitig setzen sich die Wirkungen des Rechts auch bei den eigentlichen Normadressaten fort."

41 Die beiden letzten Aspekte übersieht m. E. *Towfigh*, Der Staat 48 (2009), 29 (71), wenn er vornehmlich auf die Kosten von Rechtsrat abstellt und als Lösung „Beratungs- und Prozesskostenhilfe" ins Spiel bringt. Auch „Ansprüche auf behördliche Auskünfte", wie sie vereinzelt geschaffen wurden (z. B. im Sozial- oder Steuerrecht), setzen zumindest eine Initialsubsumtion auf Seiten des Normadressaten und m. E. nochmals gesteigerte soziale Kompetenz voraus. Vgl. i. d. S. auch ebd., S. 73: „Letztlich hebt man mit der hier vorgetragenen [professionalistischen] Auffassung nur eine ohnehin im Recht unausgesprochene normative Anforderung an den Normadressaten hervor: Wenn er das Recht nicht versteht, muss er es sich erklären lassen. Zugespitzt: Nicht das Recht muss sich bemühen, simpel daherzukommen, sondern der Adressat, es zu verstehen."

42 *Towfigh*, Der Staat 48 (2009), 29 (47).

43 s. zu den „materiell-rechtlichen" Lösungen zur Füllung der theoretischen Leerstelle (Vertrauensschutz, Bestimmtheitsgebot, Rückwirkungsverbot) knapp *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201 (206).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kann,[44] oder ob man anerkennt, dass diese Intermediäre erst *von irgendjemandem ins Spiel* gebracht werden müssen; und dass dieser Jemand in aller Regel, jedenfalls sehr häufig, ein juristischer Laie als der eigentliche Adressat einer Norm ist, der dafür eine initiale Erstkonkretisierung des Rechts vornehmen (können) muss.

c. Republikanismus. Der professionalistischen Position gegenüber steht eine Auffassung bzw. genauer: eine Reihe von Auffassungen über die Zuständigkeit zur Konkretisierung und Realisierung des Rechts, die sich im Detail unterscheiden, die aber doch hinreichende Gemeinsamkeiten aufweisen, um sie hier unter einem gemeinsamen Begriff als *republikanisch* zusammenfassen zu können.[45] 32

aa. Das gemeinsame Anliegen der hier sog. republikanischen Auffassungen. ist es, den Bürger als Rechtsadressaten aus seiner Rolle als Rechtsunterworfener, als Gehorsam[46] schuldender „Untertan",[47] herauszulösen, und ihm stattdessen – einfach formuliert – ein Mitwirkungsrecht auch bei der *Anwendung* von Normen einzuräumen. Demokratietheoretisch läuft das darauf hinaus, dass für die Anerkennung einer Adressatenstellung des Bürgers im Recht *als demokratisch legitim* nicht mehr nur seine Mitwirkung beim Akt der Norm*begründung* für erforderlich gehalten wird, sondern zusätzlich auch bei der Norm*anwendung*.[48] Wenn und weil sich diese Rolle aber nicht allein in einer Mitwirkungs*erlaubnis* erschöpft, sondern dem Bürger – eben als *Bürger* eines Gemeinwesens – auch eine Mitwirkungs*verantwortung* und damit -last auferlegt wird, wird aus der demokratischen zusätzlich eine *republikanische* Auffassung von der Zuständigkeit für das Recht.[49] Wie gesagt hat *Andreas Funke* diese Position im Anschluss an *Ronald Dworkin* besonders schön herausgearbeitet: 33

44 *Towfigh*, Der Staat 48 (2009), 29 (59).

45 Zu gegenwärtigen Theorien des Republikanismus aus politikwissenschaftlicher Sicht s. die Beiträge in *Thorsten Thiel/Volk*, Die Aktualität des Republikanismus, 2016.

46 Vgl. *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201 (202): „Gehorsamsmodell des Rechts" als dominante Konzeption der Zuständigkeit für die Konkretisierung und Realisierung von Recht.

47 Vgl. *Duff*, Punishment, Communication, and Community, 2001, S. 56 ff., 80 ff., zitiert nach *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 34; s. aber auch *Schlumbohm*, Geschichte und Gesellschaft 23 (1997), 647 (662), zum Recht der frühneuzeitlichen Staaten: „Um ein Gesetz in die Praxis zu überführen, war die Mitwirkung der Untertanen unentbehrlich. […] Schon dieser Gesichtspunkt führt dazu, daß die Untertanen des frühneuzeitlichen Staates nicht in der passiven Rolle der Adressaten und Rezipienten erlassener Gesetze blieben."

48 So *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201 (217). Bei der Ausübung von subjektiven Rechten ist das bes. deutlich, aber eben nicht darauf beschränkt, vgl. a. a. O., S. 207 f. *Insoweit* ähnl. auch schon *Häberle*, in: ders. (Hg.), Verfassung als öffentlicher Prozeß, ^{3}1998, S. 155 (169 ff.); s. aber zu Unterschieden zur hier sog. republikanischen Position die Nachw. sogleich, in → § 4 Fn. 52.

49 *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 43 ff., aufbauend auf *Skinner*, Visionen des Politischen, 2009, S. 147 ff., bes. 167 ff., sowie *Duff*, Punishment, Communication, and Community, 2001, S. 56 ff., 80 ff.; vgl. auch *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, 2015, S. 57; ähnl. *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201 (217 f.), der allerdings den Begriff Republikanismus selbst nicht verwendet.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „Hilfreich ist dabei die Figur der ‚protestantischen Einstellung' zum Recht, die Ronald Dworkin als Element seiner Konzeption eines Rechts als Integrität entwickelt hat. Diese Konzeption stellt maßgeblich darauf ab, dass bei der Rechtsanwendung diejenigen Werte, die das Recht rechtfertigen, erneut interpretativ mobilisiert werden müssen. Aber eben nicht nur bei der [professionellen] Rechtsanwendung:[50] Denn die entsprechenden Prozesse, die damit verbundene Infragestellung wie auch Rechtfertigung des Rechts, obliegen auch dem gewöhnlichen Bürger. Als Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft eint die Bürger, so Dworkin, Treue zu dem Gefüge von Prinzipien, das in das gesetzte Recht eingelassen ist und *dessen Identifikation wie auch Interpretation eine Angelegenheit jedes einzelnen Mitglieds* ist. Das Mitglied nimmt eine protestantische Einstellung zum Recht ein: eine Einstellung, die jeden Bürger dafür verantwortlich macht, sich ein Urteil darüber zu bilden, welche Bindungen sich seine Gemeinschaft auferlegt hat und was diese Bindungen unter neuen Umständen erfordern. Rechtsbefolgung ist dann nicht die Übereinstimmung einzelner Handlungen mit einzelnen Normen, sondern die Erfüllung einer komplexen rechtlichen Verpflichtung."[51]

34 Es ist allein die von *Funke* vorgeschlagene Begrifflichkeit – Protestantismus –, die nicht ganz überzeugt. Sie trägt jedenfalls im deutschen Sprachgebrauch eine religiöse Konnotation, um die es weder *Funke* noch *Dworkin* geht bzw. gegangen sein dürfte. Gemeint ist eine normativ begründete[52] kritische Haltung, die es dem Bürger erlaubt wie auch abverlangt, im Moment der fälligen Rechtsanwendung oder – wie *Funke* sagen würde – Rechts*befolgung* danach zu fragen, ob die für den Rechtsbefehl generell bestehende Legitimation auch noch im konkreten Fall („unter neuen Umständen") besteht. Damit, so *Funke*, „treten die Konturen eines Rechtfertigungsmodells des Rechts hervor, das den argumentativen Charakter in den Mittelpunkt stellt."[53] Wichtig ist, um Missverständnissen der Konzeption vorzubeugen, noch folgender Nachsatz:

---

50 *Funke* reserviert den Begriff der Rechtsanwendung für die Anwendung von Normen durch Gerichte oder andere staatliche Amtsträger, vgl. *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201 (204).

51 Ibid., S. 217.

52 Hier liegt der wohl zentrale Unterschied zu *Häberles* Konzept der „offenen Gemeinschaft der Verfassungsinterpreten", an das *Dworkins* und *Funkes* Überlegungen v. a. wegen folgender Passage bei *Häberle* zunächst stark erinnern: „Wer die Norm ‚lebt', interpretiert sie auch (mit)." s. *Häberle*, in: ders. (Hg.), Verfassung als öffentlicher Prozeß, ^{3}1998, S. 155 (156); s. zudem S. 170 a. a. O. *Funke* selbst gleicht *Häberles* Konzeption mit seiner ab (*Funke*, in: Hilbert/Rauber [Hg.], Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201 [214 f.]), und er zeigt, warum *Häberles* Position als rein auf die Grundrechte bezogene und v. a. als rein soziologische (statt normative) Aussage von der von *Funke* und ihm folgend auch von der hier vertretenen Auffassung zu unterscheiden ist: „Die Vorstellung der ‚offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten' könnte mit ihren republikanisch-demokratischen Anleihen zwar als eine *normative Theorie* verstanden werden. Bei genauerer Betrachtung liegt der Schwerpunkt dabei aber darauf, die republikanische Demokratie *als Realität* zu beschreiben." Hervorhebungen hier. Tatsächlich erschließt sich der Unterschied bei genauem Lesen von *Häberles* Text: „Die Untersuchung, wer […] *realiter* an Verfassungsauslegung beteiligt ist, ist (verfassungs-)*soziologischer* Ausdruck und Konsequenz des Begriffs ‚republikanische', offene Auslegung, die als Ziel aller Verfassungsinterpretation anzusehen ist. […] Die Frage nach den | an Verfassungsinterpretation Beteiligten in zunächst in einem rein soziologischen, erfahrungswissenschaftlichen Sinne zu stellen." s. *Häberle*, a. a. O., S. 159 f. Nichtsdestotrotz zieht *Häberle* auch selbst verfassungsdogmatische Konsequenzen aus seiner Position, insb. für die Prüfungsmaßstäbe des BVerfG, dazu a. a. O., S. 172 ff.

53 *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201 (223).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „Keineswegs führt von einem Rechtfertigungsmodell der Weg direkt zum zivilen Ungehorsam, der im Falle abweichender privater Interpretationen den Autoritäten des Rechts gegenüber praktiziert werden dürfte. Ebenso wenig fällt jede rechtliche Selbstbeurteilung als solche unvermittelt in den Schutzbereich des Grundrechts der Gewissensfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG."[54]

Rechtsbefolgung beschreibt also auch in *Funkes* Modell keine *rein* „individuelle Deliberation",[55] und folgt damit erst recht keinem relativistischen (Il-)Legalitätsbegriff,[56] sondern bleibt „rechtsstaatlich-demokratisch"[57] verankert. Denn: „[D]as Recht [ist] dadurch geprägt […], dass Streitigkeiten verbindlich entschieden werden [und n]atürlich ist die Selbstbeurteilung des Rechts durch die Adressaten nicht autoritativ bzw. verbindlich."[58] 35

bb. Vorzüge der Konzeption. Auch wenn man nicht der hier vorgeschlagenen Benennung (republikanisch) folgen will, sondern „protestantisch", oder „rechtsstaatlich-demokratisch"[59] präferiert, so ist der Vorzug dieser Konzeption, dass der Bürger als Adressat des Rechts ernst genommen wird. 36

Damit ist einerseits – *rechtstheoretisch* befriedigend – die Zuständigkeit für die Rechtsrealisierung von vornherein dort verortet, wo das Recht seine Steuerungswirkung entfalten will. Andererseits wird damit – *demokratietheoretisch* ein Mehrwert – der Bürger als Mitwirkungssubjekt und damit in seiner Funktion als (Mit-)Herrschaftssubjekt ernst genommen. Sein Mitwirkungsbeitrag wirkt sich eben nicht länger allein auf die Ebene der Normbegründung aus. Vielmehr kommt dem Bürger ein Recht zur „Selbstbeurteilung"[60] des Rechts auch im Moment seiner Befolgung zu. Die Verortung der Konzeption im Demokratieprinzip bringt es freilich mit sich, dass ihr ‚blinder Fleck' Nicht-Bürger sind, also alle bloßen Einwohner des Territoriums, denen das Wahlrecht nicht zukommt. Ihnen gegenüber bleibt es dabei, dass Rechtsbefolgung als (reine) Pflicht gegenüber dem die Hoheitsgewalt ausübenden 37

54 Ibid.

55 Ibid., S. 218 ff.

56 s. zu entsprechenden jüngeren, v. a. für das Völkerrecht vertretenen Auffassungen die Analyse von *Marxsen*, Völkerrechtsordnung und Völkerrechtsbruch, 2021, S. 156 ff., und S. 170 ff. zur krit. Einordung dieser Positionen.

57 *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201 (217).

58 Ibid., S. 221.

59 Die „rechtsstaatliche" Teil-Begründung für ein Selbstbeurteilungsrecht der Normadressaten gewinnt *Funke*, a. a. O., S. 223, im Anschluss insb. an *Lon Fuller*, direkt aus der Menschenwürde: „Ein mit Würde ausgestattetes Wesen kann nicht schlicht als Wesen gedacht werden, das Gehorsam gegenüber fremden Normen übt. So gesehen, ist es erforderlich, Rechtsbefolgung auf der Seite des Adressaten als eine vernünftige Handlung zu denken." Insoweit leuchtet mir das Demokratieverständnis nicht ganz ein. Denn in einer Demokratie handelt es sich bei den zu befolgenden Normen doch konzeptionell gerade nicht um fremde, sondern um solche, an deren Entstehung die Bürger wenigstens mitwirken konnten. Nicht geleugnet ist damit, dass Mehrheitsentscheidungen ein Element der Fremdbestimmung enthalten, was wiederum dadurch kompensiert wird, dass demokratische Herrschaft ebensolche nur auf Zeit ist, in der die Minderheit die Möglichkeit haben muss, zur Mehrheit zu werden. Vgl. hierzu auch nochmals unten, → § 5 Rn. 233 ff.

60 *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201 (214).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Territorialstaat begriffen werden kann und muss. Um das zu ändern, müsste, wie von *Funke* angedacht, die „Selbstbeurteilung" *zusätzlich auch* im Rechtsstaatsprinzip verankert werden.[61] Damit wären auch juristische Personen – die ja kein Wahlrecht haben – leichter zu integrieren; wobei diese zumindest dann bereits im republikanischen Konzept erfassbar sind, soweit die für sie handelnden Individuen ihrerseits Bürger sind.

38 Ihren spezifisch *republikanischen* Charakter erhält die Konzeption dadurch, dass neben dem Bürger*recht* auf Mitwirkung auch eine dezidierte *Verantwortung* dazu bejaht wird. Jenseits unmittelbarer rechtlicher Konsequenzen, die ein solches Konzept haben kann, ist damit dem Einzelnen eine – wie *Rolf Gröschner* schreibt – „Orientierung am Ganzen [i. e. des demokratisch bestimmten Gemeinwohls] als Leitstern" mitgegeben. Dogmengeschichtlich ist damit der Bogen zu *Aristoteles* Bezeichnung des Menschen als „physei politikon zôon" geschlagen, die nach *Gröschner* richtigerweise nicht einfach – wie häufig – übersetzt werden darf mit „von Natur aus staatenbildendes Wesen". Sondern die im Kontext übersetzt besagt, dass der Mensch „ein Wesen [ist], dessen spezifisch menschliches Leben gemäß dem Logos nur in der adäquaten politischen Ordnung gelingen kann."[62]

39 Einzuräumen ist dabei, dass *Gröschner* seinen Republik-Begriff anknüpfend an seine Interpretation von *Aristoteles*[63] und *Cicero*[64] auf das Wirken der Bürger „in der institutionalisierten Form des Amtes"[65] beschränkt hat. Die Rechtsanwendung oder – in der Diktion *Funkes* – Rechtsbefolgung durch den Bürger kommt ihm damit nicht recht in den Blick. Die Rechtsanwendung des Bürgers aus dem republikanischen Begriff herauszuhalten unterschätzt aber, wie sehr die Gestaltung des Gemeinwesens – des modernen sicherlich noch mehr als das der griechischen Polis, um die es *Aristoteles* ging – auf die Rechtsbefolgung durch die ‚einfachen' Bürger angewiesen ist. In vielen Sachbereichen dürfte diese Mitwirkungsleistung an der Gestaltung des Gemeinwesens (oder ihr Ausbleiben) derjenigen durch Amtswalter weit voraus sein.[66] Aber klar ist damit, dass – wie schon eingangs dieses Absatzes gesagt wurde – über den richtigen Begriff für das hier Gemeinte diskutiert werden kann.

61 s. soeben, in → § 4 Fn. 59. Ich bin da skeptisch, weil das Konzept damit m. E. eher an Konturen verlieren dürfte.

62 *Gröschner*, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR 2, ^{3}2004, § 23 Rn. 14, anknüpfend an die Übersetzung von *Wiehart*, in: Gröschner et al. (Hg.), Rechts- und Staatsphilosophie, 2000, S. 31 (40).

63 Die Interpretation der entscheidenden Passage aus der Politika ist allerdings nicht ganz stabil, vgl. *Gröschner*, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR 2, ^{3}2004, § 23 Rn. 14, dort Fn. 84.

64 Ibid., Rn. 19, 40.

65 Ibid., Rn. 15, 40 ff.

66 Zutreffend auch schon *Wischmeyer*, in: Baumgärtel/Hoppen (Hg.), Informationstechnik und Recht, 2021, S. 9 Rn. 13, 29.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc. Nachteile der Konzeption? Ist der rechtsdogmatische Preis, der für ein solch anspruchsvolles republikanisches Rechts- und damit in der Konsequenz: Bürgerschaftskonzept gezahlt werden muss, dass dafür *verfassung*sunmittelbar, vielleicht gar aus dem oftmals für ‚blass' gehaltenen Republikprinzip, eine bürgerliche *Pflicht* begründet werden muss? Vielleicht.[67] Der Preis könnte manchem zu hoch oder sogar als „republikanistischer Fehlschluss"[68] erscheinen. Bekanntlich stoßen verfassungsunmittelbare Bürgerpflichten – auch Grundpflichten genannt[69] – auf erhebliche Skepsis. Grund dafür ist, dass es schwerfällt, konkrete Konturen solcher Pflichten zu ermitteln.[70] Zudem – *Michael Pawlik* und andere Autoren haben schon vor der 2022 heftig geführten Diskussion um die Corona-Impflicht darauf hingewiesen – kollidiert die Annahme von (Grund-)Pflichten mit einem gesellschaftlich mittlerweile eingeübten Verständnis von Freiheit, das diese als absolute „Abwesenheit äußerer Hindernisse definiert" hat bzw. sie – aufbauend auf dem Individuen-zentrierten Verfassungskonzept des Bundesverfassungsgerichts – so definieren will.[71] 40

Zu diesen Einwänden gegen ein republikanisches Verständnis der Rechtszuständigkeit gäbe es viel zu sagen, und es würde zu weit gehen, das hier ausführlich tun zu wollen. Es sei daher zur Entkräftung der genannten Einwände nur darauf hingewiesen, dass, *wenn überhaupt* in der Diskussion um die Grundpflichten Einigkeit über *irgendeinen* konkreten Inhalt erzielt werden konnte, dass diese Einigkeit die Pflicht zur Rechtsbefolgung betraf.[72] Daran kann angeknüpft werden. Zum Freiheitsbegriff 41

67 Man kann dieses ‚Problem' aber natürlich auch leicht umgehen, indem man mit *Götz*, VVDStRL 41 (1983), 7 (37) argumentiert, dass „[d]ie Gesetzesbindung des Bürgers […] sich nicht erst aus dem Umweg über eine Grundpflicht [ergibt], sondern [dass] sie […] aus den Gesetzen [folgt], und wiederum folgt das Recht des Staates, verbindliche Gesetze zu erlassen, aus seiner gesetzgebenden Gewalt." Freilich schwingt hier der gehorsamsstaatliche Ansatz weiterhin deutlich mit.

68 Vgl. *Gröschner*, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR 2, ^{3}2004, § 23 Rn. 34, zu der Gefahr, allein aus ideengeschichtlichen Erwägungen auf geltendes Recht schließen zu wollen.

69 Zur Definition *Götz*, VVDStRL 41 (1983), 7 (9): „solche Rechtspflichten […], die als verfassungsgeforderte Pflichten ihre Grundlage im Verfassungsrecht haben." und S. 12: „Grundpflichten sind verfassungsrechtlich geforderte Pflichtbeiträge zum Gemeinwohl."

70 Bes. Skepsis gilt sodann Versuchen, speziell aus dem *Republikprinzip* verfassungsunmittelbar Pflichten ableiten zu wollen; s. krit. *Wittreck*, in: Gornig et. al (Hg.), Iustitia et pax, 2008, S. 881 ff.; ähnl. auch *H. Dreier*, in: ders. (Hg.), GG Bd. II, ^{3}2015, Art. 20 (Republik) Rn. 20 ff. m. w. N.

71 Vgl. *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 43; auch schon *Ha. Hofmann*, VVDStRL 41 (1983), 42 (49 ff.); politikwissenschaftlich *Lepenies*, Verbot und Verzicht, 2022, S. 247.

72 *Götz*, VVDStRL 41 (1983), 7 (11), *Richard Thoma* zitierend: „[D]ie eigentlich einzige rechtliche Grundpflicht [unter der Weimarer Reichsverfassung] sei diejenige zum Gehorsam gegenüber den Rechtsnormen und den normgemäßen Staatsakten." Vgl. auch *Ha. Hofmann*, in: Brandt (Hg.), Rechtsphilosophie der Aufklärung, 1982, S. 12 (62): „Die Quadriga der ursprünglichen verfassungsrechtlichen Grundpflichten [es geht z. B. um die franz. Revolutionsverfassung] im Sinne republikanischer Bürgerpflichten ist damit komplett: Gesetzesgehorsam, allgemeine Wehr- und Steuerpflicht, Eigentumsabtretungspflicht." Zur Weimarer Verfassung a. a. O., S. 66: „Die republikanischen Pflichten zu Gesetzesgehorsam, Abgaben, Wehrdienst und Eigentumsopfern sowie die kulturstaatliche Schulpflicht – dies ist der Standard, auf dem die Nationalversammlung in Weimar aufbaut." Zum Grundgesetz a. a. O., S. 74 f.: „Gemeinsamer verfassungsrechtlicher Grund aller gesetzlich entfalteten Sozialpflichtigkeiten des Individuums und Grund insbesondere der nicht explizierten Pflicht zu verfassungsmäßigem Rechtsge|horsam sind daher hinter der Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat subjektivrechtlich Art. 2 Abs. 1 mit dem darin ausgesprochenen

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sei außerdem nochmals in Erinnerung gerufen, dass das Grundgesetz jedenfalls nach der hier vertretenen Auffassung gerade kein vorrechtlich-faktisches Verständnis von Freiheit kennt, sondern die Freiheit des Grundgesetzes immer rechtlich organisierte und damit notwendig begrenzte Freiheit ist;[73] und dass gerade der nun häufig zitierte *Andreas Funke* sein „demokratisch-protestantisches" Konzept der Rechtszuständigkeit *als Gegensatz* zu einem Gehorsamsmodell des Rechts versteht, nämlich sogar als „Möglichkeit, Rechtsbefolgung als Ausdruck personaler Autonomie" zu denken.[74] *Funke* sieht also offenbar von vornherein keinen Konflikt zwischen einem individualistischen Freiheitsverständnis einerseits und einem Rechtsverständnis andererseits, das den Einzelnen als Mitglied einer Rechtsgemeinschaft Verantwortung für die Verwirklichung des freiheitlich-demokratisch gesetzten Rechts dieser Gemeinschaft zuschreibt.

42 Insgesamt sollten die rechtsdogmatischen Konsequenzen des hier sogenannten republikanischen Modells ohnehin nicht überschätzt werden: Es gibt solche m. E. durchaus (andernfalls wäre die Konzeption praktisch bedeutungslos, siehe sogleich), aber dazu gehört nicht etwa eine ‚Deaktivierung' der grundrechtlich-individuellen Freiheitsrechte, z. B. grundsätzlich frei von staatlicherseits angeordneter Überwachung des eigenen Verhaltens zu sein. Um die Konsequenzen des hier vertretenen Konzepts für die Nutzung von *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. soll es jetzt unter → 2. gehen.

2. Drängt ein republikanisches Rechts- und Bürgerschaftsverständnis zum Einsatz von Compliance Assistance Technologies i. w. S.?

43 Wichtig ist an dieser Stelle hervorzuheben, dass mögliche Konsequenzen eines republikanischen (oder in *Funkes* Diktion: protestantischen) Modells des Rechts gegenwärtig noch als „Forschungsfeld" zu werten sind, das sich erst „öffnet".[75]

44 Eine Konsequenz drängt sich freilich geradezu auf: *Scheinbar* naheliegend bietet das republikanische Modell, indem es Recht und Verantwortung zur „Selbstbeurteilung des Rechts" durch seinen Adressaten begründet, einen Ansatz für ein ‚Recht zum

Gegenseitigkeitsprinzip und der allgemeine Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG. Die verfassungsrechtliche Dimension der Grundpflichten ist demnach keine andere als diejenige der in ihrer Konkurrenz, Koexistenz, Sicherungs- und Organisationsbedürftigkeit begriffenen Grundrechte. Es ist die Einengung des Blicks auf das Verhältnis Individuum-Staat und den *status negativus* des einzelnen, der dies bisweilen vergessen macht." Hervorhebung im Original. Für den angelsächsischen Rechtsraum s. die Nachw. bei *C. A. Williams*, North Carolina Law Rev. 76 (1998), 1265 (1330 f.), mit Fn. 247: "Indeed, following the law has traditionally been thought of as the absolute *minimum* component of a citizen's duty to her society." Hervorhebung im Original.

73 Prägnant *Eifert*, in: Herdegen et al. (Hg.), VerfassungsR-HdB, 2021, § 18 Rn. 10; *Bull*, RuP 58 (2022), 32 (41); Details in → Fn. 59 (Einleitung).

74 *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201.

75 Ibid., S. 225.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtsbruch'. Auch *Funke* erkennt das als, aus seiner Sicht offensichtlich: Gefahr. Denn er stellt sogleich klar, dass sein Modell gerade *nicht* dazu führen würde, dass ein Recht auf zivilen Ungehorsam bestehe oder Rechtsbefolgung gar als Ausübung der grundrechtlich geschützten Gewissensfreiheit zu werten wäre.[76] Das wäre sicherlich ein rechtstheoretischer Kurzschluss; eine solch radikale Folge eines Wechsels im Beschreibungsangebot (Theorie) müsste viel stärker normativ fundiert sein (darum geht es dann allerdings in → Kapitel 3 dieser Untersuchung).

Positiv gewendet formuliert *Funke* dann zurückhaltend: Zwar seien die „Implikationen und Konsequenzen" des von ihm beschriebenen Modells vielfältig („eine ganze Reihe [da]von" gebe es), aber beispielhaft nennt der Autor dann lediglich das rechtsmethodisch einzuordnende Erfordernis, Normkonkretisierung nicht als reine Textinterpretation zu werten, sondern als „argumentativ" zu führenden Prozess[77] unter Einschluss gerade auch der „*Rechts*auffassungen der Parteien".[78] 45

Hier soll nun eine andere mögliche Konsequenz des republikanischen Bürgerschafts- und Rechtsverständnisses untersucht werden, und zwar genau die *gegenteilige* zum ‚Recht zum Rechtsbruch': Erleichtert ein republikanisches Rechts- und Bürgerschaftsverständnis vielleicht den *verpflichtenden* Einsatz von *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. (also unter Einschluss von *Impossibility* und *Justification Structures*) oder drängt es sogar dazu? Die Frage ist zu bejahen. 46

a. Das republikanische Bürgerschaftsverständnis als Motor zur Schaffung von anspruchsvollen Arrangements der Rechtsbefolgungsassistenz. Das republikanische Modell ist, soll es mehr sein als Idealismus,[79] in seiner Umsetzung anspruchsvoll. Es traut dem Bürger viel zu, nämlich Akte der Rechtsfindung, der Rechtsinterpretation und sogar der Korrektur von Recht und damit notwendigerweise auch der rechtlichen Reflexion. Und damit scheint man doch wieder in der Fiktionsfalle gelandet, die die Vertreter der professionalistischen Konzeption der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorhalten. Denn es stimmt ja: Allein durch die rechtstheoretisch befriedigende und demokratisch wertvolle Ernstnahme der Rechtsadressaten im republikanischen Verständnis ist deren Überforderung durch das moderne Recht ja weder beseitigt noch in irgendeiner Weise gemildert. Wenn vor diesem Hinter- 47

76 Ibid., S. 223; und nochmals mit Nachdruck im Fazit, S. 224: „Wer Rechte hat, interpretiert sie auch (rechtsstaatliches Argument), wer als Adressat die Schaffung einer Norm legitimiert, darf bei der Anwendung dieser Norm nicht ausgeschlossen werden (demokratisches Argument). Diese Argumente erzwingen keineswegs, dass individuelle Selbstbeurteilungen amtliche Beurteilungen [der Rechtslage] übertrumpfen". Der Unterschied der Gewissensfreiheit zum Widerstandsrecht ist, dass das Widerstandsrecht Handlungen ‚erlaubt', die rechtswidrig sind, die Gewissensfreiheit als ‚klassisches' Grundrecht hingegen schon die Rechtswidrigkeit entfallen lässt bzw. entfallen lassen muss; s. *Schieder*, Ethisch motivierter Rechtsungehorsam, 2018, S. 187 m. w. N.

77 *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201 (223 f.).

78 Ibid., S. 221. Hervorhebung im Original.

79 Vgl. ibid., S. 220 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

grund seine Vertreter gleichwohl klarstellen, dass das republikanische Modell „nicht so verstanden werden sollte, dass der gewöhnliche Bürger juristische Fachliteratur konsultieren oder sich an den Debatten der Fachkreise beteiligen" müsse und für den Bürger „[p]rofessioneller Rat [daher] unverzichtbar" bleibe[80] (oder zumindest semi-professioneller Rat aus journalistischen, berufsverbandlichen Quellen etc.[81]), dann scheint es fast so, als habe sich die Diskussion im Kreise gedreht: die republikanische Perspektive als idealistische Verklärung dessen, was der Bürger leisten kann.[82] Sie ginge damit doch wieder in der Realitätsferne der ‚Fiktions-Position' auf bzw. würde daran scheitern und somit wäre letztlich doch der professionalistischen Position recht zu geben.

48 Es wird nicht überraschen, wenn ich nun argumentiere, dass dieser Schein trügt: Der Schlüssel zur Quadratur des Kreises (= republikanisches Rechtsverständnis mit einer *realistischen* Chance der Selbstbeurteilung des Rechts durch die Adressaten) könnte im vermehrten Einsatz von *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. liegen: Idealerweise könnten diese Technologien in ihren diversen Abstufungen

- dem Bürger *erstens* eine *prima-facie*-Einschätzung darüber liefern, ob sein in Gang gesetztes oder schon abgeschlossenes Verhalten rechtlich relevant ist bzw. war, oder könnten sogar verhindern, dass sich der Bürger unbedacht oder vorschnell ins Unrecht setzt;
- sie könnten *zweitens* darauf ausgerichtet sein, dem Bürger über ein situativ passendes Nutzer-Interface in einer adressatengerechten Sprache Informationen zu liefern, die es ihm erlauben zu beurteilen, ob die automatisiert erstellte *prima-facie*-Einschätzung zutrifft oder nicht oder weiterer, professioneller Rechtsrat erforderlich sein könnte;
- und sie – die Technologien – müssten natürlich *drittens* dabei unbedingt klarstellen bzw. versuchen, möglichst verständlich darzustellen, welche Defizite in der Erkennung insbesondere von Einzelfällen sie nach wie vor aufweisen.

49 Das so beschriebene Arrangement lässt sich damit als doppelt hybride Arbeitsteilung bezeichnen: Sie muss einerseits Laien (als in der Regel Erstadressierte des Rechts) und professionelle Rechtsanwender (als Informations-, Beschwerde- und autoritative Entscheidungsstellen) sowie andererseits menschliche und maschinelle Erkenntnis- und gegebenenfalls sogar physische Handlungsbeiträge miteinander kombinieren und koordinieren können.

80 Ibid., S. 221.
81 s. soeben, → § 4 Rn. 30.
82 Auch *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201 (220 ff.) erkennt das Problem; die Lösungsangebote bleiben insofern noch recht zurückhaltend (s. S. 222), die Möglichkeiten technologischer Assistenzsysteme werden nicht erörtert.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Idealerweise würden *Assistance Technologies* also – anknüpfend an die These von Generalanwalt *Saugmandsgaard Øe* zur aktuellen Unfähigkeit der Bürger zur Anwendung des ihnen geltenden Urheberrechts[83] – den Bürger durch die Vermittlung eines Basis-*Know-How* überhaupt erst in die Lage versetzen, Recht verständig anzuwenden, also die von *Funke* beschriebene „protestantische" Selbstbeurteilung in einer sinnvollen Weise vorzunehmen. Aber nochmals: In dem beschriebenen Modell ist die Selbstbeurteilung nicht nur Recht, sondern auch originär bürgerliche Pflicht des jeweiligen Adressaten.[84] Und die Erfüllung ist, um jedem Missverständnis an dieser Stelle vorzubeugen, ein vorläufiger, kein autoritativer Akt, der final verbindlich festlegen könnte, was dem Einzelnen Recht ist. Diese Aufgabe ist in der gewaltengeteilten Demokratie den dazu legitimierten staatlichen Stellen vorbehalten. 50

b. Wirkungen auf die Richtigkeitsmaßstäbe der Rechtsanwendung, größere Fehlertoleranz. Ist das Problem der Überforderung der Bürgerin als Normadressatin damit gelöst? Oder importiert man nicht lediglich neue Unstimmigkeiten und Verwirrungen, eben weil, wie in → § 3 gezeigt wurde, die technische Rechtserkenntnis von der menschlichen immer noch weit entfernt ist? 51

Der Einwand hat Gewicht. Aber die Größe dieser technisch bedingten Unstimmigkeiten relativiert sich, wenn man annimmt, dass das Recht – trotz seiner immensen Komplexität und Kompliziertheit – gleichwohl darauf angelegt bleibt, zunächst von seinen *Adressaten* verstanden und angewandt (befolgt) zu werden. Deshalb ist bzw. war es so wichtig, sich hier noch einmal über die konkrete Zuständigkeit für die Realisierung von Recht zu vergewissern: Wer mit der vorliegenden Argumentation mitgeht und dafür (also für die Rechtsanwendung) zunächst auch „gewöhnliche Bürger"[85] in Recht und Pflicht sieht, der wird die im Vergleich zu *professioneller* Rechtsanwendung insbesondere im Einzelfall (noch) unbefriedigende Leistungsfähigkeit technologischer Rechtserkenntnis leicht(er) verschmerzen können.[86] Er wird stattdessen den *informationellen* Mehrwert zugunsten der rechtlichen Laien sehen und sein Augenmerk darauf verlegen können (und verlegen *müssen*), die Arrangements zu schaffen, in denen die soeben genannten Bedingungen – d. h. hinreichend 52

83 s. das Zitat oben, → § 4 Rn. 12.

84 Deutlich *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 41: „Der Selbstbestimmung einfordernde Bürger tritt freilich nicht nur in der Rolle einer *vor dem Recht* verantwortlichen Privatperson auf, die an einem effektiven Schutz ihrer Integrität vor Schädigungen interessiert ist, sondern auch in der Rolle eines *für das Recht* verantwortlichen Staatsbürgers." Hervorhebung im Original.

85 *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201 (221).

86 s. demgegenüber für den professionalistischen Ansatz nochmals *Towfigh*, Der Staat 48 (2009), 29 (72): „Die im Verfassungsrecht angelegte Lösung für das Problem einer von den Normadressaten als übermäßig empfundenen Komplexität des positiven Rechts liegt nämlich nicht in einer Vereinfachung des Rechts, sondern im Rückgriff auf Experten(wissen). Dies ist auch aus Sicht der Kognitionswissenschaften das Mittel der Wahl für den Umgang mit Komplexität. Überdies entgeht man damit dem Problem, dass das Recht nach einer Vereinfachung auf die Vielgestaltigkeit der Realität nicht mehr adäquat reagieren könnte. Ferner ist diese Lösung auch systemtheoretisch sinnvoll: Eine unmittelbar am Adressaten ansetzende Definition der Normenklarheit leistet einer Entdifferenzierung des Systems Recht Vorschub […]."

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verlässliche *prima-facie*-Einschätzung; verständliche Information des Bürgers über das Recht und die Möglichkeiten rechtlichen Rats; Aufklärung des Bürgers über die Schwächen der *prima-facie*-Einschätzung im konkreten Fall – hinreichend gut erfüllt sind.

53 Wer sich auf diese Art der technologisch unterstützten Rechtsrealisierung einlässt, muss den Adressaten also (neu) ernst nehmen, muss Recht adressatengerecht kommunizieren,[87] *muss zugleich Fehlertoleranz gegenüber dem Adressaten zeigen*, und Rechtsrealisierung als mehrstufigen *Prozess* anerkennen, in dem es nicht darum geht, bzw. in dem nicht der Anspruch herrschen kann, dass das Recht von Anfang an ‚richtig' realisiert wird. Vor allem verliert, auch darauf weist *Funke* zu Recht hin, der Normtext an Bedeutung: Die Intention einer bestimmten Norm darf nicht mehr allein als textbasierter Interpretationsprozess wahrgenommen werden, und es reicht auch nicht, Realbereich und Kontext mit in die Betrachtung zu nehmen.[88] Sondern es muss der Informationsstand des Adressaten und es müssen die darauf aufbauenden Argumente des Adressaten für und gegen eine bestimmte Interpretation im konkreten Realisierungsmoment mit einbezogen werden.[89]

54 *c. Ein drittes Narrativ: Compliance Assistance als Ertüchtigung zur Ausübung republikanischer Zuständigkeit für die Rechtsverwirklichung.* Damit ist der zentrale Punkt benannt, der den hier beschriebenen Technologieeinsatz aus republikanischer Motivation von dem oben schon ausführlicher beschriebenen Überwachungsnarrativ[90] unterscheidet: Republikanischer Technologieeinsatz soll vorrangig zur Selbstbeurteilung *ermächtigen*, oder – wenn man die Dimension der Pflicht mit einbezieht – *ertüchtigen*. Demgegenüber zeichnet sich intelligente Überwachung gerade dadurch als quasi unrepublikanisch oder gehorsamsstaatlich aus, dass sie erst geschehen lässt, um das Geschehene dann *ex post* durch professionelle Rechtsanwender beurteilen und – vielleicht – sanktionieren zu lassen; und es damit ganz dem Bürger überlässt, sich *zuvor* über seine Pflichten informiert zu haben.

55 Ließe man sich auf den hier vorgeschlagenen Perspektivwechsel ein, dann hätten wir es nochmals mit einem neuen Narrativ[91] zu tun, mit dem rechtsassistierende Technologien erfasst werden können: Die Technologien wären damit, *soweit* sie

87 Wie der Laienhorizont ernster als bislang genommen werden kann, erarbeitet *Lemken*, AöR 150 (2025), 330 ff. (349 ff.) am Beispiel und orientiert an der neuen Wahlrechtsentscheidung des BVerfG, in der immerhin die Senatsminderheit in ihrem Sondervotum für Normenklarheit gerade auch für den Wahlbürger plädierte; Details hierzu oben, in → § 4 Fn. 30.

88 Zu dieser Notwendigkeit prägend *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht, 2016, S. 64 ff.

89 Zutreffend *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201 (224). Die Mittel, durch die der Bürger zum Gesprächspartner im Rechtsanwendungsprozess werden kann, bleiben bei *Funke* allerdings noch undiskutiert.

90 Oben, ab → S. 247.

91 Dazu, warum der Narrativ-Begriff auch zur Konturierung rechtswissenschaftlicher Fragestellungen taugt, → § 2 Rn. 406 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich als Infrastruktur erweisen, um der Fiktionsfalle eines an Laien gerichteten, aber für professionelle Rechtsanwender geschriebenen und damit für Laien unverständlichen Rechts zu entkommen, phänomenologisch nicht mehr Überwachung. Sie wären nicht im Geiste eines obrigkeitlichen Misstrauens als ständige Ablegung von Rechenschaft über die eigene Rechtschaffenheit zu verstehen,[92] sondern als *Unterstützung* bei einer originär bürgerlichen Aufgabe (Rechts*mit*realisierung). Sie fungierten mit anderen Worten nicht mehr (nur) als ‚Überwacher', sondern als ‚Ertüchtiger', der dem Rechtsadressaten helfen würden, seine demokratisch-republikanische ‚Zuständigkeit' bei der Mitrealisierung von Recht überhaupt erst ausfüllen zu können. *Compliance*-Assistenz erhielte damit eine dezidiert positive Konnotation.

Wichtig ist dabei festzuhalten, dass diesmal – also anders als nach der hier präferierten Auffassung im Fall des Aufeinandertreffens des Überwachungs- und des Hilfeleistungsnarrativs[93] – beide Narrative *gleichzeitig* wirken (würden – ich lasse im Folgenden den Konjunktiv weg, wohlwissend, dass sich das von mir geschriebene Narrativ noch keineswegs etabliert hat): 56

Technologie, die *staatlicherseits verordnet* eingesetzt wird, um den Bürger zu beobachten,[94] um ihm im richtigen Moment *Compliance Assistance* i. w. S. zu leisten, ‚überwacht' ihn dafür notwendigerweise fortlaufend. Man darf sicherlich nicht so weit gehen, aus dem republikanischen Ansatz verfassungsdogmatisch gewendet herleiten zu wollen, dass ein Grundrechtseingriff in solchen Fällen gänzlich entfiele; jedenfalls nicht, ohne damit die Anschlussfähigkeit an das Verfassungsrecht zu verlieren (Art. 2 Abs. 1 GG auf nationaler und Art. 8 GRC auf unionaler Ebene). Soweit private Hersteller und Anbieter von Technologien verpflichtet werden, *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. zu ‚verbauen', liegt darin zudem regelmäßig ein Eingriff in deren Grundrechte[95] (insbesondere Art. 12 GG, hilfsweise Art. 2 GG, und gegebenenfalls Art. 16 GRC), wenn und weil Design, Nutzung und Aktualisierung solcher Technologien jedenfalls aktuell einigen ökonomischen Aufwand bedeuten dürften.[96] Der Gedanke der Ertüchtigung/Ertüchtigungsverantwortung der *Bürger* lässt *diesen* Eingriff unberührt. 57

D. h. freilich nicht, dass die Narrativergänzung auf einer dogmatischen Ebene gänzlich wirkungslos bleibt. Wenn es staatstheoretisch (demokratisch, republikanisch, oder rechtsstaatlich) gelingt, den Einsatz von *Compliance Assistance Technologies* als ‚Ertüchtigung' zur Wahrnehmung einer grundlegenden bürgerlichen Zuständigkeit neu zu ‚erzählen', dann hat das rechtsdogmatische Wechselwirkungen: Der Einsatz 58

92 Vgl. hierzu oben, → § 2 Rn. 96 f.
93 Zur Diskussion oben, → § 2 Rn. 464 ff.
94 s. zur Wahrscheinlichkeit vermehrt freiwilliger Nutzung von *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. sogleich Abschnitt → 3.
95 *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 26 Rn. 147.
96 s. schon → § 2 Rn. 245. Ausf. *Krönke*, Öffentliches Digitalwirtschaftsrecht, 2020, S. 81 ff., 95 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Technologie bekommt ein *doppeltes* bzw. sogar ambivalentes Gepräge, was bei der Beurteilung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit – also des *Ob* eines eventuell verpflichtenden Einsatzes – durchaus eine Rolle im Rahmen der allfälligen Abwägung spielen kann. Je stärker in einem konkreten Arrangement (mögliche) Fehlerfolgen eines Rechtsverstoßes (Haftung) oder Sanktionen *zurück*treten, je stärker demgegenüber der *Ertüchtigungs*gedanke konkretisiert ist, umso geringer wird die Eingriffstiefe einer Verpflichtung sein, *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. zu nutzen. Zugespitzt gesagt: Es ist kein besonders starker Grundrechtseingriff, dass der Bürger das Recht, dessen Verwirklichung seine originäre republikanische Aufgabe ist, dafür im ersten Schritt erst einmal zur Kenntnis nehmen (können) muss. So gewendet wird Rechtsinformation zur *ermöglichenden* Leistung. Umgekehrt gilt: Umso dominanter der Charakter als *Überwachungs*maßnahme, desto geringer zu gewichten ist der *prima facie* positiv-optimistische Ertüchtigungsgedanke – mit der Folge, dass die eher restriktive Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts scharf greift.

3. Methodische Vergewisserung: warum ‚bürgerliche Ertüchtigung' als Perspektive der nachfolgenden Konturierung?

59 Mit dem zuletzt Gesagten ist zugleich begründet, warum es sinnvoll ist, die nachfolgende, im ersten Zugriff vielleicht ungewöhnliche Perspektive der ‚Ertüchtigung' des Bürgers als Bezugspunkt für die Konturierung der zukünftigen Arbeitsteilung von Mensch und Maschine bei der Realisierung von Recht zu wählen. Das Vorgehen ist keine bloß rechtstheoretisch-methodische, idealistisch motivierte ‚Spielerei'; sondern entspricht der soeben beschriebenen gesteigerten gesetzgeberischen Möglichkeit, *Compliance Assistance Technologies* einzusetzen bzw. – vermittelt durch private Hersteller von KI-Systemen – einsetzen zu lassen.

60 Hinzu treten zwei weitere Gründe jenseits staatlicher Anordnung, warum die Einsatzbreite von *Compliance Assistance Technologies* spezifisch im Modus der Ertüchtigung in Zukunft erheblich zunehmen könnte. Bürger werden sich vermutlich *selbst* vermehrt in das Narrativ einsetzen (wollen):

61 *Erstens* und – insoweit vielleicht tatsächlich idealisierend – kann ein Bürger schlicht gewillt sein, *Compliance Assistance Technologies* einzusetzen, weil er sich aus eigener, demokratischer oder moralischer Intention heraus rechtskonform verhalten will. Hegelianer würden argumentieren: Weil er sich vernünftig verhalten will,[97] also aus

97 *Rostalski*, GA 166 (2019), 481 (483): „Der Vernunftbegabte erkennt die Vorzugswürdigkeit eines Zustands des durch das Recht geregelten Gemeinwesens, weshalb er sich von diesen Regeln zu Normtreue motivieren lässt." Nach *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 2014, Rn. 115 ff. liegt der Idealfall in der Regelbefolgung aufgrund von Akzeptanz (a. a. O., Rn. 116), zumal in einer pluralistischen Gesellschaft, deren Normtreue

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Einsicht handelt. Eine abgeschwächte und wohl schon realistischere Variante: Der Bürger will sich rechtskonform verhalten *können*. Ein Beispiel für eine solche, im Prinzip rein freiwillig nutzbare Technologie stellt die oben beschriebene Warnapp NINA dar,[98] die es Bürgern, die bereit waren, sie zu nutzen, erleichtert hat, die je nach Landkreis unter Umständen stark divergierenden Pandemie-Bestimmungen der Corona-Jahre zu kennen und zu befolgen. Gerade in Bereichen, in denen sich die Wirkung von Regeleinhaltung und Regelbruch nicht durch unmittelbare Anschauung erschließt (wie im Pandemierecht, wenn es um die Bekämpfung eines unsichtbaren Virus mit langer Inkubationszeit geht; oder im Datenschutzrecht, das sich dadurch definiert, Verhalten zu verbieten, das *per se* keine Schädigung darstellt[99]), also gerade in solchen Rechtsbereichen könnte ein einsichtiger Bürger, d. h. ein Bürger, der sich seiner eigenen Erkenntnisschwächen bewusst ist, darauf vertrauen *wollen*, dass die Einhaltung des (hoffentlich) besser informierten Rechts einen langfristigen Wohlfahrtsgewinn für ihn selbst und die Gemeinschaft mit sich bringt.

Mit den Beispielen ist freilich auch klar, dass die Grenze zur *zweiten* Einsatz-Motivation fließend ist: die Nutzung rechtserkenntnisfähiger Technologien aus Vollstreckungs- und Sanktionssorge. Selbst ohne (verpflichtende) technologische Unterstützung wurde im Laufe der Pandemie irgendwann doch erwartet, dass Bürger die ihnen geltenden Regeln kannten. Die Befolgung wurde wenigstens stichprobenhaft kontrolliert und – vor allem – wurde die Bereitschaft, das Sanktionsermessen hin zum Verzicht auf Sanktion oder wenigstens Durchsetzung (z. B. von Betretungsverboten ohne Maske, Impfung etc.) zu nutzen, geringer. Ganz generell dürfte die Bereitschaft, Verbotsirrtümer anzunehmen, im Laufe der ‚Lebenszeit' einer Norm abnehmen. 62

Vor allem aber, und darum geht es hier ja, könnte die Verfügbarkeit rechtserkenntnisfähiger Technologien dazu beitragen, die Vermeidbarkeit von Irrtümern auch in solchen Rechtsbereichen immer restriktiver zu handhaben (d. h. die Vermeidbarkeit früher oder von vornherein zu verneinen), die sich heute noch – wie etwa Datenschutz- oder Pandemierecht – durch eine fehlende unmittelbare Einsichtigkeit ihrer Ge- und Verbote auszeichnen. Das könnte einen selbstverstärkenden *Kreislauf* in Gang setzen: Aus Sorge vor Sanktionen bzw. im Bewusstsein möglicher Vollzugs- und Durchsetzungsmaßnahmen nutzt der Bürger rechtserkenntnisfähige Technologien; durch den Technologieeinsatz bzw. die Möglichkeit des Technologieeinsatzes wird die Bereitschaft, Normverstöße als unvermeidbar zu qualifizieren oder auf 63

aufgrund sehr unterschiedlicher Ausgangsbedingungen und Lebenserfolgszielen – d. h. mangels „Internalisierung gemeinsamer Ziele und Mittel" – nur noch sehr bedingt durch außerrechtliche Mittel (eben geteilte Ziele) bewirkt werden kann, s. a. a. O., Rn. 115.

98 s. oben, → S. 189 ff.

99 Statt vieler *Poscher*, in: Miller (Hg.), Privacy and Power, 2017, S. 129 (136) m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Durchsetzungsebene mit Nachsicht zu behandeln, geringer; und wegen dieser geringer werdenden Bereitschaft, Normverstöße (untechnisch gesprochen) zu entschuldigen, wird die gefühlte Notwendigkeit, *Compliance Assistance Technologies* einzusetzen, weiter verstärkt.

64 Ein gesetzliches Arrangement, das in diese Richtung wirken könnte, findet sich in der DSGVO: Sie fordert einerseits ausdrücklich den Einsatz von „Datenschutz durch Technikgestaltung" in ihrem Art. 25 Abs. 1 (eine *Impossibility Structure* nach hiesiger Diktion).[100] Ein Verstoß dagegen ist bußgeldbewehrt, allerdings mit *geringeren* Höchstsätzen[101] als Verstöße gegen andere, *materielle* Normen der DSGVO (insbesondere gegen deren Zentralnormen wie Artt. 6, 9). Aber: Bei der bußgeldrechtlichen Beurteilung *anderer* Verstöße wird die Frage, ob die von Art. 25 Abs. 1 DSGVO geforderte Technikgestaltung zur Vermeidung eben solcher Verstöße gegen die DSGVO vorgenommen wurde, für Ob und Höhe des Bußgelds „berücksichtigt" (vgl. Art. 83 Abs. 2 lit. d DSGVO).

65 In dieser zuletzt genannten Fallgruppe – Vollstreckungs- und Sanktionsangst – haben wir es natürlich wieder mit einem exogen, nach hiesiger Diktion nicht republikanisch, sondern gehorsamsstaatlich motivierten Technologieeinsatz zu tun. Nichtsdestotrotz passt die Perspektive der Ertüchtigung solange, wie die *Assistance Compliance Technologies*, die der Bürger streng formal betrachtet eben doch freiwillig einsetzt, *nicht selbst* Mittel der Überwachung werden.

66 Die Perspektive der Ertüchtigung erlaubt es damit, den Diskurs um die Bedingungen des Einsatzes von *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. weg von ihrem bislang stets abwehrrechtlich perspektivierten *Ob* hin zur Ausgestaltung ihres *Wie* zu fokussieren. D. h. zunächst: hin zur richtigen Auswahl der genauen *Technology* oder *Structure* im Interesse einer optimierten Verwirklichung des Rechts, unter bewusster Einbeziehung der Leistungen seiner regelmäßig nicht-professionellen Erstanwender. Also: Reichen *Assistance Technologies* i. e. S. aus, um den Bürger hinreichend verlässlich in die Lage zu versetzen, das ihm geltende Recht – einschließlich seiner Ausnahmen – zu erkennen? Oder: bedarf es einer *Justification Structure*, um den erstadressierten Bürger in einen Rechtsdialog einzubeziehen (was dann auch der Weiterentwicklung des Rechts dienen kann)? Oder: Braucht es sogar *Impossibility Structures*, deren ‚Assistenzwirkung' nur *ex post* beseitigt werden kann, etwa, weil das geschützte Rechtsgut besonders schnell, d. h. ohne die für eine rein informativ wirksame Assistenz nötige Zeit, verletzt werden kann?

100 Hierzu oben, ab → S. 143.

101 ‚Nur' max. 10 Mio. EUR oder – im Fall eines Unternehmers – max. 2 % des Jahresumsatzes (Art. 83 Abs. 4 DSGVO); im Fall anderer Verstöße gelten doppelt so hohe Höchstsätze (Art. 83 Abs. 5 DSGVO).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Konturen einer doppelt hybriden Arbeitsteilung bei der Realisierung von Recht

Zur Erinnerung: Als doppelt hybrid bezeichne ich die avisierte Arbeitsteilung, weil sie einerseits Laien (als in der Regel Erstadressierte von Recht) und professionelle Rechtsanwender (als Informations-, Beschwerde- und autoritative Entscheidungsstellen) sowie andererseits menschliche und maschinelle Erkenntnis- und physische Handlungsbeiträge miteinander kombinieren und koordinieren können muss, um *per saldo* zu einer besseren – optimierten – Realisierung des Rechts beitragen zu können. Gefordert ist dafür eine Realisierungsarchitektur, die sich entlang der folgenden drei Determinanten skizzieren lässt: bürgerliche Verantwortung (→ 1.), Regulierung des KI-Systems (→ 2.), und staatliche Verantwortung (→ 3.). 67

Die folgende Darstellung kann inhaltlich auf mittlerweile einige Vorarbeiten aus der Wissenschaft, auf Art. 22 DSGVO und den AI Act der EU zurückgreifen, die freilich auf unser spezifisches Erkenntnisinteresse (hybride Arrangements der *Rechtsrealisierung*) fokussiert werden müssen. 68

Der Zweck und damit der rechtskonstruktive *Bezugspunkt*, der sich aus dem hier vorgeschlagenen Bürgerschaftsverständnis ergibt, ist derjenige der *ermöglichenden und ertüchtigenden* Rechtswissensvermittlung, damit die menschlichen Rechtsadressaten die im vorangegangenen → § 3 beschriebenen Leistungen bei der Realisierung von Recht nun arbeitsteilig mit Maschinen und damit *per saldo* besser erbringen können als zuvor. Im Vergleich zur klassisch abwehrrechtlichen Perspektive auf den Einsatz von *Compliance Assistance Technologies* i. w. S., die in → § 2 eingenommen bzw. referiert wurde,[102] treten deshalb jetzt Ermächtigung und Ertüchtigung in den Vordergrund. In den Hintergrund treten (müssen) hingegen Sanktionen und Fehlerfolgen – tun sie es *nicht* bzw. je weniger sie es tun, umso mehr verschieben sich die Abwägungsgewichte weg von der Ertüchtigung hin zur klassischen Überwachung, mit all den damit verbundenen verfassungsrechtlichen Konsequenzen der erschwerten Einführung dieser Technologien. Das schließt, wie zu zeigen sein wird, freilich nicht aus, dass auch Bausteine einer wirksamen Verknüpfung von Laien- und autoritativem Rechtswissens(gebrauch) als wichtige Elemente von Ertüchtigungsarrangements gewertet werden können. 69

Umgekehrt bedeutet dieser Bezugspunkt keineswegs, dass die folgenden Überlegungen wertlos sind, sobald staatliche Anordnungen zur Nutzung von *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. überprüft werden, die dogmatisch als Überwachung zu werten sind: Schon um die Anschlussfähigkeit der nachfolgenden Überlegungen für ein klassisches, d. h. zumindest den *pflichtigen* Einsatz von *Compliance Assistan-* 70

102 Freilich auch schon dort an passenden Stellen immer wieder relativiert/kritisiert wurde, vgl. bes. → S. 173 ff., 247 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ce Technologies komplett im Überwachungsnarrativ verarbeitenden Verständnis zu erhalten, wird diese Perspektive in diesem Abschnitt 1. mitgeführt – allerdings stets deutlich abgesetzt am Ende der jeweiligen Überlegungen. Auch bzw. erst recht beim überwachungsgleichen Einsatz der Technologien geht es schließlich darum, durch Regulierung des technischen *Compliance*-Systems (nachfolgend → 2.) und staatliche Aufsicht und Rechtsschutz über dessen Einsatz (→ 3.) die Verwirklichung des Rechts zu optimieren und entsprechende Bedingungen zu schaffen; dann aber eben nur ohne oder gegen den Willen des eigentlichen Rechtsadressaten und mit für ihn potentiell nachteiligen Konsequenzen (Sanktionen etc.).

71 Als *Ausgestaltungsoptionen* sollen hier die Arrangements aufgegriffen und dadurch weiter dogmatisiert werden, die in → § 2 zunächst noch phänomenologisch kategorisiert worden sind: *Impossibility Structures*, *Justification Structures* und *Compliance Assistance Technologies* i. e. S. Die *Struktur* der Überlegungen wird sich klassisch am Gebot der Verhältnismäßigkeit orientieren, aber eben ausgehend von der genannten Zweckbestimmung.

72 Was die *Faktoren* anbelangt, zeichnet sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung bekanntlich dadurch aus, dass diese Faktoren nicht abschließend bestimmbar sind. Daher werden ohne Anspruch auf Vollständigkeit im Folgenden berücksichtigt: die Erforderlichkeit (sinngemäß: Wer ohnehin rechtmäßig handelt, dem braucht nicht assistiert zu werden); individuelle Organisations- und Verhaltenslasten, einschließlich des erforderlichen Zeitaufwands; unmittelbare und mittelbare Folgen der Assistenz; Flexibilitäten; institutionell gewünschte Feedback-Effekte. Temporäre[103] *Invarianten* bilden schließlich die typisierbaren Stärken und Schwächen der Technologien nach → § 3.

1. Bürgerliche Verantwortung: Ausgestaltungsoptionen für eine technologieassistierte ‚Ertüchtigung' zur Realisierung des Rechts

73 Aus den vorstehend angelegten Maßstäben (vor allem Ertüchtigung statt Überwachung als Bezugspunkt) ergeben sich nun folgende Differenzierungen für die verschiedenen technologischen Ausgestaltungsoptionen:

74 *a. Compliance Assistance Technologies i. e. S.* Diese Technologien werden hier als Reinform der Ertüchtigungstechnologie zwecks Vermittlung von Rechtswissen gefasst.

75 *aa. Geeignetheit zur Ertüchtigung.* Auf den ersten Blick enthält diese Technologie-Kategorie die am besten *geeigneten* Instrumente technologischer Realisierungsassis-

103 Dazu, dass bes. die Schwächen absehbar kleiner werden dürften, oben, → § 3 Rn. 114.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tenz.[104] Denn eine *Compliance Assistance Technology* kann bzw. soll zumindest *theoretisch* Normbewusstsein und norm- wie auch sachverhaltsbezogenes Rechtswissen schaffen, *ohne* dem Rechtsadressaten die Flexibilität zu nehmen, die aus seiner Sicht *situativ angemessene* Realisierungsoption zu wählen (einschließlich der Möglichkeit, ‚eine Ausnahme zu machen').

Tatsächlich muss dafür aber ein Spagat gelingen: Einerseits muss die Technologie 76
das geltende Recht hinreichend gut und vor allem adressatengerecht – d. h. häufig: laiengerecht – aufbereiten können; andererseits darf die Vereinfachung nicht so weit gehen, dass von Rechts wegen relevante Ausnahmen, Abweichungen etc. vom Adressaten als solche nicht mehr wahrgenommen werden können. Textliche und bildliche Hinweise[105] auf Ausnahmen und auf mögliche Originalquellen von Rechtsakten sind daher sinnvoll und notwendig; sie müssen kommunikationstheoretisch informiert aber so ausgestaltet werden, dass die Wahrscheinlichkeit eines sinnvollen Umgangs des spezifischen Adressaten[106] mit dem technologisch vermittelten Wissen optimiert wird. Vereinfachend hilft dabei, dass der Maßstab – wie gesagt – nicht die *professionelle* Rechtsanwendung ist, sondern *per saldo* eine Verbesserung der Rechtserkenntnisfähigkeiten der primären Rechtsadressaten (gegebenenfalls eben juristische Laien) ausreicht.[107]

Dass gleichwohl Zweifel bestehen, dass das hinreichend gut gelingt, hat mit zwei 77
bekannten Figuren aus der allgemeinen KI-Diskussion zu tun: *erstens* mit dem sogenannten *Automation Bias*. Der Begriff beschreibt – vereinfacht gesagt – eine Haltung, wonach Menschen in technologisch erzeugte Informationen *deshalb* Vertrauen setzen, *weil* sie technologisch erzeugt werden. Die Entwicklung von Gegenstrategien steht am Anfang, immerhin wird das Problem regulatorisch nun prominent adressiert.[108]

Zweitens sind die bekannten *Chilling Effects* zu beachten.[109] Diese können erwünscht 78
sein, indem nämlich der Hinweis auf einen (möglichen) Normbruch verhindert, dass er begangen wird, oder doch zumindest bewirkt, dass er *heimlich* begangen

104 Zu bestehenden Zugangshürden zu Rechtsrat und -schutz und den Möglichkeiten, diesen durch digitale Instrumente abzubauen, s. *Völzmann*, DÖV 2021, 474 (478 f.). Zu klassische(re)n „Intermediären" (*Towfigh*) zur Vermittlung von Rechtswissen und deren Schwächen, s. bereits → § 4 Rn. 30.

105 s. dazu aber *Towfigh*, Der Staat 48 (2009), 29 (52 f.): „Weder theoretisch noch empirisch untersucht ist etwa die Frage, ob einfach verständliche Gesetze (z. B. Verkehrsschilder oder sonstige Piktogramme) überhaupt häufiger befolgt | werden als auf andere Weise internalisierte, komplexere Normen."

106 Vgl. auch Art. 9 Abs. 5 UAbs. 2 S. 2 AI Act: „Bei der Beseitigung der Risiken im Zusammenhang mit der Verwendung des Hochrisiko-KI-Systems werden die technischen Kenntnisse, die Erfahrungen und der Bildungsstand, die vom Betreiber erwartet werden können, sowie das Umfeld, in dem das System eingesetzt werden soll, gebührend berücksichtigt."

107 Vgl. mehrfach oben, u. a. → § 4 Rn. 51 ff.

108 s. sogleich, → § 4 Rn. 82.

109 Hierzu schon → § 2 Rn. 95.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wird, wodurch immerhin auch noch „ein Stück ihrer [der Norm] Wirksamkeit zum Ausdruck“ gebracht wird.[110] *Chilling Effects* können aber auch unerwünscht sein, wenn und weil sie in Richtung einer *Overcompliance* wirken; sinngemäß: Weil ich unsicher bin, ob ich die Ausnahmen des Urheberrechts richtig verstehe, verzichte ich gleich ganz darauf, meinen Studierenden digitale Kopien z. B. aus juristischen Fachzeitschriften zur Verfügung zu stellen. Werde ich dann noch im Unklaren darüber gelassen, ob mein Upload gemeldet werden könnte,[111] verstärkt das den negativen *Chilling Effect* sicherlich weiter. Insoweit zeigt sich, dass eine *Compliance Assistance Technology* i. e. S. *ohne* strukturierte Einbindung des Rechtsadressaten in einen Rechtsdialog auch dazu führen kann, dass der Einsatz des Mittels wohl schon ungeeignet, jedenfalls aber unangemessen sein kann, wenn keine hinreichend tragfähigen Strukturen gegen eine *Overcompliance* geschaffen werden.

79 *bb. Erforderlichkeit zur Ertüchtigung.* Einer *Compliance-Assistance*-Meldung bedarf es wohl dann nicht, wenn das technische System *Compliance* feststellt, d. h. die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich der Bürger ohnehin rechtskonform verhält. Es mag insofern aber Ausnahmen geben, etwa wenn der Rechtsadressat selbst dafür optiert, auch solche Informationen zu erhalten.

80 *cc. Angemessenheitsfragen.* Schließlich zur Angemessenheit einer solchen Ertüchtigungsleistung. Dass die technologische Assistenz als solche in der Regel datenintensiv sein wird, und ein Gebot ihrer Nutzung daher im klassischen Verständnis Grundrechtsfragen (Recht auf informationelle Selbstbestimmung) aufwirft, steht fest. Andererseits geht es eben nur um Assistenz der vom Recht ohnehin Adressierten, sodass sehr geringe Anforderungen an die ‚Eingriffsschwelle‘ zu stellen sein dürften (vergleichbar etwa mit Verbraucherinformationen).

81 Was nun das Wie anbelangt, steht die Frage im Zentrum, ob es dem Bürger *zumutbar* ist, mit der und auf Basis der *technisch zu leistenden/leistbaren* Rechtsinformation (vgl. → § 3), die ihm anvertraute Rolle eines hinreichend verständigen „Selbstbeurteilers“[112] des ihm geltenden Rechts auszufüllen. Das drängt zum einen – natürlich – darauf, die Zahl an *False Positives* wie an *False Negatives* gleichermaßen so gering wie möglich zu halten. Es bedarf aber eben vor allem einer auf den konkreten Einzelfall bezogenen Prüfung dahingehend, ob dem Bürger ausreichend Zeit und Ressourcen zugetraut und zugemutet werden können, die gebotene Assistenz zu hinterfragen – im Bewusstsein einer gewissen, hinzunehmenden Zahl an falsch-positiven Rechtswidrigkeits-Meldungen.

110 *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 425: „Auch wenn ich die Norm nicht befolge, möchte ich mich mit der Autorität, die hinter ihr steht, nicht anlegen […]. Darum breche ich die Norm heimlich und bringe dadurch ein Stück ihrer Wirksamkeit zum Ausdruck.“

111 Zu einem rudimentären Informationsarrengement im obigen Stud.IP-Bsp. → § 2 Rn. 290 f.

112 Vgl. *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201 (213).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hier wird nochmals der *Automation Bias* relevant.[113] Zu dessen Behebung werden etwa vorgeschlagen: Kennzeichnung von Alternativen[114]/Anzeige der zweitbesten Lösung, bewusst unvollständige Rankings,[115] Anzeige von Konfidenzen, oder sogar gar Irritationsarrangements (z. B. bewusstes Einspielen von Fehlern, diskutiert bislang vor allem für den Bereich der Medizindiagnostik). Das klingt erst einmal gut, kann in vielen Anwendungsbereichen sogar geboten sein, um *über* die menschliche Aufmerksamkeit *hinaus* überhaupt noch menschliche Basisfertigkeiten zu erhalten (i. S. einer Architektur menschlicher Fähigkeitsreserve[116]). Aber dadurch werden eben auch zeitliche und kognitive ‚Aufwände' erzeugt, die in die Abwägung mit einzubeziehen sind. Selbst dann, wenn man (wie ich) die Unterstützung von Adressaten bei der Erkenntnis des ihnen geltenden Rechts im Einklang mit einem republikanischen Bürgerschaftsverständnis *per se* als nur geringfügigen Grundrechtseingriff wertet,[117] muss anerkannt werden, dass je nach Sachgebiet der Zeitaufwand für die Auseinandersetzung mit (eventuellen) Rechtsvorgaben erheblich werden kann, und damit andere Freiheiten berührt werden. Statt einer Überwachungsgesamtrechnung[118] könnte hier eine Art Befolgungszeitgesamtrechnung anzustellen sein. Freilich, das betrifft natürlich nur teilweise die technischen Möglichkeiten bzw. Defizite rechtserkenntnisfähiger Technologie. Denn ebenso zwingt dies dazu, das Recht dahingehend zu hinterfragen, ob es vom Bürger – seine Rechtsadressierung unterstellt – *überhaupt* sinnvoll hinterfragt werden kann, oder ob nicht schon generell die konkrete Ausgestaltung seiner Adressatenstellung eine ihn strukturell überfordernde Fiktion ist. Sobald also *andere* Tätigkeiten (Freiheitsgebrauche, aber auch Leben/Fortbewegungsfreiheit etc.) unter der Erfüllung der Rechtsverwirklichung leiden, ist eine Grenze erreicht, die dann entweder zum Rückbau von Recht verpflichtet, oder aber zum Einsatz von *anderen* technologischen Hilfsmitteln. Das leitet zu den *Impossibility Structures* über. 82

b. Impossibility Structures. Unmöglichkeitsstrukturen sind der Gegenpol zur rein kommunikativen Assistenz der *Compliance Assistance Technologies* i. e. S., indem 83

113 Vgl. schon soeben, → § 4 Rn. 77.

114 *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 68; *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 474 f., 478.

115 Vgl. zur Idee *Freeman Engstrom* et al., 2020, S. 23. Demnach nutzt die US-amerikanische *Securities and Exchange Commission* ein *Artemis* genanntes Analyse-Tool (für *Advanced Relational Trading Enforcement Metrics Investigation System*), um Fehlverhalten von Finanzakteuren zu ermitteln. Dabei werden mehr Treffer angezeigt, als der menschliche Beamte tatsächlich bearbeiten kann (z. B. ungerankt zehn Verdachtsfälle, die alle eine Top-10-Wahrscheinlichkeit aufweisen; nicht: Top 1, Top 2, Top 3), d. h. er *muss* aus den Treffern selbst noch eine selbsttätig informierte Auswahl treffen.

116 Etwas umständlich von mir schon sog. „Fähigkeitserhaltungs-Architektur", s. *Rademacher*, in: Eifert (Hg.), Digitale Disruption und Recht, 2020, S. 45 (68 f.); mit der Forderung nach analogen Reservekapazitäten auch *Gaede*, Künstliche Intelligenz – Rechte und Strafen für Roboter? 2019, S. 76 ff. Interessant hierzu aber auch *Shane O'Mara*, zitiert nach *Fleming*, The Guardian v. 28.7.2019 (Onlinequelle): "There is no data of any quality showing that, over the long term, reliance on GPS is a bad thing."

117 Vgl. hierzu oben, → § 4 Rn. 57 f.

118 Dazu knapp oben, → § 2 Rn. 103.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sie einen (möglichen) Rechtsverstoß *physisch* verhindern sollen. Damit stellt sich die Frage, ob diese Strukturen noch als Realisierungs*assistenz* gefasst werden können, d. h. ob sie im Sinn eines republikanischen Rechts- und Bürgerschaftsverständnisses überhaupt *geeignet* sind, eine den Bürger *kognitiv ermächtigende* Wirkung (= Rechtswissensvermittlung) zu haben.

84 *aa. Grundsatz: Zwang als Ertüchtigung ungeeignet.* Die Frage ist in einem ersten Zugriff sehr einfach mit einem Nein zu beantworten: Die *Impossibility Structure* zwingt. Sie ermächtigt bzw. ertüchtigt folglich schon definitionsgemäß nicht. Die Struktur mag also geeignet sein im Sinne des oben beschriebenen Hilfeleistungsnarrativs, muss daher der darauf bezogenen verfassungsrechtlichen Prüfung standhalten,[119] ist hingegen von vornherein ungeeignet als Element eines Ertüchtigungsnarrativs.[120]

85 Für eine solche Wertung spricht auch Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG mit dem Verbot einer Vorzensur, als die jedenfalls flächendeckend eingesetzte *Impossibility Structures* im – wegen der Europäisierung des Kommunikationsrechts freilich kleiner werdenden – Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1, 2 GG zu werten wären.[121] Um diese *ausdrückliche* Schranken-Schranke käme auch die konsequenteste Umsetzung eines republikanischen Rechts- und Bürgerschaftsverständnisses nicht herum. Das also ist die einfache Antwort mit einem ‚Nein'.

86 Auf den zweiten Blick freilich muss die Antwort differenzierter ausfallen. Unter bestimmten Umständen und in bestimmten Rechtsanwendungskonstellationen lassen sich richtigerweise sogar *Impossibility Structures* noch als *Assistenz*systeme im Sinn des republikanischen Verständnisses fassen:

87 *bb. Ausnahme I (wenig überzeugend): Verteilung rechtlicher Angriffslasten als kontingente gesetzgeberische Ausgestaltungsentscheidung?* Wer ausloten will, ob nicht doch auch *Impossibility Structures* als Form der republikanischen Ertüchtigung zu werten sein könnten, kann zunächst in Erinnerung rufen, dass die Verteilung von rechtlichen Angriffslasten keine natürliche ist, sondern rechtlich gestaltbar.[122] Man könnte darauf aufbauend versuchen zu argumentieren, dass die Last, *ex post facto* korrigierend tätig zu werden (d. h. etwa ein Beschwerdeverfahren gegen eine algorithmische Blockadeentscheidung zu durchlaufen), letztlich nur eine besonders intensive Form der bürgerlichen Mitwirkungspflicht an der (richtigen) Realisierung von Recht wäre.

119 Zu den Maßstäben insoweit schon oben, → § 2 Rn. 240 ff.; vgl. auch *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 26 Rn. 146 f.
120 Vgl. zum Begriff oben, → § 4 Rn. 55.
121 Details zu Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG unten, → § 5 Rn. 55 ff.
122 Ausf. *Becker*, ZUM 2019, 636 (638 ff., bes. 640 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zunutze machen könnte man sich für eine solche Argumentation *prima facie* den Trend, *ex-post*-Lösungen in *manchen* Rechtsgebieten zunehmend für vertretbar zu halten. Auf einer allgemeinen Ebene ist hierfür Art. 22 Abs. 3 DSGVO beispielgebend,[123] der automatisierte Entscheidungen unter bestimmten Umständen erlaubt, vorbehaltlich eines Rechts „auf Anfechtung der Entscheidung", womit zumindest grundsätzlich ausgedrückt ist, dass *ex post* wirksame Mechanismen ausreichen können. Speziell für das Verwaltungsrecht hat *Alexander Tischbirek* in diesem Sinne jüngst auf die neue und wichtige Funktion des Widerspruchsverfahrens im Rahmen von automatisierten *Ermessens*entscheidungen (!) hingewiesen: 88

> „Die Defizite ermessensdirigierender KI – sowohl im Umgang mit atypischen Sachverhalten oder Härtefällen[124] als auch bei der Begründbarkeit der algorithmischen Ermessensstrukturierung – lassen sich erheblich abfedern, wenn hochgradig automatisierte Entscheidungen einer formalen Überprüfung durch die menschliche Amtsperson zugeführt werden können, wobei ein solcher Widerspruch dann nicht mehr unter Zuhilfenahme von KI beschieden werden dürfte."[125]

Insofern ist auch darauf hinzuweisen, dass mit einer solchen Ausgestaltung nicht, jedenfalls nicht generell, vorweggenommen wäre, wer dann die *Begründungs*last für eine gegebenenfalls abweichende Rechtsauffassung tragen müsste; diese könnte z. B. weiterhin bei derjenigen Person oder Stelle verortet bleiben, für die die Wirkung der *Impossibility Structure* vorteilhaft wäre. Gleiches gilt – erst recht – für die Verteilung der Beweislast. 89

Gleichwohl erscheint mir diese Argumentationslinie letztlich nicht überzeugend. Der Grund dafür ist und bleibt die prägende physische Komponente von *Impossibility Structures*: Sie ist es, die die Ertüchtigungs- von der Zwangs- bzw. gegebenenfalls Hilfeleistungskonstruktion unterscheidet, und damit den Bürger eben doch wieder aus dem republikanischen Konzept einer Mitwirkungsverantwortung und damit, notwendig verbunden: einer Mitwirkungs*möglichkeit* in die Rolle eines – zumindest im ersten Schritt – Beherrschten überführt. 90

Die von *Tischbirek* beschriebene Konstellation unterscheidet sich davon übrigens auf den zweiten Blick doch deutlich: *Tischbirek* hat seine überzeugenden Überlegungen zur die spezifischen Schwächen von KI kompensierenden Leistungsfähigkeit des *Widerspruchsverfahrens* angestellt, d. h. zu einem Verfahren, das zu einem Verwaltungsakt = *Rechts*akt führt, nicht zu einem physisch wirksamen *Real*akt. Die Angriffslast, die dem Bürger als Verfahrensbeteiligtem i. S. von § 13 VwVfG zugemutet wird, richtet sich mit anderen Worten gegen einen kommunikativen Akt. Es bleibt in diesem 91

123 Ausf. zur Historie und zu den Potentialen dieser Norm *Steinbach*, Regulierung algorithmenbasierter Entscheidungen, 2021, S. 151 ff., 114 ff.

124 Hierzu schon → § 3 Rn. 46 ff.

125 *Tischbirek*, ZfDR 2021, 307 (327). A. A. die wohl h. M., vgl. *Korte*, DÖV 2024, 770 (774).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Szenario bei der Möglichkeit einer kommunikativen Auseinandersetzung über das Recht, bevor es durch eine eventuelle Vollstreckung des Verwaltungsaktes in ein physisches Geschehen überführt oder *Non-Compliance* gar sanktioniert wird.[126]

92 In eine ähnliche Richtung gehen die Mitwirkungslasten einer Bürgerin im Verfahren vor dem Erlass eines automatisierten Verwaltungsakts, die es ihr auferlegen, „für den Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben" zu machen, „die im automatischen Verfahren nicht ermittelt würden" (§ 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG). Auch hier ist Produkt des Verfahrens ein Verwaltungsakt, die Rechtsanwendungsoperationen bzw. der Streit um diese bleiben daher auf der Ebene der Kommunikation.[127]

93 *cc. Ausnahme II (vielversprechender): Wenn Rechtsbefolgung ohne (schnelle) physische Intervention gar nicht mehr möglich ist.* Eine zweite Argumentationslinie ist vielversprechender: Sie baut auf dem schon angesprochenen Aufwands- und Zeitmoment von Rechtsanwendung auf,[128] d. h. auf der Tatsache, dass eine eigenverantwortlich-kontextualisierte Anwendung von Recht einen kognitiven Verarbeitungsprozess darstellt, den ein Mensch – zumal der hier nun im Vordergrund stehende juristische Laie – in vielen Fällen nicht ohne zeitlichen Aufwand bewältigen kann. Dem stehen reale Regelungsbereiche gegenüber, in denen die Rechtsadressaten Rechtsanwendungsentscheidungen in extrem kurzer Zeit treffen (können) müssen – im Straßenverkehr(srecht) häufig in Sekundenbruchteilen, wenn es z. B. um die Vermeidung von Unfällen geht.[129] Aber auch in bestimmten Konstellationen des wirtschaftlichen Massenverkehrs wird es Konstellationen geben, in denen eine bloße automatisierte Rechtsinformation – mit anschließend ausreichend Zeit, um diese menschlich-kognitiv zu verarbeiten – aus wirtschaftlichen Zwängen heraus keinen Mehrwert stiftet, sondern ihrerseits die unrealistische Fiktion eines ‚Aber-Du-hast-es-doch-gewusst!' darstellen würde; Konstellationen also, die an das Weg-Klicken von Daten- und Verbraucherschutzerklärungen mit dem Zusatz ‚Ich habe diese gelesen' erinnern und damit eine alltäglich-hundertausendfache Schwindelei sind.

94 In solchen spezifischen Konstellationen kann die *Impossibility Structure* tatsächlich als Ertüchtigung und Assistenz gewertet werden, die es dem Bürger erlaubt (Achtung, nochmals: gutes Funktionieren unterstellt!), sich auch in *eiligen* Konstellationen rechtmäßig zu verhalten (= Geeignetheit und Erforderlichkeit im Schema der Verhältnismäßigkeitsprüfung); aber die es ihm dann auch *ex post* ermöglichen muss und sollte, gegen eine aus seiner Sicht falsche automatisierte Erstanwendung

126 Vgl. dazu auch *Rademacher*, Realakte im Rechtsschutzsystem der EU, 2014, S. 185 ff.
127 s. bspw. oben, → S. 196 ff., zum Einsatz von KI i. R. der Studienplatzvergabe.
128 Vgl. soeben, → § 4 Rn. 82.
129 Die neuerdings häufigen *Dooring*-Unfälle kommen einem in den Sinn: Autotüren könnten so technisch ‚aufgerüstet' werden, dass sie ein Öffnen bei Herannahen eines Fahrrads, d. h. sorgfaltspflichtwidriges Verhalten, verhindern.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des Rechts vorzugehen. Wie oben bereits angesprochen, könnten solche spezifisch eingesetzten *Impossibility Structures* sogar den diffusen Einschüchterungseffekt der fehlenden Rechtskenntnis beseitigen,[130] der zumindest in bestimmten Realbereichen – etwa im Datenschutzrecht oder auch in Bereichen des Wirtschaftsverkehrs von kleinen und mittleren Unternehmen – plausibel ist.

Mit dem Einsatz solcher Technologien kann also ein Entlastungseffekt für die Normadressaten einhergehen, der im Sinn der Freiheit von Recht bzw. dem Aufwand der Befolgung von Recht auch grundrechtlich fundierbar ist (Art. 2 Abs. 1 GG). Natürlich dürfte dafür der – vorsätzliche oder fahrlässige – Versuch z. B. des Autofahrers, sich zunächst rechtswidrig zu verhalten, *erstens* nicht unter Namensnennung an eine zuständige Verfolgungsbehörde berichtet werden und dürfte *zweitens* – insbesondere – nicht sanktionsrechtlich bewehrt sein (= Angemessenheit des Arrangements); jedenfalls nicht im ersten, zweiten oder dritten Versuch. Was bei renitentem An-Agieren gegen eine *Impossibility Structure* gelten soll, müsste genauer untersucht werden, fällt dann aber eben nicht mehr unter Ertüchtigung, sondern leitet vollständig zur Überwachung über. 95

In bestimmten Konstellationen lassen sich folglich sogar *Impossibility Structures* als eine *Assistenz* zur Rechtsanwendung verstehen, die aus republikanischer Perspektive nicht notwendig als Überwachung oder Zwang, sondern als Ermöglichung und Ertüchtigung eingeordnet werden könnte – aber eben nur, wenn die Ausgestaltung *ex post* diesem Konzept Rechnung trägt, also auf Sanktionierung des Versuchs von Devianz zumindest im ersten Zugriff verzichtet. 96

c. Justification Structures schließlich sind ein besonderer Fall, indem sie Elemente von *Compliance Assistance* i. e. S., *Impossibility Structure* und *Intelligent Surveillance* kombinieren. Das wurde oben am Beispiel des UrhDaG illustriert,[131] das eine Filterung nach geschützten Inhalten vorsieht, es aber dem Nutzer unter bestimmten Umständen erlaubt, den Filter unter Berufung auf eine Ausnahme vom eigentlich geschützten Urheberrecht selbst ‚abzustellen'; *dies* aber wiederum nur um den Preis einer entsprechenden Meldung an den Rechteinhaber. Mit einer *Impossibility Structure* hat diese Struktur in der ersten Prozessstufe die physische Komponente gemein; mit *Intelligent Surveillance* hat sie gemein, dass der Rechteinhaber – in unserem Urheberrechtsbeispiel – informiert wird, wenn der Nutzer diese physische Komponente bewusst ‚abstellt'; und schließlich leistet sie bzw. sollte sie kommunikative Assistenz bei der Rechtsrealisierung leisten, indem sie dem Nutzer Informationen 97

130 s. dazu oben, → § 2 Rn. 255 ff.
131 Dazu oben, ab → S. 205.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

darüber liefert, dass sein begonnenes Verhalten rechtswidrig sein könnte oder welche Ausnahmeregelung gegebenenfalls in Frage kommt.[132]

98 *aa. Prima facie starke Überwachungskomponente von Justification Structures: zur Ertüchtigung ungeeignet?* Es ist das Element der *Intelligent Surveillance*, das *Justification Structures* aus Sicht des hier angelegten Beurteilungsmaßstabs – *ermöglichende und ertüchtigende* Rechtswissensermittlung statt Überwachung – als schon ungeeignet, jedenfalls aber als nicht erforderlich erscheinen lässt. Wie gesagt ist Überwachung eigentlich der Gegenpol des republikanischen Ansatzes,[133] wenn und weil sie erst geschehen lässt, aber beobachtend, um sodann zu reagieren, und damit *prima facie* Ausdruck von Misstrauen ist, was von Verfassungs wegen der besonderen Rechtfertigung bedarf.[134] Das Bundesverfassungsgericht hat es ja gerade als rechts*philosophischen* Kern seiner Überwachungsrechtsprechung postuliert, dass der Bürger einen *rechtlichen* Anspruch darauf hat, vor ständigen Rechtfertigungsanfragen hinsichtlich seiner Rechtschaffenheit verschont zu bleiben.[135] Diese Überwachungskomponente von *Justification Structures* lässt sich zwar für die Zwecke der Abwägung, die die Anlassdogmatik erforderlich macht bzw. erlaubt, relativieren und differenziert betrachten, aber ganz ‚wegdiskutieren' lässt sie sich letztlich eben nicht.[136]

99 *bb. Oder: Justification Structures als besonders ernst gemeinter Versuch, Rechtsanwendung als Dialog mit dem Bürger zu begreifen?* Auch hier soll aber, wie soeben schon, ein genauerer zweiter Blick gewagt werden. Mir scheint auch für ein republikanisches Rechts- und Bürgerschaftsverständnis und den daraus folgenden Bezugspunkt der Ertüchtigung das letzte Wort zu *Justification Structures* noch nicht gesprochen. Denn was diese Strukturen genau besehen tun,[137] ist, das *Dialogische* des Rechtsanwendungsprozesses viel stärker zu formalisieren, als es der gegenwärtige, analoge Status quo leisten könnte. Und das geschieht bereits zu einem Zeitpunkt, an dem die Handlung *noch nicht* – wie im Fall von bloßer *Surveillance* – schon *vollendet* wurde, und der Bürger mit der potentiell einschüchternden Lage möglicher, aber ungewisser Sanktionen konfrontiert wäre.[138]

132 Vgl. oben, → § 2 Rn. 290, 329.
133 s. soeben, → § 4 Rn. 54.
134 Auf die hier sog. Anlassdogmatik des BVerfG sei verwiesen, → § 2 Rn. 94 ff.
135 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 51. Dazu schon → § 2 Rn. 96 f. Dazu, warum diese Übertragung auch nach hier vertretener Auffassung überzeugt, nochmals unten, ab → S. 422.
136 Vgl. oben, → § 2 Rn. 365 ff.
137 s. oben, → S. 223 ff.
138 Schon oben, → § 2 Rn. 256 ff., dazu, warum gerade Technologien mit physischer Komponente – vielleicht kontraintuitiv – geeignet sein können, Einschüchterungseffekte zu *reduzieren*.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Justification Structures sind damit auch von reiner *Compliance Assistance* i. e. S. potentiell positiv abgehoben, d. h. liefern auch am Maßstab der Ertüchtigung gemessen einen Mehrwert, *wenn* wir es mit einem Rechtsbereich zu tun haben, der für eine ‚richtige' Rechtsanwendung auf den dialogischen Austausch zwischen den beteiligten Akteuren besonders *angewiesen* ist. Dieser Ansatz ist anspruchsvoll. Gerade das Urheberrecht – aus dem das Praxisbeispiel für unsere *Justification Structure* stammt – dürfte mit seinen komplexen Abwägungsgeboten diese Anforderungen freilich erfüllen. Erneut sei an die Einschätzung von Generalanwalt *Saugmandsgaard Øe* über das Urheberrecht erinnert: Die Adressaten des Urheberrechts würden gar nicht das juristische Knowhow besitzen, um ihre Rechte und Pflichten tatsächlich selbst zu kennen.[139] Damit ist das Urheberrecht im Internet also tatsächlich ein Bereich, in dem die Nutzer mittels *Justification Structure* in das Forum der internen Beschwerdemechanismen und damit in einen geordneten Rechtsdialog mit den Rechteinhabern geleitet werden können, wo eine gemeinsame Beurteilung des ‚richtigen' Rechts bzw. ein Streit darum ermöglicht ist. Nimmt man das Dialogische ernst – d. h. werden auch die Sanktionsregime angepasst, etwa, indem für eine vertretbare, z. B. erstmalige Rechtfertigungsbehauptung eines Nutzers ein Schutz vor straf- oder schadensrechtlichen Sanktionen gewährt werden würde –, dann erscheinen *Justification Structures* aus einem republikanischen Verständnis sogar *besonders* gut geeignet, weil sie – in der Diktion von *Funke* – eine Diskussion um die Rechtfertigung *des Rechts* in konkreten Konstellationen erlauben. 100

Ob sich die Struktur in das Bild eines republikanischen Rechts- und Bürgerschaftsverständnisses mit dem Leitgedanken der Ertüchtigung einfügen lässt, hängt damit von dem Rechtsbereich ab, in dem sie eingesetzt wird. Und sodann kommt es, neben den erwähnten Folgen-Regelungen, für die Angemessenheit des Arrangements weiterhin – wie bei den *Compliance Assistance Technologies* i. e. S. schon ausgeführt[140] – zentral darauf an, dem Bürger im Moment der Konfrontation mit einer Rechtfertigungsanfrage (Bsp.: „Dieser Upload könnte einen Urheberrechtsverstoß darstellen.") eben auch mit folgenden (Hintergrund-)Informationen zu versorgen: 101

- Warum das so sein soll, und dabei vor allem: welche gesetzlichen Erlaubnistatbestände in Betracht kommen, auf die sich ein Rechtfertigungsansinnen stützen kann;
- zur Vermeidung von Einschüchterungseffekten und Forcierung des dialogischen Charakters des Prozesses: welche Folgen und welche Sanktionen (wann/wie lange *nicht*) drohen, wenn sich der Bürger *ex post* betrachtet unzulässigerweise auf eine Rechtfertigung berufen hat; und

139 s. oben, → § 4 Rn. 12.
140 s. soeben, → § 4 Rn. 76.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- abschließend hinreichend klar zu machen, dass und gegebenenfalls warum die Einschätzung der Technologie tatsächlich und/oder rechtlich fehlerhaft sein könnte.

102 Die Überlegungen legen nahe, dass es sich bei *Justification Structures*, welche die Anforderungen des republikanischen Rechts- und Bürgerschaftsverständnisses erfüllen können sollen, um aufwändige Arrangements handeln würde, deren Nutzung die Bürger wahrscheinlich einüben werden müssen.

103 *d. Spezifische Rückfragen an das Recht.* Die Überlegungen regen zuletzt dazu an, ganz *spezifische* (also für das *republikanische* Verständnis spezifische) Rückfragen an das Recht zu stellen. Mindestens die beiden folgenden Fragerichtungen lassen sich hier unterscheiden:

- Kann der konkrete Rechtssatz und soll er von Bürgern (mit realistischer Assistenz) konkretisiert und realisiert werden? Wenn nicht, dann muss in Frage gestellt werden, ob überhaupt eine sinnvolle Adressatenwahl vorliegt, d. h. ob nicht von vornherein professionelle Adressaten für den Erstzugriff angesprochen werden müssten, oder ob das Recht nicht – gegebenenfalls unter Preisgabe von Einzelfallgerechtigkeit – pauschaler und einfacher ausgestaltet werden könnte.
- Oder handelt es sich um Rechtsnormen, bei denen der Einzelne von vornherein keine Mitsprache haben soll, also nicht, wie von *Funke* gefordert, „auf Augenhöhe agieren" können soll. Das könnten elementare Rechtsregeln z. B. im Bereich des Lebens- und Freiheitsschutzes sein, deren „Anwendung wir nicht mehr verlernen können wollen".[141] Aber das kann auch eher technisches oder rein wirtschaftliches Recht sein, bei dem es sich in vielen Fällen um eine Alltagssteuerung ohne grundrechtliche Nähebeziehung zur Persönlichkeitsentfaltung handeln wird. Hier dürften viele Bürger eine für die Realisierung des Rechts schädliche, für den Einsatz von *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. aber wohl durchaus akzeptanzsteigernde Indifferenz dem Recht/seiner Befolgung gegenüber an den Tag legen.[142]

2. Regulierung des technischen Systems: Verlässlichkeit und Bestreitbarkeit der maschinellen Rechtsanwendungsoperationen

104 Den Kern der Arbeitsteilung bildet das technische System.[143] Ausgehend von den bislang allein von Menschen erbrachten Leistungen bei der Realisierung von Recht

141 Zitat nach *Wischmeyer*, in: Baumgärtel/Hoppen (Hg.), Informationstechnik und Recht, 2021, S. 9 Rn. 28; dazu ausf. unten, ab → S. 494 und bes. → § 5 Rn. 257 ff.

142 Was die Akzeptanz angeht, zeichnet sich jdf. dann eine grds. positive Einstellung zum Technologieeinsatz ab, sobald es um Verbraucheransprüche gegen Unternehmen geht, s. *Gebhard/Sommer*, 2022, S. 23 f.

143 Vgl. auch *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, ^{3}2022, § 26 Rn. 138.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(→ § 3) und aus der Perspektive der ‚Ertüchtigung' der Rechtsadressaten lassen sich für das technische System mindestens zwei zentrale Dimensionen unterscheiden: Die Rechtswissensvermittlung im arbeitsteiligen Prozess muss *erstens hinreichend verlässlich* erfolgen (→ a.) und sie muss *zweitens* von ihrem Adressaten – im weiten Sinn – *adäquat bestreitbar* sein (→ b.). Die vielfältigen gesetzgeberischen Bemühungen zur Regulierung von KI gehen genau in diese Richtung. Sie sind freilich nicht spezifisch auf die Frage der technikgestützten Rechtswissensvermittlung bezogen (→ c.).

a. Hinreichende Verlässlichkeit. Das Gebot der hinreichenden Verlässlichkeit meint zunächst nichts anderes, als dass das System sachbereichsspezifisch *gut genug* funktionieren muss, um im Regelfall tatsächlich eine ‚richtige' Rechtswissensinformation liefern zu können. Es darf also nicht zu viele *False Positives* oder *False Negatives* erzeugen, und die Fehlerraten über unterschiedliche Anwendungsszenarien und soziale Gruppen sollte möglichst gleichmäßig verteilt sein[144] – alles andere würde auf Dauer das Vertrauen in eine *gerechte* Funktion des Systems unterminieren. 105

Klar ist aber nach dem bisher Gesagten auch, dass Perfektion zu verlangen unrealistisch und nicht sinnvoll wäre.[145] Geht man von den aktuellen und den strukturellen Leistungsdefiziten von technologiebasierter Rechtserkenntnis aus (→ § 3), dann erscheint es unvermeidbar, dass in zahlreichen Fällen *False Positives* und *False Negatives* auftreten werden. Freilich sind auch nicht alle auf Realisierung von Recht gerichteten *menschlichen* Handlungen ‚richtig'. Vielmehr zeigt die Praxis, dass viele der zugrundeliegenden Auslegungen durch Laien, aber auch durch einzelne Amtsträger bei nochmaliger Beurteilung im Rechtssystem (d. h. durch Richterinnen oder Aufsichtsbehörden) als ‚unrichtig' qualifiziert werden. Erträglich ist das dann und deshalb, wenn *gemeinhin, in der Breite* ‚richtige' Ergebnisse erzielt, die mit den jeweiligen Normen bezweckten Steuerungserfolge also im Großen und Ganzen erreicht werden. 106

So gesehen ist Rechtsrealisierung durch Menschen auch stets eine Arbeit auf Basis von „Verlässlichkeitsgründen" oder „reliabilistischen Rechtfertigungen".[146] Die zentralen Fragen sind daher: In welchen Anwendungsbereichen reichen „reliabilistische 107

144 Ibid. Ausf. hierzu oben → § 1 Rn. 36 und → § 3 Rn. 109.

145 s. hierzu die Ausführungen oben, ab → S. 317.

146 *Kaminski*, in: Wiegerling/Nerurkar/Wadephul (Hg.), Datafizierung und Big Data, 2020, S. 151 (169); vgl. auch S. 166: „Das bedeutet nicht, dass Verlässlichkeitsüberlegungen stets unangemessen wären. So wäre es beispielsweise eigenartig, wenn von einer Person gefordert würde, sie müsste nachvollziehen können, warum ein Thermometer so funktioniert, wie es funktioniert, um es zu verwenden. Oder warum ihr Auto fährt. Es genügt, wenn sie sich darauf verlässt und verlassen kann, weil es sich wiederholt bewährt hat. Im Fall des juristischen Urteils ist, anders als beim Start des verlässlichen Autos, der singuläre Fall entscheidend. Es geht um die Schuld *dieses* Individuums."

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtfertigungen“[147] ab welcher Verlässlichkeitsschwelle für den Einsatz aus? In welchen Bereichen müssen hingegen zusätzliche, schärfere Anforderungen gestellt und komplexere Arrangements geschaffen werden?[148] Das ‚hinreichend gut‘ der Verlässlichkeit ist nach Einsatz- und Rechtsgebieten der Technologie zu differenzieren, nach den Fähigkeiten der damit betrauten Anwender und schließlich auch nach dem aktuellen Status quo einer rein menschlich-analogen Rechtsanwendung.[149] Die Arbeit auf Basis von Verlässlichkeitsgründen erfordert mit anderen Worten eine mehrdimensionale Kontextualisierung der Leistungsfähigkeit, die situativ angepasst hinreichende Realiabilität und Brauchbarkeit ermitteln und sicherstellen kann.

108 Die Operationalisierung der dafür erforderlichen Kontextsteuerung[150] wird über bereichsspezifisch festzulegende, materielle Schwellenwerte, Fairnessmaße oder flexible Standards erfolgen können,[151] deren Ermittlung und Einhaltung anfängliche Tests und gegebenenfalls Folgenabschätzungen[152] ebenso wie laufende Evaluationsverfahren[153] und regelmäßige Audits[154] erforderlich machen wird. Diese durchzuführen oder zu beauftragen und zu protokollieren, wird Aufgabe derjenigen Akteure sein, welche die entsprechenden Systeme auf den Markt bringen. In der Regel werden das private Stellen sein, häufig, aber nicht immer staatlich mandatiert, dann mit verbleibender staatlicher Gewährleistungsverantwortung. Nur selten werden staatliche Stellen selbst entsprechende Systeme bereitstellen können oder wollen.

109 Die Zahl an entsprechenden Vorschlägen und Verfahren, die derzeit entwickelt und teilweise auch schon genutzt werden, um Programme vor und während ihrer Einsatzphasen testen zu können, wächst laufend.[155] Einige der Verfahren können

147 Ibid., S. 163 ff.

148 Vgl. auch ibid., S. 170: „In welchen Kontexten und unter welchen Bedingungen es rechtfertigbar ist, lernende Algorithmen zur Entscheidungsfindung einzusetzen, ist meines Erachtens ein relativ neues Forschungsgebiet, bei dem wir am Anfang stehen“. Zur damit aufgerufenen Frage nach dem akzeptablen Fehlerkalkül *J.-P. Schneider*, in: Ruffert (Hg.), Die Regulierung digitaler Plattformen, 2023, S. 105 (129 ff.).

149 Vgl. auch *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, ^{3}2022, § 26 Rn. 138: „menschliche Entscheidungen als Benchmark“.

150 Vgl. zu diesem Steuerungskonzept *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2002), 266 (308 f.).

151 *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, ^{3}2022, § 26 Rn. 138.

152 s. hierzu *European Law Institute*, Model Rules on Impact Assessment of Algorithmic Decision-Making Systems Used by Public Administration, 2022; monographisch *Dollinger*, Folgenabschätzungen für Verwaltungs-Algorithmen, 2023.

153 s. zu verschiedenen Testverfahren *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren, 2018, S. 58 ff.

154 Zur Abgrenzung von Test und Auditierung *Waltl/Vogl*, DuD 2018, 613 (616). Zum *Auditing* s. *Koshiyama* et al., Royal Society Open Science (2024), 11:230859.

155 Auch die als Lösung strafprozessual-verfassungsrechtlicher Probleme bei der Verwertbarkeit von KI-Daten zu Beweiszwecken angebotene Idee der “Artificial Counter-Intelligence” stellt eine Form der Verlässlichkeitserzeugung dar, s. *Gless/Weigend*, JZ 2021, 612 (619 f.): „Zur Sicherstellung der Rationalität der Beweisführung mittels IA wird deshalb vorgeschlagen, eine Software (Artificial Counter-Intelligence, ACI) zu entwickeln, die in der Lage ist, das Funktionieren und die Entscheidungswege eines IA zu überprüfen, und das Ergebnis dieser Überprüfung dem Gericht und den Verfahrensbeteiligten zur Verfügung zu stellen“.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auch sozusagen von außen genutzt werden, um die Programme von privaten Anbietern zu evaluieren, ohne auf die Rohdaten oder Quellcodes zugreifen zu müssen.[156] Hier wird schon die Schwelle zur staatlichen oder unter Umständen auch zivilgesellschaftlichen Aufsicht überschritten, dazu sogleich mehr.[157]

b. Adäquate Bestreitbarkeit. Ausgehend *erstens* von der Einsicht, dass die technologische Rechtserkenntnis auf absehbare Zeit *nicht* vollständig verlässlich sein wird und *zweitens* von der hier angelegten Warte eines Technologieeinsatzes, der zuvorderst dazu dienen soll, die Erstadressaten von Recht zu dessen ‚richtiger' Anwendung zu ertüchtigen, steht neben der Verlässlichkeit als zentraler Baustein der neuen Arbeitsteilung das Erfordernis, die Erkenntnis adäquat bestreitbar und – als Vorstufe – hinterfragbar zu machen. Die Aufgabe hat eine doppelte Dimension: Die Adressaten der Information müssen diese hinterfragen *können* und müssen sie auch hinterfragen *wollen*. 110

aa. Minimalanforderung: Information über die automatisierte Rechtsassistenz. Beides setzt zumindest eine *Information* der Adressaten darüber voraus, *dass* überhaupt automatisiert Rechtserkenntnis gewonnen und vermittelt wird und möglichst auch darüber, auf welcher Norm die Rechtserkenntnis beruht;[158] freilich in möglichst adressatengerechter, und d. h. in der Regel in einer ersten Stufe:[159] in laiengerechter Sprache, eventuell bildlich unterstützt. Aus den oben aufgeführten Beispielen kommt hier wieder das einfache Beispiel von Stud.IP in den Sinn,[160] das durch Erklärtexte versucht, den Nutzern der Online-Plattform zu erläutern, wann und welche Urheberrechte sie eventuell beachten müssen. Dass das UrhDaG demgegenüber keine Spezifikation dazu enthält, *wie* die Nutzer auf mögliche gesetzliche Erlaubnisse für ihren Upload hingewiesen werden sollen, fällt negativ auf.[161] Wie wichtig freilich schon die Information *allein* über das *Ob* einer technologisch ablaufenden Rechtsanwendungsoperation ist, zeigt die Diskussion, in der viele Autoren den Übergang von Rechtsdurchsetzungstechnologien im Sinn der *Impossibility Structures* zu präemptiven Technologien befürchten, die sich konzeptionell im Stil des *Nudging* dadurch auszeichnen, dass die Verhaltensbeeinflussung nicht mehr bewusst erlebt wird. *Mireille Hildebrandt*: 111

> "It is not so difficult to imagine the growth of a deterministic ICI [information and communication infrastructure] that keeps itself one step ahead of our inferred preferences or inclinations. Especially where the onlife world becomes saturated with invisible detection and decision

156 s. etwa die Idee des *Black Box Tinkerings* von *Perel/Elkin-Koren*, Florida Law Rev. 69 (2017), 181 ff.
157 s. dazu sogleich, → S. 380 ff.
158 Dazu auch *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 179 f.
159 Zum Erfordernis „gestufte[r] Transparenzregimes" schon *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 (63).
160 Oben, → § 2 Rn. 290.
161 Vgl. oben, → § 2 Rn. 329, dort v. a. in Fn. 681.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mechanisms that manage to redress our *behaviours* instead of addressing us with regard to our *actions*."

112 Um *diesseits* der *Nudging*-Debatte zu bleiben, gilt daher für alle hier diskutierten Technologien, dass – um eine weitere Wendung von *Hildebrandt* aufzugreifen – der "adressee" der Technologie ‚in der Gleichung bleiben muss': "*my behaviour should not be redressed without first addressing me about it*, enabling me to take responsibility for my behaviour as my action".[162]

113 *bb. Adressatenadäquate Nachvollziehbarkeit der Assistenz.* Darüber hinaus hat in der allgemeinen Diskussion um automatisierte Entscheidungs(unterstützungs)systeme der Wunsch viel Aufmerksamkeit erlangt, dass sich automatisierte Systeme möglichst selbst so *erklären* bzw. ihre Ergebnisse so *begründen* (können) müssen, dass die Ergebnisse menschlich nachvollziehbar, damit hinterfragbar und eben bestreitbar sind.[163]

114 Das Anliegen wird von den technischen Wissenschaften unter dem Topos der *explainable AI* (xAI) breit aufgegriffen.[164] Diese Verfahren dienen teilweise der Selbstkontrolle der Entwickler, indem sie etwa wie die bekannten *Heat Maps* erkennen lassen, ob ein auf den ersten Blick gut funktionierendes System eventuell fehlerhafte und unzuverlässige Muster nutzt, die nur wegen zufälliger Verzerrungen in den Trainings- und Testdatensätzen zu ‚richtigen' Ergebnissen geführt haben.[165] xAI trägt in dieser Perspektive also erheblich zur Steigerung der Verlässlichkeit der Systeme bei.

115 Im Zentrum der Diskussion steht aber die Wirkung von xAI gegenüber den eigentlichen Nutzern von KI-Systemen: Ihnen ermöglichen aussagekräftige Erklärungen/Begründungen *erstens* eine Fremdkontrolle der Ergebnisse, sie steigern *zweitens* zumindest potentiell die konkrete Akzeptanz und das gesamthafte Systemvertrauen und beseitigen *drittens* und nicht zuletzt den Eindruck, der Nutzer sei eventuell bloßes Objekt einer automatisierten Aus- oder Bewertung.[166]

116 Die oben aufgeführten Beispiele für xAI[167] zeigen, dass hier noch viel Entwicklungsbedarf besteht, aber sie zeigen auch, dass beim Wunsch nach Erklärung/Begründung[168] stark nach Anwendungsbereichen differenziert werden kann und muss. Geht es z. B. darum, die Auswertungen einer intelligenten Videoanalyse zu hinter-

162 *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 185. Hervorhebung im Original.
163 Statt aller *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, ^{3}2022, § 26 Rn. 138. Grundlegend *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1, S. 54 ff.
164 Dazu oben, → § 1 Rn. 51 ff.
165 s. für ein entsprechendes Bsp. oben, in → § 1 Fn. 159.
166 Ausf. zu den genannten Funktionen *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1, S. 56 ff.
167 s. → § 1 Rn. 51 ff.
168 Zum Unterschied zwischen Erklärung und Begründung ausf. *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1, S. 42 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fragen, dann braucht es für den Nutzer im Zweifel keine aufwendige technische Lösung, es braucht erst recht keine Offenlegung des Quellcodes und noch nicht einmal eine – heute schon mögliche – Illustration der die automatisierte Entscheidung tragenden Bildpunkte des Videos. Sondern es braucht im Zweifel ‚nur' eine Anzeige derjenigen Videosequenz, die den Treffer ausgelöst hat.[169] Das ist ein Szenario, das nicht nur im Rahmen der intelligenten Videoüberwachung eine wichtige Rolle spielen kann,[170] sondern beispielsweise auch bei *Compliance Assistance Structures* i. e. S. im Straßenverkehr[171] eingebaut werden könnte, wenn sich etwa ein Fahrer fragt, ob es richtig sein kann, dass ihm das System eine Höchstgeschwindigkeit von 10 km/h anzeigt – hier würde es schon helfen, das Trigger-Element visuell darstellen zu können, das ursächlich für diese Anzeige war, also beispielsweise ein – vielleicht falsch erkanntes – Verkehrsschild. Technisch ausgedrückt geht es hier also ‚nur' darum, dass das System zumindest auf Anfrage in der Lage ist, die Input-Daten anzuzeigen, die als Auslöser eines konkreten Treffers/einer konkreten Rechtsinformation dienten; was freilich deren hinreichend lange Speicherung (Protokollierung) voraussetzt. Juristisch geht es um die Tatsachengrundlage des Subsumtionsschlusses.

Nun ist das verkehrsrechtliche Beispiel zugegeben wieder ein einfaches Beispiel, 117
und je komplexer Anwendungsszenarien werden, umso herausforderungsvoller wird es, gerade für die hier im Fokus stehenden juristischen Laien als regelmäßige Erstanwender von Recht, nachvollziehbare Informationen über die Gründe der Rechtserkenntnis zu liefern. Aber man sollte im Hinterkopf behalten, dass in vielen Szenarien der Rechtsanwender nach dem Status quo mit der an ihn adressierten Rechtsbefolgungspflicht sogar ganz allein gelassen ist. Alleingelassen in dem Sinn, dass er bislang ohne automatisierte Unterstützung auskommen muss, die – und das ist ja die erste hier genannte Bedingung – immerhin in hinreichend vielen Fällen *verlässliche* Rechtserkenntnis liefern können muss, um überhaupt sinnvoll zum Einsatz zu kommen.

Startet man von dieser Analyseposition aus, dann muss das Ziel des Bestreitbarkeits- 118
arrangements nicht unbedingt sein, dass der Bürger eine Begründung erhält, welche die Qualität einer juristisch-menschlichen Begründung hat, sondern er muss zusätzliche Informationen dergestalt erhalten, dass sie vermeiden, dass er der automatisiert

169 s. schon *Rademacher*, in: Wischmeyer/Rademacher (Hg.), Regulating Artificial Intelligence, 2020, S. 225 Rn. 33. Vgl. auch *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 (63): „Was den für die Fremdkontrolle wichtigen Aspekt der Anregung von Kontrollverfahren durch Betroffene betrifft, trägt wohl ein gestuftes Transparenzregime den unterschiedlichen Adressatenkreisen am ehesten Rechnung: So dürfte es ausreichen, unmittelbar Betroffene zunächst nur allgemein über die Funktionsweise des Systems und einige in ihrem Fall besonders einschlägige Faktoren zu informieren. Wenn Betroffene auf dieser Grundlage eine Überprüfung der Entscheidung anstreben, muss dann jedoch sichergestellt werden, dass sie […] im Laufe des Verfahrens Zugriff auf alle erforderlichen Informationen erhalten."

170 Dazu oben, → § 2 Rn. 21 ff.

171 Aktuelle Bsp. hierfür oben, → S. 186 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erstellten Rechtserkenntnis nur deshalb folgt, weil sie automatisiert erstellt ist (*Automation Bias*[172]), und die vermeiden, dass er sich mit der eigenverantwortlichen Beurteilung der Rechtslage – Achtung: zu der er ja eigentlich *ohnehin* selbst verpflichtet ist – *immer noch oder nun erst recht* überfordert und damit in der Rechtsanwendung nur weiter verunsichert sieht.

119 Neben anspruchsvollen Begründungen im Sinne der xAI-Diskussion wäre hier auch daran zu denken, dass dem Bürger die Konfidenzwerte angezeigt werden, mit denen ein System eine bestimmte Rechtserkenntnisaussage getroffen hat. Oder es könnten unterschiedliche algorithmische Systeme parallele Analysen durchführen, und dem Nutzer könnte angezeigt werden, ob bzw. welchen (eventuell *deutlich* schwächeren) Konfidenzwert das zweite System für eine bestimmte Rechtserkenntnis ausgeworfen hat.[173] Das sind Möglichkeiten jenseits von anspruchsvoller xAI, um ein eventuell überzogenes Vertrauen in die Richtigkeit automatisierter Auswertungen bzw. eine bürgerliche Abhängigkeit davon zu relativieren. Sie erfüllen damit die Funktion, Ansätze für ein weiteres, *aktives* Hinterfragen der Rechtserkenntnis zu liefern.

120 Insoweit – also was das Hinterfragen-Können und -Wollen (!) durch die Adressaten der Technologie anbelangt – gilt es nun nochmals nach den genannten Technologien/Strukturen zu unterscheiden:

121 *cc. Im Detail: Compliance Assistance Technologies i. e. S.* Im Fall von *Compliance Assistance Technologies* i. e. S. wäre eine Option, nach einer – eventuell irritierenden oder ärgerlichen oder trotz der eben genannten Zusatzinformationen für den laienhaften Nutzer unverständlichen – Rechtsinformation klassische Unterstützung in Form von Rechtsanwälten oder zuständigen Behörden zu suchen. Es könnte allerdings auch überlegt werden, ob neben den mitgelieferten Informationen (sozusagen den *Push*-Informationen), die eine gelungene *Compliance Assistance* ausmachen, nicht auch direkt *im* technischen System Möglichkeiten für weitere Nachforschungen gegeben werden (sozusagen ein Angebot von rechtlichen *Pull*-Informationen). Ein – zugegeben wieder rudimentäres – Beispiel dafür ist die App NINA, die nicht nur *prima-facie*-Informationen zu den in einem bestimmten Gebiet geltenden Corona-Schutzbestimmungen liefern konnte, sondern Direktlinks auf „weitere Informationen" = Gesetze oder amtliche Informationsseiten anbot, und die „bei Fragen" einen Link zu einem Tool des RKI zur Suche nach dem jeweils zuständigen Gesundheitsamt bereitstellte.[174] Das ist auf den ersten Blick unscheinbar, aber es stellt eine sehr basale Grundarchitektur dar, wie eine immerhin in Ansätzen automatisierte Rechtserkenntnistechnologie (= GPS-Auswertung) so in ein Geflecht aus weiteren Informationsmöglichkeiten eingebunden werden könnte, dass der assistierte Bürger

172 s. auch schon → § 4 Rn. 77.
173 Für entsprechende Bsp. schon → § 4 Rn. 82.
174 s. oben, → § 2 Rn. 297.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nicht das Gefühl haben muss, mit einer – ihn eventuell immer noch überfordernden – Rechtsinformation allein gelassen worden zu sein. Natürlich müssten dann auch die amtlichen Informationsseiten gut nachvollziehbar gestaltet sein, bzw. müssten die Gesundheitsämter, deren Kontaktdaten ausgeworfen werden, auch genügend Ressourcen bereithalten, um die anfallenden Anfragen beantworten zu können. Das war sicherlich in der Pandemie selten der Fall. Die Überlegung zeigt auch, dass gerade in den Anfangsphasen automatisierter Rechtserkenntnisarrangements sogar ein *Mehr* an Arbeit auf menschliche juristische Experten zukommen könnte als gegenwärtig, falls die Adressaten von Rechtssätzen, die bislang von ihrer Adressatenstellung nichts wussten oder sie aus Überforderung oder fehlendem Zugang zu Rechtswissen womöglich bedingt vorsätzlich ignoriert haben, durch geordnete, formalisierte Arrangements der Rechtswissensvermittlung nun viel häufiger in einen echten Dialog über die Rechtsanwendung eintreten könnten.

dd. Im Detail: Impossibility Structures. Im Fall von *Impossibility Structures* liegt die Lösung für eine effektive Bestreitbarkeit und damit verbunden weitere Klärung der Rechtslage darin, *ex post* wirksame Beschwerdeverfahren vorzusehen, was z. B. im digitalen Urheberrecht oder in der VO 2021/784 zur Bekämpfung terroristischer Online-Inhalte auch schon so vorgesehen ist.[175] Dabei sollte die Beschwerdemöglichkeit – je nach dem konkreten Einsatzgebiet der Technologie – möglichst medienbruchfrei zugänglich sein. Idealerweise also durch einen Maus-‚Klick' im Fall von *Impossibility Structures* im Onlinekommunikationsrecht; im Fall von (denkbaren) *Impossibility Structures* im Straßenverkehr durch einen im Fahrzeug selbst verbauten Notruf-/Beschwerde-Schalter. 122

Die Ausgestaltungsoptionen sind hier ebenso vielfältig wie die denkbaren Einsatzszenarien. In allen Fällen notwendig wären allerdings auch halbwegs zugängliche Informationen dazu, welche eventuellen Konsequenzen mit einer Beschwerde verbunden wären – also vorrangig eventuelle Kostenfolgen, aber auch in bestimmten Fällen denkbare Versuchsstrafbarkeiten, wenn sich herausstellt, dass die *Impossibility Structure* zutreffend und zu Recht ein Verhalten des Bürgers blockiert hat, das unter eine Sanktionsnorm fällt. Aber wie gesagt, wäre es die Konsequenz eines *republikanisch* verstandenen Rechts- und Bürgerschaftsverständnisses, das *Dialogische* der Rechtsrealisierung zu betonen, sogar im Fall von *Impossibility Structures*;[176] und das sollte dann zum sukzessiven Rückbau von Sanktionsarrangements bzw. zu ihrer Fokussierung auf eindeutig und erkennbar rechtswidrige Handlungen führen.[177] 123

175 Vgl. bspw. Art. 9 VO 2021/784 (TCO-VO). Zur Verordnung ausf. oben, → § 2 Rn. 166 ff.
176 s. soeben, → § 4 Rn. 93 ff.
177 Dazu schon oben, → § 2 Rn. 256 f. und → § 4 Rn. 95 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

124 *ee. Im Detail: Justification Structures.* Im Fall von *Justification Structures* ist die rein mechanisch verstandene Bestreitbarkeit im Sinn von Abstellbarkeit der Verunmöglichungsstruktur bereits definitorischer Bestandteil der *Structure*.[178] Wie im Fall von *Compliance Assistance* i. e. S. muss, um eine auch *intellektuelle* Bestreitbarkeit herzustellen, der Bürger, der mit einer *Justification Structure* konfrontiert ist, freilich vorab hinreichende *Push*-Informationen erhalten, die ihm eine eigenverantwortliche Vorab-Bewertung der ‚richtigen' Rechtslage ermöglichen, ergänzt eventuell um die Möglichkeit von *Pull*-Informationen zur eigenverantwortlichen Vertiefung.

125 Hier noch mehr als im Fall von *Impossibility Structures* muss dann für einen Bürger feststehen, welche möglichen Konsequenzen ein Abstellen haben kann. Haftungs- und sanktionenrechtliche Konsequenzen sind z. B. im Fall des UrhDaG nicht ausgeschlossen,[179] und das Gesetz lässt es leider offen, in welcher Form der Nutzer, der den Weg einer „Kennzeichnung als erlaubte Nutzung" beschreitet, auf diese möglichen Konsequenzen oder eventuelle Kostenfolgen hinzuweisen ist. Hier kann im Rahmen der Anwendung des Gesetzes noch nutzerfreundlich – d. h.: im Sinn eines offen(er)en Dialogs über die ‚richtige' Rechtsanwendung – nachgesteuert werden.

126 *c. Ansätze für entsprechende Regulierungen im geltenden Recht.* Einen übergreifenden Rechtsakt, der sich spezifisch mit Rechtserkenntnistechnologien im hier interessierenden Sinn befassen würde, gibt es zumindest im deutschen und unionalen Recht nicht und er ist – soweit ersichtlich – auch nicht geplant. Wie unter → a. und → b. schon immer wieder beiläufig angedeutet, enthalten sektorspezifische Rechtsakte, die sich mit *Compliance Assistance* i. w. S. befassen, aber bereits sektorspezifische Vorgaben zu Verlässlichkeit und Bestreitbarkeit. Sie werden im Folgenden der Übersichtlichkeit halber nochmals kurz dargestellt.

127 Dieser sektorielle Ansatz dürfte grundsätzlich der richtige sein, da die Diversität der möglichen Einsatzszenarien und Technologievarianten derart groß ist, dass horizontale Vorgaben kaum über das Bestimmtheitsniveau hinausgehen können/dürfen, das auf der mittleren Bestimmtheitsebene der auch hier angestellten, theoriegeleiteten Überlegungen liegt. Das illustrieren die beiden Beispiele schon existierender horizontaler Regulierung von Entscheidungs- und Entscheidungsunterstützungssystemen in der DSGVO (Art. 22) und im AI Act, auf denen der Schwerpunkt der Betrachtung sogleich liegen wird. Denn nichtsdestotrotz – also trotz ihrer Allgemeinheit, die ihr horizontaler Anspruch *nolens volens* mit sich bringt –, enthalten sie auch für uns wichtige Vorgaben eben auf einer mittleren Abstraktionsebene, die zeigen, dass die Gesetzgeber Regelungsbedarfe durchaus erkannt haben. Wichtig ist schon vorab der Hinweis, dass weder die DSGVO noch der AI Act *Compliance-*

178 Vgl. oben, → § 2 Rn. 329.
179 s. oben, bei → § 2 Rn. 334.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Assistance-Technologien insgesamt erfassen, sondern jeweils nur (überlappende) Einsatzszenarien und Technologievarianten; dazu an der passenden Stelle jeweils mehr.

aa. … in Sachen Verlässlichkeit. Zunächst zum Thema Verlässlichkeit: Stark thematisiert ist der Aspekt der Verlässlichkeit in der DSM-RL für die darin implizit[180] geforderten Upload-Filtern gegen Urheberrechtsverletzungen. Indem Art. 17 Abs. 4 DSM-RL einerseits von den Plattform-Anbietern „alle Anstrengungen" dafür verlangt, dass urheberrechtlich geschützte Inhalte „nicht [öffentlich] verfügbar" sind, andererseits Art. 17 Abs. 7 DSM-RL von denselben Anbietern fordert, dass diese Anstrengung „nicht bewirken darf", dass urheberrechtlich zulässige Nutzungen blockiert werden, dann scheint *perfektes* Funktionieren im Sinn von voller Verlässlichkeit (*kein Overblocking*) gefordert. Dass dem nicht so ist, d. h. dass ein gewisses Maß an *Overblocking* und damit verbunden eine Abwälzung von Anfechtungs- und folglich Rechtsanwendungslasten auf die Nutzer als Ergebnis einer Abwägung zulässig ist, hat der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen in der Rs. C-401/19 deutlich gemacht.[181] Gleichwohl verdeutlicht diese scheinbar unerfüllbare Norm den grundsätzlich richtigen Anspruch an die Technik: Sie muss so gut (nicht perfekt) funktionieren, dass ein grundsätzliches Sich-Verlassen auf deren ‚richtiges' Funktionieren gerechtfertigt ist, und ein *Besser*-Wissen der gegebenenfalls blockierten (menschlichen und vor allem: Laien-)Nutzer nur in einem angemessen *geringen* Umfang erforderlich wird. 128

Eine ähnliche innere Spannung findet sich in Art. 5 der Verordnung 2021/784 zur Bekämpfung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte [TOC-VO]. Hier wird noch etwas deutlicher als in der DSM-RL die Gefahr des meinungsfreiheitsschädlichen *Overblocking* adressiert und es ist ein gewisses Prä in der Abwägung *gegen* den Einsatz automatisierter Filtertechnologien erkennbar – solange diese eben nicht sehr gut funktionieren (vgl. Abs. 2 UAbs. 1 mit UAbs. 3 von Art. 5 der Verordnung). 129

Wenn wir nun auf die Ebene der Horizontalrechtsakte wechseln, kommt zunächst Art. 22 DSGVO in den Blick, der bei fast allen Befassungen mit automatisierten Rechtsdurchsetzungstechnologien beleuchtet wird.[182] Auch unter dem Gesichtspunkt der Verlässlichkeit hat die Norm etwas zu sagen: Sie verlangt, wenn eine Person „einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung [auf Basis einer Einwilligung oder einer Rechtsgrundlage] unterworfen" wird (Absatz 1), dass der dafür „Verantwortliche angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der be- 130

180 Zur Regelungstechnik über Haftungsarrangements → § 2 Rn. 150, 328.

181 Oben, → § 2 Rn. 341.

182 Ausf. *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 161 ff., speziell zu urheberrechtlichen Upload-Filtern; s. auch allg. *Hoffmann-Riem*, Recht im Sog der digitalen Transformation, 2022, S. 239, 264 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rechtigten Interessen der betroffenen Person" trifft. Dazu gehört, nach Erwägungsgrund 71 S. 3 der DSGVO, dass

> „geeignete mathematische oder statistische Verfahren für das Profiling verwende[t und] technische und organisatorische Maßnahmen [getroffen werden], mit denen in geeigneter Weise insbesondere sichergestellt wird, dass Faktoren, die zu unrichtigen personenbezogenen Daten führen, korrigiert werden und das Risiko von Fehlern minimiert wird, und [dass der Verantwortliche] verhindern [sollte], dass es gegenüber natürlichen Personen aufgrund von Rasse, ethnischer Herkunft, politischer Meinung, Religion oder Weltanschauung, Gewerkschaftszugehörigkeit, genetischer Anlagen oder Gesundheitszustand sowie sexueller Orientierung zu diskriminierenden Wirkungen oder zu einer Verarbeitung kommt, die eine solche Wirkung hat."

131 Hier ist fast alles ‚mit dabei', was auch für unsere Zwecke gebraucht würde. Aber: *De lege lata* ist die Norm für uns gleichwohl nur bedingt einschlägig. Sie hat einen engen Anwendungsbereich, erfasst nämlich nur eine „ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung" beruhende „Entscheidung" (einschließlich Realfolgen[183]), wenn diese gegenüber dem Adressaten „rechtliche Wirkung entfaltet oder [ihn] in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt". Damit sind *Compliance Assistance Technologies* i. e. S. nicht erfasst. Auch die im Grundsatz zutreffend *weite* Auslegung von „ausschließlich automatisierte Entscheidung" durch den EuGH in der SCHUFA-Entscheidung[184] ändert daran für unsere Zwecke nichts; es sei denn, man wollte einer automatisierten Rechtsauskunft schon deshalb, weil sie überzeugend ist oder eventuell den sanktionenrechtlichen Bewertungsmaßstab beeinflusst, eine „ähnlich erhebliche Wirkung" wir eine Rechtsfolge beimessen. Hier ist m. E. Vorsicht vor einer allzu weiten Auslegung von Art. 22 DSGVO geboten; gar nicht einmal so sehr, weil die Norm in Sachen Verlässlichkeit (und, wie wir gleich sehen werden: in Sachen Bestreitbarkeit) anspruchsvolle Vorgaben enthält, sondern weil sie den Einsatz automatisierter Entscheidungssysteme in ihrem Absatz 1 grundsätzlich *verbietet*, was eine scharfe Rechtsfolge ist, die nicht unbedacht erweitert werden sollte.

132 Aber auch mit Blick auf *Impossibility Structures* und *Justification Structures* – die *prima facie* ohne Weiteres unter Art. 22 DSGVO subsumiert werden können – ist Art. 22 Abs. 1 DSGVO bis zu einer Klärung durch den EuGH mit der Unsicherheit belastet, ob sein Tatbestand im Lichte der Erwägungsgründe nicht zu weit geraten ist, die nämlich den Schutzzweck der Norm auf bzw. gegen eine „Bewertung von sie [die Datensubjekte] betreffenden persönlichen Aspekten" reduzieren. Eine starke Auffassung im Schrifttum will daher den Anwendungsbereich der Norm auf solche automatisierten Entscheidungen beschränken, die ein „Mindestmaß der Bewertung persönlicher Aspekte des Betroffenen in sich bergen"[185] (wie z. B. die paradigmati-

183 Z. B. durch Upload-Filter, s. *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 171.

184 EuGH, Urt. v. 7.12.2023, Rs. C-634/21 (OQ/Land Hessen [Schufa]); zu den *handwerklichen* Mängeln des Urteils/der Begriffsbildung des EuGH *Marsch/Kratz*, NJW 2024, 392 ff.

185 *Martini*, in: Paal/Pauly (Hg.), DS-GVO, [3]2021, Art. 22 Rn. 15c m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schen SCHUFA-Scores). Das würde *Compliance Assistance Technologies* sogar im *weiten* Sinn aus dem Anwendungsbereich herausnehmen, wenn und weil es ihnen ja gerade nicht um die Bewertung der Person, sondern ‚nur' um den Abgleich ihres Verhaltens mit dem geltenden Recht geht bzw. ihrer Funktion nach entsprechend gehen muss.[186]

Schwierigkeiten mit dem Anwendungsbereich bereitet für hiesige Zwecke schließlich auch der AI Act. Einschlägig für uns ist eigentlich Art. 15 Abs. 1 AI Act, wonach 133

> „Hochrisiko-KI-Systeme […] so konzipiert und entwickelt [werden müssen], dass sie ein angemessenes Maß an Genauigkeit, Robustheit und Cybersicherheit erreichen und in dieser Hinsicht während ihres gesamten Lebenszyklus beständig funktionieren."

Flankiert wird dieser auf die spezifische Verwendung gemünzte Leistungsanspruch von Art. 9 AI Act. Der fordert systematisch ausgerichtete anfängliche sowie kontinuierliche Risikoermittlungs- und Risikomanagementmaßnahmen „während des gesamten Lebenszyklus eines KI-Systems" (Absatz 2), die gemäß Absatz 3 S. 1 „so gestaltet [werden müssen], dass jedes mit einer bestimmten Gefahr verbundene relevante Restrisiko sowie das Gesamtrestrisiko der Hochrisiko-KI-Systeme als vertretbar beurteilt wird." 134

Erforderlich sind demnach Verfahren der Risikofolgenabschätzungen, gegebenenfalls der Einsatz von Kontrollalgorithmen, jedenfalls aber von Test- und Aufsichtsstrukturen auf Seiten der Anbieter der Technologie, sowie – als Grundlage – die Festlegung und laufende Aktualisierung konkreter Anforderungs- und Toleranzprofile,[187] welche die akzeptablen „Restrisiken" messbar oder zumindest bewertbar machen. Die Erfüllung der Verpflichtungen ist zu dokumentieren. Insbesondere muss durch eine kontinuierliche (!) Protokollierung „das Funktionieren des Hochrisiko-KI-Systems in einem der Zweckbestimmung des Systems angemessenen Maße rückverfolgbar" sein (Art. 12 Abs. 2 AI Act). 135

Diese sehr offenen Formulierungen in den soeben knapp referierten Artt. 15, 9 und 12 AI Act muten befremdlich an, sind aber kein Zufall. Vielmehr trägt der AI Act damit seinem horizontalen Charakter Rechnung, d. h. seiner Technologie- 136

186 Ibid., Rn. 15c, liefert als Bsp., in denen der Anwendungsbereich von Art. 22 DSGVO nicht eröffnet sei, „Bankautomaten oder Zugangsberechtigungssystemen, die biometrische Merkmale, wie zB den Fingerabdruck oder die Stimme, für Identifikationszwecke nutzen". A. A. zu Upload-Filtern *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 170: „Im Sinne einer maximal nutzerschützenden Auslegung erscheint es daher […] mit dem Sinn und Zweck der Norm vereinbar, diese auch auf Fälle anzuwenden, in denen die Entscheidung [wenigstens] aufgrund einer Verarbeitung unter Einbeziehung [!] personenbezogener Daten erfolgt, die eigentliche Grundlage der Entscheidung aber auf weiteren Aspekten, wie im Beispiel [von urheberrechtlichen Upload-Filtern] auf dem Abgleich mit einer Referenzdatei, beruht." Die Tendenz, das ohnehin weite Datenschutzrecht auch noch weit auszulegen, ist höchst problematisch; s. zur zutreffenden Kritik → § 2 Rn. 182 .

187 Vgl. auch *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 26 Rn. 138.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und vor allem Szenarien-Offenheit. Gemeinsame Voraussetzung für die Anwendbarkeit der genannten Vorgaben ist aber in jedem Fall, dass die konkrete Anwendung nach dem Risiko-gestuften Ansatz des AI Act als Hochrisiko-KI-System qualifiziert wird;[188] und hier ist für uns die Grenze der *unmittelbaren* Relevanz der Normen erreicht: Nur ein sehr kleiner Teil der in → § 2 genannten Anwendungsszenarien kann als Hochrisiko-KI eingeordnet werden; beispielsweise Studienzulassungs-KI.[189] Viele andere Anwendungen, auch solche der *Intelligent Surveillance*, qualifizieren hingegen *nicht* als hochriskant im Sinn des AI Act.[190] Und wenn es um

> „KI-Systeme [geht], die bestimmungsgemäß von einer oder im Namen einer Justizbehörde verwendet werden sollen, um eine *Justizbehörde* bei der Ermittlung und Auslegung von Sachverhalten und Rechtsvorschriften und bei der Anwendung des Rechts auf konkrete Sachverhalte zu unterstützen, oder die auf ähnliche Weise für die alternative Streitbeilegung genutzt werden sollen",[191]

dann fällt hier auf, dass solche Systeme eben gerade nicht als hochriskant eingestuft werden, die *an Laien* gerichtet sind. Diese Einordnung bildet präzise den hier sogenannten professionalistischen Ansatz zur Zuständigkeit für die Anwendung von Recht ab: Recht ist für Juristen da![192] Ob der Unionsgesetzgeber die Wirkmacht von an nicht-professionelle Rechtsanwender gerichteten *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. damit nicht unterschätzt, bleibt abzuwarten.

137 Als offen würde ich zum jetzigen Zeitpunkt die Relevanz der quasi in letzter Minute eingefügten Sonderregelungen für *General-purpose AI*[193] in Artt. 51 ff. AI Act für unser Thema bewerten. In der Tat könnten perspektivisch viele der in → § 2 genannten Anwendungen auf solchen Technologien basieren; sie (die Technologien) werden ja

188 s. Art. 6 AI Act mit den Anhängen II und III, mit möglicherweise recht bedeutsamen Ausnahmen gem. Art. 6 Abs. 3 AI Act; für nicht als hochriskant eingestufte Anwendungen gelten nach Art. 50 bestimmte Transparenzpflichten.

189 Anhang III Nr. 3 lit. a zum AI Act.

190 Wichtig ist, dass Anhang III Nr. 6 lit. e zum AI Act (= „Erstellung von Profilen natürlicher Personen […] im Zuge der Aufdeckung, Ermittlung oder Verfolgung von Straftaten") einen recht engen Anwendungsbereich haben dürfte, der praktisch keine der oben genannten Überwachungs- und erst recht keine der Verhinderungstechnologien erfasst. Denn nirgends geht es um die *Erstellung* von Profilen, wenn überhaupt (bei sehr weiter Definition von Profiling!) um deren *Anwendung*; wobei die Anwendung von Verhaltensschemata, die z. B. Steuerhinterziehung, Betrug oder andere Straftaten indizieren, nach Auffassung des Unionsgesetzgebers recht eindeutig nicht als Anwendung von Profilen qualifiziert werden soll. Vgl. hierzu insb. den einschlägigen ErwGr. 59 S. 5 zum AI Act: „KI-Systeme, die speziell für Verwaltungsverfahren in Steuer- und Zollbehörden sowie in Zentralstellen für Geldwäsche-Verdachtsanzeigen, die Verwaltungsaufgaben zur Analyse von Informationen gemäß dem Unionsrecht zur Bekämpfung der Geldwäsche durchführen, bestimmt sind, sollten nicht als Hochrisiko-KI-Systeme [i. S. von Anhang III Nr. 6] eingestuft werden". Die einzige Ausnahme scheint hier Technologie zu sein, die Schüler, Studenten etc. beim ‚Schummeln' erwischen können soll, s. Anhang III Nr. 3 lit. d zum AI Act. Die ist als hochriskant eingestuft. Zu beachten ist aber jedenfalls die Ausnahmeregelung in Art. 6 Abs. 3 AI Act, die greifen kann, selbst wenn ein KI-System im Anhang III gelistet ist.

191 Anhang III Nr. 8 lit. a zum AI Act. Hervorhebung hier.

192 Dazu ausf. oben, → § 4 Rn. 18 ff.

193 Dazu schon → § 1 Rn. 46 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nicht ohne Grund auch als „Basismodelle" bezeichnet. Allerdings sehen Artt. 51 ff., bes. Art. 53 AI Act vor allem Transparenzpflichten für solche Systeme vor.[194] Dadurch soll es den KI-Unternehmen, die die Basismodelle für *konkrete* Zwecke nutzen/weiterentwickeln, erlauben, *ihren* AI-Act-Verpflichtungen nachzukommen, z. B. wenn diese konkrete Nutzung eben hochriskant i. S. von Artt. 6 ff. AI Act ist. Die Artt. 51 ff. AI Act nehmen also vor allem Wissensprobleme an Zwischengliedern der Wertschöpfungskette in den Blick, ändern damit aber nichts daran, dass der AI Act im uns interessierenden Bereich in Sachen Verlässlichkeit nur bedingt einschlägig ist.

Falls eine *Compliance Assistance* im Einzelfall als hochriskant eingestuft werden kann, ist besonders auf den Aspekt des Diskriminierungsschutzes hinzuweisen.[195] Der AI Act widmet der Problematik mit Art. 10 eine eigene, lange Norm, die angesichts des Querschnittscharakters des Rechtsakts freilich auch auf hoher Abstraktionsebene angesiedelt ist. Grundlegend besagt Absatz 3: 138

> „[1]Die Trainings-, Validierungs- und Testdatensätze [mit denen die jeweilige KI trainiert wird] müssen im Hinblick auf die Zweckbestimmung relevant, hinreichend repräsentativ und soweit wie möglich fehlerfrei und vollständig sein. [2]Sie müssen die geeigneten statistischen Merkmale, gegebenenfalls auch bezüglich der Personen oder Personengruppen, für die das Hochrisiko-KI-System bestimmungsgemäß verwendet werden soll, haben. [3][…]"

Ins Auge sticht in diesem Zusammenhang Absatz 5 von Art. 10 AI Act. Die Norm greift die oben referierte und sich verbreitende Erkenntnis auf,[196] dass diverse *Biases* und Verzerrungen nur dann gut ermittelt und gegebenenfalls beseitigt werden können, wenn die verpönten Daten in den Trainingsdatensätzen enthalten sind, d. h. zunächst mit erhoben und verarbeitet werden: 139

> „[1]Soweit dies für die Erkennung und Korrektur von Verzerrungen im Zusammenhang mit Hochrisiko-KI-Systemen […] unbedingt erforderlich ist, dürfen die Anbieter solcher Systeme ausnahmsweise besondere Kategorien personenbezogener Daten verarbeiten, wobei sie angemessene Vorkehrungen für den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen treffen müssen."

Wie ‚unwohl' sich der Unionsgesetzgeber mit dem notwendigen Schwenk zu einem *Paradigm of Knowledge Creation*[197] fühlt, das ja in der Tat mit lange eingeübten datenschutz- und antidiskriminierungsrechtlichen Reflexen bricht, zeigt der lange 140

194 Für die Einf. in das komplexe System der Artt. 51 ff. und die zugehörigen Anhänge XI-XIII s. *Engel*, KIR 2024, 21 ff. Dort auch S. 23 zu den *General-purpose*-Modellen „mit systemischem Risiko" (Art. 54 AI Act), für die weitere, auch materielle Pflichten gelten (u. a. Ergreifen von systematischen Risikominderungsmaßnahmen), die aber reichlich schwammig gefasst sind und hier nicht vertieft werden sollen.

195 Zu den Risiken ausf. → S. 53 ff., zu technischen Lösungsansätzen → § 3 Rn. 102 ff.

196 Hierzu → § 3 Rn. 106 ff.

197 s. oben, → § 3 Rn. 105.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Satz 2 von Absatz 7. Er enthält eine Vielzahl von Bedingungen, die vor allem das „unbedingt erforderlich" und die „angemessenen Vorkehrungen" näher konturieren.[198]

141 *bb. … in Sachen Bestreitbarkeit.* Auch wenn wir uns der *Frage der Bestreitbarkeit* zuwenden, finden sich Umsetzungen für die unter soeben → a. und → b. theoretisch abgeleiteten Regulierungsarrangements schon im geltenden Recht.

142 Wie gesagt hat die Bestreitbarkeit mehrere Dimensionen:

- einmal hinreichende Information für eine angemessene, eigenverantwortliche Hinterfragung der Rechtsinformation (eventuell bis hin zu *explainable AI*);
- dann gegebenenfalls anrufbare Beschwerdemechanismen, jedenfalls im Fall einer physischen Blockierung; und
- schließlich, zum Zweck des Nachvollzugs und eventueller Korrektur, die Protokollierung und Speicherung derjenigen Inputdaten, die eine Rechtsinformation ausgelöst haben.

143 Zunächst soll der Blick nochmals auf *sektorspezifische Arrangements* in diesem Sinn gerichtet werden. Wieder sind es wenig überraschend die *Impossibility Structures* im Online-Kommunikationsrecht, die besonders ausführliche Regelungen erhalten haben.

144 Beispielhaft verpflichtet die TOC-VO die Diensteanbieter im Fall einer Sperrung oder Entfernung eines terroristischen Online-Inhalts dazu, den „Inhalteanbieter"[199] zu informieren und ihm „[a]uf Anfrage […] die Gründe für die Entfernung oder Sperrung" mitzuteilen. Anschließend muss der Nutzer „Beschwerde gegen die Entfernung oder Sperrung" eines Inhalts einlegen können, wofür die Diensteanbieter selbst „einen wirksamen und zugänglichen Mechanismus" einzurichten haben.[200] Die Beschwerde muss unverzüglich geprüft werden und der Inhalt entsperrt/wiederhergestellt werden, wenn sich die Blockierung als ungerechtfertigt herausstellt.[201]

145 Ein ähnliches Arrangement fordert auch die DSM-RL. Der Bundesgesetzgeber hat es in §§ 14 ff. UrhDaG detailliert umgesetzt und klargestellt, dass die Inanspruchnahme eines internen Beschwerdeverfahrens kostenfrei möglich sein muss.[202] Vor einer

198 Rechtstechnisch macht Art. 10 Abs. 5 AI Act von der Öffnungsklausel des Art. 9 Abs. 2 lit. g DSGVO Gebrauch, der die Verarbeitung bes. sensibler Daten u. a. „auf Grundlage des Unionsrechts" erlaubt. Wichtig ist zu bedenken, dass *zusätzlich* eine allg. Verarbeitungsermächtigung nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO erforderlich bleibt, die aber i. d. R. lit. f liefern wird, vgl. *Kilian/Schefzig*, in: Schefzig/Kilian (Hg.), BeckOK KI-Recht, 2 Ed. 1.5.2025, Art. 10 KI-VO Rn. 68; für Behörden gilt das freilich nicht (s. Art. 6 Abs. 1 S. 2 DSGVO), sodass für deren KI-Training wohl eine fachrechtliche Grundlage gesucht werden muss.

199 Das ist der Begriff der VO (EU) 2021/784 für Nutzer, s. Art. 2 Nr. 2.

200 So Art. 10 Abs. 1 VO (EU) 2021/784.

201 Art. 10 Abs. 2 UAbs. 1 VO (EU) 2021/784.

202 § 14 Abs. 1 UrhDaG.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

urheberrechtlichen Verantwortlichkeit und den damit verbundenen Sanktionen ist ein Nutzer, der Beschwerde einlegt, allerdings wie gesagt nicht geschützt.[203] Zudem fehlt im UrhDaG ein Anspruch des Nutzers auf Begründung einer eventuellen Sperrung[204] bzw. eine Anordnung dahingehend, dass die Diensteanbieter dem Nutzer laiengerechte Informationen über das Urheberrecht und eventuell einschlägige „gesetzliche Erlaubnisse" bereitstellen müssen, um prüfen zu können, ob die in seinem Fall einschlägig sein könnten.[205]

Noch in einem weiteren Punkt ist die TOC-VO ausführlicher und klarer abgefasst als die DSM-RL: In ihrem Art. 6 befasst sich die VO 2021/784 ausführlich mit dem „Speichern von Inhalten und zugehörigen Daten". Demnach müssen 146

> „[d]ie Hostingdiensteanbieter […] terroristische Inhalte, die infolge einer [behördlichen] Entfernungsanordnung oder infolge spezifischer Maßnahmen [z. B. unter Einsatz von Filtertechnologie] entfernt oder gesperrt wurden, sowie zugehörige Daten, die infolge der Entfernung derartiger terroristischer Inhalte entfernt wurden, zu folgenden Zwecken auf[bewahren]: a) behördliche oder gerichtliche Überprüfungsverfahren oder Beschwerdebearbeitung gemäß Artikel 10 in Bezug auf die Entscheidung, terroristische Inhalte und zugehörige Daten zu entfernen oder den Zugang dazu zu sperren; oder b) Verhinderung, Erkennung, Ermittlung und Verfolgung von terroristischen Straftaten."

Beides liegt nahe und versteht sich beinahe von selbst; allein, es fällt auf, dass eine ausdrückliche Ermächtigung für die Nutzung der Daten zu Zwecken des *Trainings* eventueller „automatisierter Werkzeuge" = Filter fehlt. 147

Horizontal ist für uns wieder Art. 22 DSGVO relevant, der auch unter dem Gesichtspunkt der Bestreitbarkeit sehr allgemeine, aber weitreichende Vorgaben enthält. Wie gesagt[206] verlangt die Norm, wenn vollständig automatisierte Entscheidungen getroffen werden sollen, „angemessene Maßnahmen" zum Schutz der berechtigten Interessen der betroffenen Personen. Dazu gehört „mindestens das Recht auf Erwirkung des Eingreifens einer Person seitens des Verantwortlichen, auf Darlegung des eigenen Standpunkts und auf Anfechtung der Entscheidung". Flankiert wird dieser Anspruch von Art. 13 Abs. 2 lit. f, Art. 14 Abs. 2 lit. g bzw. Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO,[207] wonach der/die Betroffene über „das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling gemäß Artikel 22 Absatz 1 und 4" informiert werden „und – zumindest in diesen Fällen – aussagekräftige Informationen 148

203 s. oben, → § 2 Rn. 334.

204 Vgl. § 7 Abs. 3 UrhDaG, wonach „[d]er Diensteanbieter […] den Nutzer [lediglich!] sofort über die Blockierung des von ihm hochgeladenen Inhalts [informiert] und […] ihn auf das Recht hin[weist], nach § 14 Beschwerde einzulegen."

205 Zu diesem Kritikpunkt schon oben, → § 2 Rn. 329, dort in Fn. 681.

206 Hierzu soeben, → § 4 Rn. 130 ff.

207 Notabene: die genannten Normen laufen nicht exakt gleich, was den Auskunftsanspruch anbelangt, da Artt. 13, 14 DSGVO bereits *vor* der Datenverarbeitung greifen, d. h. es noch gar keine automatisierte Entscheidung gibt, die *konkret* erläutert werden könnte; s. dazu *Radtke*, ZD 2025, 265 (266), auch zur insoweit missverständlichen Darstellung des EuGH.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person" erhalten muss.

149 Man könnte meinen, dass hier schon ‚alles drin' sei, was für eine dialogische Architektur auch für unsere Zwecke – siehe soeben, → S. 365 ff. – erforderlich ist. Zumal Erwägungsgrund 71 ergänzt, dass zu den angemessenen Maßnahmen „[i]n jedem Fall" auch ein Anspruch „auf Erläuterung der nach einer entsprechenden [automatisierten] Bewertung getroffenen Entscheidung" zählen soll. Alles zusammengenommen hört sich das doch nach einem veritablen ‚Anspruch auf xAI' an.

150 Gleichwohl war hier bis vor kurzem und trotz der eigentlich klaren Rechtslage alles umstritten bzw. besser gesagt: Die überwiegende Meinung ging sogar eher davon aus, Art. 22 Abs. 3 DSGVO bzw. die Ansprüche auf Auskunft über die „involvierte Logik" begründeten *kein* Recht auf Erklärung.[208] Der EuGH hat dieser engen Auslegung, die das Potential von Art. 22 DSGVO, ein wirkungsvolles Element einer KI-Regulierung zu sein, ohne Not verspielen wollte, kürzlich eine deutliche Absage erteilt. Nach Auffassung des Gerichtshofs enthalten die Normen durchaus ein konkretes, das heißt auf den entschiedenen Einzelfall bezogenes Recht auf Erklärung.[209] Er regt sogar an zu prüfen, ob dieses Recht im konkreten Fall – es ging wieder um eine SCHUFA-ähnliches Kreditscoring – durch kontrafaktische Begründungen erfüllt werden könnte.[210]

151 Von Artt. 22, 15 DSGVO gefordert sind also nachvollziehbare, gewichtete Angaben zu den konkret entscheidungserheblichen Faktoren (*Features*), die ein Hinterfragen der Entscheidung erlauben; nicht ausreichend und erforderlich sind hingegen allgemeine Systemerläuterungen bzw. gar ‚nur' eine Offenlegung des Quellcodes des Entscheidungssystems, mit dem Laien nichts anfangen können.[211] Der EuGH hat hier bewusst vorsichtig formuliert und man wird ihn sicherlich so verstehen dürfen, dass die Erklärungen im streitgegenständlichen Kontext der Kreditscores anders ausgestaltet werden müssen bzw. dürfen als in anderen KI-Anwendungsbereichen.

152 Zu bedenken ist allerdings, wie schon erwähnt, der unklare Anwendungsbereich von Art. 22 DSGVO, der *Compliance Assistance Technologies* i. e. S. und eventuell sogar *Impossibility* und *Justification Structures* nicht umfasst.[212]

153 Die vielen offenen Fragen zu Art. 22 Abs. 3 DSGVO, die langsam und inkrementell durch den EuGH geklärt werden können/müssen, zeigen, wie problematisch der

208 Als diskussions- und richtungsbestimmend i. d. S. kann gelten der Beitrag von *Wachter/Mittelstadt/Floridi*, International Data Privacy Law 7 (2017), 76 ff.
209 EuGH, Urt. V. 27.2.2025, Rs. C-203/22 (Dun & Bradstreet Austria), Rn. 61, 66.
210 Ibid., Rn. 62. Zu Bedenken gegen kontrafaktische Begründungen → § 1 Rn. 53.
211 EuGH, Urt. V. 27.2.2025, Rs. C-203/22 (Dun & Bradstreet Austria), Rn. 58 f.
212 s. soeben, → § 4 Rn. 131 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Einsatz von notwendig unbestimmten und unscharfen Horizontalregelungen im KI-Bereich ist. In jedem Fall aber liefert die Norm einen normativen Orientierungspunkt, wie *spezifizierte* Arrangements aussehen könnten. In diesem Sinn schlägt *Sophie Beaucamp* vor, Art. 22 Abs. 3 DSGVO mit den darin enthaltenen Bausteinen als Modell für eine *neue* horizontale Norm zu wählen, die spezifisch *Impossibility Structures* adressieren würde (bei *Beaucamp* freilich aus der klassisch-abwehrrechtlichen Perspektive gedacht). Der Anwendungsbereich solle dementsprechend auf „Computerprogramme, die rechtlich unzulässiges Verhalten vollständig automatisiert faktisch verhindern", zugeschnitten werden.[213]

154 Auch der AI Act enthält zahlreiche Elemente, die in Sachen Bestreitbarkeit relevant sind. Ins Auge springen Art. 13 AI Act über die „Transparenz und Bereitstellung von Informationen für die Betreiber" und vor allem Art. 14 AI Act, der sich mit der „Menschlichen Aufsicht" befasst. Diese *prima facie* auch für uns einschlägigen Normen gelten aber durchweg den Anbietern und Betreibern (Art. 26 AI Act) der KI-Systeme, gerade nicht deren Nutzern oder in unserem Fall: deren Adressaten.[214] Der AI Act offenbart hier seine Natur als Technikregulierung, die sich zuvorderst eben an professionelle Akteure richtet.

155 Anders verhält es sich freilich mit dem erst im Trilog in den AI Act aufgenommenen Art. 86, der im Abschnitt „Rechtsbehelfe" angesiedelt ist und ein ausdrückliches „Recht auf Erläuterung der Entscheidungsfindung im Einzelfall" vorsieht. Es kommt allen

> „Personen, die von einer Entscheidung betroffen sind, die der Betreiber auf der Grundlage der Ausgaben eines in Anhang III aufgeführten Hochrisiko-KI-Systems, mit Ausnahme der in Nr. 2 des genannten Anhangs aufgeführten Systeme, getroffen hat und die rechtliche Auswirkungen hat oder sie in ähnlicher Art erheblich auf eine Weise beeinträchtigt, die ihrer Ansicht nach ihre Gesundheit, ihre Sicherheit oder ihre Grundrechte beeinträchtigt" (Abs. 1 Hs. 1).

156 Inhaltlich hat die so „betroffene Person" explizit „das Recht, vom Betreiber eine klare und aussagekräftige Erläuterung zur Rolle des KI-Systems im Entscheidungsprozess und zu den wichtigsten Elementen der getroffenen Entscheidung zu erhalten." Noch deutlicher als im Fall von Artt. 22 Abs. 3, 15 Abs. 1 lit. h DSGVO werden damit Informationen im Sinn von *explainable AI* gefordert, die ein sinnvolles Bestreiten-Können solcher Entscheidungen ermöglichen würden.

213 *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 188.

214 Die Übertragung der Aufsicht i. S. von Art. 14 AI Act auf professionelle Anwender von *Intelligent Surveillance* dürfte unproblematisch möglich sein; auf die oft laienhaften Adressaten der meisten anderen *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. hingegen nicht, s. hierzu Art. 26 Abs. 2 AI Act: „Die Betreiber übertragen natürlichen Personen, die über die erforderliche Kompetenz, Ausbildung und Befugnis verfügen, die menschliche Aufsicht und lassen ihnen die erforderliche Unterstützung zukommen."

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

157 Freilich, hier ist die unmittelbare Relevanz für unser Thema erneut fraglich: Es bedarf eben, wie bei Art. 22 Abs. 3 DSGVO, einer „Entscheidung", die rechtliche oder ähnlich erheblich beeinträchtigende Wirkungen hat. Während man das bei *Impossibility* und *Justification Structures* im Fall des Art. 86 Abs. 1 AI Act *nun* wohl sicher bejahen kann (im Unterschied zu Art. 22 Abs. 3 DSGVO[215]), bleiben bei *Compliance Assistance* i. e. S. wieder Zweifel – sind das wirklich *Entscheidungen*? Während ich bei Art. 22 Abs. 3 DSGVO für Zurückhaltung plädiert habe,[216] liegen die Dinge hier aber etwas anders: Wenn wir davon ausgehen, dass *Compliance Assistance Technologies* auch *im engen Sinn* eine erhebliche Steuerungswirkung entfalten können,[217] und wenn wir weiter bedenken, dass Art. 86 AI Act anders als Art. 22 DSGVO den Einsatz nicht präventiv verbietet, dann spricht das dafür, den Anwendungsbereich von Art. 86 AI Act hier großzügiger zu öffnen. Freilich, am Ende bleiben dennoch fast alle *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. außen vor: Auch Art. 86 AI Act ist eindeutig auf hochriskante KI-Anwendungen beschränkt, und wie wir gesehen haben, trifft diese Einordnung auf kaum eine *Compliance Assistance Technology* i. w. S. zu.

158 Zu beachten ist zudem die Subsidiaritätsklausel in Absatz 3 der Norm: Insbesondere, wenn Artt. 22, 15 DSGVO greifen, tritt Art. 86 AI Act zurück.

3. Staatliche Verantwortung: Arrangements zur ‚Verschaltung' von bürgerlicher/privater mit professioneller Rechtsanwendung

159 Auch in der hier gewählten republikanisch-bürgerschaftlichen Perspektive ist der Bürger als regelmäßiger Erstadressat von Rechtsnormen zwar „Selbstbeurteiler"[218] dieses Rechts (aus eigenem Recht *und* eigener Pflicht). Aber er ist natürlich nicht *Letzt*beurteiler. Die bürgerliche Beurteilung ist „nicht autoritativ bzw. verbindlich"[219] und sie darf es aus demokratisch-rechtsstaatlichen Gründen natürlich auch nicht sein. Die staatliche Aufgabe und Verantwortung, die hieraus erwächst, ist es, eine hinreichend starke *Verschaltung* zu schaffen von *einerseits* den für die Erst-Realisierung von Recht verantwortlichen Bürgern und den sie unterstützenden *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. (die in der Regel von privaten Anbietern stammen) mit *andererseits* der professionalisierten Rechtsanwendung, d. h. insbesondere Behörden (→ a.) und Gerichten (→ b. und → c.).

215 s. soeben, → § 4 Rn. 132.
216 s. soeben, → § 4 Rn. 131.
217 s. oben, → § 2 Rn. 320 ff., → § 4 Rn. 51 ff. und → S. 348 ff.
218 *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 201 (213).
219 s. für dieses Zitat von *Funke* und weitere Details oben, → § 4 Rn. 35.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a. Behördliche Aufsicht und Beschwerderechte, staatliche Wissensgenerierung. Wie schon in → Kapitel 1 angesprochen,[220] wird sich der Einsatz von *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. nicht ohne Einbeziehung privater Akteure bewerkstelligen lassen – sei es als Entwickler und Anbieter der Technologie, sei es als erste Entscheider im Rahmen der zwecks Bestreitbarkeit gebotenen Beschwerdemechanismen. Es ist unrealistisch anzunehmen, dass ‚der Staat' mit eigenen Mitteln in der Lage wäre, in großem Umfang die in Abschnitt → II.2. genannten Anforderungen durch Eigenentwicklungen zu erbringen.[221] „Wohl aber verlangen die Grundrechte und die rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien nach einer umfassenden rechtlichen Absicherung und Einhegung privater Aktivitäten, die dem Vollzug des Rechts dienen sollen."[222] 160

aa. Anknüpfung an den rechtsdogmatischen Diskurs zur staatlichen Gewährleistungsverantwortung. Thomas Wischmeyer hatte bei seiner soeben zitierten Aussage vor allem Technologien im Blick, die hier als *Impossibility Structures* gefasst werden. Wegen der mit ‚schlechten' *Compliance Assistance Technologies* i. e. S. verbundenen Verzerrungsgefahren[223] sollte nichts anderes aber auch für solche Technologien gelten, die unterhalb der Ebene des physischen Vollzugs wirken. Mit den zahlreichen Abhandlungen zum Gewährleistungsverwaltungsrecht ist hier viel Vorarbeit geleistet, die auch für den normtheoretischen Diskurs rezipierbar ist. Nach *Andreas Voßkuhle* geht es um Regeln der flexiblen[224] Ergebnissicherung, um Verfahren zur Qualifikation und auch Auswahl der eingesetzten Privaten, um Verfahren zum Schutz der Rechte der durch das private Handeln Betroffenen, um Vorgaben zur Gewährleistungsaufsicht, zur Evaluation der Privaten und um die Bewahrung von Rückholoptionen.[225] In der Sache ähnlich, in der Terminologie aber sogar treffender, weil direkt auf Digitalisierungsfragen des Rechts zugeschnitten, formuliert *Hoffmann-Riem*, dass den Gewährleistungsstaat „[s]oweit Defizite des Rechtsgüterschutzes bestehen oder zu befürchten sind, […] eine *Auffangverantwortung*[226] zur 161

220 s. oben, → § 2 Rn. 418 ff.

221 So wünschenswert Eigenentwicklungen des Staates auch sein mögen, vgl. dafür *Wischmeyer*, in: Kulick/Goldhammer (Hg.), Der Terrorist als Feind? 2020, S. 193 (211 ff.).

222 *Wischmeyer*, in: Baumgärtel/Hoppen (Hg.), Informationstechnik und Recht, 2021, S. 9 Rn. 24.

223 s. oben, → § 2 Rn. 321.

224 Die Vorgabe von Zielen staatlicherseits sollte in unterschiedlichen Flexibilitätsgraden erfolgen (vgl. *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2002), 266 [308 f.]: „Regulierungsstrategien"). Die *prima facie* wünschenswerte Vorgabe etwa von konkreten *Accuracy*- oder Konfidenz-Schwellen kann sich im dynamischen Bereich von KI als zu starr erweisen, sodass es sinnvoller sein kann, auf weiche Zielvorgaben wie „hohe branchenübliche Standards" (so Art. 17 Abs. 4 lit. b DSM-RL) zurückzugreifen.

225 So die nach wie vor aktuellen „Grundbausteine einer Dogmatik des Gewährleistungsverwaltungsrechts" bei *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2002), 266 (310 ff.).

226 *Hoffmann-Riem*, Recht im Sog der digitalen Transformation, 2022, S. 98 und f.: „Die Auffangverantwortung kann gegebenenfalls auch durch staatliche Eigenwahrnehmung von Aufgaben – etwa die Einrichtung von Infrastrukturen – erfüllt werden"; s. auch schon, in Details leicht abweichend, *ders.*, Innovation und Recht, 2016, S. 21.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abfederung unerwünschter Folgen der Entwicklung in eigener Regie [trifft] – darunter auch von Digitalisierungsfolgen."

162 Entscheidend ist dabei, die prekäre Wissensgenerierungsfähigkeit des Staates speziell im Feld der Digitalisierung und Automatisierung von Rechtserkenntnistechnologien und der hierüber geforderten Aufsicht im Blick zu behalten:

> „Die Schwierigkeiten, die insoweit bewältigt werden müssen, sind zwar im Prinzip aus anderen Bereichen der Beteiligung Priva|ter an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben bekannt. Sie erhalten im Zuge der Digitalisierung der Verwaltung mit Hilfe privat hergestellter Technologien jedoch eine neue Qualität. Denn der Staat privatisiert hier nicht eine vormals staatlich wahrgenommene Aufgabe, sondern kauft Leistungen ein, die er selbst nie erbracht hat oder zu erbringen in der Lage war. Ihm fehlt damit von Beginn an das Wissen, das etwa für eine effektive Aufsicht und gegebenenfalls für die Erfüllung der staatlichen Reservefunktion erforderlich ist."[227]

163 *bb. Ansätze für eine entsprechende Regulierung im geltenden Recht.* Orientiert man sich an den bereits vorhandenen Regelungsarrangements im digitalen Bereich, dann findet sich bereits eine nach Sachbereichen differenzierende Architektur aus Aufsichtsbehörden mit starken Informationsrechten gegenüber den ‚eingesetzten' Privaten,[228] mit umfassenden Transparenzpflichten von Privaten[229] *und* Aufsichtsbehörden[230] auch vis-à-vis der Öffentlichkeit, mit – wie schon erwähnt – Vorgaben zu Anbieter-internen Beschwerdemechanismen,[231] mit Beschwerdemöglichkeiten zu den Aufsichtsbehörden selbst,[232] und mit vielfältigen (objektiven) Qualitätsmanagement- und -sicherungsverfahren.[233]

164 Relativ fest im Blick hat der Unionsgesetzgeber dabei vor allem *Impossibility Structures*. Anschaulich illustrieren lässt sich die Mehrdimensionalität der Aufsichtsaufgabe dabei an den Regelungen der TCO-VO.[234] Die Diensteanbieter haben nach deren Art. 7 Abs. 3 jährlich unter anderem zu berichten über:

> „[b)] die Maßnahmen, die der Hostingdiensteanbieter trifft, um gegen ein erneutes Erscheinen von Online-Materialien vorzugehen, die zuvor entfernt oder gesperrt wurden, weil sie als terroristische Inhalte erachtet wurden, insbesondere wenn automatisierte Verfahren verwendet wurden; c) [die] Anzahl der nach […] spezifischen Maßnahmen [u. a. eben automatisierte Verfahren = Filter] entfernten oder gesperrten Elemente mit terroristischem Inhalt […]; d) Anzahl und Ergebnis der vom Hostingdiensteanbieter bearbeiteten Beschwerden gemäß Artikel

227 *Schmidt-Aßmann/Kaufhold*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR II, [3]2022, § 27 Rn. 71.
228 s. bspw. Art. 15 Abs. 1 lit. f DSGVO.
229 s. bspw. Artt. 13, 20 Abs. 2, 21, 50, 73, 77 Abs. 1 AI Act.
230 Hier ist z. B. Art. 40 Abs. 1-3 DSA zu nennen, oder Art. 34 Abs. 4, 5 AI Act.
231 Bspw. Art. 20 DSA, der gerade auch im Zusammenhang mit automatisierten Moderationsentscheidungen greift, vgl. Art. 20 Abs. 6 i. V. m. Art. 16 Abs. 6 S. 2 DSA.
232 Im AI Act Art. 85; vom EuGH bes. individualschützend ausgebaut wurde Art. 77 DSGVO.
233 V. a. Artt. 8 ff. AI Act, hieraus bes. Artt. 9-12.
234 Zur Beschreibung der i. R. der TOC-VO einsetzbaren Filtertechnologien → § 2 Rn. 166 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

10[235]; e) Anzahl und Ergebnis der vom Hostingdiensteanbieter eingeleiteten behördlichen oder gerichtlichen Überprüfungsverfahren; f) [die] Anzahl der Fälle, in denen der Hostingdiensteanbieter infolge eines behördlichen oder gerichtlichen Überprüfungsverfahrens Inhalte wiederherstellen oder entsperren musste"; [und] g) [die] Anzahl der Fälle, in denen der Hostingdiensteanbieter die Inhalte nach Prüfung einer Beschwerde des Inhalteanbieters [= Nutzers] wiederhergestellt oder entsperrt hat."

Diese Informationen müssen „öffentlich zugänglich" gemacht werden. Sie beziehen damit neben den staatlichen Aufsichtsbehörden[236] und den unmittelbar von automatisierten Rechtsdurchsetzungshandlungen Betroffenen gezielt politische und gesellschaftliche Akteure in das Gewährleistungsarrangement mit ein. Die Mehrdimensionalität der Berichtspflicht – sozusagen ‚behördliches' *Overblocking*, gegen das die Diensteanbieter vorgehen (lit. e), technisches *Overblocking*, gegen das Nutzer vorgehen (lit. g) usw. – ergibt dabei guten Sinn, wirkt sie doch der Gefahr entgegen, dass durch die staatliche Mandatierung von Rechtsdurchsetzungstechnologien auf Seiten der privaten Anbieter ökonomische Fehlanreize geschaffen oder verstärkt werden (z. B. zu einseitige Haftungsrisiken).[237] Gegen die Fehlanreize wirken auch materielle Ansprüche auf Kompensation und Restitution *ex post* im Fall von ungerechtfertigten Durchsetzungshandlungen, was etwa im Zusammenhang mit Upload-Filtern unter dem Stichwort des *Put-Back*-Anspruchs diskutiert wird.[238] 165

Ein wichtiges Element der ‚Verschaltung' von privaten Technologieanbietern und professioneller Rechtsanwendung durch die Aufsichtsbehörden fehlt in der TCO-VO allerdings interessanterweise: ein individuelles Beschwerderecht, das es Individuen ermöglichen würde, außer den Anbietern und Gerichten (siehe sogleich) auch gezielt die *Aufsichts*behörden mit eventuellen Schlechtleistungen zu befassen (behördliches Beschwerderecht). Ein starkes Beschwerderecht in diesem Sinn kennt allerdings der *Digital Services Act* mit seinem Art. 53.[239] Der DSA erlaubt es an dieser Stelle *allen* Nutzern von Vermittlungsdiensten unabhängig von einer individuellen Rechtsbetroffenheit[240] seine (!) nationale Aufsichtsbehörde mit einem Verstoß gegen den DSA zu befassen – wozu auch der übermäßige bzw. fehlerhafte Einsatz von Filtertechnologien zählen kann.[241] 166

Während also im Anwendungsbereich von *Impossibility Structures* wegen der offenkundigen Grundrechtsrelevanz von Verunmöglichungen bereits große Sensibilität hinsichtlich der erforderlichen Gewährleistungsarchitekturen sichtbar ist, fehlt diese 167

235 s. zu dem Beschwerdeverfahren soeben, → § 4 Rn. 122.
236 s. Artt. 12-14 TCO-VO.
237 Vgl. auch *Wischmeyer*, in: Baumgärtel/Hoppen (Hg.), Informationstechnik und Recht, 2021, S. 9 Rn. 23.
238 s. hierfür *Raue*, in: Hofmann/Raue (Hg.), NK-DSA, 2023, Art. 20 Rn. 63 ff., m. w. N.
239 Hierzu ausf. *J.-P. Schneider*, CR 2023, 45 ff.
240 s. *Rademacher*, in: Hofmann/Raue (Hg.), NK-DSA, 2023, Art. 53 Rn. 18.
241 Ausf. *Raue*, in: Hofmann/Raue (Hg.), NK-DSA, 2023, Art. 14 Rn. 78 ff. m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bislang weitgehend im Feld der *Compliance Assistance Technologies* i. e. S. Hier bleiben daher vor allem zivilrechtliche Produkt- und eventuell Mängelgewährleistungsrechte als Auffangregimes, die den besonderen, gerade auch objektiv-rechtlichen Risiken (neben den Chancen) von reinen Rechtsinformationstechnologien schwerlich gerecht werden können. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Einsatz der Technologien staatlicherseits vorgeschrieben ist, würde aber auch bei einem rein freiwilligen Einsatz der Technologien gelten,[242] sobald diese eine gewisse Breitenwirksamkeit erlangen. Einen interessanten Lösungsansatz beschreibt hier *Hanno Kube*. Er fragt, ob nicht „[d]ie Zurechnung zum Staat […] aus verfassungsrechtlichen Gründen auszudehnen sei[], wenn eine vom Bürger im Verwaltungsverfahren einsetzbare Software staatlicherseits zertifiziert ist."[243] Nun haben wir es vorliegend nicht bzw. nur in wenigen Fällen mit dem Einsatz der Technologie dezidiert in Verwaltungsverfahren (§ 9 VwVfG) zu tun. Bedenkt man aber die flächendeckende Wirkkraft, die auch *Compliance Assistance Technologies* i. e. S. auf die Rechtsrealität haben *könnten*, so liegt es ab einem gewissen Verbreitungsgrad sicherlich nahe, den Staat eben zumindest für *zertifizierte* Rechtsassistenztechnologien auch dezidiert verfassungs*rechtlich* in die (Gewährleistungs-)Verantwortung zu nehmen (statt nur das rechtstheoretisch Wünschenswerte zu formulieren).

168 Das lenkt den Blick nochmals auf den AI Act, der zwar – wie erwähnt[244] – *Compliance Assistance Technologies* kaum abdeckt, aber mit seinem risikoorientierten Ansatz gleichwohl einen passenden Regelungsort spezifisch der technologiebezogenen Risiken auch von Assistenztechnologien für – im weitesten Sinn – Laien als Erstadressaten von Recht bereitstellen könnte. Neben einem komplex ausgebauten System aus Aufsichtsbehörden (Artt. 64 ff. AI Act) setzt der Rechtsakt für die Kontrolle der von ihm erfassten Hochrisiko-KI-Technologien vorrangig auf Konformitätsbewertungsverfahren (Zertifizierungen), die teils im Wege der Selbstbewertung der Anbieter (also der in der Regel privaten Akteure), teils nach dem sogenannten *New-Legislative-Framework*-Modell durch akkreditierte Zertifizierungsstellen durchgeführt werden sollen.[245] Hier wird sichtbar, dass auch das Problem, Gewährleistung in solchen Bereichen zu organisieren, in denen der Staat über kein vertieftes Handlungswissen verfügt/verfügen kann, kein grundsätzlich neues ist, sondern z. B. im Bereich der Medizinprodukteregulierung schon bekannt und adressiert ist. Die Frage, ob namentlich der *New-Legislative-Framework* ein sinnvolles Konzept ist, kann hier nicht vertieft werden (gerade aus dem Bereich der Medizin-KI-Zulassung

242 s. zu den Gründen, warum *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. faktisch und rechtlich motiviert Verbreitung finden werden (können), → S. 348 ff.

243 *Kube*, VVDStRL 2019 (78), 289 (324).

244 s. oben, → § 4 Rn. 133 ff.

245 *Kube* hatte bei seinen soeben zitierten Überlegungen freilich dezidiert staatlich zertifizierte Technologien vor Augen, nämlich Buchführungssoftware i. S. v. § 146a AO, die gem. Abs. 3 S. 2 vom Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik zu zertifizieren ist.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hört man Klagen über das bürokratische und sich vor allem selbst erhaltende EU-Zertifizierungssystem, gerade auch im Vergleich mit den US-Behörden).

cc. Grundlage aufsichtsrechtlicher Intervention: Protokollierung. Grundlage der genannten aufsichtlichen Maßnahmen ist erneut – wie schon für die konkrete Bestreitbarkeit – eine möglichst genaue Protokollierung und Speicherung der Funktionsdaten der eingesetzten Systeme. Zentral dafür steht der schon kurz erwähnte Art. 12 AI Act, dessen Bedeutung nochmals unterstrichen werden muss. Die Norm besagt unter anderem, dass die „Protokollierungsfunktion" „während des Lebenszyklus des Systems ermöglichen" muss, „dass das Funktionieren des Hochrisiko-KI-Systems in einem der Zweckbestimmung des Systems angemessenen Maße rückverfolgbar ist" (Art. 12 Abs. 1, 2 AI Act). Die Protokollierung soll die Beobachtung des KI-Systems auch nach dem Inverkehrbringen erleichtern (Art. 12 Abs. 3 lit. b i. V. mit Art. 72 AI Act) und ist Grundlage der Meldepflicht für „schwerwiegende Vorfälle" nach Art. 73 AI Act. 169

Daneben existieren bereits jetzt zahlreiche sektorspezifische Vorschriften, die die Nutzer bzw. Hersteller von KI-Systemen zu umfassenden Protokollierungen und – mehr oder weniger umfangreich – auch zur Offenlegung eventueller Vorfallsdaten gegenüber Aufsichtsbehörden und (geschädigten) Dritten verpflichten. Zu erinnern ist an die soeben besprochenen Artt. 22 Abs. 3, 15 Abs. 1 lit. h bzw. die Meldepflichten in Artt. 33 f. DSGVO. Erinnert sei auch an § 63a und § 1g StVG[246] zum hoch- oder vollautomatisierten bzw. autonomen Fahren, die umfangreiche Datensammlungen eben zu Aufsichts- und Rechtsverfolgungszwecken vorsehen. Auch auf das europäische Zulassungsrecht kann verwiesen werden, das zum Einbau von *Black Boxes* in Kraftfahrzeuge mit automatisierten Assistenzsystemen verpflichtet, die ausdrücklich nicht abgeschaltet werden dürfen; für die der Unionsgesetzgeber allerdings im Vergleich zum StVG engere datenschutzrechtliche Verwendungsbeschränkungen formuliert hat.[247] 170

dd. Ergänzende Arrangements der staatlichen Wissensgenerierung. Mehr noch als in anderen Bereichen zählt zur staatlichen oder unionalen[248] Gewährleistungsverantwortung im Feld rechtserkenntnisfähiger Technologien auch eine proaktive hoheitliche Wissensgenerierungsdimension. Ihr kann etwa durch Forschungs- und Experimentierklauseln und spezielle Arrangements der Kooperation von Privaten und (Aufsichts-)Behörden Rechnung getragen werden, etwa durch die viel diskutierten *Sandboxes*. Das geplante deutsche Reallaborgesetz[249] und die Artt. 57 ff. AI Act 171

246 s. oben, → § 2 Rn. 190, 194 f.
247 s. oben, → § 2 Rn. 287 f.
248 Dazu *Hoffmann-Riem*, Recht im Sog der digitalen Transformation, 2022, S. 98.
249 s. BT-Drs. 21/218 v. 20.5.2025.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stellen in dieser Sicht wichtige Schritte dar,[250] wenngleich deren genaue Reichweite und damit ihre innovationsfördernden Wirkungen noch nicht wirklich beurteilt werden können.[251]

172 Hinzu treten designierte Forschungsklauseln, welche die Weitergabe von Nutzungs- und Vorfallsdaten an Universitäten, andere öffentliche, aber teils auch nicht-öffentliche Forschungseinrichtungen zu Zwecken der Fortentwicklung der KI-Systeme erlauben. Auch hierin liegen Möglichkeiten, um staatliche Wissensgenerierung allgemein im Umgang mit KI-Systemen zu gewährleisten, aber eben auch speziell mit Blick auf rechtserkenntnisfähige Technologien. Wieder ist hierfür beispielhaft § 1g StVG zu nennen (konkret dessen Absatz 5), oder Art. 40 Abs. 4 bis 13 (!) DSA. Wie schnell hier freilich verfassungsrechtliche Bedenken (Geheimnis- und Unternehmensschutz) gegen allzu viel Wissensgenerierung ins Feld geführt werden (können), zeigt das Schicksal von § 19 Abs. 3 UrhDaG. Er gewährte unter anderem Universitäten gegen die Diensteanbieter (also z. B. YouTube) einen weitreichenden Forschungsdatenzugang. Die Norm wurde schon drei Jahre nach Erlass des Gesetzes wieder gestrichen.[252]

173 Auch wenn das auf den ersten Blick nur einzelne Beispiele sind, so fügen sie sich zu einem größeren Bild zusammen: KI-Anwendungen verweigern sich, *jedenfalls* im gegenwärtigen Entwicklungsstadium der Technologie, in grundsätzlicher Weise dem datenschutzrechtlichen Grundsatz der Datensparsamkeit. Nicht nur zum initialen Training von KI-Systemen sind große Datenmengen erforderlich, sondern auch für ihre situative Nachvollziehbarkeit, für fortlaufende systemische Tests, für ihre Evaluation, für die Verteilung von Haftungs- und sonstigen Verantwortungsbeiträgen, für ihre stete Verbesserung und damit letztlich: für ihre Vertrauenswürdigkeit, um diesen Topos der EU aufzugreifen.

174 *b. Gerichtlicher Rechtsschutz (individuelle Intervention).* Relativ leicht fallen dürfte es sodann, eine Verschaltung speziell von *Impossibility Structures*, aber auch von *Justification Structures* mit dem Gerichtssystem zu gewährleisten: Den von Verunmöglichungen Betroffenen sind allenthalben Gegenrechte gegen die technologischen Aktionen zugewiesen. Denn schon definitionsgemäß wird hier Recht gegen oder ohne den Willen des eigentlich erstadressierten Bürgers *physisch* durchgesetzt, sodass in der Regel wenigstens eine Verkürzung seiner allgemeinen Handlungsfreiheit vorliegt (soweit deutsches Recht hier noch anwendbar und nicht vom Unionsrecht

250 s. hierzu *Botta*, ZfDR 2 (2022), 391 ff.; aus Sicht des dt. allg. Verwaltungsrechts *Krönke*, JZ 2021, 434 ff.

251 Auf die Defizite der Reallabore des AI Act weisen hin *Spindler/Büning*, JZ 2023, 799 (825 f.): zu unflexibel, u. a. deshalb, weil eine Erprobung neuer KI-Technologien in der realen Welt nicht vorgesehen ist; hierzu aber nun, auf Initiative des Rates, Artt. 60 ff., die zwar nicht Reallabore heißen, es aber doch eigentlich sind.

252 Hierzu *Oster*, in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer (Hg.), BeckOK Urheberrecht, 46. Ed. 1.2.2025, § 19 UrhDaG Rn. 4 m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verdrängt ist). In vielen Fällen werden speziellere deutsche und unionale Grundrechte einschlägig sein. Diese Eingriffe lösen Gerichtsschutzansprüche aus. Unionsrechtlich sind Letztere mittlerweile häufig – zumindest in unseren Anschauungsbeispielen aus → § 2 – ausdrücklich ausgewiesen, und wenn nicht, dann folgen sie aus den jeweils einschlägigen, konstitutionellen Gerichtsschutzgarantien. Im seltenen Fall unmittelbar staatlich eingesetzter Strukturen greift Art. 19 Abs. 4 GG,[253] im häufigeren Fall von auf staatliches Geheiß genutzten Strukturen greift der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch;[254] im Fall von Einschränkungen von Rechten aus dem Unionsrecht greift Art. 47 GRC.[255] Deren Erfüllung wiederum ist „den Richtern" und damit Menschen anvertraut (vgl. Artt. 20 Abs. 3, 92 GG).[256] Die professionelle Ebene der Rechtsanwendung, auf der normalerweise der Fokus der rechtswissenschaftlich-theoretischen Betrachtung liegt, ist der Automatisierung nach bislang wohl herrschender Meinung nur in geringem, assistierendem Umfang zugänglich.[257] Die Frage kann hier nicht vertieft werden, gerade die Ziviljustiz drängt angesichts überbordender Anwaltsschriftsätze auf einen Einsatz von KI, und auch die Auswertung bisheriger Judikatur kann einen sinnvollen Anwendungsbereich von Justiz-KI unterhalb der häufig diskutierten – und vielfach gefürchteten – Schwelle des ‚Robojudges' darstellen. Aber jedenfalls: Die menschliche Leistungsfähigkeit muss *spätestens* hier in der Lage sein, eventuelle Defizite der technologischen Leistungsfähigkeit ausgleichen zu *können*.

Effektive gerichtliche Überprüfung und gegebenenfalls Remedur verlangen, durchaus ähnlich den internen Beschwerdemechanismen,[258] nach 175

- ausführlicher Protokollierung der Input- und Ergebnisdaten sowie der genutzten Muster (Algorithmen);[259]

253 *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hg.), GG, Lfg. 92 August 2020, Art. 19 Abs. 4 Rn. 69.

254 Vgl. ibid., Rn. 55.

255 Schwierigkeiten bereitet es, rein privatinitiativ eingesetzte *Impossibility* oder *Justification Structures* mit den klassischen Gerichtsschutzgarantien zu erfassen; s. dazu auch die Nachw. oben, → § 2 Rn. 241.

256 Ausf. *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, passim, bes. S. 260 ff. Vgl. auch *Wischmeyer*, in: Eifert (Hg.), Digitale Disruption und Recht, 2020, S. 73 (90): „Die Technik endet ziemlich genau da, wo die juristische Methode im eigentlichen Sinn beginnt."

257 s. bes. *Jahrestagung (74.) der Präsidenten der Oberlandesgerichte*, Grundlagenpapier v. 13.5.2022 (Onlinequelle); *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, bes. S. 288; *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, bes. S. 78.

258 s. oben, → § 4 Rn. 110 ff.

259 Vgl. auch die Rspr. zur Nachvollziehbarkeit von Geschwindigkeitsmessgeräten im Straßenverkehr, bes. BVerfG(K), Beschl. v. 12.11.2020, Az. 2 BvR 1616/18 – Recht auf Rohdaten (aus dem Recht auf ein faires Verfahren abgeleitetes Akteneinsichtsrecht in *vorhandene* Rohmessdaten); dazu *Gless/Weigend*, JZ 2021, 612 (617): „Diese Entscheidung ändert nichts daran, dass Gerichte, wenn sie Ergebnisse von zertifizierten und geeichten Messgeräten verwenden, nur das angewandte Messverfahren und den Toleranzwert angeben und keine eigenen Feststellungen über die Zuverlässigkeit der Messmethode treffen müssen. Die neuere Rechtsprechung unterstreicht jedoch die Bedeutung der Nachvollziehbarkeit von Datenverarbeitungsvorgängen und Messresultaten, die mit Hilfe von selbsttätig arbeitenden Maschinen generiert wurden." Weitergehend SaarlVerfGH, Urt. v. 5.7.2019, Az. Lv 7/17 = NZV 2019, 414 – Fehlen von

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- umfassenden Zugangsrechten in Ergänzung zu situativ – d. h. auf den Gerichtskontext – zugeschnittener *explainable AI*;[260]
- zahlenmäßig ausreichendem und technisch hinreichend versiertem Justizpersonal; sowie
- geeigneter Organisation, zu der auch digital erleichterte Zugänge zur Justiz[261] sowie angepasste Kostenregelungen gehören können.

176 Während in der *Assistance*-Phase maßgeblich ist, ob bzw. inwieweit die Systeme auf der Basis von Verlässlichkeitsgründen, d. h. auf der Basis eines *generell* guten Funktionierens, arbeiten können, ist in der Überprüfungsphase wichtig, dem Einzelfall *final* gerecht werden zu *können*.

177 Als schwieriger wird es sich erneut erweisen, Rechtsschutzverfahren gegen die (falschen oder vermeintlich falschen) Auskünfte von *Compliance Assistance Technologies* i. e. S. angemessen auszugestalten. Natürlich können (im weiten Sinn) verzerrende Rechtsinformationen durch private Rechtsinformationen mangel- und produktrechtliche Haftung zugunsten der Nutzer auslösen (gegebenenfalls mit Regressoptionen). Auch können diese fehlerhaften Auskünfte inzident in Folgeprozessen gegen die Nutzer zum Ausschluss von Vorsatz- und/oder Fahrlässigkeitsvorwürfen führen. Letzteres, also die Abschwächung oder zumindest Rejustierung des bislang teils extrem scharfen deutschen und vor allem unionalen Sanktionensystems[262] wäre ja genau der ‚Preis', der nach der hier vertretenen Auffassung gezahlt werden kann und gezahlt werden *soll*,[263] um in der Breite Rechtsinformationen auch Laien zur Verfügung stellen zu können (Stichwort Ertüchtigung); um den Preis eben, dass diese im Einzelfall auch dazu führen werden, dass sie ihren Rechtspflichten unter Anlegung streng professionalistischer Maßstäbe mehr oder weniger häufig nicht ‚richtig' nachgekommen sind, weil sie – im streng professionalen Urteil: fehlerhaften technologischen Rechtsauskünften gefolgt sind.[264] Selbstverständlich könnte die Richtigkeit bzw. Güte der Rechtsinformation auch bei solch einer inzidenten Kontrolle, in der es um Haftung oder Sanktion des Bürgers geht, der sich entsprechend rechtswidrig verhalten hat, gerichtlich mit beurteilt werden. In manchen Fällen wird mit einer Feststellungsklage gearbeitet werden können, insbesondere § 256 ZPO, seltener § 43 VwGO. Bleibt in solchen Situationen aber der Gerichtszugang zu oft verschlossen, dann fehlt es unter Umständen an ausreichenden judiziellen Kontrollen technolo-

Rohmessdaten bei Geschwindigkeitsmessung: Anspruch auch auf *Speicherung* von Rohmessdaten. Der SaarlVerfGH wurde für diese Entscheidung vielfach kritisiert. Verteidigt wird er von *Mysegades*, NZV 2020, 119: Urteil als „Meilenstein zur Bewahrung von Verteidigungsrechten in Zeiten der Digitalisierung".

260 Dazu allg. oben, → § 1 Rn. 51 ff.

261 Hierzu *Völzmann*, DÖV 2021, 474 ff.

262 Oben illustriert am datenschutzrechtlichen Sanktionensystem, → § 4 Rn. 64.

263 s. oben, → § 4 Rn. 54 f., 58, 69.

264 Vgl. oben, → § 4 Rn. 52 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

giebasierter Rechtsinformationen, die im gewaltengegliederten Staat aber für eine *autoritative* Auslegung des Rechts und vor allem für seine regelgerechte Fortbildung notwendig sind.[265]

178 Soll auf Dauer eine unzureichende gerichtliche Kontrolle von *Compliance Assistance Technologies* auch i. e. S. vermieden werden bzw. soll die Kontrolle nicht vollständig Behörden im Rahmen der Aufsicht überlassen werden (soeben, → a.), dann sollten auch spezifisch im Fall von *Compliance Assistance Technologies* i. e. S. niedrigschwellige Mechanismen eingerichtet werden, die eine autoritative *justizielle* Intervention jenseits überkommener individueller Rechtsschutzansprüche ermöglichen. Anders ausgedrückt: Die klassischen Rechtsschutzarrangements, die professionelle Rechtsfindung und -fortbildung quasi *mit* erledigt haben, sollten perspektivisch um eigene, objektiv(er) ausgerichtete Rechtsfortbildungs-/Rechtsinnovationsarrangements ergänzt werden. Darum geht es nun unter → c.

179 *c. Rechtsfortbildungs-/Innovationsarrangements (objektive Intervention).* Die Verfassung gebietet nicht und kann nicht gebieten, dass die Realisierung des unter ihr geltenden normativen Programms stets *im ersten Zugriff* richtig ist. Die von der Verfassung gewollte ‚Richtigkeit' der Normanwendung wird schon immer prozesshaft ermittelt,[266] und die Verfassung akzeptiert zudem, dass Realisierungsergebnisse Bestand haben können, die auf einer objektiven Ebene falsch sind. Geht man von diesem Status quo aus, dann müssen also die nicht maschinell ersetzbaren Leistungen von Menschen in normativen Ordnungen nicht stets, sondern *häufig genug* auch erbracht werden, wenn Menschen um Maschinen ergänzt werden. Und sie müssen vor allem so erbracht werden können, dass sich die darin enthaltenen, nach aktuellem Stand überlegenen, eben menschlichen, insbesondere *professionellen* Korrektur- und Reflexionsleistungen[267] *in der Breite auswirken* können. Es geht also um effektive *Feedback*-Strukturen nicht allein zwischen den Nutzern der Technologie und deren Anbietern, sondern auch unter Einschluss der Justiz. Sich insoweit allein auf subjektiv initiierte Beschwerde- und Gerichtsschutzverfahren zu verlassen, erscheint gerade dann zweifelhaft, wenn *Compliance Assistance Technologies* i. e. S. weitere Verbreitung finden, die sich mit dem klassischen Konzept des Rechtsschutzes regelmäßig nur inzident erfassen lassen.[268]

265 Auf den ausbaufähigen Vorschlag *Kubes*, zumindest zertifizierte Rechtsassistenztechnologien direkt dem Staat als eigenes Handeln zuzurechnen (mit den für den Gerichtsschutz relevanten Folgen), sei hier nochmals hingewiesen; dazu soeben, → § 4 Rn. 167.

266 *Kühl*, Brauchbare Illegalität, 2020, S. 153: „[M]it Gerichten steht letztlich ein über mehrere Instanzen gehender, aufwendiger Klärungsprozess zur Herstellung von Eindeutigkeit zur Verfügung." s. auch schon oben, → § 3 Rn. 131. Vgl. auch *Tischbirek*, ZfDR 2021, 307 (327), zur möglichen neuen Relevanz des verwaltungsrechtlichen Widerspruchsverfahrens, das es auch möglich mache, behördliche *Ermessen*sentscheidungen zu automatisieren.

267 s. oben, ab → S. 298.

268 s. soeben, → § 4 Rn. 177.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

180 Objektive, auf Qualität in der Breite zielende Arrangements gewinnen dadurch an Bedeutung. Das sind zum einen die schon erwähnten Tests, Folgenabschätzung, Evaluationen und Audits, die den Anbietern von Rechtserkenntnistechnologien aufgetragen werden können,[269] ergänzt um umfassende Zugangs- und Beschwerderechte von bzw. zu spezialisierten Aufsichtsbehörden.[270] Um eine spezifisch judizielle Befassung – d. h. eine Befassung durch die dritte Gewalt – zu gewährleisten, sind aber weitere Vorkehrungen nötig. Zu denken ist an die Einbeziehung der sogenannten Zivilgesellschaft: Die Ideen des *Black Box Testing*, durchgeführt von designierten NGOs oder vergleichbaren anerkannten Stellen, können komplettiert werden durch Verbandsklagerechte.[271] Ein weiteres Arrangement zur objektivierten Qualitätssicherheit kann sich an der Idee des „vertrauenswürdigen Rechtsinhabers"[272] orientieren, die das UrhDaG eingeführt hat: Danach sind bestimmte Akteure eben als vertrauenswürdig anerkannt, sodass ihr Einspruch gegen einen Upload größeres Gewicht hat, *in concreto* zu seiner sofortigen Sperrung bis zum Abschluss des internen Beschwerdeverfahrens führt; das Rechtfertigungsbemühen des Nutzers ist quasi – vorläufig – überstimmt.

181 Daran orientiert könnten auch für *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. besondere Rollen für solche Nutzende verteilt werden, die – zufällig – juristisch-professionellen Status haben, und deren Widerspruch/Einwand/Nachricht – je nach *Technology*/Arrangement – daher eine gewisse Indizwirkung haben könnte, dass es sich lohnt, hier genauer ‚hinzusehen'. Statt eines *Trusted Flagger* könnte von einem *Trusted Contestant* gesprochen werden. Das würde natürlich erneut Modifikationen im Sanktionenrecht erfordern, damit Kontestationen in Maßen ohne den *Chilling Effect* einer drohenden Sanktion erfolgen können; bzw. die Sanktion dürfte erst zeitversetzt, z. B. nach mehrfachen Zuwiderhandlungen eingreifen – sonst werden die Kontestationen unterbleiben (begrenzte *Safe-Harbour*-Wirkung[273]). Auch hier versteht es sich, dass nicht jede Normüberschreitung in einem Bereich liegt, in dem das Recht seinen dialogischen Aushandlungscharakter bewahren sollte; darauf wird im nächsten Kapitel wieder zurückzukommen sein.

269 s. oben, → § 4 Rn. 108.
270 s. soeben, → § 4 Rn. 163.
271 s. bspw. *Perel/Elkin-Koren*, Florida Law Rev. 69 (2017), 181 ff.
272 s. oben, → § 2 Rn. 334.
273 Vgl. oben, → § 2 Rn. 334.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Zwischenfazit II: noch weiter verminderte Kontingenz durch immer mehr ‚Ertüchtigung' bei der Rechtsverwirklichung

In → Kapitel 1 lag der Fokus auf der *Verunmöglichung* von rechtlicher Devianz. Es wurde gezeigt, dass diese – also die Verunmöglichung – durch die dem hier sogenannten Überwachungsnarrativ folgende Rechtsprechung aktuell wirkungsvoll eingehegt ist.[274] Ich habe aber auch näher begründet bzw. zu begründen versucht, warum das Überwachungsnarrativ angesichts der potentiellen Infrastrukturalisierung von rechtserkenntnis- und aktionsfähigen Technologien[275] immer weniger allein steht, sondern Stück für Stück vom hier sogenannten Hilfeleistungsnarrativ verdrängt oder doch zumindest überlagert wird;[276] und warum damit eine weiterreichende Verdrängung von Verhaltenskontingenz im Recht in Aussicht steht als bislang vielfach angenommen. In diesem Kapitel 2 habe ich im Anschluss an Überlegungen zu einem republikanischen Rechts- und Bürgerschaftsverständnis die *ermächtigende und ertüchtigende Leistung* der in → Kapitel 1 genannten *Structures* und *Technologies* in den Fokus gestellt. Damit wurde ein weiteres, das hier sogenannte Ertüchtigungsnarrativ eingeführt, das freilich noch viel weniger dominant/verbreitet ist als Hilfeleistung und – erst recht – Überwachung. Aber mindestens das Potential ist da. Deshalb drängt sich die Frage auf, ob und wenn ja wie die beiden neuen Narrative – also Hilfeleistung und Ertüchtigung – zusammenwirken könnten. M. E. konvergieren sie in Richtung einer *nochmals verstärkten* Verdrängung von Verhaltenskontingenz; einmal recht offensichtlich (sogleich, → 1.), einmal subtiler (→ 2.). 182

1. Vor allem: Die Präsenz rechtserkenntnisfähiger Technologien zwecks Ertüchtigung kann zugleich das hier sog. Hilfeleistungsnarrativ aktivieren – ein spannungsreiches Abwägungsdreieck entsteht.

Eine zentrale Konsequenz aus der Argumentation, die ich hier als Ertüchtigungsnarrativ bezeichnet habe,[277] ist es, dass die ‚Ausstattung' menschlicher Interaktionen mit rechtserkenntnisfähigen *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. nicht mehr gleichermaßen effektiv abwehrrechtlich verarbeitet werden kann wie bisher, weil der Einsatz ein doppeltes bzw. sogar ambivalentes Gepräge erhält.[278] Es wird dem Gesetzgeber künftig *leichter* fallen, *Compliance Assistance Technologies* jedenfalls im *engen* Sinn einzuführen bzw. von privaten Technologieherstellern einzufordern, wenn und weil andernfalls das immer komplizierter werdende Recht von Seiten der 183

274 s. oben, v. a. → S. 166 ff. und → § 2 Rn. 360 ff.
275 s. oben, ab → 240 ff.
276 Zu dieser Detailfrage (Verdrängung oder Überlagerung/Gleichzeitigkeit der beiden Narrative) oben, → § 2 Rn. 428 ff., 464 ff.
277 s. oben, → § 4 Rn. 54 f.
278 s. oben, → § 4 Rn. 58.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bürger schlicht nicht mehr verwirklicht werden kann. Ein Beispiel für einen breiten verpflichtenden Einsatz von *Compliance Assistance* i. e. S. bietet die Kfz-Gesetzgebung der EU, die für seit 2024 zugelassene Fahrzeugtypen beispielsweise den Einbau von Systemen der Geschwindigkeits- und Müdigkeitskontrolle fordert.[279] Weiter oben wurde aber auch gezeigt, dass sogar *Impossibility* und *Justification Structures* bei richtiger Ausgestaltung (!) als Formen der Ertüchtigung des Bürgers qualifiziert werden können.[280] Hinzu tritt, dass Bürger sich selbst proaktiv dafür entscheiden können, freiwillig oder motiviert durch fortbestehende Sanktionsdrohungen, vermehrt technische Assistenz zur Regelbefolgung einzusetzen.[281] Das alles bedeutet, dass Assistenztechnologien, die Rechtserkenntnis leisten können, in immer mehr Lebensbereichen aktiviert sein werden; wenn auch, wie gesagt, zunächst gerichtet auf eine Ertüchtigung des originären Normadressaten.

184 Damit ist allerdings *zugleich* Technologie immer häufiger präsent und aktiviert, die je nach konkretem Einsatzgebiet auch schon in der Lage ist – aus der Perspektive eines möglichen Begünstigten der Rechtspflicht, über welche die Technologie zunächst *informieren* soll –, im Fall eines möglichen *Verstoßes* gegen die ihn schützende Norm Hilfe zu leisten; sei es physisch und/oder *ex ante*, sei es gegebenenfalls kommunikativ und/oder *ex post*. Anders ausgedrückt: Das schon bekannte Hilfeleistungsnarrativ – nicht mehr Hinschauen, sondern Wegschauen – kommt ins Spiel.[282]

185 Damit entsteht ein schwieriges Spannungsverhältnis zwischen den drei Narrativen, das sich als ein *Abwägungsdreieck* mit folgenden Punkten skizzieren lässt:

- ‚Überwachung': drängt gegen und erschwert den Einsatz der Technologie;[283]
- ‚Ertüchtigung': drängt zum und erleichtert den Einsatz der Technologie, aber zunächst nur in bestimmten, den Überwachungscharakter möglichst vermeidenden Konfigurationen;[284]
- ‚Hilfeleistung': drängt darauf, ohnehin (aus welchem Grund auch immer) verfügbare und aktivierte rechtserkenntnis- und aktionsfähige Technologien *auch* zum Zweck des Rechtsgüterschutzes zu nutzen;[285] *soweit* das technisch möglich und sinnvoll ist[286] und in einer hinsichtlich der Zweck-Mittel-Relation verhältnismäßigen Weise erfolgt.[287]

279 s. oben, → S. 186 ff.
280 Oben, → § 4 Rn. 83 ff., 97 ff.
281 Oben, → S. 348 ff.
282 Vgl. zur Herleitung des hier sog. Hilfeleistungsnarrativs ausf. oben, → S. 247 ff.
283 Grundlegend oben, → S. 102 ff.
284 s. oben, → § 4 Rn. 55 ff.
285 s. oben, → § 2 Rn. 434 ff., für mögliche Einwände und Gegeneinwände → § 2 Rn. 437 ff., 464 ff.
286 Vgl. zum Einwand fehlender techn. Leistungsfähigkeit oben, → § 2 Rn. 476 ff. und bes. → S. 317 ff.
287 s. hierzu schon oben, → § 2 Rn. 246 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Auflösung dieses Spannungsverhältnisses allein bzw. stets zugunsten des positiv konnotierten und – für uns wichtiger: *prima facie*[288] Kontingenz *erhaltenden* – Ertüchtigungsgedankens dürfte keineswegs immer klar sein. Auch hierfür kann wieder auf das Beispiel des Straßenverkehrsrechts verwiesen werden: Das autonome Kraftfahrzeug, das letztlich nur eine besonders avancierte Form einer maschinellen Assistenz zur *zwangsläufig rechtmäßigen* (!)[289] Fortbewegung ist, darf sich wie oben gezeigt eben dann *nicht* übersteuern lassen (muss also seine nur assistierende Rolle *aufgeben*), wenn dadurch Personen gefährdet werden würden. Zudem muss der Halter des Fahrzeugs die gesammelten und zu speichernden Daten im Fall einer schadensträchtigen Übersteuerung dezidiert auch zum Zweck der Rechtsverfolgung an Geschädigte herausgeben.[290] 186

Zusammenfassend: Wirken die Narrative wie beschrieben zusammen, dann stellt sich die Kontingenzfrage gegenüber dem zum Schluss von → Kapitel 1 aufgestellten Befund[291] in tendenziell *nochmals* verschärfter Form. 187

2. Zusätzlich: Technologiebedingte Formalisierung von Rechtsanwendungsprozessen reduziert Kontingenz subtil und inkrementell.

Selbst wenn man insoweit stets standhaft bliebe und *Compliance Assistance Technologies*, die zum Zweck der Ertüchtigung *eingerichtet* sind, *stets* auf diesen Zweck allein beschränkt blieben, so darf auch die kontingenzverdrängende Wirkung von *reinen Compliance Assistance Technologies* (also i. e. S.) nicht zu gering eingeschätzt werden. Freilich ist sie versteckter, weshalb auf diese Überlegung nun noch einmal etwas mehr Raum verwendet werden soll. 188

a. Beobachtung: Rechtserkenntnisfähige KI leitet Normanwendung in formalisierte(re) Strukturen. Schon ‚nur' rechtserkenntnisfähige Technologien (also *Compliance Assistance Technologies* i. e. S.) binden ihre Nutzer potentiell in einen autorisierten Formalisierungszusammenhang ein, und zwar in doppelter Hinsicht: 189

Einmal allein schon dadurch, dass sie Rechterkenntnis vermitteln, und zwar aus einer (gesetzlich) zugewiesenen oder (freiwillig) eingenommenen Position mindestens potentiell besseren Rechtsanwendungswissens. Beispiel: der Fahrassistent nach Art. 6 VO (EU) 2019/2144 soll die aktuelle Höchstgeschwindigkeit möglichst besser = verlässlicher kennen als der Fahrer, oder soll die ermüdende Fahrerin eben vor der Ermüdung warnen, die sie vielleicht selbst noch nicht wahrgenommen hat/wahr- 190

288 s. zum damit angedeuteten, notwendigen zweiten Blick sogleich, → 2.
289 Zum allg. Rechtsgrundsatz der KI-Gesellschaft, wonach sich das KI-System selbst stets rechtmäßig verhalten (können) muss, s. oben, → § 2 Rn. 203, 259 f., bes. Rn. 454.
290 Dazu → § 2 Rn. 194 f., sowie zur Verallgemeinerungsmöglichkeit dieser Ausgestaltung → § 2 Rn. 206 ff.
291 s. oben, → S. 247 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nehmen wollte.[292] Ähnlich verhält es sich mit der App NINA, wenn sie freiwillig genutzt wurde, um über die am aktuellen Standort geltenden Infektionsschutzregeln zu informieren.[293] Der NINA insoweit beigefügte *Disclaimer*, dass keine Haftung für diese Information übernommen werde, wird im Alltagsgebrauch untergehen und könnte jedenfalls das Vorbringen des Nutzers plausibilisieren und damit stützen, er sei einem *un*vermeidbaren Verbotsirrtum unterlegen, wenn er sich an eine falsche Rechtsinformation seitens NINA hielt. Auch vor diesem Hintergrund einer mindestens niedrigschwelligen Autorisierungs*anmaßung* ergibt es guten Sinn, entsprechende Programme einer vorsichtigen Regulierung zu unterwerfen.

191 Darin erschöpft sich die Formalisierungswirkung aber nicht: Wie wir gesehen haben,[294] wird es Teil dieser Regulierung sein müssen, dass *Compliance Assistance Technologies* (im weiten Sinn) umfangreiche Protokollierungen über ihre Benutzung, ihr menschliches Abschalten und/oder technisches Versagen erstellen – sei es aus Gründen konkreter Bestreitbarkeit im Einzelfall (z. B. aus Haftungsgründen im weitesten Sinn), sei es, um Daten für eine weitere Verbesserung der Technologie (Training, Tests, Auditierung, Evaluierung etc.) zu generieren.[295] Oft, aber nicht immer, sind die gesammelten Daten zu anonymisieren. Aber jedenfalls existiert zumindest für einen bestimmten, teils sehr kurzen, teils langen Zeitraum damit ein Protokoll der Handlungen, die der eigentliche menschliche Erstadressat der Norm im Moment der – richtig oder technisch eventuell auch fehlerhaft angenommenen – rechtlichen Handlungspflicht ausgeführt hat. Die Dimensionen dieses Protokolls werden sich von Fall zu Fall unterscheiden. Art. 12 AI Act geht sehr weit;[296] NINA hingegen durfte demgegenüber noch keine Protokollierung erstellen. Aber immer häufiger wird eine – untechnisch gesprochen – Beobachtung des Geschehens stattfinden, und die Nutzerin weiß darum bzw. kann um diese Beobachtung wissen. Soweit die Beobachtung, nun zur darauf gestützten Annahme:

192 *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.* Diese Annahme basiert auf rechtstheoretischen und organisationssoziologischen Vorarbeiten.[297] Angeknüpft werden kann zunächst an *Christoph Möllers* Normtheorie. Demnach kann

292 Dazu oben, → § 2 Rn. 285.
293 Dazu oben, → § 2 Rn. 294 ff.
294 s. soeben, → § 4 Rn. 169 f.
295 Die oben genannten Bsp. zu Forschungs- und Trainingsarrangements waren etwa Art. 12 AI Act (→ § 4 Rn. 135, 169), § 19 Abs. 3 UrhDaG (→ § 4 Rn. 172), § 63a, § 1g Abs. 1, 2 StVG (→ § 2 Rn. 190, 194 f.), und Art. 6 Abs. 4 lit. a VO (EU) 2019/2144 (→ § 2 Rn. 286); zur Frage der Bestreitbarkeit sei nochmals verwiesen auf die neue Rspr. zu einem „Recht auf Rohdaten", in → § 4 Fn. 259.
296 Speziell dazu → § 4 Rn. 169.
297 Hierzu knapp bereits oben, → § 2 Rn. 322 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„[e]ine erste Wirkung von Normen […] dadurch entstehen, dass der Hinweis auf eine bestimmte Möglichkeit das Ergreifen anderer Möglichkeiten faktisch erschwert. […] Indem ich durch eine Norm eine bestimmte Möglichkeit auszeichne, heraushebe und explizit mache, nehme ich autorisiert Aufmerksamkeit in Anspruch, die für die anderen Möglichkeiten nicht mehr zur Verfügung steht. Viele ‚weiche' Normen, die keine formale Bindungswirkung haben, die aber einen hohen Grad an Befolgung aufweisen, funktionieren so. Eine zweite Art der Wirkung von Normen kann sich daraus ergeben, dass die Erkenntnis einer Norm einen Einblick in deren Autorisierungsstruktur voraussetzt – selbst dann, wenn ich die Norm letztendlich nicht befolge. Mit der Wahrnehmung der Norm nehme ich den sozialen Zusammenhang wahr, der die Norm autorisiert hat und der mich auch dann beeindrucken kann, wenn ich die Norm verletze. Anders formuliert: Auch wenn ich die Norm nicht befolge, möchte ich mich mit der Autorität, die hinter ihr steht, nicht anlegen, sei es, weil sie mich bedroht, sei es, weil ich sie trotz meines abweichenden Verhaltens anerkenne. Darum breche ich die Norm heimlich und bringe dadurch ein Stück ihrer Wirksamkeit zum Ausdruck."[298]

Die Annahme wird organisationssoziologisch gestützt: Es besteht Einigkeit, dass „Regelverletzungen in Form von Gesetzesbrüchen und Missachtungen von Verordnungen […] empfindlich gegenüber Aufdeckungen [sind]."[299] – soll heißen: dass sie tendenziell unterbleiben werden, wenn mit Aufdeckung gerechnet werden muss, und diese Aufdeckung – in einer grundsätzlich funktionierenden Normenordnung – zu negativen Konsequenzen führen wird: 193

„Das Bekenntnis zu Regeleinhaltung und Gesetzestreue gehört zur Selbstdarstellung jedes Organisationsmitglieds. Es würde jedenfalls Irritationen auslösen, wenn die Vorstandsvorsitzende eines Unternehmens, der Leiter einer Sozialverwaltung oder die Kommandeurin eines Infanteriebataillons öffentlich erklären würde, dass man es mit der Einhaltung von staatlichen Gesetzen und formalen Richtlinien nicht so ernst nehmen würde."[300] „Die interessante Frage ist, wie in Organisationen – oder weitergehend im Rechtssystems [sic] des Staates – beim Bekanntwerden der Regelverstöße reagiert wird. Wird die Abweichung von Regeln als normal betrachtet oder als Normbruch skandalisiert? In Organisationen mit eingehegter Illegalität führt das Bekanntwerden von Regelverstößen zu Sanktion und Systemreparatur. Es setzen die üblichen Mechanismen aus sozialer Isolierung und sichtbarer Bestrafung ein, um die Norm zu erhalten (siehe dazu Luhmann [Funktionen und Folgen], S. 310 f.). […] In Organisationen mit entgrenzter Illegalität hat das Bekanntwerden von Regelverstößen keine oder nur geringe Konsequenzen."[301]

Da wir in einer grundsätzlich funktionierenden Normenordnung leben, und wenn wir davon ausgehen, dass die Fiktion[302] der Verständlichkeit und Anwendbarkeit des modernen Rechts auch für bzw. durch juristische Laien bedeutet, dass diese Laien 194

298 *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 425.
299 *Kühl*, Brauchbare Illegalität, 2020, S. 59. Ausf. *Luhmann*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1999, S. 310 f., 313.
300 *Kühl*, Brauchbare Illegalität, 2020, S. 43.
301 Ibid., S. 87.
302 s. oben, → § 4 Rn. 8 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

für die Nicht-Befolgung von Recht zur Verantwortung gezogen werden können, dann könnte nach *Niklas Luhmann* gelten:

> „Wer für die Einhaltung von Regeln verantwortlich gemacht werden kann, wird Abweichungen nur dann passieren lassen, wenn er sich durch besondere Kautelen absichern kann, *wenn er zum Beispiel die offizielle Kenntnisnahme vermeiden kann*."[303]

195 Wenn man dieser organisationssoziologischen Annahme nun auch Relevanz für Normen im weiteren Kontext zuspricht, dann kann daraus gefolgert werden:

196 *c. Folgerung: Der durch die Überführung in Formalisierungszusammenhänge erzeugte Rechtfertigungsdruck reduziert Kontingenz bereits unterhalb der Schwelle von Justification oder Impossibility Structures.* Beobachtung und Annahme fügen sich vor dem Hintergrund zu dieser Folgerung zusammen, weil *Compliance Assistance Technologies* die Norm unter Umständen erst oder jedenfalls besonders deutlich sichtbar machen und gegebenenfalls schon im ersten Zugriff auf die Situation des Erstadressaten konkretisieren – im Sinn von *Möllers* also Aufmerksamkeit beanspruchen –, was wiederum Dritten zufällig zur Kenntnis gelangen kann (indem etwa der Beifahrer mitbekommt, dass die Fahrerin beständig die diversen Assistenzsysteme ignoriert), und/oder in vielen der genannten Fälle sogar gezielt protokolliert wird, mit zwar rechtlich bestimmter, aber eben faktisch doch nie ganz gewisser Verwendung *ex post* (hier tauchen die *Chilling Effects* der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung[304] wieder auf[305]).

197 Damit wird dem Erstadressaten gegenüber sich selbst, gegenüber seinem Umfeld und potentiell auch gegenüber Dritten, die zur Durchsetzung berufen sind, der Einwand fehlender Rechtskenntnis abgeschnitten. Und selbst wenn – wie im Fall der Assistenzsysteme nach dem europäischen Kraftfahrzeug-Zulassungsrecht – diese noch abschaltbar sind, wird zumindest diese Abschaltung protokolliert.[306] Wenn also die Prämissen stimmen, dann reduzieren *Compliance Assistance Technologies* – auch schon im *engen* Sinn – in mehr oder weniger großem Umfang Heimlichkeit bzw. – noch davorliegend – Unbewusstheit der (potentiellen) rechtlichen Devianz; und sie reduzieren damit inkrementell die Wahrscheinlichkeit, dass Abweichung aus

303 *Luhmann*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1999, S. 309. Hervorhebung hier; s. auch S. 313 f.: „[…] daß Illegalität latent bleiben muss." Wobei hier einzuräumen ist, dass *Luhmann* auf Zwei-Personen-Konstellationen abstellt, vgl. i. d. S. auch *Kühl*, Brauchbare Illegalität, 2020, S. 145 f.: „Wenn Untergebene aber so naiv sind, ihre Vorgesetzten mit Hinweisen auf eine brauchbare Illegalität zu belasten, dann werden diese mit Aussagen wie ‚das habe ich nicht gehört' oder ‚das will ich gar nicht | wissen' darauf hingewiesen, dass man auf diese Form der Information von Vorgesetzten verzichten sollte, weil sie sie zum Einschreiten zwingen würde. […] Der Effekt von verschärften Maßnahmen zur Regeltreue ist nun, dass sie diese bewährte Form des informalen Wissensmanagements zerstören."

304 s. oben, → § 2 Rn. 95.

305 Wie gesagt, auch nach der hier vertretenen Auffassung verschwindet im Ertüchtigungsnarrativ die Überwachungskomponente nicht ganz, sie wird schwächer; hierzu → § 4 Rn. 54 ff.

306 Vgl. oben, → § 2 Rn. 286 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bewusster Devianz oder bewusster/zufälliger Ignoranz erfolgt. Im Ergebnis verringern sie damit in potentiell großem Umfang Verhaltenskontingenz im Recht.

3. Quintessenz. Oder: der ‚theoretische Rest'

Was ist nun, ausgehend von den eingangs dieses Kapitels geschilderten Leistungen 198
von Menschen bei der Realisierung von Recht, das Proprium von Rechtsordnungen, die statt auf rein menschliche auf hybride Arrangements einer KI-optimierten Realisierung setzen? Man könnte auch etwas plakativer fragen, welches der ‚theoretische Rest' rein menschlicher normativer Ordnungen ist, der sich bei aller *Optimierung der Optimierungsbemühungen* durch die soeben, unter → II., geschilderte Architektur nicht auflösen lässt.

Auf den ersten Blick ist dafür festzuhalten, dass rein formal betrachtet *keine* Erosion 199
von Normativität (und Kontingenz) stattfindet, da sich realistisch betrachtet nur der Rechtsrealisierungs-Adressat ändert: vom Bürger, Steuerschuldner, der Mieterin hin zum Hersteller der Software, die *Compliance* erleichtern bzw. erzwingen soll. Das gilt jedenfalls solange, wie man davon ausgehen darf, dass der Staat diese nicht selbst herstellt (NINA ist, wie gesagt, bislang eine absolute Ausnahme). Aber selbst dann richtet sich der Rechtsbefehl noch nach innen an die dafür berufenen staatlichen IT-Stellen und lässt insoweit – dann besonders folgenreiche, weil flächendeckende – Devianz zu.

Freilich ist das eine allzu theoretische Perspektive, die dem Individuum als bisherigem 200
Hauptadressaten von Recht nicht gerecht wird. Richtigerweise fokussiert die Diskussion daher auf den einzelnen Normadressaten/-anwender. Und hier nun ist der Defizitbefund klarer feststellbar. Nochmals mit *Christoph Möllers* gesprochen:

> „[Menschliche] Entscheidungen [über die Anwendung von Normen] zu treffen bedeutet, die unvermeidliche Offenheit der Regel dazu zu nutzen, für einen konkreten Fall andere normative Kriterien mitzutransportieren als die formalisierten. Dies ist solange unvermeidlich, wie man Normen nicht anders als in Form einer [*menschlichen*] Entscheidung anwenden kann, denn solange kann es nur darum gehen, wie mit der informellen Seite des Entscheidens umzugehen ist, und nicht darum, ob auf | diese verzichtet werden kann. Dies ändert sich, wenn durch Algorithmen eine Alternative ins Spiel kommt. Eine solche vollständige Formalisierung der Anwendung wird viele Faktoren ausblenden, die ansonsten Teil der Entscheidung geworden wären."[307]

Allerdings werde sich in der Realität nach *Gabriele Britz* und *Martin Eifert* 201

> „auf absehbare Zeit […] weiterhin das Bedürfnis durchsetzen, technische impossibility structures doch mit einer Möglichkeit menschlicher Intervention durch die Nutzer:innen zu verse-

307 *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 473 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hen; wie schon […] deutlich wurde, bleibt Aversion gegen vollständig automatisierte Vorgänge groß. Solange aber menschliche Intervention in die Technik möglich ist, bleibt ein automationsbedingt vollständiger Normvollzug im Wesentlichen Fiktion."[308]

202 Auf den zweiten Blick bedarf allerdings auch diese Einsicht bzw. These nach dem bisher Gesagten der Qualifikation: Der menschliche Beitrag ist durch den Einsatz von Algorithmen nicht gleichsam entfernt bzw. – wie im Folgenden bei *Möllers* a. a. O. noch ausgeführt – auf die Phase der Programmierung und der Auswahl der Input-Daten beschränkt. Wie die Darstellung der möglichen Ausdifferenzierungen der *Structures/Technologies* und der Arrangements für eine hybride Arbeitsteilung gezeigt hat, ist der Einsatz von Algorithmen (vulgo KI) ohne menschliche Einrahmung nicht zu denken bzw. er *muss* nicht so gedacht werden. Paradigmatisch dafür stehen die *Justification Structures*, die es eben doch erlauben, just im Akt der Erstanwendung noch andere als die formalisierbaren (Un-)Gerechtigkeitsmaßstäbe zu transportieren, nur eben mit dem ‚Mehrwert', dass diese unmittelbar in einen formalisierten (potentiellen) Dialog über die ‚Richtigkeit'/Dauerhaftigkeit dieser Erstanwendung bzw. ihrer Korrekturbedürftigkeit eingeleitet werden. Es würde daher zu kurz greifen, die Diskussion darauf zu reduzieren, ob bzw. wie weit menschliches Urteilen *ex ante* in die Algorithmen vorab einprogrammiert bzw. erlernt werden kann,[309] bzw. allein darauf zu fokussieren, dass die Anwendung des Algorithmus zu deterministischen Ergebnissen führt.[310] Sie tut es, betrachtet man Rechtsanwendung richtigerweise als gestreckten Verwirklichungszusammenhang, *nicht.* Kontingenz wird daher auf den zweiten Blick nicht einfach vernichtet, sondern ihre Verwirklichung zwischen den beteiligten Akteuren *neu verteilt.*

203 Aber: Am Ende, auf den dritten Blick, steht dennoch kein reiner Nur-anders-nicht-weniger-Befund. Denn was KI-optimierte Rechtsordnungen tatsächlich inkrementell verringern werden, ist der Raum, der für Devianz zur Verfügung steht, die *außerhalb* formalisierter Strukturen *unbemerkt* bleibt. Die (Nicht-)Anwendung von Recht ist zum Mindesten (= im Fall von *Compliance Assistance* im engen Sinn) eine *beobachtete*, und sie ist das zumindest in den Fällen, in denen diese Beobachtung gesetzlich vorgeschrieben ist, durch eine Struktur, die am Autorisierungszusammenhang der Norm teilhat. Nochmals: Das heißt nicht, dass Kontingenzerfahrung dadurch *per se* unmöglich würde (offensichtlich nicht im Fall reiner *Compliance Assistance*, auch nicht im Fall von *Justification Structures*, und – bezieht man die Möglichkeit menschlicher *ex-post*-Korrektur mit ein – auch im Fall von *Impossibility Structures* nicht).

308 *Britz/Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 26 Rn. 147.
309 Vgl. *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 474.
310 Ibid., S. 475 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aber immerhin: Der Raum, der für *nicht beobachtete* Kontingenzerfahrungen zur Verfügung steht, wird kleiner. Denn die Einbindung von KI in Rechtsanwendungsoperationen zwingt, drängt oder motiviert zumindest zu einer formalen Verteilung von Konkretisierungs-, Korrektur- und Reflexionsleistungen – und zwar schon bei Nutzung reiner *Compliance Assistance Technologies*: Die Architektur, die für eine sinn- und verantwortungsvolle Nutzung von rechtserkenntnis- oder gar rechtsdurchsetzungsfähigen Technologien erforderlich ist,[311] ermöglicht und erfordert es, konkrete Subjekte der Konkretisierungs-, Korrektur- und Reflexionsleistungen festzulegen, gegebenenfalls hierarchisch abgestuft. Sie ermöglicht es zugleich, die davon erfassten Vorgänge in die damit geschaffenen Bahnen kommunikativ einzuspielen (Berichtspflichten, automatisierte Meldungen, *Justification Structures* etc.). Und selbst wenn anfangs und in bestimmten Bereichen die Antwort auf die damit verbundene Frage lauten sollte, dass die Technologie auf reine Assistenz beschränkt sein soll, wird damit ein erster, noch niedrigschwelliger Formalisierungszusammenhang aufgebaut. Er lässt es immerhin unwahrscheinlich*er* werden, dass eine andere als die normativ gewollte Handlungsvariante gewählt,[312] die noch *mögliche* Verhaltenskontingenz daher tatsächlich *gelebt* wird. 204

Die entscheidende Frage ist: Ist das (von Rechts wegen) ein Problem? Die Frage zu bejahen, setzt einen Eigenwert von rechtlicher Devianz voraus, um dessen Bestimmung es nun im abschließenden → Kapitel 3 gehen wird. Die Konsequenz wäre, dass wir es dann mit einem Abwägungs*viereck* zu tun hätten, in dem „Kontingenz(erfahrung)“ ein *eigenes* Gewicht erlangen würde. 205

311 s. dazu → S. 351 ff.
312 s. soeben, → § 4 Rn. 192.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel 3
Grenzen der Optimierung: Kontingenz im Recht als Ziel und Mittel der Steuerung?

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

Kapitel 2 argumentierte – auf Basis einer Gegenüberstellung der aktuellen und absehbaren Leistungspotentiale von menschlicher und maschineller Rechtserkenntnis und -realisierung[3] – weniger konventionell: Die Realisierung von Recht wurde zuvorderst aus der Perspektive der nicht-professionellen Erstadressaten konzipiert.[4] Ihnen ist eine hier sogenannte republikanische Verantwortung zugewiesen, das Recht *und seine Realisierung* als *eigene* Angelegenheit begreifen zu dürfen *und zu müssen* (das hier sogenannte Ertüchtigungsnarrativ).[5] Mit dieser ‚Zuständigkeit' sind diese Adressaten – eben weil häufig und wohl sogar in der Regel juristische Laien – *eigentlich* überfordert; wäre da nicht die Verfügbarkeit bzw. Perspektive der Verfügbarkeit immer leistungsfähigerer Assistenztechnologien zur Realisierung von Recht. Und das wiederum kann, je weiter sie (= die Technologien) Einsatz finden, zu einer *nochmals verstärkten* Verdrängung von Verhaltenskontingenz führen (das ‚Abwägungsdreieck' der drei Narrative entsteht).[6] 2

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

1 s. oben, ab → S. 102, 165 und 217, sowie nochmals vertiefend ab → S. 422.
2 s. oben, ab → S. 237.
3 s. oben, ab → S. 278.
4 Seine Realisierung wurde damit als Verwirklichungs*zusammenhang* gedacht, der in aller Regel weder bei Behörden noch bei Gerichten oder auch nur bei Rechtsanwältinnen, sondern bei Laien beginnt.
5 s. oben, ab → S. 327.
6 s. oben, ab → S. 391.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

Joseph Raz[1]

§ 5 Der rechtliche Wert des Auch-anders-möglich. Oder: Beweist sich die freiheitliche Demokratie durch die Möglichkeit zum Rechtsbruch?

Der Ausgangspunkt der nachfolgenden Überlegungen ist zunächst ein wohl vertrauter: Vorrangig muss die Frage nach einem Recht zum Rechtsbruch – oder, realistischer: nach einem Recht *auf Möglichkeit* zum Rechtsbruch[2] – eine ‚Sonde'[3] oder ein Suchbegriff[4] sein, der es erlaubt, solches Recht zu identifizieren, das für eine KI-optimierte, deshalb annähernd vollständige Realisierung nicht ‚gemacht' ist. Es gilt, mit seiner Hilfe das hier sogenannte normative *Overblocking* aufzuspüren. Speziell die Verfügbarkeit von *Impossibility Structures* zwingt dazu, nach solchem potentiell ‚überschießendem' Recht zu suchen und seine Verwirklichung nicht einfach ohne erneute Reflexion technologisch zu optimieren.[5] 1

Aber: die plakative Ausgangsfrage nach einem freiheitlichen oder demokratischen Wert von Rechtsbrüchen erscheint weit weniger provokativ, wenn man sich vor Augen führt, dass mittlerweile eine Reihe von Autoreninnen und Autoren aus sehr unterschiedlichen Denk- und Fachrichtungen ernsthaft darauf hinweisen, dass rechtswidriges Verhalten auch jenseits der beschriebenen heuristischen Suchfunktion eigenständige, positive Funktionen haben kann. Eine neue Ernsthaftigkeit grundiert diese Überlegungen, seitdem mit der Entwicklung rechtserkenntnis- und aktionsfähiger Technologien erstmals eine Gesellschaft denkbar erscheint, in der 2

1 *Raz*, in: ders. (Hg.), The Authority of Law, [2]2009, S. 233 (237).
2 s. zu den Begriffen nochmals unten, → S. 413 ff.
3 Begriff nach *Hans Christian Röhl*.
4 *Rademacher*, JZ 2019, 702 (709).
5 Dazu bereits oben, → § 2 Rn. 268 ff. s. ferner die vergleichbare Diskussion bei *F. Hofmann*, in: Fries/Paal (Hg.), Smart Contracts, 2019, S. 125 (132): „Die vermeintliche Diskrepanz des ‚auf dem Papier bestehenden Rechts' vom tatsächlich gewährten Recht entpuppt sich […] als Faktor zur Bildung interessengerechten ‚Rechts'."

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

3 Anliegen dieses § 5 ist es, diese positiven Funktionsbeschreibungen, die zumeist aus der Rechtssoziologie, der Rechtstheorie und auch der Rechtsökonomik stammen, aufzugreifen und zu fragen, ob diese Funktionen *rein rechtlich* fundiert werden können, d. h. ins deutsche (Verfassungs-)Recht internalisiert und dogmatisiert werden können.[6] Nur dann können sie in Zukunft dem Optimierungsversprechen neuer Technologien von einer immer ‚perfekteren' Verwirklichung des Rechts als eigenständiger Belang entgegengehalten werden und (mit) dabei helfen, Kontingenzen im Recht zu bewahren. Andernfalls, also wenn eine solche rechtsdogmatische Internalisierung nicht gelingt, dann bleibt zwar immerhin die Möglichkeit, auf die bisherigen Abwehrstrategien, die rund um das hier sogenannte Narrativ der Überwachung angesiedelt sind, zurückzugreifen. Dass diese Strategien und das gesamte Narrativ an Wirkkraft verlieren könn(t)en, wurde jeweils in den Zwischenfaziten I und II zum Ende der beiden vorigen Kapitel ausgeführt und wird auch im Folgenden an den passenden Stellen nochmals aufgegriffen werden. Im Detail ist § 5 wie folgt aufgebaut:

4 In Abschnitt → I. soll als Ausgangs- und Anknüpfungspunkt der weiteren Überlegungen das *Luhmann*'sche Konzept der „brauchbaren Illegalität" vorgestellt werden. Das ist schon deshalb wichtig, weil sich viele Autoren, die sich jüngst mit den Möglichkeiten der Verdrängung von Devianz aus dem Rechtssystem und mit einem eventuell gegenläufigen ‚Recht zum Rechtsbruch' befasst haben, auf *Luhmann* berufen. Das geschieht zumindest begrifflich oder als Inspirationsquelle, teils aber auch als Legitimationsquelle, in dem Sinn, dass die Frage nicht von vornherein als unsinnig abzutun ist.

5 In Abschnitt → II. gilt es dann, das Oxymoron eines Rechts auf Rechtsbruch in dogmatisch brauchbare(re) Fragen bzw. Strukturen zu zerlegen: Es kann realistisch betrachtet nur um ein Recht auf die *Möglichkeit* zum Rechtsbruch gehen. Allerdings kann hier noch etwas feiner differenziert werden: Neben der Möglichkeit des Rechtsbruchs könnte es auch um ein Recht auf Nicht-Kennen-Müssen des Rechts sowie auf ein Recht auf Unerkannt-Bleiben im Fall der Übung von Devianz gehen. Schließlich könnte auch auf eine subjektiv-rechtliche Aufladung verzichtet und stattdessen allein auf ein objektives Rechtsgebot gesetzt werden.

6 Abschnitt → III. enthält die eigentliche Diskussion möglicher normativer Gründe, mithilfe derer Verhaltenskontingenz nicht nur theoretisch positiv beschreibbar ist, sondern im geltenden (Verfassungs-)Recht verankert werden kann bzw. könnte.

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

klärung[9] für eine auch rechtstheoretische Integration von Devianz über die Rekonstruktion des Rechts als – vielleicht eben bald nicht mehr – *notwendig* kontingentes System zunehmend weg. Das zumindest ist die hier vertretene Einschätzung, die ich in den → Kapiteln 1 und 2 begründet habe. Umso relevanter erscheint damit die Frage, ob in einem *normativen* Sinn „im Verstoß selbst positive Funktionen"[10] angelegt sind, die es zu erhalten gilt, und ob das Recht diese Funktionen ohne systemischen „Kollaps"[11] erhalten *kann*. *Luhmann* hat die erste der beiden Fragen auf den ersten Blick[12] bejaht und gerade auch die rechtswissenschaftliche Diskussion darüber mit seinem Begriff der „brauchbaren Illegalität"[13] geprägt. Er hat diesen Begriff, soweit ersichtlich, erstmals in der Monographie *Funktionen und Folgen formaler Organisation* aus dem Jahr 1964 gebraucht.[14]

I. Brauchbare Illegalität nach Luhmann

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

9 Nicht zugleich schon: Begründung.
10 *Luhmann*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1999, S. 304 f.
11 Vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 2002, S. 13.
12 Zum nicht i. e. S. juristisch gemeinten Begriff der Illegalität sogleich, → § 5 Rn. 17.
13 *Luhmann*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1999, S. 304 und ff.
14 Auf *Luhmann* nehmen bspw. Bezug *G. Wagner*, AcP 222 (2022), 56 (90); *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 66; *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (34); *Rademacher*, JZ 2019, 702 (707 f.); *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 (42); *Hoffmann-Riem*, AöR 142 (2017), 1 (34). Bezugnahmen auf das Konzept brauchbarer Illegalität unabhängig von den Möglichkeiten neuer Technologien finden sich z. B. bei *Bunz*, CCZ 14 (2021), 81 (82); *Jüttner/Barnutz*, CCZ 2020, 250 (256), dort Fn. 75; *Rixen/Pananis*, NJW 2005, 2177 (2181); *Schwarze*, EuZW 2003, 261 (266 f.). Eine eher schlagwortartige Referenz findet sich mehrfach bei *Frenzel*, in: Paal/Pauly (Hg.), DS-GVO, [3]2021, Art. 6 Rn. 13, 56; *ders.*, a. a. O., § 4 BDSG Rn. 29; *ders.*, a. a. O., § 51 BDSG Rn. 2; *ders.*, in: Gersdorf/Paal (Hg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 47. Ed. 1.2.2021, § 1 LPresseG Rn. 28; außerdem bei *Schnapp*, NZS 2014, 41 (45); *Jachmann*, DStR-Beiheft 2011, 77 (83); *Teubner*, ZaöRV 2003, 1 (25); *Kersten*, RdA 2001, 23 (26). Die gelieferte Auswertung, die insb. mithilfe der Datenbank beck-online erstellt wurde, erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Gleichwohl lässt sich erkennen, dass die Zahl der Referenzen insgesamt eher gering ist; eine tiefergehende Rezeption des Konzepts für rechtliche/rechtswissenschaftliche Zwecke findet sich selten. Ältere, i. d. Regel abl. Auseinandersetzungen finden sich in Abgrenzung zur Frage, ob/wo informales Verwaltungshandeln legitim sein kann, vgl. *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 2022, S. 71 f. m. w. N. Interessant ist umgekehrt auch, wer nicht auf *Luhmann* rekurriert, wie z. B. *Marxsen*, Völkerrechtsordnung und Völkerrechtsbruch, 2021, obwohl sich dieser ausf. mit den Funktionen von Illegalität im Völkerrecht befasst, s. passim und bes. S. 198 ff.
15 *Durkheim*, Les règles de la méthode sociologique, 1927, S. 80 ff.
16 *Mead*, American Journal of Sociology 23 (1918), 577 (591): "On the other side of the ledger stands the fact that the attitude of hostility toward the lawbreaker has the unique advantage of uniting all members of the community in the emotional solidarity of aggression."

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

Diese Einschätzung, die – bewusste oder unbewusste – Devianz aus Gründen der Ressourcenschonung bzw. andernfalls drohender Ressourcenüberlastung ‚legitimiert', findet sich auch in aktuellen Stellungnahmen zum Einsatz moderner Überwachungs- und Rechtsdurchsetzungstechnologien wieder.[23] Wir können sie ange- 11

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

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

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

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

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

22 Ibid.

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sichts der (hoffentlich) rationalisierenden Möglichkeiten (künftiger) rechtserkenntnisfähiger Technologien[24] im Weiteren außer Betracht lassen.

12 Weil nun, so die generelle These *Luhmanns*, „soziale Systeme eine *widersprüchliche* Normorientierung erfordern" würden, um zu funktionieren, sei brauchbare Illegalität immer dann schlechterdings „unvermeidbar", *wenn* versucht wird, eine „*widerspruchsfreie* formale Normordnung" zu schaffen.[25]

13 *Einerseits* ist *Luhmann* damit für uns besonders relevant bzw. anschlussfähig, und zwar aufgrund von zwei Ergänzungen, die er im weiteren Verlauf seiner Argumentation macht: *Erstens* stellt *Luhmann* mehrfach (wenn auch etwas verschlungen) klar, worauf weiter oben[26] auch schon hingewiesen wurde: „daß [auch brauchbare] Illegalität latent bleiben muß."[27] Andernfalls wäre die in jedem Akt der Abweichung liegende „radikale in[-]Frage[-Stellung]" der „Systemtreue"[28] für das Funktionieren des Gesamtsystems eben nicht mehr funktional, sondern dysfunktional, zerstörerisch. *Luhmann* geht freilich noch einen Schritt weiter, indem er argumentiert, „daß nicht nur das [deviante] Handeln, sondern auch seine Funktion für das soziale System verborgen bleiben" müsse.[29] Wie dargestellt, ‚nagt' der Einsatz von *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. durchweg, wenn auch mit unterschiedlicher Intensität, an eben dieser Latenz.[30] Und sie (die Technologien) fordern gerade die Frage nach der Funktion devianten Handelns heraus; das belegt dieses Buch, das belegen die anderen zu dieser Frage verfassten, jüngeren Beiträge aus spezifisch rechtswissenschaftlicher Perspektive. Den Blick „hinter die Kulissen" des formalen Systems, den *Luhmann* selbst an einer Stelle als „[d]em Juristen […] verboten"[31] beschrieben hat, wird man in Zukunft also wagen *müssen*.

---

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

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

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

26 s. → § 4 Rn. 192 ff.

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

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

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

30 s. oben, → S. 393.

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zweitens bereitet es *Luhmann* in seinem Konzept keinerlei Schwierigkeiten, *alle Mitglieder* eines Systems als potentielle „Benutzer" des *formalen* Regelwerks zu identifizieren, was ihn zu der These führt, dass 14

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

Daher könne die „faktische Bedeutung von formalen Regeln" sich auch nicht allein 15
aus dem „Wunschdenken des Regelsetzers" erschließen. Das sei freilich die „enge Perspektive", unter der die „positivistischen Normwissenschaften leiden" würden.[32] Hierin lässt sich eine – freilich durchaus nochmals radikalisierte – organisationssoziologische Variante des oben sogenannten republikanischen Verständnisses von Recht und Rechtsanwendung[33] sehen.

Das waren die zwei Gründe, warum *Luhmann* für uns besonders anschlussfähig zu 16
sein scheint. Der Schein trügt aber:

2. Eingeschränkte Rezeptionstauglichkeit: kein im engeren Sinn rechtlicher Beschreibungsanspruch

Denn *andererseits* ist bei der Rezeption der Überlegungen für genuin *rechtliche* Zwe- 17
cke – und darum soll es im Folgenden ja gehen – zu beachten, dass *Luhmann* mit seiner „brauchbaren Illegalität" explizit *keinen* juristischen Beschreibungsanspruch verfolgte, jedenfalls keinen scharfen. Denn die von ihm beispielhaft genannten Konstellationen –

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

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

32 Alle Zitate in diesem Absatz bei *Luhmann*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1999, S. 308. Hervorhebung im Original.
33 s. oben, → § 4 Rn. 32 ff.
34 *Luhmann*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1999, S. 304.
35 Ibid.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

18 *Luhmann* hatte mit *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, das in erster Auflage wie erwähnt 1964 erschien, also schon einmal ganz die Perspektive der Außenansicht des Soziologen („als Fremdbeobachter des Rechts“[36]) eingenommen, die für seine späteren, gerade auch dem Rechtssystem gewidmeten Arbeiten typisch wurde. Seine zwischenzeitlich durchaus häufigen Versuche, Rechtstheorie und Rechtssoziologie unter anderem eben über den Begriff der Kontingenz zu verbinden,[37] indem die Innensicht des rechtlichen Systems stets mit einschlossen oder zumindest mit bedacht wurde, sind hier (noch) nicht sichtbar.[38] *Luhmann* musste sich im Zusammenhang mit seiner brauchbaren Illegalität deshalb nicht, jedenfalls nicht im Detail und insbesondere nicht in den Unschärfezonen jenseits der eindeutigen Fälle, mit dem Anspruch des Rechtssystems[39] befassen, die Fälle *legitimer* Illegalität selbst erkennen und dergestalt internalisieren zu können, dass es sie als Fälle von Illegalität *lediglich dem ersten Zugriff/dem ersten Anschein nach* kategorisiert werden und damit letztlich dann doch wieder in der Dichotomie von legal/illegal verarbeitbar bleiben.

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

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

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

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

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

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

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

41 *Raz*, in: ders. (Hg.), The Authority of Law, ^{2}2009, S. 233 (236). Wohlgemerkt: Das ist nach *Raz* der Anspruch *des Rechts*. Ob es eine *moralische* Verpflichtung des Individuums zum Gehorsam gegenüber dem Recht gibt, ist damit noch nicht gesagt. Skeptisch *Raz* a. a. O., S. 237 ff.; dazu, warum daraus kein Paradoxon entstehen muss, S. 245 ff. Zur Einordnung der Stelle in das Gesamtwerk von *Raz* s. *Kuch*, JZ 2017, 719 (723).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

43 Dazu ausf. oben, → § 2 Rn. 268 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

22 Das – also diese Notwendigkeit der Befragung und Reflexion – ist keineswegs wenig und ist in der *praktischen* Umsetzung sicherlich außerordentlich anspruchsvoll, wie das Beispiel des UrhDaG zeigt.[44] Es ist aber eben doch kein Ansatz, mithilfe dessen man (der Möglichkeit von) Illegalität und der damit verbundenen Chance für Verhaltenskontingenz einen Eigenwert zuschreiben könnte. Mit anderen Worten: Wenn ‚korrigierende' Illegalität vom Rechtssystem als legitim anerkannt werden *kann*, dann führt das zur Selbstauflösung unseres Problems, indem das Rechtssystem dann nämlich gezwungen und vor allem auch: *in der Lage* ist, sich selbst gegebenenfalls sogar mit Wirkung *ex tunc* zu korrigieren, die *prima-facie*-Illegalität final in Legalität zu übersetzen.

23 Wenn und weil das demokratisch-(grund)rechtsstaatliche Recht diesen Anspruch haben muss, kann es sich grundsätzlich auch nicht auf informale – und damit notwendig *ungleich* auszuübende – Arrangements der nur situativen Korrektur von Normen durch Devianz verlassen.[45] Es muss vielmehr Arrangements der formalen Korrektur anbieten – wie z. B. durch einen Vorzug von *Justification Structures* vor *Impossibility Structures*. Der in der sozialwissenschaftlichen Analyse befürchteten „unbrauchbaren Legalität"[46] muss das Recht also bereits formal wehren (wollen), statt sich auf informale Regelabweichung als Korrekturmechanismus verlassen zu dürfen. Was den dann verbleibenden Rest anbelangt, ‚landet' man dann eben bei der Annahme, dass Devianz ein ressourcen-rationaler Umgang mit einem eigentlich – für *menschliche* Anwendung – zu komplexen Recht ist, das nur im speziellen Einzelfall wirklich realisiert werden kann (Illegalität als Instrument der Komplexitätsreduktion).

24 Einen Ausweg aus dieser vielleicht enttäuschend schlichten Erkenntnis[47] kann es gleichwohl liefern, vergegenwärtigt man sich, dass es selbst dem besten Juristen

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

1. (Kein) Recht zum Rechtsbruch

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

48 A. A. insoweit evtl. ibid., Rn. 34 und ff.
49 Ausf. dann unten, ab → S. 494.
50 So nun z. B. auch *Custers*, Ethics and Information Technology 25 (2023), S. 58 (9); in der Sache auch schon *Rademacher*, JZ 2019, 702 (707).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

2. (Kein) Recht auf ignorantia legis

28 Erstens wäre ein *Recht auf Ignoranz* denkbar, d. h. ein Anspruch darauf, vor Belehrungen über die ‚richtige' Anwendung des die konkrete Situation regelnden Rechts verschont zu bleiben, *wenn* ich mich nicht aktiv um Rechtsinformation bemühe. Kontingenz wird damit über eine potentielle Ignoranz des rechtlich Gebotenen erzeugt. Ein solches Recht ließe sich dezidiert auch gegen die ertüchtigende Wirkung von reinen *Compliance Assistance Technologies* i. e. S. wenden. Die Existenz eines solchen Rechts soll hier von vornherein ausgeschlossen werden: Der Rechtsadressat *hat sich* um Kenntnis des Rechts zu bemühen, ein dagegen gerichtetes Abwehrrecht gibt es nicht. Auf Basis des hier sogenannten republikanischen Verständnisses ist das eine Selbstverständlichkeit.[51] Aber auch nach der konventionellen, hier sogenannten professionalistischen Konzeption trifft den Rechtsadressaten eine originäre Holschuld hinsichtlich des ihm geltenden Rechts, die einen unselbstständigen Reflex der Rechtsbindung darstellt.[52]

29 Interessant – und möglicherweise eine weitere Lücke in der professionalistischen Konzeption – ist, dass diese Holschuld soweit mir ersichtlich nie eigenständig rechtlich verarbeitet wird. Das grundrechtliche Bestimmtheitsgebot ist dafür nicht geeignet; das Gebot der Normenklarheit schon eher. Es ist in der Judikatur bislang aber zu blass geblieben.[53]

3. Recht auf Möglichkeit zum Rechtsbruch

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

51 s. oben, → § 4 Rn. 32 ff.
52 Dazu oben, → § 4 Rn. 30, dort auch bes. in Fn. 41.
53 Dazu oben, → § 4 Rn. 19 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bewertung“[54] gibt. Die Frage lässt sich dahingehend konkretisieren, ob bzw. inwieweit es ein Gebot gibt, demokratisch-rechtsstaatliche Zweckverfolgung – oder eben Steuerung – grundsätzlich nur durch Recht, d. h. durch eine besondere Art der nicht-physischen *Kommunikation* zu betreiben; und erst bei Fehlschlagen der Kommunikation *ex post* zu sanktionieren oder *pro futuro* Vollstreckungsmaßnahmen zu ergreifen. Grundsätzlich unzulässig *spezifisch* wegen der faktischen Verunmöglichung devianten Verhaltens wären unter Geltung eines solchen Rechts *Impossibility Structures*. Für *Justification Structures* gilt das freilich nicht: Diese hindern den Rechtsbruch nur solange, bis sich der Normadressat eine möglichst assistierte Meinung dahingehend gebildet hat, ob der Normbefehl in seiner konkreten Situation greift oder greifen soll.[55] Die Möglichkeit zum Rechtsbruch belassen sie also. Nur wird man dabei schneller erkannt:

4. Recht auf Möglichkeit zum unerkannten Rechtsbruch

Folglich – d. h. mit Blick auf die *Justification Structures* – muss noch eine weitere Differenzierung eingeführt werden. So wäre zuletzt nämlich ein Recht denkbar, das darauf hinzielt, dass – ausgeübte oder versuchte – Devianz *unerkannt* bleibt. Hier soll im Folgenden vom Recht auf Möglichkeit zum *unerkannten* Rechtsbruch gesprochen werden. Dieser Aspekt des Unerkannt-Bleibens *in formalen Strukturen* spielt eine wichtige Rolle dort, wo es darum geht, den Rechtsbruch als Mittel demokratischen Lernens zu begreifen (→ III.7.). 31

Der analytischen Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass das Unerkannt-Bleiben mit einem Recht auf Möglichkeit zum Rechtsbruch verknüpft werden kann (*dann* wie im Folgenden: Recht auf Möglichkeit zum unerkannten Rechtsbruch), aber nicht verknüpft werden muss. Am Beispiel: Ich *kann* (nicht darf!) A also mit meinem intelligenten Kfz überfahren (keine *Impossibility Structure*), und das Kfz darf das auch nicht in formalisierten Strukturen ‚verraten‘ (keine *Intelligent Surveillance*, keine *Justification Structure*). Zwingend ist das aber nicht: Denkbar wäre auch, dass die Hersteller von Kfz durchaus darauf verpflichtet werden könnten, die Fahrzeuge mit Gefahrerkennungstechnologien auszustatten, die Gefahren durch Rechtsbrüche auch gegen den Willen des menschlichen Fahrzeuglenkers vermeiden sollen; die aber im Realisierungsfall der Gefahr – also bei Versagen der Technik – keine Meldung absenden oder protokollieren dürften, also keine *Intelligent Surveillance* eingesetzt werden dürfte. 32

54 *Becker*, ZUM 2019, 636 (638); bejahend *Möllers*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, ^{3}2022, § 2 Rn. 16b.

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

34 Erstens muss gefragt werden, ob in der Aufzählung nicht ein Recht fehlt: nämlich das Recht auf die Möglichkeit, sich *für* das Recht (bzw. seine Befolgung) entscheiden zu können. *Frauke Rostalski* hat diesen Punkt in Auseinandersetzung mit einer älteren Stellungnahme von mir selbst zur Frage der Devianz[57] besonders deutlich formuliert:

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

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

56 Vgl. beispielhaft zur Versubjektivierung der Staatszielbestimmung in Art. 20a GG *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hg.), GG Bd. II, [3]2015, Art. 20a Rn. 85 m. w. N.

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

So liegen die Dinge hier aber nicht: Die Möglichkeit zum Rechtsverstoß ist nicht nur 36
eine eventuelle, hin und wieder eintretende Neben- oder Begleitfolge der Freiheit des Sich-für-das-Recht-Entscheiden-Könnens, sondern ist dessen konstitutive, ja mehr noch: wesensidentische (wenn auch ‚dunklere') andere Seite. Weniger blumig ausgedrückt: Die beiden Freiheiten sind ihrem Gegenstand nach identisch. Das gesuchte Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Rechtsgehorsam besteht, wenn es denn anerkannt werden sollte, unteilbar aus der Freiheit *für* und der Freiheit *dagegen*. Auch funktional betrachtet kann erst aus der Freiheit, sich *gegen* das Recht entscheiden *zu können*, der positive Wert, die Bestätigungsleistung[61] des Sich-für-das-Recht-*Entscheidens* gefolgert werden. Erst aus dem Umstand, dass es die Möglichkeit gab, sich gegen das Recht zu entscheiden, wird die Entscheidung *für* das Recht bedeutungsvoll.[62]

Deshalb erweist sich das Bestehen auf der positiven Formulierung als eine Form des 37
Framing, man könnte auch zugespitzt sagen: des dogmatisch-philosophischen *White-washing*. Demgegenüber erscheint es mir argumentativ transparenter und auch intellektuell reizvoller, die Aufmerksamkeit dem problematischen Namen unseres Gegenstandes zuzuwenden, der eben seine dunkle Seite offen benennt. Dieser Name – *Recht auf die Möglichkeit zum Rechtsverstoß* – macht von vornherein deutlich, dass das, was es hier zu rechtfertigen gilt, konventionell-rechtsdogmatisch gedacht eigentlich nicht zu rechtfertigen ist.

Zusammengefasst: Wer nach dem rechtlichen Gehalt einer Freiheit zur Entschei- 38
dung *für* das Recht fragt, fragt damit, *ob er will oder nicht*, stets zugleich nach der rechtlichen Anerkennungsfähigkeit eines Rechts auf die Möglichkeit, sich *gegen* die Befolgung des Rechtsbefehls stellen zu können. Das wollen wir im Folgenden gezielt tun. Nicht verschwiegen sei natürlich, dass es einen – möglichweise befriedenden – Kompromiss gibt: nämlich sozusagen dual danach zu fragen, ob es „ein Recht [gibt],

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

61 Vgl. dazu oben, → § 3 Rn. 9 f.

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weiterhin die faktische Möglichkeit zu haben, Rechtsnormen zu befolgen oder zu übertreten".[63]

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

Allerdings: Ob es sich hier um eine rechtstheoretisch überzeugende Rekonstruktion (bzw. auch nur Inbezugnahme der *Kelsen*'schen Theorie) spezifisch von und für Illegalität handelt, kann hier letztlich offenbleiben. Denn *funktional* betrachtet beschreibt das mögliche Illegal-Werden einer Rechtsauffassung im Prozess der Rechtsanwendung lediglich die Einsicht, dass das, was Recht ist, in einem zeitlich gestreckten Prozess ermittelt wird und auch ermittelt werden *können* muss. Es beschreibt also den *dialogisch-arbeitsteiligen Charakter von Rechtsverwirklichung als Prozess*, der von der Einbindung künstlich-intelligenter Systeme ganz sicher verändert, aber eben nicht als solcher negiert wird.[66] Es gilt, KI insoweit als weiteren ‚Aktanten' in den Verwirklichungsprozess einzubinden. Genau darum ging es zentral in den vorangegangenen → § 3 und § 4. Mit anderen Worten: Wir können die Rechts*konkretisierungs*funktion von (*ex post* als solchem markierten) illegalem Handeln als bereits abgehandelt behandeln. 41

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

Im Schrifttum finden sich mittlerweile diverse, meist noch knappe Überlegungen dazu, wie und warum der Möglichkeit zum Rechtsbruch ein rechtlich relevanter Eigenwert zugeschrieben werden kann. Sie sind in der Regel eng mit den unterschiedlichen rechtstheoretischen Ausgangspunkten und Vorannahmen der jeweiligen Autorinnen und Autoren verflochten. Das macht es auch für die nachfolgende Untersuchung nicht ganz leicht, *einerseits* möglichst viele dieser Diskussionsangebote aufzugreifen und ihren rechtsdogmatischen Kern – soweit vorhanden – sauber herauszuarbeiten, und dabei *andererseits* noch eine stringente eigene Argumentation zu entwickeln, die diese theoretischen Grundannahmen gerade nicht stets teilt. Deshalb sind an dieser Stelle einige ausführlichere Einordnungen zum weiteren Vorgehen angezeigt. 42

Wichtig ist es zunächst, eine *Prämisse* der nachfolgenden Überlegungen nochmals nachdrücklich zu formulieren: Die Untersuchung wird – wie oben schon angekün- 43

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

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

66 s. dazu oben, → S. 351 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

digt[67] – dezidiert *nicht defizitorientiert* sein, was die Leitungsfähigkeit künstlich-intelligenter Rechtserkenntnis anbelangt. Soll heißen: Es wird durchweg angenommen, dass die eingeführten Technologien und Technologiekategorien (→ Kapitel 1) derart leistungsfähig arbeiten, dass sie gegebenenfalls im arbeitsteiligen Zusammenspiel mit Menschen (→ Kapitel 2) tatsächlich hinreichend verlässlich und gut bestreitbar in der Lage sind, rechtmäßig von unrechtmäßig scharf zu trennen.[68] Erst wenn das gut genug gelingt, wird die Frage nach einem *Eigenwert* des Rechtsbruchs bzw. der Möglichkeit dazu, wirklich rechtspraktisch relevant werden. Davor wird sich nämlich jede Argumentation, die *Impossibility* oder *Justification Structures* oder auch nur den Einsatz von *Compliance Assistance Technologies* i. e. S. *abwehren* will, leicht damit begnügen können, auf die Gefahren von *Overblocking* oder von kontextuell unpassenden Rechtsinformationen usw., also auf die technischen Defizite zu verweisen. An passenden Stellen, d. h. immer dort, wo sich der ‚Wunsch' nach einer Möglichkeit zum Rechtsbruch *eigentlich* als eine Rücksichtnahme auf diese aktuell noch unzureichenden Fähigkeiten der Technik erweist, wird deshalb *einerseits* an diese Prämisse erinnert werden. Es wird aber *andererseits* auch immer darauf verwiesen werden können, dass bzw. wenn den technischen Bedenken in geeigneten Sach- und Rechtsbereichen *auch* durch einen rechtlich verhältnismäßigen und technisch geschickten Einsatz von *Impossibility* und *Justification Structures* Rechnung getragen werden kann, schon bevor die Technik ‚perfekt' funktioniert.

44 Nach dieser Prämisse nun zum Ablauf der Untersuchung im Einzelnen:

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

46 Auf dieser Vergewisserung aufbauend können sodann die beiden naheliegenden Versuche behandelt werden, wie die Leistungen der Normtheorie mit ihrer sozusagen

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

Prima facie vielversprechender ist es zu fragen, ob nicht der Rechtsbruch *an sich* letztlich auch nur eine Form des grundrechtlich geschützten individuellen Freiheitsgebrauchs ist. Art. 2 Abs. 1 GG mit seiner Funktion als allgemeine Handlungsfreiheit legt es nahe, hier einen besonders starken Anker für den Erhalt von Verhaltenskontingenz zu suchen. Auch dieser Versuch misslingt aber: Zwar besitzen die Grundrechte eine starke Funktion dabei, *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. als Form des Vollstreckungsrechts zu erfassen. Auf diese Weise kann deren verhältnismäßiger Einsatz hinsichtlich *anderer, nicht dem Rechtsbefehl unterliegender* Rechtsgüter der deviant handelnden Personen gut gesteuert werden (plakativ: kein letaler Gewalteinsatz gegen den Apfeldieb). Dem Rechtsbruch *an und für sich* oder der Möglichkeit dazu kann auf diesem Weg jedoch immer noch kein eigener Wert beigemessen werden (→ 3.). 47

Ebenfalls noch eine Ableitung aus der Freiheitsidee stellt es – zumindest nach Auffassung mancher Autorinnen und Autoren – dar, die Möglichkeit zum Rechtsbruch dezidiert *um den Preis der Inkaufnahme der Sanktion* zu fordern. Eingenommen ist damit im Grunde allerdings eine rechtsökonomische Perspektive, deren vor allem US-amerikanische Vertreter offen fragen, ob und unter welchen Umständen *Law as Price* zu konzipieren sei (→ 4.). Der Rechtsverstoß hätte demnach quasi einen *negativen*, aber gleichwohl rechtlich zu schützenden Eigenwert als Tauschgegenstand (im Sinne von: Rechtstreue gegen Verzicht auf Sanktion). Schon in ihren rechtstheoretischen Prämissen überzeugt diese Perspektive nicht. Vor allem ist sie aus demokratischen Gründen unter dem Grundgesetz nicht rezeptionsfähig. 48

Zunächst für sich steht sodann unter → 5. eine Argumentation von *Christoph Möllers*. Er hat sich als einer der ersten ausdrücklich mit der Frage beschäftigt, welchen Anknüpfungspunkt es geben könnte, die Leistungen normativer Ordnungen *dezidiert* grundgesetzlich zu fundieren. *Möllers* will diese Funktion dem Rechtsstaatsprinzip zuweisen. Ich teile den formalen Anknüpfungspunkt im Rechtsstaatsprinzip nicht. *In der Sache* leitet seine Argumentation aber zu der auch m. E. tragfähigen Begründung über, wie und warum Rechtsbrüchen ein von Rechts wegen erhaltenswerter Eigenwert zugeschrieben werden kann: 49

Überzeugender und potentiell nachhaltiger als die bislang genannten rechtlichen Fundierungen für den Erhalt bzw. die Ermöglichung von Devianz auch im technologisch optimierten Recht ist es, hierfür auf das Demokratieprinzip abzustellen. Dabei können zwei verschiedene Dimensionen unterschieden werden, wie und warum ein Rechtsbruch *an sich* demokratisch erhaltenswert ist: 50

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- einmal als Mittel zur demokratischen Kommunikation (Stichwort ziviler Ungehorsam, → 6.);
- sowie als Mittel demokratischen Lernens (Devianz als Instrument der Wissensgenerierung, → 7.).

51 Es ist insbesondere der letzte Ansatz, der m. E. tragfähig begründen kann, dass und warum Rechtsbrüche nicht nur einen rechtstheoretisch beschreibbaren, sondern auch einen *rechtlich* validen Eigenwert im Recht haben.

52 Gibt es damit einen guten, rechtlich fassbaren Grund, Verhaltenskontingenz im Recht in einem bestimmten Umfang zu ermöglichen, ist damit freilich erst das *Ob* geklärt. Das leitet weiter zur Frage des *Wie*. Deshalb geht es schließlich – in Abschnitt → 8. – um Maßstäbe und Konturen denkbarer Arrangements zum Erhalt von Verhaltenskontingenz auch in Zukunft.

I. Rechtsdogmatischer Ausgangspunkt: die Möglichkeit zum Rechtsbruch als instabiler Reflex der Freiheitlichkeit des Gemeinwesens

53 Hier soll zunächst danach gefragt werden, ob sich eine rechtlich relevante Möglichkeit zum Rechtsbruch als Element der *Freiheitlichkeit* des Gemeinwesens konzipieren lässt. Zu beachten ist der strukturelle Unterschied zu der später, unter → 3., eingenommenen Perspektive: Vorliegend wird nicht versucht werden, den Rechtsbruch *selbst* als individuellen Freiheitsgebrauch zu werten. Sondern es geht darum, im Sinne der Grundrechte als objektive Werteordnung zu hinterfragen, ob die *Freiheitlichkeit des Gemeinwesens* es nicht erfordert, den Bürgern in nennenswertem Umfang Möglichkeiten zum Rechtsbruch zu belassen. Die Betonung liegt hier also auf der *Möglichkeit*, dort (also unter → 3.) wird sie auf dem *Rechtsbruch* liegen.

54 Aus dieser Fragerichtung kommend existiert ein erster Anknüpfungspunkt im geschriebenen Recht, nämlich in Form des allgemeinen Zensurverbots in Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG (→ a.). Einen zweiten Anhalt für den gesuchten Möglichkeits-Erhalt aus Gründen der Freiheitlichkeit bietet die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, und zwar in Form der hier sogenannten Rechtschaffenheitsvermutung, die das Gericht in seiner *Kennzeichenkontrollen-II*-Entscheidung aufgestellt hat (→ b.).

55 *a. Vorab: Das grundgesetzliche Zensurverbot als allgemeiner Rechtsgrundsatz?* Einen geschriebenen Anhaltspunkt dafür, dass die Möglichkeit zu Rechtsbrüchen in erheblichem Umfang erhalten bleiben *muss*, liefert auf den ersten Blick Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG. Mit dem Zensurverbot gibt es eine grundgesetzliche Regelung, die den *anlasslosen* Einsatz von kommunikativen *Impossibility* und *Justification Structures* im Interesse der Freiheit und Funktionsfähigkeit der dort aufgezählten, auch sogenannten dienenden Kommunikationsgrundrechte verbieten würde. Verallgemeinern

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

aa. Von vornherein nicht im Anwendungsbereich des Unionsrechts. Im Anwendungsbereich des Unionsrechts besteht kein mit Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG vergleichbares Zensurverbot. Das wurde im Rahmen des obigen Berichts über die Rechtsprechung des EuGH zu urheberrechtlichen Upload-Filtern gem. Art. 17 DSM-RL deutlich. Dabei ist allein der Generalanwalt ausdrücklich auf den – in der medialen Berichterstattung häufig vorgebrachten – Zensurvorwurf eingegangen. Er umschiffte ihn aber letztlich dann doch, indem er den Begriff für zu aufgeladen erklärte, um die gebotene nüchterne Abwägung vornehmen zu können; *Saugmandsgaard Øe* hat sich damit der Narrativ-Wirkung[69] des Wortes Zensur offensiv und klugerweise verweigert.[70] 56

In der Sache gilt im Unionsrecht nun – kurz zur Erinnerung – das Folgende: Aus Sicht der einschlägigen Unionsgrundrechte (vor allem Art. 11 GRC) und nach dem aktuellen Stand der Rechtsprechung ist nicht *per se* die Frage des anlasslos-vorbeugenden Charakters einer Filter-Maßnahme entscheidend. Entscheidend ist vielmehr, ob diese sich als *allgemeine* (unzulässige) oder *spezifische* (eventuell zulässige) Überwachung darstellt. Hierbei kommt es dann auf die sehr besondere unionsrechtliche Bedeutung von Spezifizität an: Wie beschrieben[71] soll diese im Beispielsfall des Urheberrechts schon dadurch hergestellt sein, dass der Rechteinhaber sein *Recht* (und nicht etwa eine initiale Rechts*verletzung*) präzise benennt bzw. zu benennen hat.[72] Die Allgemeinheit der Überwachung bemisst sich damit nicht – wie noch in der älteren Rechtsprechung – an der „Menge der zu überprüfenden Informationen". Sie bemisst sich daran, wie präzise die Nachforschungen sind, die dem Plattform-Diensteanbieter auferlegt werden. Gewahrt werden damit zum einen die grundrechtlich geschützten *wirtschaftlichen* Interessen der Anbieter (besonders Art. 16 GRC). Aber auch die Rechte der Kommunikationsteilnehmer behalten EuGH und vor allem der Generalanwalt im Blick. Freilich ging es dabei an keiner Stelle um die Ermöglichung devianten Verhaltens. Es ging sowohl dem EuGH wie auch dem Generalanwalt allein um Gefahr des *Overblocking* (sei es aus technischen Gründen, sei es, weil die Nutzer der Plattformen das geltende Urheberrecht mit seinen Ausnahmen nicht kennen könnten/würden),[73] also um die – möglichst zu vermeidende – Verunmöglichung recht*mäßigen* Verhaltens. Der Schutz rechts*widrigen* Verhaltens vor Verun- 57

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

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

71 s. oben, → § 2 Rn. 339 f.

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

58 *bb. Fehlende Übertragbarkeit auf Konstellationen jenseits der Kommunikationsgrundrechte.* Für den kleiner werdenden Anwendungsbereich des Zensurverbots im Grundgesetz gelten diese eher eigenwilligen unionalen Maßstäbe nicht. Indem Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG als absolute Schranken-Schranke für Eingriffe in die Kommunikationsgrundrechte die sogenannte staatliche Vorzensur verbietet, wären staatlich angeordnete Kommunikationsfilter, die private Diensteanbieter *anlasslos* einzusetzen hätten, um Rechtsbrüche ihrer Nutzer zu verhindern, unter Geltung deutschen Rechts vorbehaltlos unzulässig.[74] Hier findet sich für einen speziellen Bereich ein grundgesetzliches Gebot im Sinne des von *Maximilian Becker* sogenannten „Erst-Handeln-dann-(staatlich-)Bewerten".[75] Die Norm hält damit als Reflex tatsächlich die Möglichkeit zum Rechtsbruch offen. Aber selbst wenn man davon absieht, dass der wachsende Anwendungsbereich des Unionsrechts die Reichweite von Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG immer weiter reduzieren wird, sind für uns drei weitere, schon rein national-rechtlich bedingte Relativierungen der Aussagekraft des Zensurverbots zu beachten:

59 *Erstens* ist Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG historisch hochgradig dependent. Mit *Wolfgang Hoffmann-Riem* gesprochen: Die Norm „reagiert auf die in vergangenen Jahrhunderten praktizierten Formen planmäßiger Überwachung und Beengung der Kommunikationsinhalte und -prozesse."[76] Nun wird man sicherlich nicht argumentieren können, dass die Norm dadurch ihre Bedeutung verliert, dass wir mittlerweile in einem gefestigten demokratischen Rechtsstaat leben. Die Norm will sicherlich gerade *Vorsorge* betreiben in dem Sinn, dass sie durch ihre Geltung und Wirkung dazu beiträgt, dass das *so bleibt*. Aber eine andere Relativierung wegen eines grundlegend veränderten Realbereichs der Norm ist angezeigt: Der Grundgesetzgeber von 1949 hatte sicherlich nicht die digitale Massenkommunikation im Web 2.0 vor Augen. Hier ist die freie Kommunikation gerade nicht mehr nur für ‚die Mächtigen' (den

74 s. auch schon *Rademacher*, JZ 2019, 702 (707 f.). Zum Schutzgedanken außerdem ausf. *Hoffmann-Riem*, in: Denninger et al. (Hg.), AK GG, ^{3}2001, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 92: „Soll das Zensurverbot nicht die Gewährung konkreten Rechtsschutzes […] ausschließen, können Überwachungsmaßnahmen aufgrund eines hinreichenden Verdachts einer Rechtsgüterverletzung nicht im Widerspruch zu ihm stehen. Anders liegt es bei der anlaßunabhängig, insb. planmäßig und systematisch, durchgeführten Kommunikationskontrolle. Eine solche von konkreten Rechtsgütergefährdungen unabhängige Überwachung […] kann […] das Geistesleben lähmen und zu anpaßlerischer Vorsicht veranlassen und damit Grundbedingungen freier Kommunikation beseitigen, die das Zensurverbot wahren will. Verbotene Zensur ist daher (nur) eine von hinreichenden Anzeichen konkreter Rechtsgutgefährdungen unabhängige staatliche Inhaltsprüfung von Kommunikation. […]" Dazu, dass auch mittelbare Eingriffe über Private unzulässig sind, s. a. a. O., Rn. 94. Sogar entsprechende Haftungsanreize sollen unzulässig sein, was mit der geltenden EuGH-Rspr. freilich nicht mehr vereinbar wäre (s. ausf. oben, → § 2 Rn. 153 ff.).

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

76 *Hoffmann-Riem*, in: Denninger et al. (Hg.), AK GG, ^{3}2001, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 89.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

Dass dem so ist, belegt zudem ein *zweiter* Gedanke: Der Grundgesetzgeber selbst hat das Verbot, Infrastrukturen für eine vorbeugende staatliche Verhaltenskontrolle der Bürger zu schaffen, gerade *nicht generell* vorgesehen, sondern nur für den spezifischen, historisch mit Missbrauchserfahrungen staatlicher Hoheitsgewalt verbundenen Bereich der Kommunikationsgrundrechte. Viele andere Verbote mit Erlaubnisvorbehalt – z. B. in Teilen des Gewerberechts oder des Baurechts – standen den Autoren und Autorinnen des Grundgesetzes sicherlich (mindestens mitbewusst) vor Augen. Gegen sie wollten sie offensichtlich keine *allgemeine* Vorsorge in der scharfen Form einer Schranken-Schranke treffen.[78] 60

Schließlich, *drittens*, ist auch hier nochmals an die Relativierungen zu erinnern, die in dieser Untersuchung gegen die These von den Einschüchterungseffekten vorgebracht wurden, deren Bekämpfung Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG gerade dient: Sowohl *Impossibility* wie auch *Justification Structures* und natürlich erst recht *Compliance Assistance Technologies* i. e. S. können nicht ohne weiteres qualitativ vergleichbare Effekte zugeschrieben werden, wie sie eine *menschliche* Überwachung eventuell hat.[79] Nur letztere kann den Autoren von Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG im Sinn gestanden haben. Zur – freilich nicht allein bestimmenden – historischen Auslegung tritt hinzu, dass das Zensurverbot nie dafür gedacht war, *konkreten* Rechtsgüterschutz zu versagen; also behördliche oder auch privat-initiative gerichtliche Interventionen mit dem Ziel, kommunikative Rechtsverstöße durchaus auch zu verhindern, für die es konkrete Anhaltspunkte gibt.[80] So war und ist auch unter Art. 5 Abs. 1 S. 3 61

77 s. oben, → § 2 Rn. 99 ff.

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

79 s. oben, → § 2 Rn. 254 ff, 365 ff.

80 Statt aller *Hoffmann-Riem*, in: Denninger et al. (Hg.), AK GG, [3]2001, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 92.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

62 Es lässt sich also festhalten: In bestimmten Bereichen hat das Grundgesetz mit Art. 5 Abs. 1 S. 3 also tatsächlich eine historisch motivierte Vorkehrung gegen Strukturen geschaffen, die anlasslos-systematisch Rechtsbrüche verhindern (können) sollen. Aus den genannten Gründen lässt sich aus dieser Vorschrift aber kein allgemeiner Rechtsgrundsatz herleiten, der die Wahrung der Möglichkeit zum Rechtsbruch in *anderen* Grundrechtskonflikten gebieten würde.

63 *b. Das Verbot anlasslos-flächendeckender Überwachung als Garant weitreichenden Möglichkeits-Erhalts? Vertrauen in die Rechtschaffenheit der Bürger als zutreffender Ausgangspunkt staatlicher Rechtsdurchsetzung – aber nachhaltig ist das nicht.* Auf einer allgemeinen Ebene vielversprechender ist es, sich noch einmal die zwar versteckte, aber gleichwohl zentrale Aussage des Bundesverfassungsgerichts in seiner *Kennzeichenkontrollen-II*-Entscheidung in Erinnerung zu rufen: Wie schon ausgeführt, hat das Gericht das mangels entsprechender Empirie immer wieder kritisierte Argument der *Chilling Effects* ergänzt um ein normatives, letztlich rechtsphilosophisches Argument, wonach der Bürger ein Recht darauf habe, von ständigen Abfragen seiner Rechtschaffenheit verschont zu bleiben (oben sogenannte Rechtschaffenheitsvermutung).[83] Im gleichen Atemzug hat das Gericht dieses Recht auf grundsätzliche Freiheit vor staatlicher Überwachung ausdrücklich als eines bezeichnet, das „[z]ur Freiheitlichkeit des Gemeinwesens" gehöre.[84] Es soll unabhängig davon greifen, ob die Rechtschaffenheitsabfrage dem Bürger irgendeine eigenständig greifbare Mühe

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

82 s. oben, → § 2 Rn. 428 ff.

83 Dazu oben, → § 2 Rn. 97.

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

Grundrechtstheoretisch bleibt aber der Unterschied zu betonen: Das ist kein Schutz der Freiheit, anders handeln zu können, *um ihrer selbst willen*, sondern eine *Neben*wirkung des – wie oben gezeigt: mehr oder weniger gut passenden[87] – Schutzes insbesondere der informationellen Selbstbestimmung und vergleichbarer informationsrechtlicher Grundrechte (oben[88] sogenannte Überwachungsakzessorietät der Bewältigung von *Impossibility* und *Justification Structures*). Das Anliegen ist der Schutz *vor Rechtfertigungsabfragen = Überwachung*, und ist eben nicht die *Ermöglichung von Illegalität*. Das eine geht auch nicht zwingend im anderen auf. Das wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass es – sehr effektive – Maßnahmen der Abwehr von Illegalität gibt, die nicht *aktive* Überwachung, sondern schlicht *passive* Abwehr von Illegalität sind: das Abschließen der Haustür oder die besondere technische Sicherung staatlicher Datenbanken gegen unbefugte Zugriffe. Bislang hat noch niemand gefordert, *insoweit* auch eine Rechtschaffenheitsvermutung zu gewähren. 65

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

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

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

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

87 s. oben, → § 2 Rn. 127 ff.

88 s. oben, → § 2 Rn. 239 ff.

89 s. oben, → § 2 Rn. 254 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

67 *bb. Vertrauen in die Rechtschaffenheit der Bürger als Kern des Schutzes vor Überwachung.* Trotzdem lohnt es sich, an dieser Stelle noch ein wenig tiefer zu bohren. Möglich wird das, wenn man hinterfragt und erkennt, ob bzw. dass im *Kern* des *normativen* Arguments der Rechtschaffenheitsvermutung nicht eine nur vorrechtlich greifbare, *individuelle Freiheit* steht, sondern wenn man als deren Kern ein rechtlich gewendetes *gesellschaftspolitisches* Postulat *zwischenmenschlichen Vertrauens* einsetzt. Man macht dann in diesem speziellen Sinn also weniger ein individuelles Freiheits-, sondern ein objektives, kollektives Argument auf. Zu dieser Perspektive passt stimmig, dass das Bundesverfassungsgericht die Rechtschaffenheitsvermutung selbst eben nicht allein auf individualistische Interessen stützt,[91] sondern ausdrücklich die Freiheit*lichkeit* des *Gemeinwesens* zur Begründung heranzieht.[92] Wir sind – im *Kant*'schen Bild – kein „Volk von Teufeln", demgegenüber ständiges Nicht-Vertrauen oder gar Misstrauen hinsichtlich der Regelbefolgung erforderlich wäre.[93]

68 Den Vorschlag, vor diesem Hintergrund dezidiert *Vertrauen* in das Zentrum der Diskussion um die Bewältigung von rechtsdurchsetzungsfähigen Technologien zu stellen, hat *Christoph Burchard* schon 2019 unterbreitet:

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

90 Zum Ganzen → § 2 Rn. 428 ff.

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

92 Nachw. oben, → § 2 Rn. 96.

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

So gewendet, bereitet es dann wenig(er) Schwierigkeiten, die reflexhaft-faktische Freiheit zum Rechtsbruch als einen „Loyalitätsanker“[97] zwischen Gesellschaft und Rechtssystem einerseits und rechtsunterworfenem Individuum anderseits zu sehen, der „Identität mit der Rechtsordnung [stiftet] und […] die Menschen mit dem, was den Staat im Innersten zusammenhält[, verknüpft].“[98] 69

Aus der Perspektive des hier vorgeschlagenen republikanischen Verständnisses von Recht und Rechtsanwendung[99] ist diese normative Aufladung einerseits besonders stimmig, eben weil dadurch die Rolle des Einzelnen als für die Rechtsanwendung *mitzuständige* Instanz hervorgehoben wird. Der Vorzug dieser Neukonzeption[100] scheint mir allerdings vor allem zu sein, dass damit die überkommene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,[101] die derzeit als ein Instrument der Einhegung staatlicher Überwachung „irgendwie“[102] erscheint, eine stringente logische Basis erhält: Vertrauen ist der Ausgangspunkt (= keine Überwachung/Abfrage von Rechtschaffenheit), dessen Verlassen (= Überwachung) zulässig ist, wenn es *gute Gründe* gibt, *nicht* zu vertrauen oder gar konkret zu *miss*trauen.[103] 70

Die in → § 2 genannten Fälle, in denen das Bundesverfassungsgericht die dem Bürger grundsätzlich geschuldete Rechtschaffenheitsvermutung durchbricht, ließen sich damit durchaus kohärent erfassen:[104] klassisch-anlassgebunden die schon erkannte Gefahr, die sich, wenn sich die Überwachungsmaßnahme gegen den Störer richtet, sogar auf konkretisiertes *Miss*trauen berufen kann; ebenso die Überwachung gefahrgeneigter Räume, oder auch von Tätigkeiten, bei denen in *generalisierter* Weise ein gesellschaftliches *Nicht*-Vertrauen (offenbar) angezeigt erscheint – beispielsweise beim Überschreiten von EU-Außengrenzen, bei der Anfertigung der Steuererklärung oder im Bereich der Geldwäsche-Kontrolle. Die drei zuletzt genannten Beispiele illustrieren, dass die *Gründe* für das ausnahmsweise Nicht-Vertrauen ihrerseits wie- 71

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

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

98 *Paschke*, MMR 2019, 563 (567).

99 Dazu oben, → § 4 Rn. 32 ff.

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

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

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

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

104 s. oben, → § 2 Rn. 105 ff., 121.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

derum ganz unterschiedliche sein und sachbereichsspezifisch differenziert ausfallen können.

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

Illustrieren kann das Gesagte ein Blick in die US-amerikanische Diskussion. *I. Bennet Capers* beschreibt aus einer afroamerikanischen Perspektive nicht nur den systematischen Vertrauensverlust in die Redlichkeit menschlicher Polizisten. Er beschreibt zugleich einen erheblichen Vertrauensverlust in die Funktionalität der *menschlichen* normativen Ordnung insgesamt, indem er das Versagen der Polizei in Form eines dezidierten, vor allem nicht-weiße Bürger betreffenden *Underenforcement* (!)[109] des Rechts beklagt. Daraus – und das ist der für uns zentrale Aspekt – *rechtfertigt* er die Forderung nach einem Maß an technologischer Massenüberwachung und möglichst flächendeckender präventiver Rechtsdurchsetzung,[110] das für europäische (weiße) Ohren tatsächlich "dystopian" und wie "George | Orwell's 'big brother' run amok" klingt.[111] 74

Das erkennt und schreibt der Autor selbst. Aber *Capers*, der sich den *Critical Race Studies* zuordnet, wertet Privatheit (im weiten Sinn von Datenschutz) als etwas, das man sich in faktischer Hinsicht erst einmal leisten können muss – und als etwas, was sich bislang vor allem Weiße leisten konnten.[112] Privatheit (und – für unsere Zwecke gewendet – das Vertrauen in die grundsätzliche Rechtschaffenheit der Bürger auch ohne ständige Abfragen ihrer Rechtschaffenheit) beschreibt der Autor also als individuell wie auch sozial voraussetzungsvolles Konzept. Und er verneint für die US-amerikanische Gesellschaft, dass diese Voraussetzungen vorliegen. Wohlgemerkt: Auch dadurch entsteht bzw. entstünde keine „Zero-Trust-Gesellschaft".[113] Denn statt des zwischen*menschlichen* Vertrauens in die grundsätzliche Rechtstreue des Gegen- 75

108 Vgl. ibid.

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

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

111 So ibid., S. 43 f.

112 Vgl. ibid., S. 45 ff.

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

76 Wir haben zwar in Deutschland und in den meisten Teilen Europas keine Verhältnisse, die mit denen in den USA vergleichbar wären. Aber auch die europäischen Gesellschaften sind modern und hochverdichtet. Sie müssen mit nur noch wenigen konkreten, z. B. durch „Familien, Clans oder Stämme[]"[115] gefestigten personalen (oder religiös fundierten[116]) Vertrauensbeziehungen auskommen. Vor diesem Hintergrund ist aus einer rechtlich-normativen Perspektive vielleicht kein *vollständiger* Übergang von „Personenvertrauen […] auf [reines] Systemvertrauen"[117] notwendig. Aber die normativ als „Schulterschluss mit der Sozialphilosophie"[118] gewollte Fiktion von Personenvertrauen kann in modernen, nicht mehr im engen Rahmen konkreter, personal gefestigter Vertrauensbeziehungen organisierter Gesellschaft nur dann und deshalb aufrechterhalten bleiben, wenn sie durch eine hinreichend stabile soziale Struktur ergänzt wird, die im Hintergrund Systemvertrauen schafft und erhält.[119] Dazu gehört es, die Haustüre abschließen zu können und abschließen zu dürfen (und eben nicht *kontrafaktisch* auf die Redlichkeit der Nachbarn/von Passanten vertrauen *zu müssen*). Dazu gehört auch das Einsetzen von Überwachungsstrukturen in den Bereichen, in denen *gute Gründe* bestehen, anstelle von Vertrauen dosiert Nicht-Vertrauen oder Misstrauen umsetzen zu wollen. Richtigerweise geht es also am Ende wohl weniger um eine individuell geschuldete, personale Vertrauensvermutung als vielmehr um die auf die jeweilige Gesellschaft *angepasste* Strukturierung von Bereichen des Vertrauens, des Nicht-Vertrauens und des Misstrauens, die *individuelle* Freiheit *in Gesellschaft* ermöglichen kann.

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

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

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

117 *Kühl*, Brauchbare Illegalität, 2020, S. 98. Zum Begriff des Systemvertrauens grundl. *Luhmann*, Vertrauen, ^{5}2014, S. 60 ff., bes. S. 64 (zur Definition) und S. 69 ff. (zur Frage des Vertrauens in politische Macht/das politische System).

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wir können festhalten: Selbst wenn man mit der vorgeschlagenen Fundierung des Schutzes gegen Überwachung mitgeht, d. h. ihn mit der Rechtschaffenheits-/Vertrauensvermutung grundrechtstheoretisch stimmig(er) fundiert als mit dem problematischen empirischen Gedanken der *Chilling Effects*, oder auch, wenn man stattdessen mehr auf Strukturen zur Schaffung von Systemvertrauen als *Voraussetzung* personalen Vertrauens baut – so oder so ist damit der Devianz *an sich* bzw. der Möglichkeit dazu weiterhin kein Eigenwert zugewiesen. Auch das vorgeschossene personale Vertrauen geht bzw. ginge nämlich *erstens* dahin, dass die faktische (= vorrechtliche) Freiheit zum Rechtsbruch für eben diesen *nicht* genutzt werden wird; und insbesondere in der beschriebenen Hilfeleistungs-Konstellation[120] bleibt es *zweitens* dabei, dass interveniert werden kann und muss, weil eben das Vertrauen enttäuscht/die Rechtschaffenheitsvermutung widerlegt ist und nicht kontrafaktisch weiter existiert bzw. weiterexistieren darf, ohne die Rechtsordnung in Zynismus und Selbstwidersprüchlichkeit zu führen. Dafür, in einer solchen Konstellation den rechtlich gewollten Rechtsgüterschutz hinter dem Rechts*nicht*befolgungswillen des Rechtsadressaten zurückstehen zu lassen, haben wir damit also noch keinen guten Grund gefunden. 77

Im Gegenteil: Es *drängt* die Vertrauensvermutung, eben weil wir sie nicht kontrafaktisch verstehen dürfen, sondern als sozial voraussetzungsvolle, wenigstens *auch* tatsächlich zu fundierende Konstruktion verstehen müssen, sogar auf den Einsatz von *Compliance Assistance Technologies* i. e. S.; nämlich überall dort, wo die Anwendung des Rechts für dessen Erstadressaten so schwierig ist, dass ihre Befähigung zur Befolgung gegenwärtig bloße Fiktion und ein grundsätzliches *Nicht*-Vertrauen in die Regelbefolgung daher angezeigt ist.[121] Die Alternative wäre, wie schon mehrfach ausgeführt, zu hinterfragen, ob das Recht selbst zu komplex geworden ist oder den falschen – weil nicht professionellen – Adressaten hat. 78

c. Die Möglichkeit zum Rechtsbruch als Ausdruck des Misstrauens in den Staat und seine Repräsentanten (Missbrauchsvorsorge)? Bevor wir uns Argumenten für den Erhalt der Möglichkeit zum Rechtsbruch zuwenden können, die sich vom Überwachungsnarrativ lösen, muss zuvor noch einmal – letztmalig und knapp – auf die Kehrseite des soeben entfalteten Gebots des Vertrauens in die Rechtschaffenheit der Bürger eingegangen werden. Gemeint ist das *Misstrauen in die Stabilität des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaats* bzw. in seine Repräsentanten, das sich – mit dem Bundesverfassungsgericht – in der Figur der Einschüchterungseffekte oder *Chilling Effects* auf den (wenn auch schwammigen) Begriff bringen lässt.[122] 79

120 s. oben, → S. 247 ff.

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

80 Hierzu habe ich das meiste schon gesagt, aber angesichts der Stärke und Häufigkeit des Arguments – in ganz verschiedenen Spielarten und aus ganz verschiedenen rechtspolitischen Perspektiven[123] – soll es auch an dieser Stelle erwähnt werden. Deshalb dazu nochmals Folgendes:

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

123 Vgl. bspw. *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, 2015, S. 35: „Und Misstrauen ist die Mutter sowohl des Rechtsstaats als auch der Demokratie." Allerdings geht es *Gärditz* sodann um eine verfahrensmäßige Auflösung in den „Formen institutionalisierter Strafrechtspflege", s. a. a. O.; s. außerdem *Habermas*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ^{3}2015, S. 29 (38 f.), dazu ausf. unten, → Fn. § 5 Rn. 216.

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

Am umstandslosesten gelingt der Erhalt einer Möglichkeit, sich rechtswidrig verhalten zu können, denjenigen, die der Theorie normativer Ordnungen eine „rekonstruktive Kraft" verleihen wollen:[131] 82

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

83 Niemand wird abstreiten wollen, dass die Ordnung des Grundgesetzes eine normative Ordnung *ist*. Verleiht man dieser im ersten Moment deskriptiven – eben theoretischen – Beschreibung selbst einen normativen Charakter, dann hieße das, dass sich all die *positiven* Leistungen, die mit der Notwendigkeit der Realisierung von Recht durch Menschen verbunden sind,[133] erhalten lassen könnten. Freilich wäre es für eine solche normative Wendung der Theorie normativer Ordnungen notwendig, jenseits ihrer überkommenen machtsoziologischen Basis[134] *in der Verfassung* oder gegebenenfalls in den Europäischen Verträgen ein Gebot oder zumindest ein Primat der Verhaltenssteuerung durch Rechtsnormen zu lokalisieren[135] – statt durch all die anderen denkbaren Mittel, zu denen neben den hier betrachteten *Compliance Assistance Structures* z. B. auch das berühmte *Nudging* zählt.[136]

84 *a. Normative Steuerung als zuerst kommunikativer Vorgang?* Eine Mischung aus konstitutionalisierter Normtheorie und materieller Begründung für die Konstitutionalisierung findet sich früh bei *Mireille Hildebrandt*:

---

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

132 *Günther*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 523 (541). Oder, mit *Luhmann*, Kontingenz und Recht, 2013, S. 72: „Normen formulieren zwar eine mehr oder weniger bestimmte Erwartung – aber unter Einschluß der Miterwartung der Möglichkeit des Gegenteils." Davon zu unterscheiden ist die Frage der Normentstehung/-bildung: „Normen entstehen nur, wenn man die Möglichkeit ins Auge fassen muß, daß konform *oder* abweichend gehandelt werden wird", s. *Luhmann*, in: ders. (Hg.), Ausdifferenzierung des Rechts, 1999, S. 191 (210). Gleichsinnig *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 207 f.

133 s. oben, ab → S. 271.

134 Dazu oben ausf., ab → S. 243. Damit kann auch auf *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 395 geantwortet werden, wo es heißt: „Wenn Normen nur Mittel zum Zweck sind, bleibt ungeklärt, warum nicht Ursachen anstelle von Normen verwendet werden. Normen enthalten die Möglichkeit ihres eigenen Bruchs. Diese Eigenschaft macht sie als Mittel reiner Zweckerreichung ungeeignet." Antwort bzw. Klärung: Die Möglichkeit, mit „Ursachen" anstelle von Recht (i. S. von Kommunikation) zu steuern, gab es bislang rein faktisch nicht bzw. zumindest nicht in der Breite.

135 Vgl. i. d. S. etwa *Becker*, ZUM 2019, 636 (643 f.): „Recht wird nicht nur von Menschen für Menschen gesetzt und ist entsprechend flexibel, es wird seiner Idee (!) nach auch von Menschen angewendet." Deshalb: „Die Freiheit, vom Plan abweichen zu können, liegt unserer Rechtsidee zugrunde" (ebd., S. 647).

136 Denn, mit *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 183, gesprochen: „Keinen normativen Anspruch erhebt dagegen die Durchsetzung einer Norm. […] Denn die Durchsetzung kennt keine Möglichkeit der Abweichung mehr, sie ist, wie auch immer sie betrieben wird, letztlich eine Verursachung, die nur eine einzige Wirkung zulässt." „Zwar ist ein bestimmtes Verhalten erwünscht [was nach *Möllers* ein zentrales Kriterium für das Vorliegen einer Norm ist], aber diese Präferenz soll durch den Ausschluss alternativer Möglichkeiten verwirklicht werden. […] Unserem Verständnis nach handelt es sich dann aber nicht mehr um eine normative Praxis, sondern um einen kausalistisch ansetzenden Versuch der Gesellschaftsgestaltung" (a. a. O., S. 347).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

Die von *Hildebrandt* dem gegenübergestellte private *Technological Regulation* (= infrastrukturalisierte technologische Steuerung) weiche von diesen demokratisches Recht konstituierenden Eigenschaften in jeder Dimension ab: *erstens* nicht kontrolliert vom demokratischen Gesetzgeber ("we never got to vote on this"); *zweitens* nicht verletzbar/brechbar; *drittens* nicht gerichtlich angreifbar. 85

Hildebrandts Argumentation von 2016 (!) enthält viel Zukunftsweisendes, vor allem eine Beschreibung des (damals noch weitgehend) *unregulierten* Status quo privatwirtschaftlichen Technikeinsatzes. Sie lässt sich aber genau vor diesem Hintergrund angreifen. Es ist beispielsweise schlicht nicht richtig, dass wir kein "vote" über den Einsatz von Technologien durch private Akteure haben. Denn selbstverständlich kann Technologie ihrerseits Gegenstand (demokratischer) Regulierung sein und ist es schon vielfach. Dafür steht exemplarisch die Datenschutzgrundverordnung, die mit ihrem Art. 6 Abs. 1 Hs. 1 – grundsätzliches Verbot der Verarbeitung personenbezogener Daten vorbehaltlich einer Erlaubnis[138] – quasi einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt für den Einsatz fast aller neuen Technologien geschaffen hat. Zentral für uns ist aber *Hildebrandts* Einschätzung, dass es für *demokratisches* Recht charakteristisch sei, dass es grundsätzlich brechbar sei und (erst) dann vor Gericht über diesen Bruch gestritten werde. Damit ist unmittelbar unser Untersuchungsgegenstand angesprochen – die Frage ist eben, ob und warum das von Rechts wegen so sein sollte. 86

Will man im Grundgesetz Ansatzpunkte für eine solche Argumentation finden, *kann* man sie mit Mühe finden: Beispielsweise spricht Art. 5 Abs. 2 GG davon, dass die in Absatz 1 der Norm enthaltenen Grundrechte „ihre Schranken in den *Vorschriften* der allgemeinen Gesetze" finden. Also scheint hier eine Steuerung *durch* Recht im Sinn von *Kommunikation*[139] vorgesehen. Man könnte auch überlegen, ob nicht aus den in einigen Landesverfassungen enthaltenen Rechts*befolgungs*pflichten[140] ein Primat der Steuerung durch Recht = Kommunikation = ‚eingebaute' Möglichkeit der Devianz abzuleiten ist. 87

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

88 Sehr vorsichtig formuliert *Christoph Möllers* die These, dass bzw. ob nicht die allgemeine Handlungsfreiheit *Maximilian Beckers* Erst-Handeln-dann-rechtlich-Bewerten[141] als Rechtsgrundsatz schon enthielte:

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

89 Die Ausnahmen erscheinen damit freilich so weit (das Polizeirecht schützt bekanntlich die Gesamtheit der Rechtsordnung, und zwar präventiv), dass hier das Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht mehr stimmt.

90 *Becker* selbst wählt einen etwas anderen, aber immer noch den allgemeinen Grundrechtslehren zuzuordnenden Ansatzpunkt für seine These. Demnach gebe es einen „grundrechtlich bedeutsamen Vorrang freien Verhaltens" vor staatlichen Interventionen. Das leitet *Becker* daraus ab, dass der Staat die „Begründungslast" für Eingriffe trage und bei manchen (oder allen?) Grundrechten der Grundsatz *in dubio pro libertate*[143] gelte. Das spreche „prima facie für einen Schutz gewisser Freiräume" der Bürger. *Becker* argumentiert ebenfalls vorsichtig. Ganz überzeugend ist diese Herleitung für ein echtes Recht auf Möglichkeit zum Rechtsbruch am Ende aber auch nicht. Denn aus der staatlichen „Begründungslast" (= Rechtfertigungslast) für Grundrechtseingriffe folgt nicht zwangsläufig eine ‚Pflicht zum Geschehenlassen *vor aktiver* Begründung im Einzelfall'. Die Begründung kann auch nachgeholt werden, was in Eilfällen der Regelfall sein wird.

91 *b. Normative Steuerung als Realisierungsarrangement.* Letztlich führen die Versuche, ein Primat der Steuerung durch Kommunikation zu begründen, nicht besonders weit und jedenfalls nicht zu einer *allgemeinen*, grundrechts*übergreifenden* Regel. Denn schon Art. 2 Abs. 2 S. 3 erlaubt Eingriffe „auf Grund eines Gesetzes" und ist damit handlungsformenneutral formuliert. Auch die Existenz des Vollstreckungsrechts (einschließlich der diversen Möglichkeiten zu sofortigem Vollzug[144] und un-

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

142 *Möllers*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 2 Rn. 16b.

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

144 s. bspw. § 6 Abs. 2 VwVG Bund, demzufolge bereits eine drohende Gefahr für ein polizeiliches Schutzgut ausreicht, um Ersatzvornahme und Zwangsmittel zu rechtfertigen. Vgl. auch allg. *Waldhoff*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR II, [3]2022, § 44 Rn. 87 ff., zu den einzelnen Zwangsmitteln und den Vss. des sofortigen Vollzuges.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mittelbarer Ausführung[145]) und von § 323c StGB zeigen, dass es auch dem alten Recht unter den alten Realisierungsbedingungen eben auf eine *Realisierung* ankam – nicht zuletzt übrigens auch den Grundrechten selbst (Recht als Bewirkungsarrangement).[146]

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

145 Geregelt z. B. in § 8 PolG BaWü.

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

93 Das zugegeben harte Beispiel des Abtreibungsrechts zeigt auch, dass eine Konzeption, der zufolge „[e]in freiheitlicher Rechtsstaat […] bloße Rechtsfolgen [setzt], […] diese im Rahmen seiner Prozessordnung [vollstreckt] und [damit] die Anwendung solchen Rechts unter den Augen der Öffentlichkeit verhandelt",[150] nicht richtig sein kann. Sie überbetont den *kommunikativen* Steuerungs-Aspekt von Recht, um das „‚nurmehr' Normative und Kontrafaktische der Strafrechtspflege [z]u [v]erteidigen und [zu r]echtfertigen".[151] Sie gewichtet damit aber nicht nur die Rolle der Adressaten als Erstanwender des Rechts bereits außerhalb des gerichtlichen Prozesses zu gering,[152] sondern widerspricht auch der auf reale Wirksamkeit gerichteten Rechtsordnung des Grundgesetzes. Denn, um im harten Beispiel zu bleiben: Das Kind ist tot.[153]

94 Schließlich führt ohnehin nichts an der Einsicht vorbei, dass das Grundgesetz wie auch die Grundrechtecharta der EU aus einer Zeit stammen, in der die Option der Optimierung der Rechtsdurchsetzung durch *Compliance Assistance Technologies*

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

150 So die weitgehende Stellungnahme von *Paschke*, MMR 2019, 563 (567), wobei die Autorin hier eventuell etwas überschießend formuliert hat: Aus dem Gesamtkontext, in dem sie für eine Determinierungsgesamtrechnung plädiert, lässt sich herauslesen, dass es ihr wohl um Fragen *des Umfangs* realer Bewirkung geht (den sie klein halten will), nicht um das Ob.

151 So dezidiert *Burchard*, JRE 27 (2019), 527 (548 f.), mit der Betonung auf dem „nurmehr": „An dieser Stelle begegnet uns die Differenz zwi|schen einer liberalen Fundierung des Strafrechts, die letzteres dem Freiheitsschutz verschreibt, und wohlfahrtstaatlichen Konzeptionen, die das Strafrecht zum Sicherheitsschutz einsetzen (können)." Nach diesem Verständnis erweist sich das Strafrechtskonzept des BVerfG als ein wohlfahrtsstaatliches, indem es auf Steuerung des Adressaten durch die Strafnorm abstellt. Versuche, das Strafrecht anders als als Steuerung zu rekonstruieren, sind bislang, soweit ersichtlich, wenig erfolgreich gewesen. Vgl. für eine gründliche Studie *Haffke*, in: Schünemann (Hg.), FS Roxin, 2001, S. 955 ff., der an die Stelle der „Effizienz" als Grund des Strafrechts (= Steuerung) die „Erwartungsstabilisierung" setzen will; am Ende aber einräumen muss: „Die Wahrnehmung fehlender Verhaltenssteuerung durch die Norm erodiert die Erwartungssicherheit" (ebd., S. 974, dort Fn. 76, unter Verweis auf *Luhmann* und v. a. *Popitz*). Deshalb: „Das Effizienzprinzip [= Steuerung] bleibt zum Schluß der Sieger." (ebd., S. 974).

152 s. dazu schon oben, → § 4 Rn. 18 ff., 32 ff.: Es ist ihre ‚Zuständigkeit', Recht im ersten Zugriff anzuwenden und damit zur Realisierung des Gesollten beizutragen; es ist hingegen nicht ihre Zuständigkeit, dagegen zu verstoßen, um (vielleicht) die Konsequenzen zu tragen.

153 Notabene: Damit ist nicht gesagt, dass die von einer Norm *bezweckte* Bewirkung zwangsläufig immer durch einen technisch vermittelten, *sofortigen* physischen Vollzug umgesetzt werden muss. Wie oben bereits ausgeführt, bietet es sich an, normenscharf den besten Zeitpunkt einer Intervention anhand der Stellschrauben Rechtzeitigkeit/Reversibilität und Kompensierbarkeit zu bemessen, dazu → § 2 Rn. 275.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

3. Der Rechtsbruch selbst als grundrechtlicher Freiheitsgebrauch?

Ebenfalls noch vergleichsweise einfach ließe sich ein Recht auf Möglichkeit zum Rechtsbruch bejahen, wenn *der Rechtsbruch selbst* als grundrechtlicher Freiheitsgebrauch zu qualifizieren wäre. Er bzw. die den Rechtsbruch ausmachende Handlung könnte dann mit einem eigenen, positiven Gewicht in die Grundrechtsabwägung eingehen und würde – bei hinreichend *niedrigem* Gewicht der auf Verwirklichung der Rechtspflicht drängenden Gründe – eben diese Abwägung auch ‚gewinnen‘ können. 95

Mit der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 scheint sich unter Geltung des Grundgesetzes[156] eine recht einfache Option aufzutun, ein Recht auf Möglichkeit zum Rechtsverstoß verfassungsrechtlich zu verankern. Immerhin, so liest man etwa stellvertretend für viele bei *Horst Dreier*, fällt auch strafbares und damit in der denkbar schärfsten Form verbotenes Verhalten in den Schutzbereich der Norm.[157] Von dieser niedrigen Schwelle aus ist dann zumindest jede Verunmöglichung selbstverständlich ein Grundrechtseingriff. Er bedarf einer gesetzlichen Grundlage und muss sich insbesondere am Maßstab der Verhältnismäßigkeit messen lassen. *So* gesehen *existiert* ein Recht auf Möglichkeit zum Rechtsverstoß also schon, erscheint sogar als grundrechtsdogmatische Selbstverständlichkeit. Gekoppelt mit dem scharf 96

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

155 Vgl. oben, → § 2 Rn. 139.

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

157 *Dreier*, in: ders. (Hg.), GG Bd. I, ^{3}2013, Art. 2 I Rn. 30; dort aber auch die Klarstellung: Aus der reinen Erfassung durch den Schutzbereich folgt eben mitnichten *im Ergebnis* ein „Recht auf Rausch“, „auf Umweltverschmutzung“ etc.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gestellten Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das Überwachung – wie wir gesehen haben[158] – nur unter engen Voraussetzungen zulässt, hätten wir dann sogar zusätzlich das Recht auf Möglichkeit zum *unerkannten* Rechtsverstoß schon *de constitutione lata* begründet. Dass *Luhmann* individuelle Freiheit nicht als Grund seiner brauchbaren Illegalität nennt, müsste uns angesichts der skizzierten verfassungsrechtlichen Argumentation dann auch nicht weiter irritieren, wenn sie (die Argumentation) rechtlich überzeugend ist. Das ist sie aber nicht. Sie *umschifft* den Kern des Problems:

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

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

158 s. oben, → § 2 Rn. 82 ff.
159 Durchaus anschaulich *Alexy*, AöR 140 (2015), 497 (502 f.).
160 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 2006, S. 344 ff., dort am Bsp. der (Freiheit zur) Nötigung.
161 Ibid., S. 343. So nun auch zutreffend und speziell mit Blick auf *Impossibility Structures Rauber*, JZ 79 (2024), 174 (179).
162 *R. Dreier*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ^{3}2015, S. 54 (64): „Eine Handlung, die [dem Kontrollbereich] unterfällt, ist im Ergebnis nur dann grundrechtlich geschützt, d. h. eine berechtigte Grundrechtsausübung, wenn sie sich innerhalb der Schrankenregelung des Grundrechts bewegt." Auf die Diskussion um die richtige Begrifflichkeit für die Bezeichnung des Tatbestands einer Grundrechtsnorm ohne Berücksichtigung von deren Schrankenregelung („Schutzbereich", Regelungsbereich", „Kontrollbereich", „Gewährleistungsbereich" etc.) soll hier nur hingewiesen werden.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und dem rechtlich-sozial gebundenen Freiheitsbegriff des Grundgesetzes[163] – an Art. 2 Abs. 1 GG illustriert: Eine vorrechtlich-ungebundene Freiheit ‚geht' in das Grundrecht über dessen Halbsatz 1 hinein, kommt aber, nachdem sie Halbsatz 2 in Verbindung mit einem rechtlichen Verbot oder Gebot durchlaufen hat, als *geltende* Freiheit rechtlich strukturiert und sozial (ein)gebunden und das heißt in unseren Fall: auf null gesetzt wieder heraus. Ein Recht auf Möglichkeit zum Rechtsbruch lässt sich auf diesem *allgemeinen* grundrechtlichen Weg daher nicht begründen.

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

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

Zunächst – *erstens* – haben Vollstreckungsverfahren jene oben dargestellte, machtsoziologisch hoch relevante Funktion der Ressourcenschonung.[164] Das gefahrenabwehrrechtliche Opportunitätsprinzip, das gestreckte Vollstreckungsverfahren als Regelverfahren[165] und auch das Vollstreckungsermessen setzen die Einsicht in die (bislang) begrenzten realen Machtoptionen des Staates wirksam in geltendes Recht um.[166] Um *diesen* spezifischen Aspekt wollen wir uns angesichts der (unterstellten) Infrastrukturalisierung[167] künstlich-intelligenter Aktanten hier nicht mehr kümmern. 101

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

163 Vgl. *Eifert*, in: Herdegen et al. (Hg.), VerfassungsR-HdB, 2021, § 18 Rn. 10 m. w. N., und schon bei/in → Fn. 59 (Einleitung).
164 s. dazu ausf. oben, → S. 243 ff.
165 Dazu ausf. *Waldhoff*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR II, ^{3}2022, § 44 Rn. 72 ff.
166 Vgl. nur *Graulich*, in: Bäcker/Denninger/Graulich (Hg.), PolR-HdB, ^{7}2021, Abschnitt E Rn. 118 m. w. N. zur Rspr.
167 Dazu oben, ab → S. 240.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

103 Nochmals sei hier das bereits[169] geschilderte Beispiel aus dem Bereich der robotischen Haushalts- und Servicehilfen herangezogen: Erkennt der Haushaltsroboter iC, dass der Besucher B aus dem Haushalt der A einen Apfel stehlen möchte, darf die erforderliche und angemessene Verunmöglichungshandlung nicht in einer tödlichen Abwehrhandlung bestehen. Doch ist Gegenstand des rechtlichen Schutzes hier nicht der Besitz des Diebes am Apfel, ist also nicht das rechtswidrige Handeln, dessen Erfolg oder auch nur der Versuch. Geschützt wird ein anderes Rechtsgut, dessen ‚Existenz' *rechtmäßig* und daher *nicht* auf null gesetzt ist (konkret: Leib und Leben des Diebes. Beides hat er durch den Diebstahl rechtlich nicht verwirkt). *Würden* sich diese ungewollten, *in concreto* überwiegenden Nebenfolgen der Rechtsdurchsetzung *ganz* vermeiden und sich der Zugriff trennscharf auf das angegriffene Rechtsgut/die Verhinderung des Rechtsbruchs beschränken lassen, dann bliebe am Ende nur noch der Dieb mit seiner Beute und dem Abwägungsgewicht null übrig.

104 Schließlich – *drittens* – haben Vollstreckungsverfahren eine Funktion der Wissensgenerierung im anspruchsvollen Sinn. Sie erlauben als Vermittlungsscharnier zwischen der Allgemeinheit der Norm und dem konkreten Fall, eben diesem Fall gerecht zu werden. Die Phase der menschlichen Vollstreckung dient damit wie gesagt[170] auch dem nachgeholten Interessenausgleich, indem sie Zeit und Raum bietet, Konkretisierungs- und gegebenenfalls sogar Reflexionsleistungen über die Norm zu erbringen, die zu Differenzierungen führen können, die im Normtext noch nicht angelegt sind (Prüfung des Normbefehls auf seine Zweck-Legitimität auch im konkreten Fall). *Hierin* liegt dann in der Tat eine zentrale, gerade auch freiheitssichernde Funktion, weil hier der konkrete Normbefehl konkretisiert und dabei nochmals hinterfragt werden kann. Auch hierfür lässt sich ein digitales Beispiel aus → Kapitel 1 aufgreifen: Wenn es der Technischen Aufsicht eines autonomen Kfz (d. h. einem Menschen) möglich sein muss, die Weiterfahrt freizugeben, obwohl das Fahrzeug diese wegen drohenden Verstoßes gegen Straßenverkehrsrecht eingestellt hat (vgl. § 1e Abs. 2 Nr. 3 StVG), dann wird hier – jedenfalls klassischerweise – nicht die Freiheit zum Rechtsbruch geschützt, sondern es werden *ratione legis* die technischen Unzulänglichkeiten des Systems antizipiert. Das zeigt sich, wenn man

168 Vgl. statt vieler nur *Graulich*, in: Bäcker/Denninger/Graulich (Hg.), PolR-HdB, [7]2021, Abschnitt E Rn. 957 ff. zur Verhältnismäßigkeit des Einsatzes unmittelbaren Zwangs durch Polizeibeamte.

169 s. schon oben, → § 2 Rn. 246.

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

Im regulären Verfahren der Realisierung von öffentlichen Rechtspflichten durch Verwaltungsvollstreckung ist die Funktion der Wissensgenerierung zwecks Normkonkretisierung/-reflexion grundsätzlich[172] dem Verwaltungsverfahren und dem daraus resultierenden Verwaltungsakt zugewiesen (§§ 9 ff. VwVfG), der dem Vollstreckungsverfahren im eigentlichen Sinn vorgelagert ist. Als bloßer Rechtsakt bewirkt der Verwaltungsakt selbst noch nichts Reales und greift damit *ganz streng* aus der *Verwirklichungs*perspektive auf das Recht geblickt noch nicht einmal wirklich (!) in ein Recht ein.[173] Er ist letztlich bloße Kommunikation, der Rechtsbefehl als solcher ist anfechtbar und diskutabel, d. h. weiter oder anders konkretisierbar, das alles gegebenenfalls auch vor Gericht. Im anschließenden Verwaltungsvollstreckungsverfahren im *eigentlichen* Sinn (z. B. §§ 6 ff. VwVG), d. h. ab Bestandskraft des Verwaltungsakts, ist der reale Vollzug sodann möglich, ohne dass die materielle Rechtslage noch zu prüfen wäre (Ablehnung des sogenannten Rechtwidrigkeitszusammenhangs).[174] Hier stehen folglich staatliche Ressourcenschonung (soeben, → Rn. 101) und Güterschutz des eigentlich Verpflichteten (soeben, → Rn. 102 f.) im Vordergrund. Rechtsverwirklichung als Prozess[175] zeigt sich hier in besonders klarer Form. 105

Das ist freilich auch nach dem gegenwärtigen allgemeinen Vollstreckungsrecht nur *eine* Variante der Verwirklichung (gegen/ohne den Willen des originären Rechtsadressaten): Beim sofortigen Vollzug „werden materielles Recht und Rechtsdurchsetzung unmittelbar miteinander verknüpft."[176] Hier übernimmt also das Vollstreckungsverfahren *allein* die Aufgabe der Sach- und Rechtserkenntnis. Voraussetzung ist hier, dass – am Beispiel von § 6 Abs. 2 VwVG – eine Sachlage gegeben ist, in der „der sofortige Vollzug zur Verhinderung einer rechtswidrigen Tat, die einen 106

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

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

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

174 Dazu *Waldhoff*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR II, [3]2022, § 44 Rn. 77 ff. m. w. N., bes. Rn. 78 f.

175 Vgl. schon → S. 351 ff.

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

107 Diese soeben grob skizzierte dritte Funktionsebene im regulären Vollstreckungsarrangement des VwVG (Wissensgenerierung) ist gerade dann sehr ernst zu nehmen, wenn sie in KI-optimierte Rechtsverwirklichungsprozesse überführt werden soll. Das muss entweder dadurch erfolgen, dass der Gesetzgeber notwendige Differenzierungen schon im – dann maschinell unter Umständen *noch* schwieriger abzubildenden – Normtext selbst nachholt;[179] oder – und wohl vor allem – indem dort, wo die Technologie (noch) nicht leistungsfähig genug ist (siehe → § 3), Differenzierungsleistungen vom Rechtsadressaten selbst akut (= *Justification Structures*)[180] oder *ex post* (= *Impossibility Structures*)[181] nachgeholt bzw. ihm abverlangt werden. Dabei ist es die Stärke des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, dass dieser mehrdimensionale Abwägungsprozess mit seiner Hilfe auf die konkret in Rede stehenden (konfligierenden) Rechtsgüter und die konkret (umzusetzenden) Normen angepasst erfolgen kann.[182] Nochmals sei daran erinnert, dass bei dieser Abwägung der Frage der Reversibilität einer sich *ex post*, also insbesondere nach gerichtlicher Kontrolle herausstellenden Rechtswidrigkeit der Rechtsdurchsetzung besondere Relevanz zukommen muss.[183]

108 Und noch eine weitere Erinnerung scheint mir hier wichtig: daran, dass der ‚Instrumentenkoffer' algorithmischer Rechtsverwirklichung nicht so optionenarm bestückt ist, wie es einige rechtstheoretische Kommentierungen befürchten lassen. Vor allem die in ihren Real- und Rechtsfolgen differenziert ausgestaltungsfähige Kategorie der *Justification Structures* steht dafür, dass Flexibilität und Dialog bei der Rechtsverwirklichung durchaus auch *technisch* weiter ermöglicht bzw. sogar forciert und strukturiert werden können.[184] Sicherlich: Die dafür erforderlichen hybriden Arrangements zu schaffen ist anspruchsvoll und stellt rein umsetzungstechnisch wohl eine der effektivsten Hürden gegen den breitflächigen Einsatz von physisch wirksamen *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. dar. Es verlangt insbesondere als eine

177 s. hierzu auch schon bei/in → § 5 Fn. 144.
178 s. schon oben, → § 2 Rn. 139.
179 s. oben, → § 2 Rn. 268 ff.
180 s. oben, → S. 217 ff.
181 s. oben, → § 2 Rn. 273 ff.
182 Differenzierungskriterien für diese Abwägung müssen an anderer Stelle in Ansehung konkreter Einsatzfelder und Fähigkeiten von *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. entwickelt werden.
183 s. oben, → § 2 Rn. 275.
184 Dazu ausf. oben, → S. 223 ff., 265 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

111 *c. Einwand II: individuell-systemisch.* Weiterführend im Sinn eines freiheitsrechtlich begründeten Rechts auf Möglichkeit zum Rechtsbruch könnte es allerdings sein, die Perspektive vom *einzelnen* Recht und seinem konkreten Verwirklichungsanspruch auf die Gesamtheit der ein Individuum treffenden Rechtspflichten zu lenken. Wie schon in der Einleitung gesagt, ist die Perspektive einer KI-basiert optimierten Rechtsverwirklichung ja ebenfalls holistisch angelegt, d. h. betrifft eben nicht nur einzelne, besonders hochrangige Rechtsnormen/-güter, sondern auch Handlungen, die als Bagatellen abzutun leichtfällt.

112 *aa. Brauchen wir eine Determinierungsgesamtrechnung? Anne Paschke* hat den Begriff der „Determinierungsgesamtrechnung" in die Diskussion eingeführt, um dieser systemischen Dimension gerecht zu werden.[190] Einer solchen bedürfe es „ähnlich der Überwachungsgesamtrechnung",[191] die das Bundesverfassungsgericht für staatliche Überwachungstechnologien vor längerer Zeit schon gefordert hat und für deren Operationalisierung nun erste Vorschläge vorliegen.[192]

113 Scheinbar führt der systemische Zugriff in der Tat weiter als der konkrete: Denn mit dem Bundesverfassungsgericht lässt sich die Forderung, „dass […] durch alle [staatlichen] Überwachungsmaßnahmen *zusammen* nicht praktisch alle Aktivitäten der Bürger erfasst und rekonstruiert werden können"[193] dürfen, tatsächlich im Iden-

188 Ibid.

189 Vgl. insofern auch moralphilosophisch *Raz*, in: ders. (Hg.), The Authority of Law, ^{2}2009, S. 279 (287): "What legal form should the recognition of a right not to act against one's conscience take? One simple and radical solution is to introduce a special and unified legal doctrine granting a right of conscientious objection which can be invoked to obtain exemption from liability for breach of any of a number of laws." Genau das lehnt *Raz* aber im Erg. ab, einmal wegen der Gefahr des Missbrauchs – was recht offensichtlich ist –, aber auch wegen der Incentivierung von "undesirable forms of introspection" (a. a. O.). Deshalb: "A right to conscientious objection should be introduced only very sparingly and only in the absence of better ways of protecting freedom of conscience. The main device for protecting freedom of conscience is and *must in any case be the avoidance of laws to which people are likely to have conscientious objections*" (a. a. O, S. 288, Hervorhebung hier).

190 *Paschke*, MMR 2019, 563.

191 Ibid., S. 567.

192 s. Nachw. oben, in → § 2 Fn. 227.

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

titätskern des Grundgesetzes und damit in der Menschenwürde in Anwendung der Objektformel verankern. Auf den ersten Blick scheint das nun auch für *physisch* wirksame Rechts*durchsetzung* ein gangbarer Weg der Einhegung zu sein. Es ginge dann nicht mehr so sehr um ein Recht auf Möglichkeit zum konkreten Rechtsverstoß, sondern um ein Recht darauf, vor physischen Interventionen verschont zu bleiben, die in ihrer Summation das fatalistische Gefühl[194] einer *umfassenden* Lenkung = Verobjektivierung des Einzelnen erzeugen (könnten).[195] Außer in der sehr hoch hängenden Würde ließe sich diese Argumentation auch im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht verankern. Über den Schutz bestimmter, besonders intimer und deshalb persönlichkeitsrelevanter Handlungen (und – zusammen mit Artt. 10, 13 GG und dem Computergrundrecht – besonderer Räume) hinaus kann es auch die Möglichkeit einer freien Persönlichkeitsentwicklung insgesamt bewahren helfen, d. h. den individuellen Sozialisationsprozess durch Begehen neuer und nicht gesellschaftlich vorgegebener Pfade von staatlichen Zugriffen abschirmen.

bb. Der entscheidende Unterschied: Die Überwachungsgesamtrechnung schützt v. a. rechtmäßiges Verhalten, die Determinierungsgesamtrechnung soll rechtswidriges schützen. Das Gegenargument gegen die Argumentation scheint mir nicht so sehr darin zu liegen, dass mit Blick auf die lange Geschichte der *Überwachungs*gesamtrechnung zweifelhaft erscheinen muss, ob sich handhabbare Kriterien für eine *Determinierungs*gesamtrechnung wirklich finden lassen.[196] Schwerer wiegt, dass Überwachung und Determinierung unterschiedliche Bezugspunkte haben: 114

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

194 Vgl. in diesem Sinn *Paschke*, MMR 2019, 563 (567).
195 Ibid., S. 567.
196 Zu den Problemen auch *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 46.
197 BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006, Az. 1 BvR 518/02 = BVerfGE 115, 320 = NJW 2006, 1939 (1945) – Rasterfahndung.
198 Zur empirisch unsicheren Basis des Phänomens oben, bei/in → § 2 Fn. 213.
199 Diese Differenz übergeht auch *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 45 f. bei ihrer (im Erg. befürwortenden) Analyse des Potentials der Determinierungsgesamtrechnung.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

115 Im einen wie im anderen Fall die Objektformel oder auch nur die Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung zu bemühen, übergeht diesen zentralen Unterschied.

116 *cc. Freiheitsschutz als zentrale Aufgabe des materiellen Rechts („Recht auf Nicht-Recht").* Der hinter der bekanntlich schwer handhabbaren Objektformel stehende Würdeschutz könnte freilich *dann auch* für rechtswidriges Verhalten passen (also dessen Verunmöglichung hindern), wenn das durchzusetzende Recht dergestalt ‚dicht' wäre, dass das rechtmäßige Verhalten des Einzelnen so geradlinig bestimmt wäre, dass das Bild eines Bürgers, der ‚aufs Gleis gesetzt' ist (oder ‚an Marionettenfäden' hängt), passte – dann könnte wirklich von einer *Lenkung* von Verhalten *insgesamt* gesprochen werden.

117 Das freilich würde voraussetzen, dass in einer Situation A von den rein physisch denkbaren Verhaltensvarianten a, b, c … *n* ausschließlich die Variante a eine rechtmäßige wäre. „Rechtmäßig verhalten müssen" schließt aber in aller Regel nur bestimmte Verhaltensalternativen *aus* (z. B. das Verhalten b = der Schuss auf die Passantin X), aber macht eben nicht ein ganz bestimmtes Verhalten a alternativlos (von der Steuererklärung, datenschutzrechtlichen Auskunftspflichten und privatrechtlich begründeten Verhältnissen einmal abgesehen). Schon vor Erreichen dieser Schwelle die „Subjektivität des Individuums" an seiner „Fähigkeit zur tatsächlichen […] Entscheidung über Optionen auch in Bezug auf die [einzelne] Rechtsbefolgung"[200] festmachen zu wollen, führt wieder an den toten Punkt der individuell-konkreten Analyse, nämlich den, dass *Verhaltens*pflichten eben Verhaltens*pflichten* sind, und zwar qua Wahl der Handlungsform Recht auf *reale Durchsetzung* angelegte, und eben keine Tauschgeschäfte „rechtmäßiges Verhalten gegen (Risiko einer) Sanktion" sind. Denn jedenfalls nach überkommenem Verständnis ist das Recht keine ‚Gebühr' für die Nichtbeachtung der rechtlichen Vorgabe, sondern demokratisches Steuerungsinstrument, das auf reale (Be-)Wirkung angelegt ist.[201] Dass sich aus der Durchsetzung *einzelner*, wenn auch vielleicht vieler Verhaltenspflichten eine (unzulässige) Entsubjektivierung/Verobjektivierung ergeben können soll, bleibt vor diesem Hintergrund lediglich Behauptung.

118 Demgegenüber wäre die Idee einer würderechtlich tatsächlich problematischen, also *holistisch* gesteuerten, an den Fäden des demokratischen Rechtssetzers geführten Marionette nur *realistisch*, wenn dieser (der Gesetzgeber) ein Bild guten und richtigen Lebens mit einem mehr oder weniger holistischen Anspruch vorgäbe. Für Gemeinwesen wie das chinesische mag das durchaus eine realistische Perspektive sein. Unter dem Begriff der „Juridifizierung" werden auch für das deutsche und

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

203 Ibid., S. 11.

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

121 *Damit* ist der Kern des freiheitsrechtlichen Problems auf den Punkt gebracht. Der Fluchtpunkt unserer Überlegungen zu rechtsdurchsetzungsfähigen Technologien muss es *vor diesem Hintergrund* sein, das Recht auf das wirklich Ernstgemeinte zurückzuführen. Er darf es stattdessen nicht sein, das den alten Umständen nicht-automatisierbarer Rechtserkenntnis und -durchsetzung geschuldete schamvolle Eingeständnis der mangelnden Ernsthaftigkeit einiger (!) Rechtsnormen dadurch weiter hinauszögern zu wollen, dass man ihre Durchsetzung auf dem Niveau der alten Umstände einfriert. *Frei sein* heißt daher nicht, nach eigenem Belieben gegen Recht verstoßen zu können; *frei sein* heißt, nicht mit einem Verbot konfrontiert zu werden, das nicht ernst gemeint ist.

122 *dd. Zwischenstufen: vom Verbot zur Haftung, vom Sofortvollzug zur Befolgungsfrist.* Zu bedenken ist schließlich, dass es Zwischenstufen gibt: Nichts – jedenfalls nichts jenseits des sehr weiten Rahmens des Untermaßverbots grundrechtlicher Schutzpflichten[208] – hindert den demokratischen Gesetzgeber daran, hinsichtlich vieler Normen zu bestimmen, dass ihr Gegenstand eben nicht eine präventiv durchsetzbare *Verhaltens*pflicht, sondern doch eine Art Tauschgeschäft sein *soll*, demnach *unerwünschtes*, aber doch noch nicht im Sinn einer Verhaltenspflicht *untersagtes* Verhalten „unter Inkaufnahme der hierfür vorgesehenen, angemessenen Sanktionen“[209] oder der Leistung von Kompensationen ausgeübt werden kann. Auch kann er sogenanntes nur symbolisches Recht schaffen.[210] Und wenig – nämlich nur die elastischen Grenzen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – hindern die Verfassungsgerichte daran, den Gesetzgeber in Richtung einer solchen Rejustierung des *materiellen* Rechts zu drängen.

123 Ein praktisch sehr relevantes Beispiel liefern – *erstens* – die differenzierten Regeln über die „Unerlaubte Benutzung einer Straße“ in Form des verbreiteten Falschparkens.[211] An § 22 StrWG NRW lässt sich dabei illustrieren, wie der Landesgesetzgeber tatsächlich ein grundsätzliches Primat rechtlich-kommunikativer Steuerung vorgesehen hat (Absatz 1: „kann die […] zuständige Behörde die erforderlichen Maßnahmen zur Beendigung der Benutzung oder zur Erfüllung der Auflagen *anordnen*“). Nur ausnahmsweise lässt das Gesetz hingegen eine behördliche Ersatzvornahme

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

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

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

211 Die vielfältigen Fragen zur Angemessenheit unterschiedlicher Vollstreckungsmaßnahmen und ihrer jeweiligen Voraussetzungen in diesem praktisch häufigen Fall beschreibt ausf. *Waldhoff*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR II, ^{3}2022, § 44 Rn. 144 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

212 OVG Münster, Beschl. v. 24.11.2017, Az. 5 A 1467/16 = BeckRS 2017, 133831, Rn. 9.
213 Ibid., Rn. 12 ff.
214 s. oben, → § 2 Rn. 191 ff., ausf. zu dieser Norm und möglichen Verallgemeinerungen daraus.
215 Zum Begriff oben, → § 1 Rn. 59.
216 Zur grds. Notwendigkeit, dieses vor Einsatz von *Impossibility Structures* möglichst zu reduzieren, schon oben → § 2 Rn. 268 ff. und nochmals → § 5 Rn. 21.
217 s. oben, → § 2 Rn. 194 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

218 s. *G. Wagner*, AcP 222 (2022), 56 (99 ff.).
219 Ibid., S. 102.
220 Ibid., S. 99.
221 Vgl. ibid., S. 100: „Unter dem Blickwinkel der Verhaltenssteuerung unterscheiden sich negatorische von Schadensersatzansprüchen insofern, als mit ersteren ein bestimmtes Verhalten unbedingt erzwungen werden kann, während der Täter bei Schadensersatzansprüchen immer noch die Freiheit hat, die inkriminierte Handlung auszuführen oder die geforderten Sicherheitsvorkehrungen zu unterlassen – und die Ersatzpflicht in Kauf zu nehmen." Richtig wäre: Das *Risiko* einer Ersatzpflicht in Kauf nimmt – vorbehaltlich entsprechender flächendeckender Durchsetzung der *Schadensersatzpflicht*. Durch *Intelligent Surveillance* und *Justification Structures* könnte das Risiko freilich deutlich erhöht werden.
222 M. E. erweisen sich daher auch dezidiert freiheitsrechtlich aufgeladene Rekonstruktionen von Strafe bzw. Strafrecht als allzu voraussetzungsreich. Vgl. i. d. S. *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, 2015, S. 34 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Der Rechtsbruch als Tauschgeschäft (rechtsökonomische Argumentation)?

Die These, „[g]rundrechtliche Freiheit [sei] auch die Freiheit zum Rechtsbruch *unter Inkaufnahme der hierfür vorgesehenen, angemessenen Sanktionen*“[223], ist so präsent, dass spezifisch dieser *Verknüpfung* – d. h. Rechtsbruch im Tausch gegen Sanktion – noch einmal in einem eigenen Abschnitt nachzuspüren ist. Plakativ gefragt: Gibt es ein sozusagen umgekehrtes „Dulde und liquidiere“?[224] Umgekehrt im Vergleich zum 127

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

223 *Paschke*, MMR 2019, 563 (567). Hervorhebung hier. Ähnl. *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (33): „Die Kenntnis von einer bevorstehenden Sanktion kann ein Mittel zur Wahrung der Autonomie der Betroffenen sein: Sie können etwa selbst entscheiden, ob es für sie Gründe gibt, gegebenenfalls eine Sanktion zu riskieren.“ Geradezu selbstverständlich ist diese Perspektive auf das Recht aus soziologischer Sicht, vgl. *Kühl*, Brauchbare Illegalität, 2020, S. 108: „Auch das Einkalkulieren von Sanktionen gehört für Teilnehmer im Straßenverkehr [weitere Bsp. a. a. O.] ganz selbstverständlich mit dazu, wenn sie berechnen, welche Strafen etwa für ‚etwas zu schnell fahren‘, ‚etwas zu viel getrunken‘ oder ‚überqueren von etwas zu roten Ampeln‘ drohen“. Verallgemeinernd *Luhmann*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1999, S. 310: „Eine Regel dient dem, der einen Vorteil aus ihr ziehen kann, als Waffe, wenn er sie zitiert, und als Tauschobjekt, wenn er das Zitieren unterlässt. Er kann manche Angelegenheiten durch Berufung auf die Regel zu seinen Gunsten wenden, er kann aber auch aus Duldung von Abweichungen einen Freundschaftsdienst machen, der zu Dank verpflichtet und bei Gelegenheit entgolten werden muß. Regeln sind aus diesem Grund hartumkämpfte Ecksteine jeder Positionsstrategie in arbeitsteilig differenzierten formalen Organisationen. Ihr strategischer Wert liegt nicht darin, daß sie unbedingt exakt befolgt werden, sondern darin, daß sie bestimmten Personen oder Positionen die Möglichkeit zuspielen, über Befolgung oder Nichtbefolgung und über die dazwischenliegenden Nuancen zu entscheiden und sich durch welche Entscheidung auch immer Vorteile zu sichern.“ Vgl. auch *Raz*, in: ders. (Hg.), The Authority of Law, ^{2}2009, S. 279 (284 f.): “[I]n most cases penal and enforcement measures should anyway be invoked only to protect vital interests and in such cases the autonomy of the offender will | normally be overridden. Where less vital interests are at stake liability should anyway be for compensation only and these are not in most cases excluded by the claim to autonomy. They are a reasonable price for it.”

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

128 Ein Weg, dezidiert zu einem *solchen*, als Tauschgeschäft strukturierten Selbstbestimmungsrecht des Rechtsadressaten über seinen eigenen Rechtsgehorsam zu gelangen, führt über die Perspektive der ökonomischen Analyse des Rechts. Die Rechtsökonomik hat natürlich keine eigenständige *normative* Kraft, schon gar nicht unter dem Grundgesetz. Sie stellt eine Möglichkeit zur Evaluation von Recht dar. Aber genau deshalb werden aus ihr auch normative Forderungen an die Rechtspolitik abgeleitet.[225] Um im geltenden Recht (möglicherweise) existierende Ausprägungen und – grundlegender – um die Integrierbarkeit der rechtsökonomischen Forderung nach einem Tauschcharakter des Rechts in die grundgesetzliche Ordnung geht es im Folgenden. Das Ergebnis vorneweg: So lässt sich ein Recht, die Möglichkeit zum Rechtsverstoß zu haben, erst recht nicht begründen.

129 *a. Das Law-as-Price-Konzept.* Vor allem im US-amerikanischen Schrifttum finden sich Ansätze, mit einem Höhepunkt in den 1980er und 1990er Jahren, die "all law, including regulatory law [as] a system of prices for the right to violate the law"[226] konzeptionalisieren woll(t)en. *Cynthia Williams* hat diesen von ihr sogenannten „*Law-as-Price*"-Theorien eine ausführliche – im Ergebnis klar ablehnende – Studie gewidmet.[227] Auf sie soll im Folgenden vor allem zurückgegriffen werden. Dogmatisch gewendet würden diese Ansätze, wenn sie denn für das deutsche Recht rezeptionsfähig wären, bedeuten, dass eine Möglichkeit zum Rechtsverstoß *von Rechts wegen* als Tauschgeschäft konzipiert und erhalten werden könnte: Rechtstreue im Tausch gegen Verzicht auf Sanktionsfolgen bzw. umgekehrt: Rechtsbruch *nur*, aber immerhin als rechtlich garantierte Option, *im Tausch gegen Sanktionierung*.

130 Den rechts*praktischen* Hintergrund bilden bei *Williams* freilich nicht die Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung durch neue Technologien. Wie gesagt blicken wir in die 1980er und 1990er Jahre zurück. Den Hintergrund bilden hier gesellschaftsrechtliche Fragen der Haftungsfreistellung und Vorteilsanrechnung in Fällen, in denen "directors and officers"[228] gegen Recht verstoßen, welches das Unternehmen,

225 Es dürfte mittlerweile anerkannt sein, dass das zentrale rechtsökonomische Bewertungskriterium der Effizienz für den dt. Gesetzgeber lediglich ein mögliches rechts*politisches* Ziel darstellt, aber für sich genommen keinen verfassungsrechtlich-präskriptiven Charakter hat; statt vieler *Rühl*, in: Krüper (Hg.), Grundlagen des Rechts, [4]2021, § 12 Rn. 22 ff. m. w. N.

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

227 Ibid., S. 1265 ff.

228 Ibid., S. 1308.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

Die Autorin liefert in ihrem Aufsatz eine ganze Reihe von Beispielen aus der Literatur und aus Musterrechtsakten,[230] aber auch aus der US-amerikanischen Rechtsprechung,[231] in denen sie die *Law-as-Price*-Theorie angewandt bzw. umgesetzt findet, d. h. in denen "directors or officers" erlaubt wurde, "to show that 'crime did pay.'"[232] Besonders interessant, weil *prima facie* auch für das deutsche Recht rezeptionsfähig, erscheint dabei die Entscheidung *Landgraf vs. USI Film Products* des US Supreme Court aus dem Jahr 1994: Nur wenn man *Law as Price* konzipiere, so *Williams*, lasse sich stimmig begründen, dass und warum das Gericht in *Landgraf* – in Abweichung von bisheriger Rechtsprechung – auch das Ob und die Höhe von Sanktionen am rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbot teilhaben ließ, anstatt dieses nur auf die zugrundeliegenden *Verhaltens*pflichten zu beziehen.[233] 131

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

132 Den *theoretischen* Hintergrund der Idee, (Sanktions-)Recht[234] grundsätzlich nur als Preis oder Gebühr für das rechtlich – neutral formuliert – geregelte Verhalten zu konzipieren, bilden vor allem[235] die bekannten *Rational-Choice*-Theorien. Dabei ist freilich zu beachten, dass "[t]he law-as-price view of law is [...] rational-|choice theory interpreted not simply as a descriptive claim about how people respond to legal sanctions, but as two, distinct normative claims."[236] *Williams* unterscheidet folgendermaßen:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

239 Ibid., S. 1287.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

b. Vermittelnde Ansätze. Auf den ersten Blick reizvoll(er) sind vermittelnde Ansätze 138
zwischen der *Law-as-Price*-Theorie und der – klassischen, letztlich auch hier vertretenen – *Law-as-Limit*-Perspektive.[241] Eine gründliche Ausarbeitung in diesem Sinn findet sich in einem umfangreichen Aufsatz von *Stephen L. Pepper* von 1995.[242] Auch *Pepper* geht es – bei dem Erscheinungsjahr wieder nicht überraschend – nicht unmittelbar um die Möglichkeiten neuer Technologien. *Peppers* Perspektive ist die der rechtsanwaltlichen Ethik und des Standesrechts:

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

243 Ibid., S. 1547.
244 Ibid., mit weiteren Bsp. auf S. 1550 ff.
245 Vgl. insofern die Überlegungen oben, → S. 342 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- *Drittens* gibt es für zweitens allerdings eine rechtsethische[246] Grenze,[247] die – grob gesagt – entlang einer *im Einzelfall* zu bestimmenden Linie verläuft, die Recht in "law as true prohibition (that is, the | identification of conduct not to be tolerated)" und "law as cost (that is, the | identification of conduct to be penalized in some legal fashion, but which the citizen is still free to choose to do)" trennt.[248]

Im Wesentlichen dreht sich *Peppers* gesamte Studie sodann darum, Rechtsanwälte mit halbwegs brauchbaren Kriterien für die Bestimmung eben dieser Grenze auszustatten. Dabei trägt *Pepper* mit seiner Unterscheidung der sicherlich verbreiteten rechtlichen Intuition Rechnung, dass es durchaus Recht gibt, das der Gesetzgeber so ernst gemeint hat (bzw.: so ernst gemeint haben durfte), dass eine Freiheit zum Rechtsverstoß schlicht unvertretbar erscheint; dass dieses Recht sozusagen 1. Klasse aber keineswegs die Mehrzahl der rechtlichen Verhaltenspflichten umfasst; das meiste Recht scheint eher in der 2. Klasse zu reisen. 142

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

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

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

Enforced Law ↔ Rarely Enforced Law ↔ Unenforced Law

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

Private Information ↔ Public Information[252]

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

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

248 Ibid., S. 1576 f.

249 Ibid., S. 1585.

250 Ibid.

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Lawyer-Initiated Discussion ↔ Client-Initiated Discussion

Likely information will be used to assist unlawful conduct ↔ Unlikely information will be used to assist unlawful conduct"[253]

144 Wir können und müssen nun nicht alle Kriterien, die *Pepper* teils sehr ausführlich darstellt, im Detail analysieren. Zentral sind für uns im Grunde nur zwei Punkte: *Erstens* spielt die tatsächliche Wahrscheinlichkeit bzw. aus Sicht staatlicher Stellen: die Intensität der Durchsetzung von Recht eine entscheidende Rolle bei der Frage, wie ‚ernst' gemeint eine Norm ist. Die faktische/ressourcen-bezogene Möglichkeit einer umfassenden Durchsetzung durch neue Technologien würde aus *Peppers* Perspektive also selbstverständlich bedeutsam sein.

145 Allerdings, *zweitens*, verbirgt sich in den Einzelerläuterungen, die der Autor seinen Kriterien beigefügt hat, eine normative Hierarchie der Kriterien, die der Nutzung von neuen Technologien eine – wie gesagt – normative Grenze setzen könnte: Nach *Peppers* Einschätzung ist die überzeugendste Differenzierung nämlich die alte, aus der Rechtsphilosophie der Aufklärung bekannte, zwischen *Malum in se* und *Malum prohibitum*. Im Fall von *Malum in se* gebe die gesetzgeberische Ausweisung eines Verhaltens als verboten nur einen "clear societal consensus" wieder, wonach das Verhalten "a serious and substantial moral wrong" darstelle. Deshalb *durfte* der Gesetzgeber ein solches Verbot *wirklich* als *Verhaltens*norm ernst meinen (hier wechselt bei *Pepper* die Ebene von der standesrechtlichen Ethik hinüber zum Recht), was wiederum zur Folge habe, dass "the lawyer shall not provide the client with the legal advice or information"[254] (hier wechselt er wieder in die Standesethik). Die Einordnung als bloßes *Malum prohibitum* hingegen spreche entscheidend oder doch zumindest mit starkem Gewicht dafür, dass das verbotene Verhalten quasi gegen Gebühr (= Sanktion) doch durchgeführt, insoweit also anwaltlich beraten werden dürfe ("law as cost").

146 *Pepper* liefert auch eine ganze Reihe an Beispielen: Einerseits offensichtliche Fälle eines "serious and substantial wrong by clear societal consensus", etwa, wenn der "childless, middle-aged client" wissen möchte, ob 10jährige vor Gericht über sexuellen Missbrauch aussagen dürfen.[255] *Pepper* meint allerdings auch, dass seine Unterscheidung in weniger eindeutigen Konstellationen weiterhelfe. Er stellt anwaltlichen Rat bezüglich Einbrüchen einerseits und bezüglich Umweltdelikten andererseits gegenüber. Demnach gebe es

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

254 Ibid.

255 Ibid.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

aa. Normtheoretischer Zugriff: der Preischarakter von Recht in Andreas Hoyers mo- 150
nistischer Rechtstheorie. Zunächst zum normtheoretischen Ansatz von *Hoyer*.[259] Obwohl *Hoyer* die US-amerikanischen Beiträge aus der *Law-and-Econ*-Bewegung nicht ausdrücklich rezipiert (zumindest soweit mir ersichtlich[260]), liest sich die von *Hoyer* in Abgrenzung zur heute wohl dominanten dualistischen Rechtskonzept von

256 Ibid., S. 1576.
257 Vgl. ibid., S. 1561.
258 *C. A. Williams*, North Carolina Law Rev. 76 (1998), 1265 (1300).
259 *Hoyer*, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, 1997.
260 Vgl. lediglich die Nachw. ibid., S. 45, dort in Fn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

151 Weil *Hoyer* die Kategorie der Pflicht vollständig verabschieden will[263] – letztlich im Interesse einer möglichst schlanken Theoriebildung[264] – *kann* die Strafnorm auch gar nicht mehr ein Verhalten als ‚pflichtwidrig' kennzeichnen (es gibt ja keine Pflichten mehr), sondern sie wird – insoweit ganz *Kelsen*[265] – durch das strafbare Verhalten nicht gebrochen, sondern einfach nur erfüllt: Der Täter hat die „Annahme" des ihm vom Staat „offerierten Geschäfts ‚Sondernutzen gegen Strafbarkeit'" erklärt.[266]

---

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

267 *Renzikowski*, ARSP 87 (2001), 110 (119 ff.).
268 Vgl. in Replik auf *Hoyer* überzeugend *Renzikowski*, ARSP 87 (2001), 110 (123 f.).
269 Vgl. *Möllers*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), GVwR I, [3]2022, § 2 Rn. 16b.
270 Dazu schon oben, → § 5 Rn. 101.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

155 Da sich mit *Hoyers* Theorie diese Axiome nicht hinterfragen lassen (und auch gar nicht hinterfragt werden sollten), können wir diesen Diskussionsbeitrag wieder zur Seite legen, obwohl er auf den ersten Blick so passend – d. h. *pro* Recht auf Möglichkeit zum Rechtsbruch – erschien.

156 *bb. Die gesellschaftsrechtliche Diskussion um „nützliche Pflichtverletzungen"* Wenden wir uns nun zwei jüngeren Beiträgen aus der gesellschaftsrechtlichen Diskussion zu. Hier wird die Frage nach einem Recht zum Rechtsbruch auch unter dem Gegensatzpaar von „nützlicher Pflichtverletzung" versus „Legalitätspflicht" von Unternehmensleitungen geführt. Ausgangspunkt der Befassungen mit dem Thema ist die Überlegung, dass die Leitungsorgane eines Unternehmens *diesem* gegenüber eine Pflicht zur Einhaltung bzw. gegebenenfalls Umsetzung der *das Unternehmen treffenden* Außenpflichten trifft. Denn andernfalls könnten das Unternehmen negative (Rechts-)Folgen treffen (Schadensersatzpflicht, Bußgelder, auch Reputationsschäden etc.). „Auf diese Weise wird gewissermaßen die Legalitätspflicht mit dem

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

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

273 Ibid., S. 70.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aus der Pflicht zur Förderung des Gesellschaftszwecks resultierenden Schadensabwendungsgebot begründet."[274]

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

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

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

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

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

276 Ausf. ibid., S. 526 ff. Für *Spindler*, in: Goette/Habersack (Hg.), MüKo AktG, ^{5}2019, § 93 Rn. 106 deutet der Umstand, dass Unrechtsgewinne beim Unternehmen verbleiben können, übrigens „eher auf Defizite im Rechtssystem selbst hin[], entweder im Bereich der Durchsetzung von rechtlichen Vorgaben, indem die Verfolgungswahrscheinlichkeit zu gering ist (‚enforcement'), oder die Sanktionen nicht adäquat sind, indem zB Gewinnabschöpfungen […] fehlen." Zur versicherungsrechtl. Absicherung eines Vorstands § 93 Abs. 2 S. 3 AktG.

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

159 Die Diskussion wird in Deutschland – wahrscheinlich, weil sie praktisch relevant ist – erfreulich differenziert geführt;[279] „etliche Grauzonen"[280] werden als solche benannt und problematisiert. Herausgegriffen seien die beiden neueren Beiträge von *Christoph Thole* und *Thomas Bunz*.

160 *Im Grundsätzlichen* besteht Einigkeit:[281] Eine unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten „nützliche Illegalität"[282] ist rechtlich *nicht* anzuerkennen. Die darauf drängenden *Rational-Choice*-Ansätze sind für den deutschen Rechtskreis *jedenfalls insofern* zurückzuweisen und auch rechtspraktisch nicht rezipiert worden. Eine spezifisch freiheitsrechtliche Diskussion findet sich bei den gesellschaftsrechtlich orientierten Beiträgen – soweit ersichtlich – ohnehin nicht.

161 Die Position stimmt auch mit der – allerdings knappen – gesetzgeberischen Stellungnahme zu § 93 Abs. 1 S. 2 AktG überein:

> „Die unternehmerische Entscheidung steht im Gegensatz zur rechtlich gebundenen Entscheidung. Für illegales Verhalten gibt es keinen ‚sicheren Hafen' im Sinne einer haftungstatbestandlichen Freistellung, es kann hier im Einzelfall aber am Verschulden fehlen."[283]

162 Allerdings besteht weiter Einigkeit zwischen beiden Autoren, dass der genannte Grundsatz nur für öffentlich-rechtliche Verhaltenspflichten gilt. Gemeint sind damit solche (insbesondere) aus strafrechtlichen Verbotsgesetzen,[284] aus dem Ordnungs-

278 s. soeben, → § 5 Rn. 129 ff.

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

280 *Spindler*, in: Goette/Habersack (Hg.), MüKo AktG, [5]2019, § 93 Rn. 52.

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

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

283 BT-Drs. 15/5092 v. 14.3.2005, S. 11. Kein gutes Argument für eine unbedingte Gesetzesbindung scheint mir hingegen der von *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (514 f.) genau i. d. S. angeführte § 396 Abs. 1 AktG zu sein. Zwar erlaubt diese Vorschrift, die praktisch noch nie genutzt wurde (s. *Schockenhoff*, in: Goette/Habersack [Hg.], MüKo AktG, [5]2019, § 396 Rn. 2), tatsächlich, eine AG im Fall gesetzeswidrigen Verhaltens aufzulösen; aber nur dann, wenn dieses Verhalten – als zusätzliche Voraussetzung – das Gemeinwohl gefährdet. Richtigerweise „schimmert" hier eher die „malum in se/malum prohibitum-Unterscheidung" durch, die im US-Rechtsdiskurs vertreten wird (so *Fleischer*, ZIP 26 [2005], 141 [149]), aber eben doch keine *unbedingte* Rechtsbefolgungspflicht.

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

widrigkeitenrecht[285] und aus dem (insofern nur seinem Standort nach) zivilrechtlichen Deliktsrecht.[286] Beide Autoren lehnen die Idee von Normen sozusagen 2. Klasse – etwa mit Blick auf das Ordnungswidrigkeitenrecht – dezidiert ab.[287] Soweit es ‚nur' um vertragliche und vertragsrechtliche Verpflichtungen geht (z. B. auch um Anforderungen an die Ausgestaltung von AGB[288]), soll der Vorstand hingegen durchaus zu Kosten-Nutzen-Erwägungen im Sinn des Unternehmens berechtigt[289] und – insofern dann eben doch „*cum grano salis* […] ein Pendant zur rechtsökonomischen Lehre vom effizienten Vertragsbruch"[290] – sogar verpflichtet sein.[291]

Hintergrund dieser Differenzierung nach öffentlichem und Zivilrecht ist – zumin- 163
dest bei *Thole*, der darauf ausführlicher eingeht –, dass sich bei privatrechtlich begründeten Verhaltenspflichten

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

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

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

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

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

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

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

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

292 Ibid., S. 519.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

164 Bei öffentlich-rechtlichen Bindungen des Unternehmens hingegen sei deren Einhaltung „aus Sicht des Gesetzgebers sozial erwünscht". Folglich bedürfe es gegenüber dem allein zur *tatsächlichen* Bewirkung dieser Einhaltung fähigen Organwalter – das Unternehmen kann als juristische Person ja nicht selbst agieren – effektiver „verhaltenssteuernder Wirkungen", eben um die „gewünschte[n] Präventions- und Verhaltenssteuerungseffekte" zu erzielen.[293] Deshalb müsse zunächst ganz grundsätzlich und selbstverständlich die Möglichkeit eines Innenregresses des Unternehmens im Fall von Schadensersatzzahlungen und Bußgeldern bestehen.[294]

165 Die unbedingt bestehende Legalitätspflicht bezüglich öffentlich-rechtlicher Bindungen soll dann nach *Thole* dadurch weiter effektiviert werden, dass dem Organmitglied gegenüber der Gesellschaft in der Regel auch die Möglichkeit einer Vorteilsanrechnung verwehrt sein soll.[295] Es soll dem Vorstandsmitglied mit anderen Worten nichts nützen, dass bzw. ob die Illegalität dem Unternehmen per Saldo tatsächlich „nützlich" war oder eben nicht:

> „Die Vorteilsausgleichung sollte (nur) dort versagt werden, wo die von der Gesellschaft und damit vom Vorstand zu beachtende Rechtsbindung einem qualifizierten öffentlichen Interesse dient. Davon sollte man tendenziell ausgehen, wenn bei Nichteinhaltung der Rechtspflicht typischerweise soziale Schäden und externe Effekte drohen, grob gesprochen in solchen Fällen, in denen naheliegt, dass dem Gesetzgeber an einer unbedingten Einhaltung der Regel gelegen ist und dieses Interesse damit auch auf das Innenverhältnis zwischen Gesellschaft und Vorstand durchschlägt. Gemeint sind also Fälle, in denen ein besonderes Präventionsinteresse besteht."[296]

166 Das soll etwa im Kartellrecht oder im Fall von Umweltschutzvorschriften so sein: „In diesen Fällen gehen die von der Gesellschaft erzielten Vorteile, nämlich die Gewinne, ja unter Umständen zu Lasten der Allgemeinheit."[297] Bestehe der Rechtsverstoß lediglich in der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten, und ist der dem Geschädigten entstandene Schaden einer vollständigen Kompensation zugänglich,

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

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

295 *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (531); ähnl. *Spindler*, in: Goette/Habersack (Hg.), MüKo AktG, ^{5}2019, § 93 Rn. 107.

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

297 Ibid., S. 530.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

Das bestätigt schließlich auch der Umgang mit Konstellationen, in denen die Rechtslage unsicher ist: Es besteht – was angesichts der klaren gesetzgeberischen Stellungnahme[304] auch nicht verwundert – Einigkeit, dass § 93 Abs. 1 S. 2 AktG hierauf nicht *direkt* anwendbar ist, wenn und weil eben eine rechtliche und keine unternehmerische Entscheidung getroffen werden muss.[305] Es gebe allerdings, wie *Gerald Spindler* 169

298 Ibid., S. 531.
299 Ibid.
300 *Bunz*, CCZ 14 (2021), 81 (84).
301 Ibid., S. 84.
302 D. h. nach Abzug eines Bußgelds oder Schadensersatzes, den die Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten leisten muss, vgl. hierzu auch *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (527 ff.).
303 Krit. auch *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (527 f.), mit dem Hinweis, dass das Organmitglied immerhin noch die Beweislast bzgl. des Vorliegens eines anrechnungsfähigen Vorteils trifft.
304 s. soeben, → § 5 Rn. 161.
305 *Bunz*, CCZ 14 (2021), 81 (87) m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

306 *Spindler*, in: Goette/Habersack (Hg.), MüKo AktG, [5]2019, § 93 Rn. 97.
307 Unstr., s. nur ibid., 91 und ff., m. w. N.
308 So bspw. *Bunz*, CCZ 14 (2021), 81 (87). Dass eine solche Einschätzung von einem Rechtsanwalt stammt, wie *Bunz* einer ist, ändert nichts an ihrer Plausibilität.
309 Ausf. zu allem wieder *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (521 ff.).
310 *Spindler*, in: Goette/Habersack (Hg.), MüKo AktG, [5]2019, § 93 Rn. 97 m. w. N.
311 *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (524). Hervorhebung hier.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

Aber wir müssen hier nicht weiter vertiefen: Denn unmerklich haben wir mit 172
solchen Erwägungen die Recht-als-Gebühr-Rationalität schon verlassen. Mit der Innovationsthese wird gerade nicht begründet, warum man aus einem weit (d. h. nicht zwingend monetär) zu verstehenden *Eigennutz* gegen geltendes Recht soll verstoßen können dürfen. Es wird vielmehr zu begründen versucht, dass Devianz aus einer rechtssystemischen Perspektive einen Nutzen haben kann, der sich *außerhalb* des *prima facie* zweiseitigen ‚Rechtsgeschäfts' *Sanktionstragung gegen Non-Compliance* abspielt, das den *Law-as-Price*-Ansätzen zugrunde liegt. Hier geht es um eine Kosten-Nutzen-Abwägung bezüglich der Einhaltung des – ansonsten unverändert fortbestehenden – Rechts, dort um eine Kosten-Nutzen-Abwägung hinsichtlich des Versuchs, das Recht zu ändern. Darauf wird zurückzukommen sein.[314] Hier soll nun abschließend darauf eingegangen werden, warum die Recht-als-Gebühr-Konzeption rechts- und demokratietheoretisch nicht trägt, es mit anderen Worten gut ist, dass sie in Deutschland nicht rezipiert wird.

d. Zahlreiche inhärente Probleme des Konzepts. Es gibt viele durchgreifende Bedenken gegen eine Konzeption von Recht als Gebühr; sie lassen sich m. E. aber recht gut in zwei Kategorien einteilen: Die Recht-als-Gebühr-Konzeption ist *erstens* inhärent undemokratisch (→ aa.) und zweitens unpraktikabel bzw. nur unter enormen grundrechtlichen Kosten praktizierbar (→ bb.). 173

aa. Undemokratisch. Anerkennt man eine Kategorie des *nur Malum prohibitum*, 174
dann anerkennt man zugleich, dass der gesetzgeberische Wille bei der Bestimmung des Realisierungsanspruchs einer Norm (statt ihres alternativen Charakters als Preisschild) vielleicht nicht unerheblich, aber doch nicht letztgültig maßgeblich ist. Statt Befolgung dürfte der Gesetzgeber nur Abwägung vom Bürger verlangen. Folgt man immerhin der vermittelnden Theorie, die anerkennt, dass es auch ein *Malum in se* gibt, das der Kosten-Nutzen-Kalkulation des Einzelnen entzogen ist/sein soll bzw. sein darf, dann erfordert das, irgendjemanden als *legitimiert* anzusehen, diese

312 Vgl. *Spindler*, in: Goette/Habersack (Hg.), MüKo AktG, [5]2019, § 93 Rn. 99 ff.; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (522); jeweils m. w. N.
313 *Spindler*, in: Goette/Habersack (Hg.), [5]2019, MüKo AktG, § 93 Rn. 100 f.
314 s. sogleich, → S. 481 ff., 494 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

175 Bei *Pepper* soll das – beispielsweise – ein "clear societal consensus" sein. Wie und wer diesen wie ermitteln können soll, ist unklar. Klar ist hingegen, dass sich Demokratien mit ihren unterschiedlichen Regeln über demokratische Entscheidungsfindungen Verfahren geschaffen haben, wie gesellschaftliche Gestaltung bewirkt werden soll, wo ein "clear societal consensus" fehlt bzw. dieser eben nicht "clear" ist.[315] Dieses Instrument realer Gestaltung wird vielleicht nicht gänzlich genommen, indem Recht in großem Umfang als *Malum prohibitum* = Gebühr gewertet wird. Aber es (das Instrument) wird dadurch deutlich weniger effektiv. Wie verheerend eine solche Konzeption sein kann, zeigt sich ausgerechnet am Beispiel desjenigen Regelungsbereichs, den *Pepper* als Areal des bloßen *Malum prohibitum* anführt: dem Umweltrecht. Denken wir an Umweltkatastrophen wie ‚umgekippte' Gewässer und Flüsse durch Einleitung von ungeklärten Abwässern. Oder – noch extremer und deutlicher – denken wir an den Klimawandel. Damit wird schon anekdotisch hinreichend klar, wie falsch – im Sinne von: gesellschaftlich nicht wünschenswert – diese Einordnung ist.

176 Über das anekdotische Niveau gelangen wir hinaus, wenn wir uns nochmals mit *Cynthia Williams* vor Augen führen, *welchem* Recht – ausgerechnet – mit der Kategorisierung als bloßes *Malum prohibitum* der Realisierungsanspruch zugunsten eines Gebührencharakters abgesprochen wird/werden kann:

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

Mit der Zuordnung einer Materie zum Vertragsrecht ist genau das nach Auffassung zahlreicher Kommentatoren auch im deutschen Recht geschehen.[321] Mit dem von *Gerhard Wagner* angeführten, oben schon genannten Beispiel der – wenn man so will – Herabstufung von Patentrechtsansprüchen vom auch negatorischen Schutz hin zum schadensrechtlichen[322] hat der Gesetzgeber auch gezeigt, dass er gezielt in diesem Sinn handeln kann. Auch kann Rechtsgüterschutz vom Gesetzgeber über die Gewährung ‚nur' subjektiver Rechte erfolgen, die erst im Fall ihrer Geltendmachung durch die Rechtsinhaberin Verbotswirkung entfalten (sollen).[323] So ist beispielsweise gegen die von *YouTube* und vergleichbaren Plattformen gewährte Möglichkeit nichts einzuwenden, dass Inhaberinnen von Schutzrechten auf die Ausübung negatorischer Dimensionen des Rechts (= Blockierung/Löschung des Inhalts) im Tausch gegen eine Beteiligung an den mit dem Rechtsverstoß erzielten Erlösen (sogenannte Mo- 179

317 *C. A. Williams*, North Carolina Law Rev. 76 (1998), 1265 (1324 f.).
318 Das ist im Kern tatsächlich das Argument, warum *Pepper*, Yale Law Journal 104 (1995), 1546 (1576) davon ausgeht, dass Umweltrecht grds. zum *Malum-prohibitum*-Bereich zähle.
319 *C. A. Williams*, North Carolina Law Rev. 76 (1998), 1265 (1326 f.).
320 Ibid., S. 1372 f.
321 s. oben, → § 5 Rn. 162 f.
322 s. oben, → § 5 Rn. 125.
323 Vgl. hierzu *Buchheim*, in: Fritsche et al. (Hg.), Unsicherheiten des Rechts, 2018, S. 223 ff., und schon *Luhmann*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1999, S. 310, zitiert in → § 5 Fn. 223.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

netarisierung[324]) verzichten können – i. e. wenig einzuwenden aus einer dem *Steuerungserfolg* von Recht verpflichteten Perspektive. Schließlich zeigt der in manchen Rechtsgebieten beschrittene Übergang von der Gebots-/Verbotssteuerung zu einer Steuerung durch Anreize, dass der Gesetzgeber eine Art von kontraktualistischem Steuerungs- bzw. dann wohl besser, weil offener: Bewirkungsmodell mancherorts durchaus für angezeigt hält.[325]

180 Daraus nun aber ein Gebot *allein* solcher Steuerung ableiten zu wollen, wie es die *Law-as-Price*-Theorien vorschlagen, nähme letztlich ein Instrument aus dem Instrumentenkasten des demokratischen Gesetzgebers, das ganz jenseits jeder dogmatischen Notwendigkeit – siehe Klimawandel und Umweltrecht[326] und vor allem natürlich auch Delikte unmittelbar gegen Leib, Leben und Freiheit von Menschen – schlicht als *human* erscheint:

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

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

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

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

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

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

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

328 Zitate ibid., S. 1332.

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

Auch hierin, so wird richtigerweise hervorgehoben,[331] unterscheiden sich Vertrags- und öffentliches Recht grundlegend: In vertragsrechtlichen Sonderbeziehungen kann vielleicht noch davon ausgegangen werden, dass der durch Regelverletzungen entstandene Schaden von der geschädigten Partei *erstens* tatsächlich bemerkt, *zweitens* auch geltend gemacht und dadurch *drittens* in einem halbwegs dafür geeigneten und bestimmten (Gerichts-)Verfahren beziffert wird. Die theoretischen Anforderungen der *Efficient-Breach-of-Contract*-Theorien erscheinen hier auch praktisch erfüllbar (vorbehaltlich eines hinreichend einfachen, kostengünstigen Zugangs zu Streitentscheidungsmechanismen, wo die Schwierigkeiten für die ökonomische Analyse des Rechts freilich schon wieder beginnen). 183

Das öffentliche Recht hingegen will in der Regel gerade außerhalb solcher Sonderbeziehungen mit ihrer erleichterten Kommunikation und Informationsbeschaffung Steuerungswirkung entfalten. Hier wird es häufig schon an der Entdeckung des Rechtsbruchs und oft an der Durchsetzung von Sanktionen fehlen, aus ganz verschiedenen Gründen: fehlende Kenntnis der Norm bzw. ihrer Verletzung; fehlende Kenntnis über ihre ‚richtige' Anwendung; soziale Distanz oder – umgekehrt – zu große Nähe zum/gegebenenfalls sogar Abhängigkeit vom Verletzer, der ‚nur' öffentliches Recht, nicht Vertragsrecht (auf das sich beide Parteien geeinigt haben) verletzt hat; soziale Distanz zur zuständigen Durchsetzungsbehörde/zum Gericht; fehlende unmittelbare Betroffenheit von der Verletzung; fehlende Einsicht in die Verletzungshandlung/die kausalen Beiträge; zu hohe (soziale) Kosten der Durchsetzung und viele Gründe[332] mehr: 184

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

330 *C. A. Williams*, North Carolina Law Rev. 76 (1998), 1265 (1332). Hervorhebung im Original.
331 Ibid.
332 Vgl. auch die Aufzählung ibid.
333 Ibid. Vgl. auch ebd., S. 1279 f.: "[T]he theory critized here suggests that firms have a choice between meeting the standards of the law or deliberately violating the law and *paying* the penalties. Yet this Article uses the phrase *risking* paying the price. […] [P]art of the calculation to violate the law includes

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

185 Die ‚Lösung' hierfür liegt natürlich – so müsste man aus Sicht der Vertreter einer Recht-als-Gebühr-Konzeption annehmen – nahe: Es müsste eben nur umfassend genug von den Instrumenten der *Intelligent Surveillance* und der *Justification Structures* Gebrauch gemacht werden. Gerade Letztere erscheinen aus einer *Law-as-Price*-Perspektive als die optimale und damit auch leicht zu rechtfertigende Möglichkeit, dem unterstellten Preischarakter von Recht auch praktisch weitestgehend gerecht werden zu können. Auf den damit verbundenen hohen grundrechtlichen ‚Preis' – nach hier vertretener Auffassung: zu bezahlen in Form des Verlusts von *Vertrauen* in die grundsätzliche Rechtschaffenheit der Bürgerinnen und Bürger (hier sogenannte Rechtschaffenheitsvermutung[334]) – braucht hier nur noch einmal hingewiesen zu werden.[335]

186 Nicht vernachlässigt werden sollte aus der Steuerungsperspektive schließlich die subtile Botschaft, die mit einer Verabschiedung der Rechtschaffenheitsvermutung zugunsten eines Gebührenmodells einherginge: Während die Rechtschaffenheitsvermutung hintergründig von der Befolgungsbereitschaft der Bürger ausgeht und insofern – vor allem – auch eine mindestens implizite Erwartungshaltung einnimmt, verzichtet die Recht-als-Gebühr-Perspektive darauf und verschiebt vielmehr die Erwartung mehr oder weniger unmerklich dahin, vom Bürger eine Kosten-Nutzen-Rechnung (immerhin: wohl im *weiten* Sinn[336]) zu verlangen. Man kann argumentieren, dass hierin eine besondere Ernstnahme der Autonomie der Normadressaten liegt. Aber diese Ernstnahme wäre dann nicht mehr diejenige als Bürger, sondern die als Individuum, oder – schärfer formuliert – die als Egoist. Solange die *Intelligent Surveillance*/die *Justification Structures* gut funktionieren und d. h.: flächendeckend funktionieren, ist dieser Egoismus wohl (aus der Perspektive der Recht-als-Gebühr-Theorien) hinzunehmen.

187 Deshalb ist es so gefährlich, nun – im Rahmen der zu führenden Diskussion um ein Recht zum Rechtsverstoß (mit welchem vermeintlich positiven hintergründigen Menschenbild auch immer) – einem Gebührencharakter des Rechts (mit welcher konkreten Wortwahl und welcher normativen Fundierung auch immer) das Wort zu reden. Denn:

---

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

334 s. schon → § 2 Rn. 97.

335 s. soeben, → S. 422 ff.

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

Folgt man hier der Autorin, dann liefert sie übrigens in einer Rückschau auf ihren Beitrag aus dem Jahr 1998 sich selbst in gewisser Weise Grund zur Erleichterung: Die von der ökonomischen Analyse des Rechts – wohl: über deren eigentlichen Gegenstand/Zweck hinaus[339] – eingeleitete Rekonzeptionalisierung weg von *Law as Limit* hin zu *Law as Price* hat sich auch in den USA nicht durchsetzen können: 188

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

5. Die Möglichkeit zum Rechtsbruch als Gebot von Rechtsstaatlichkeit?

Bevor wir uns den demokratischen Funktionen von Devianz zuwenden, die m. E. tatsächlich überzeugend ihren auch rechtlich greifbaren Eigenwert ausmachen, sei an dieser Stelle noch auf die Verortung hingewiesen, die *Christoph Möllers* vorgeschlagen hat. Ihm zufolge ist es ein „Kernbestand von Rechtsstaatlichkeit", „normative Ordnungen dadurch zu schützen, dass die Möglichkeit ihrer Durchsetzung beschränkt wird".[341] Illustriert werden die an dieser Stelle recht knappen Ausführungen von *Möllers* am geläufigen Rote-Ampel-Beispiel: 189

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

337 *C. A. Williams*, North Carolina Law Rev. 76 (1998), 1265 (1334 f.).
338 *C. A. Williams*, Fordham Law Rev. 75 (2006), 1629 (1632).
339 s. insofern schon soeben, → § 5 Rn. 132.
340 *C. A. Williams*, Fordham Law Rev. 75 (2006), 1629 (1632 f.).
341 *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 478. Ihm folgend *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 55 f., 67 f., die allerdings – insofern abweichend von *Möllers* – auf die „Durchsetzungsebene als Notwendigkeit eines angemessenen Interessenausgleichs" abstellt; das ist ein Aspekt, der wie gesagt bei der Überprüfung alten und bei der Setzung neuen (i. S. v.: auf automatisierte Durchsetzung angelegten) Rechts berücksichtigt werden muss (hierzu mehrfach oben, v. a. → § 2 Rn. 268 ff. und → § 5 Rn. 21); dieser Aspekt kann aber keine allgemeine Begründung für den dauerhaften Erhalt der Lücke zwischen Recht und Rechtsdurchsetzung liefern. Ebenfalls rechtsstaatliche Einwände gegen den Einsatz von „algorithmischer Gewaltherrschaft" erhebt *Raji*, Künstliche Intelligenz, 2023, S. 155.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

190 Einmal davon abgesehen, dass das Rote-Ampel-Beispiel nicht wirklich gut zur Illustration taugt, weil bzw. soweit es sich dabei nach heutigem Stand ‚dummer' Lichtzeichenanlagen oft um eine Form von normativem *Overblocking* handeln dürfte,[343] ist von *Möllers* im Kern genau das Anliegen angerissen, das hier unter dem Devianz-Grund gesellschaftlichen Lernens und gesellschaftlicher Wissensgenerierung firmiert. Ich würde aber argumentieren, dass das sehr viel besser im Demokratie- als im Rechtsstaatprinzip verankert werden kann und muss (dazu → 7.). Es scheint mir nämlich auch kein rein begrifflicher Dissens zu sein, aus zwei Gründen:

191 *Erstens* aus einem sozusagen narrativen Grund:[344] Ausgerechnet den *Rechtsstaat* dadurch schützen zu wollen, dass der Realisierungsanspruch von Recht reduziert wird (was dann ja wohl – wenn so breit konzeptionalisiert – auch für rechtsstaatlich und grundrechtlich motivierte Sicherungen gelten müsste), führt zu einer missbrauchsanfälligen Konstruktion. Der Rechtsstaat bewährt sich gerade durch die Realisierung des Rechts, gegebenenfalls auch seiner retardierenden und, was den Güterschutz anbelangt, abgestuften Vorgaben. Er bewährt sich nicht dadurch, dass sich ein Bürger wissentlich und willentlich außerhalb bzw. über das Recht stellt.[345] Es müsste sich hierfür eine eigenständige Herrschaftsrolle begründen lassen, was – wenn überhaupt – demokratie- oder freiheitsrechtlich gelingen *könnte*, aber nicht als Ausprägung des Rechtsstaats. In der so formulierten Position liegt übrigens auch kein Widerspruch zum in → § 4 in Anschluss an *Funke* herausgearbeiteten und von diesem aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten „Selbstbeurteilungsrecht" eines Normadressaten. Denn daraus lässt sich und soll sich auch nach *Funke* ausdrücklich gerade *kein* Recht auf Möglichkeit zum Rechtsverstoß ableiten lassen.[346]

192 *Zweitens* mag es zwar aus der *Erfahrung* des Rechtsgebrauchs jene Übung geben, die *Maximilian Becker* als „erst Handeln, dann (rechtlich) bewerten" beschrieben hat.[347] Diese Erfahrung – man könnte auch sagen: Tradition – als Rechtsgebot der *Rechtsstaatlichkeit* konstitutionalisieren zu wollen, würde aber letztlich wieder auf die Ausdehnung des alten staatshaftungsrechtlichen Grundsatzes des „dulde und liquidiere" in die Gesamtrechtsordnung hinauslaufen.[348] Demgegenüber kann es gerade

342 *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 478.
343 Zur grundsätzlichen Notwendigkeit, dieses vor Einsatz von *Impossibility Structures* möglichst zu reduzieren, schon → § 2 Rn. 268 ff. und → § 5 Rn. 21.
344 Dazu, dass Narrative nicht allein heuristischen Wert haben, sondern zu Wechselwirkungen im Recht führen können, s. die methodischen Erläuterungen oben, ab → S. 238.
345 So auch *Rauber*, JZ 79 (2024), 174 (178).
346 Oben, → § 4 Rn. 34 f.
347 Vgl. mit dieser Wendung auch *Becker*, ZUM 2019, 636 (638).
348 Vgl. hierzu schon *Rademacher*, JZ 2019, 702 (707); *Becker*, ZUM 2019, 636 (639).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

als eine der zentralen (grund-)rechtsstaatlichen Errungenschaften gelten, dass dieses Gebot nicht nur – schon frühzeitig – aus der Zivilrechtsordnung verabschiedet wurde (siehe § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB und entsprechende analoge Anwendungen[349]), sondern mittlerweile erst recht aus dem öffentlichen Recht. Insoweit kann auf die Diskussion der rechtsökonomischen Perspektive auf das Recht als Tauschgut und die dort genannten Gegenargumente verwiesen werden (siehe soeben, → 4.).

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

Sollten die Verstöße der „Letzten Generation" gegen das Straßenverkehrsrecht verunmöglicht werden? Etwa durch bauliche Anlagen oder – falls das denn möglich wäre – durch Asphaltstreifen, auf denen die menschliche Hand nicht mehr haftet? Oder sollen digitale Beleidigungen, Datenschutz- oder Urheberrechtsverstöße durch digitale *Impossibility Structures* in *jedem* Fall verhindert werden (Stichwort Upload-Filter), also auch dann, wenn diese Handlungen als Protest gegen zu restriktive Debattenkultur, Bürokratie oder künstlerische Einengungen im Interesse kapitalistischer Verwertungslogiken gemeint sind? *Maximilian Becker* hat dazu plakativ geschrieben, dass „[m]an […] sich […] keine Welt wünschen [würde], in der Sitzblockaden durch geschickte Städteplanung gezielt unmöglich gemacht werden."[350] Das würden viele Autofahrerinnen sicherlich anders sehen. Aber die Betonung des Nicht-Wünschens führt zum eigentlichen Kern der nachfolgenden Untersuchung: Bleibt es beim allein rechtspolitischen Wunsch, oder gibt es harte verfassungsrechtliche Gründe, auf derartige Stadtplanungen usw. zu verzichten? 193

a. Der zivile Ungehorsam: Rechtsbruch als Kommunikation. Die Beispiele von soeben verdeutlichen, dass Devianz einen *symbolischen* Charakter haben kann; symbolisch im Sinn einer bewussten, kommunikativen und dezidiert politisch gemeinten Stellungnahme zu einer Rechtsnorm. Häufig, aber nicht immer wird dabei gegen diejenige Norm protestiert, gegen die konkret verstoßen wird. Gemeinhin wird ein derart anspruchsvoll qualifizierter Akt von Devianz heute als ziviler Ungehorsam bezeichnet, auch in der phasenweise intensiven juristischen Diskussion darüber.[351] Dabei weist *Hans Michael Heinig* zu Recht darauf hin, dass der Begriff als einheitliche juristische Kategorie nicht taugt, da er zu „facettenreich" und mit zu vielen 194

349 Zum über den Wortlaut von § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB hinaus (analog) anerkannten vorbeugenden Unterlassungsanspruch bei sog. „Erstbegehungsgefahr" statt aller *Raff*, in: Gaier (Hg.), MüKo BGB, [9]2023, § 1004 Rn. 296 m. w. N.

350 *Becker*, ZUM 2019, 636 (643).

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

353 Ähnl. auch *R. Dreier*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ^{3}2015, S. 54 (61): „ein deskriptiver bzw. empirischer Begriff". Für eine anspruchsvolle, u. a. rechtsstaatlich und demokratietheoretisch verortete Aufarbeitung nun monographisch *Akbarian*, Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation, 2023, bes. S. 99 ff. bzw. 167 ff.

354 *Habermas* folgt weitgehend *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 2020, S. 401 ff., aber ohne Anspruch auf eine exakte Übernahme, vgl. *Habermas*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ^{3}2015, S. 29 (36): „rechtsphilosophische Antwort[,] von der ich nicht genau weiß, wie weit sie mit der von Rawls gegebenen übereinstimmt." Zum angelsächsischen Diskurs über *Civil Disobedience* ist der Hinweis wichtig, dass es namentlich *Joseph Raz* nicht so sehr darum ging, die Legitimität zivilen Ungehorsams zu begründen, sondern zu fragen, ob es ein *Recht* dazu gibt, was bei ihm aber – und das ist der Unterschied zur dt. Diskussion – einen *Gegensatz* bedeutet, s. *Raz*, in: ders. (Hg.), The Authority of Law, ^{2}2009, S. 262 (266): "It is an essential element of rights to action that they entitle one to do that which one should not. […] Their purpose is to develop and protect the autonomy of the agent." Sowie S. 268: "To say that there is a right to civil disobedience […] is to allow that the legitimacy of the civil disobedience does not depend on the rightness of one's cause."

355 *Habermas*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ^{3}2015, S. 29 (33 f.).

356 *Leinen*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ^{3}2015, S. 23 (24).

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Konstitutive Elemente zivilen Ungehorsams. Geht man von diesen Definitionen aus, dann ist prägend für den zivilen Ungehorsam und für den deutschen Rechtsraum wohl auch weitgehend konzediert dreierlei: 197

aa. Gewaltfreiheit. Erstens ist die Gewaltfreiheit des rechtswidrigen Aktes zu nennen;[358] wobei natürlich darüber Streit besteht, was unter Gewalt zu verstehen ist.[359] Teilweise wird zudem gefordert, dass es sich um nur „kurzfristige[], symbolisch-appellative[] Gesetzesübertretungen [handeln dürfe], durch die Rechte Dritter nicht oder nur un|wesentlich berührt werden" dürften. Aus einer juristischen Perspektive ist auf diese Weise das Gebot der Verhältnismäßigkeit eingeführt.[360] 198

Auf einer kategorialen Ebene ist damit auch geklärt und besonders wichtig, dass es *Habermas* und den anderen nicht darum geht, Handlungen zu legitimieren, die die *tatsächliche*, eigenmächtige Herbeiführung der Normänderung sind bzw. der konkreten Realisierung des abweichenden Willens dienen.[361] Es geht um einen „*Appell*[] an die jeweilige Mehrheit", nochmals in eine Reflexion über die angegriffene Norm einzusteigen.[362] Wenn es also im gleichen Atemzug oftmals heißt, dass ziviler Ungehorsam die im Grundgesetz „fehlende[n] plebiszitäre[n] Mitwirkungsrechte" der Bürger kompensieren könne,[363] dann geht es genauer doch immer nur um ein Äquivalent zur Volks*befragung*.[364] Es geht hingegen nicht um die Anmaßung einer Volksinitiative, eines Volksentscheids oder – trotz der immer wieder diskutierten Nähe der beiden Phänomene – erst recht nicht um ein Äquivalent zum 199

358 *Habermas*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ^{3}2015, S. 29 (30, 32 f., 35). Auf Unterschiede in anderen nationalen und historischen Kontexten weist *Heinig*, F.A.Z. v. 19.12.2022, S. 6, hin. Nach *R. Dreier*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ^{3}2015, S. 54 (61 f.), muss die Handlung zwar nicht bewusst rechtswidrig sein (der Autor geht als einer der wenigen davon aus, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen zivilen Ungehorsams eine rechtsförmliche Rechtfertigung möglich sei), aber sehr wohl gewaltfrei, s. a. a. O., S. 62 f.

359 Für einen knappen Überblick über die denkbaren Positionen *R. Dreier*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ^{3}2015, S. 54 (62 f.). Für radikale Verständnisse vgl. *Akbarian*, Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation, 2023, S. 239 ff.

360 So *R. Dreier*, in: ders. (Hg.), Recht – Staat – Vernunft, ^{2}2016, S. 73 (91 f.).

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

362 *Habermas*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ^{3}2015, S. 29 (39). Hervorhebung hier. A. A. evtl. *Raz*, in: ders. (Hg.), The Authority of Law, ^{2}2009, S. 262 (265): "Civil disobedience can be aimed to be effective or expressive."

363 *Simon*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ^{3}2015, S. 99 (105); vgl. auch *Leinen*, ebd., S. 23 (27), und *R. Dreier*, ebd., S. 54 (73).

364 Vgl. zur Forderung der Friedensbewegung der 1980er Jahre, eine *förmliche* Volksbefragung zum NATO-Doppelbeschluss durchzuführen, *Leinen*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ^{3}2015, S. 23 (27), mit der erstaunlich aktuellen Beobachtung, dass mit der Alternative des zivilen Ungehorsams die „Gefahr [verbunden sei], durch die Konzentration auf die Frage der Form der Auseinandersetzung – z. B.: verhalten sich die Demonstranten gut, kam es zu Gewalt usw. – die Sachdebatte aus den Augen zu verlieren."

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Widerstandsrecht[365] oder gar ein Recht auf Revolution.[366] Deshalb sind auch isoliert gelesen scharfe *Habermas*'sche Passagen wie die folgende stets mit der grundlegenden Forderung nach Gewaltfreiheit und rein appellativem Wirkmodus von zivilem Ungehorsam zu hinterlegen:

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

200 Der einzelne Normadressat tritt zwar in der Tat für einen Moment aus seiner Rolle als *bloß* rechts*unterworfene* Person heraus. Das geschieht aber doch nur als Initiator einer Debatte, nicht als – und sei es auch nur für den konkreten Moment – Entscheider darüber, dass das Recht nicht bzw. anders gelten sollte. Deshalb auch nochmals zur Klarstellung: Das hier sogenannte republikanische Rechts- und Bürgerschaftsverständnis[368] und das damit verbundene „Selbstbeurteilungsrecht"[369] des Normadressaten steht dazu nicht in Widerspruch, da es eine Selbstbeurteilung (= Mitwirkung) im Sinn des Rechtssatzes verlangt, und ausdrücklich keine Berechtigung zu deviantem Verhalten liefern soll.[370]

201 *bb. Öffentlichkeit des Rechtsbruchs.* Zweitens wird einhellig die Öffentlichkeit der Handlung gefordert. Denn nur hierdurch könne der kommunikative Anspruch als „fortgeschrittene Form der Demonstration"[371], d. h. die Fortsetzung des demokratischen Prozesses mit bewusst „intensiveren" und „spektakuläreren" Mitteln[372] einge-

365 Zur Abgrenzung *R. Dreier*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, [3]2015, S. 54, (57): „Anwendungsfälle des klassischen, des sogenannten ‚großen' Widerstandsrechts [i. e. das Widerstandsrecht gegen totalitäre Diktaturen und Art. 20 Abs. 4 GG] setzen eine Ausnahmelage voraus, und sie schließen das Recht zu gewaltsamem Widerstand ein. Ob es eine dritte Ausnahme gibt, ein sozusagen ‚kleines' Widerstandsrecht der ‚Normallage' [das wäre der zivile Ungehorsam nach moderner Diktion], ist streitig."

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

367 *Habermas*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, [3]2015, S. 29 (41); klarer wird die Beschränktheit legitimen zivilen Ungehorsams dann bei *dems.*, Merkur 38 (1984), 15 (24 f.): „Wenn die Repräsentativverfassung vor Herausforderungen wie der des außer Kontrolle geratenen Rüstungswettlaufes versagt, müssen Bürger, die nicht über privilegierte Einflußchancen verfügen, auch unmittelbar in die Rolle des Souveräns eintreten und den zivilen Gehorsam in der Absicht aufkündigen dürfen, für überfällige Korrekturen oder Neuerungen *einen Anstoß zu geben*." Hervorhebung hier.

368 s. dazu oben, → § 4 Rn. 32 ff.

369 s. hierzu oben, → § 4 Rn. 34 f.

370 s. oben, → § 4 Rn. 34.

371 *Leinen*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, [3]2015, S. 23 (24). Auch *M. L. Rich*, Harvard Journal of Law & Public Policy 36 (2013), 795 (826 ff.) stützt seine Überlegungen zu *positiven* "Societal Interets" an Devianz v. a. auf deren kommunikative Wirkung in Gerichtsverfahren und der breiten Öffentlichkeit.

372 Ibid., S. 24.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

cc. Grundgesetztreue Motivation. Schließlich wird ein „moralisch *begründeter* Protest" verlangt,[375] und zwar „moralisch" im Sinn einer überindividuell mit Gemeinwohlinteressen *im Sinn des Grundgesetzes* unterlegten, also dezidiert *nicht* revolutionären,[376] sondern systemtreuen Motivation.[377] Das grenzt den zivilen Ungehorsam deutlich von individuell-freiheitlichen und erst recht wirtschaftlich eigennützigen Begründungen eines Rechts auf Möglichkeit zum Rechtsbruch ab.[378] Missverständlich ist daher die häufig anzutreffende Formulierung, Grundlage zivilen Ungehor- 202

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

374 *Habermas*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, [3]2015, S. 29 (35); *R. Dreier*, ebd., S. 54 (61 f.), der im Erg. aber eine Rechtfertigung für möglich hält; auch *Martin Luther King*: "willingness to accept the penalty", zit. nach *Schieder*, Ethisch motivierter Rechtsungehorsam, 2018, S. 196, freilich v. a. theologisch grundiert. A. A. *Raz*, in: ders. (Hg.), The Authority of Law, [2]2009, S. 262 (265): "[O]nly the fact that an act of disobedience occurred and […] the nature of its motivation have to be made publicly known. There is no general reason why individuals engaged in those activities should make their identity known or voluntarily submit to punishment."

375 *Habermas*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, [3]2015, S. 29 (35).

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

203 Teilweise findet sich aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten die Forderung, dass die den Ungehorsam motivierende Norm (oder gegebenenfalls deren Unterlassen), „schwerwiegendes Unrecht" darstellen müsse.[381] Praktisch ging und geht es oft um die militärische oder friedliche Nutzung der Atomkraft, den Klimawandel, aber auch die Startbahn West, Wohnungsnot in Berlin oder um Vorgaben des Infektionsschutzgesetzes.[382]

204 Nicht erforderlich ist es nach wohl recht einhelliger Auffassung, dass der Rechtsbruch spezifisch die Rechtsnorm betrifft, deren Änderung oder Ergänzung bezweckt wird.[383] Ein gewisser lebensweltlicher Konnex dürfte freilich die Akzeptanz der Handlung erhöhen.[384]

205 Ein so fassbares Verhalten wird von vielen, wenn auch sicher nicht von allen und – je nach Kontext – wohl noch nicht einmal von einer Mehrheit der Mitglieder der Gesellschaft zwar nicht für legal, aber gleichwohl für spezifisch *demokratisch legitim* erachtet.[385] Verhaltenskontingenz wird hier also quasi in den Dienst der Normkon-

379 So bspw. *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 2020, S. 401, dann freilich S. 405 ff. ausdr. zur Abgrenzung von der Gewissensfreiheit; ähnl., in weiten Teilen auf *Rawls* aufbauend, *Habermas*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ^{3}2015, S. 29 (33 f.), klarstellend dann aber u. a. auf S. 44: „Der gewissenhaft begründete [!] zivile Ungehorsam weiß sich dem Verfassungskonsens verpflichtet und darf nicht mit der Durchsetzung privater Glaubensgewißheiten verwechselt werden." Politikwissenschaftlich *J.-W. Müller*, Freiheit, Gleichheit, Ungewissheit, 2021, S. 215 f.: Damit Ungehorsam zivil ist, „müssen Gründe hinzukommen, die es Verlierern – wegen systematischer Verzerrungen des politischen Prozesses und mangels eines hinreichenden Engagements der Bürger – unmöglich machen, bestimmten politische Ergebnissen guten | Gewissens zuzustimmen und sich zumindest indirekt als Urheber einer kollektiven Entscheidung zu verstehen […]."

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

381 *R. Dreier*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ^{3}2015, S. 54 (67).

382 Die (politische) Spanne nur dieser drei Bsp. lässt folgende, schon 1983 verfasste Mahnung von *Glotz*, in: ders. (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ^{3}2015, S. 147 (148 f.) besonders aktuell erscheinen: „Ziviler Ungehorsam, so lehrt das Beispiel des Gouverneurs [George] Wallace [der die Rassentrennung dadurch illegal aufrecht erhalten wollte, dass er schwarzen Studenten in personam physisch (!) den Zugang zur University of Alabama blockierte], wird von Rechten wie Linken in Anspruch genommen. Zimmert die Linke also in den heutigen Diskussionen ein Podium für künftige rechte | Protestbewegungen?"

383 So geht *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 2020, S. 401, davon aus, dass „mittelbarer ziviler Ungehorsam" in Form von Straßenverkehrsdelikten auch gegen eine „undeutlich" formulierte Strafvorschrift gegen Landesverrat legitim sein könne; es dürfe (!) m. a. W. nicht durch die Begehung von Verrat dagegen protestiert werden. Dem folgend bspw. *R. Dreier*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ^{3}2015, S. 54 (61).

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

386 *Habermas*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ^{3}2015, S. 29 (36), etwa gibt dezidiert „keine juristische, sondern eine rechtsphilosophische Antwort" auf die Frage nach der Legitimität zivilen Ungehorsams.

387 *Habermas*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ^{3}2015, S. 29 (43).

388 Ibid., S. 51.

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

390 Nach *R. Dreier*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ^{3}2015, S. 54 (67 ff.) müssen für die von ihm für möglich gehaltene grundrechtsunmittelbare Rechtfertigung die Voraussetzungen zivilen Ungehorsams (soeben, → § 5 Rn. 197 ff.) vorliegen, und die Handlung muss sich zusätzlich gegen „schwerwiegendes Unrecht" richten und daran gemessen verhältnismäßig sein.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

209 Es gab und gibt in Literatur[392] und Rechtsprechung[393] immer wieder solche Versuche, das Legitime in das Legale zu überführen. Prominent und häufig zitiert nimmt beispielsweise bei *Ralf Dreier* der zivile Ungehorsam dann vollständig die rechtsdogmatische Stellung einer *erlaubten* Versammlung oder hilfsweise Meinungsäußerung ein.[394] Aus dem Rechtsbruch wird ein bloßer „prima facie-Ungehorsam".[395] Man nimmt dem Rechtsbruch so freilich nicht nur seine Pointe, sondern letztlich seine Funktion. Denn dass damit schon begrifflich die Rede vom zivilen *Un*gehorsam unsinnig wird, liegt auf der Hand. Zu Recht wird auch von den Befürwortern der philosophischen *Legitimität* des zivilen Ungehorsams darauf hingewiesen, dass dann, wenn man der Handlung ihre *Il*legalität nimmt, sie also quasi normalisiert, sie ihre Spektakularität und damit letztlich ihre designierte kommunikative Wirkung verlieren müsste.[396] Auch eine Entschuldigung der Handlung (in direkter oder analoger Anwendung von § 35 StGB) scheidet deshalb aus.[397]

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

392 Bes. deutlich die i. Erg. grundrechtlich begründete Position von *R. Dreier*, in: ders. (Hg.), Recht – Staat – Vernunft, [2]2016, S. 39 (64): „Wer allein oder gemeinsam mit anderen öffentlich, gewaltlos und aus politisch-moralischen Gründen den Tatbestand von Verbotsnormen erfüllt, handelt grundrechtlich gerechtfertigt, wenn er dadurch gegen schwerwiegendes Unrecht protestiert und sein Protest verhältnismäßig ist." Bestätigt von *ders*., in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, [3]2015, S. 54 (60 ff.).

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

394 Deutlich *R. Dreier*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, [3]2015, S. 54 (69), was dazu führt, dass das dort ausdr. sog. „Recht auf zivilen Ungehorsam" zum Unterfall von Artt. 5, 8 GG wird. Ähnl. auch *ders*., in: ders. (Hg.), Recht – Staat – Vernunft, [2]2016, S. 73 (92), wo der Autor seine *prima facie* provokante Position in Reaktion auf die Kritiker als „relativ triviale Ausformung der Werteordnungsrechtsprechung des BVerfG" verstanden wissen will. Wie schwierig, verworren und wohl sogar fruchtlos die Handhabung von Grundrechten (konkret der Gewissensfreiheit) als Rechtfertigungsgründe im Strafrecht ist/wäre, zeigt exemplarisch der Beitrag von *Brand/Winter*, JuS 2021, 113 ff., bes. S. 117, zu Kraftwerksbesetzungen.

395 *R. Dreier*, in: ders. (Hg.), Recht – Staat – Vernunft, [2]2016, S. 39 (63).

396 Zutreffend *Habermas*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, [3]2015, S. 29 (42 f.): „Gegen die Legalisierung des Tatbestands des zivilen Ungehorsams spricht aber schon der unerwünschte Normalisierungseffekt. Wenn jedes persönliche Risiko entfällt, wird die moralische Grund|lage des regelverletzenden Protests fragwürdig; auch dessen Appellwirkung wird entwertet."

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Konsequenterweise hat sich auch das Bundesverfassungsgericht den Forderungen 210
nach einer Rechtfertigungslösung (bislang) nicht angeschlossen. Stattdessen hat es – in einer freilich knappen 4:4-Entscheidung – dafür optiert, die gegebenenfalls lautere, weil im Grundsatz verfassungstreue und politisch gemeinwohlorientierte Motivation der Ungehorsam Leistenden auf der Ebene der Strafzumessung zu berücksichtigen (Strafzumessungslösung).[398] Das scheint mir auch der schon zu Zeiten der Friedens- und Umweltbewegung und auch heute nach wie vor weitgehend konzedierte Zugriff im rechtsphilosophischen Schrifttum zu sein.[399] Jedenfalls: nur solange die Rechtsordnung das Legitime bzw. als legitim Empfundene nicht zugleich stets ins Legale integriert – was mir, wie gesagt, in der Rationalität des zivilen Ungehorsams nicht *funktional* erscheint[400] –, bleibt die uns interessierende Frage nach einem Eigenwert des *Rechtswidrig*-Handeln-Könnens gestellt.[401]

---

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

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

399 *Habermas*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, [3]2015, S. 29 (43, 51) m. w. N.

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

401 Zu weiteren Einwänden gegen die Rechtfertigungslösung (überflüssig, gefährlich, rechtsstaats- und demokratiewidrig) s. – freilich abwehrend – *R. Dreier*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, [3]2015, S. 54 (71 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

211 *bb. Justification Structures realisieren die Grundidee zivilen Ungehorsams.* Zweitens und besonders bedeutsam ist, dass die Grundidee von zivilem Ungehorsam durch den Einsatz von *Justification Structures* nicht nur nicht beeinträchtigt wird, sondern sogar gefördert werden könnte. Da ziviler Ungehorsam definitionsgemäß auf Öffentlichkeit und d. h. auf seine Entdeckung und – nach Auffassung der meisten – dezidiert auf Inkaufnahme persönlicher negativer Konsequenzen seitens des Ungehorsam Leistenden angelegt ist, sorgen *Justification Structures* ihrerseits – auch definitionsgemäß – dafür, dass genau das passiert bzw. passieren kann. Folglich lässt sich ein ‚Recht' auf zivilen Ungehorsam nur gegen den Einsatz echter *Impossibility Structures* wenden. Hier bliebe – wenn sie funktionieren – tatsächlich nur noch der Versuch von Devianz übrig. Auch das wäre natürlich eine Form von Kommunikation[402] und könnte zu einem Dialog über die Norm führen, wenn entsprechende Beschwerdemechanismen vorgehalten werden.[403] Allerdings fehlt dem bloßen Versuch das Spektakuläre und Provokante des *realisierten* Normverstoßes und stellt folglich keine äquivalente Form des Ungehorsams dar.

212 *cc. Gegenständliche Beschränkungen auf geringfügige und kurzfristige Rechtsbrüche.* Wie viel damit tatsächlich an Anwendungsbereichen für ein Recht auf Möglichkeit zum Rechtsverstoß gewonnen ist, ist aber fraglich. Denn *drittens* folgt aus der Definitionstrias des *legitimen* zivilen Ungehorsams eine doppelte gegenständliche Einschränkung der auf diese Weise eventuell zu ermöglichenden devianten Handlungen: Als eher kleine Einschränkung wird gelten müssen, dass die Handlung nicht nur öffentlich begangen werden (können) muss, sondern auch ihrem Gegenstand nach kommunikativ-symbolisch relevant sein können muss. Klein ist diese Einschränkung deshalb, weil beispielsweise auch offene (!) Datenschutz- und Urheberrechtsverstöße[404] oder – klassisch nach *Henry David Thoreau*[405] – die Verweigerung

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

von Steuerzahlungen symbolisch hoch relevant sein könn(t)en. Wie gesagt[406] ist ja gerade nicht erforderlich, dass die Handlung einen Bruch exakt derjenigen Rechtsnorm darstellt, hinsichtlich derer ein Anstoß für eine neuerliche (Mehrheits)demokratische Befassung gegeben werden soll.

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

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

406 s. oben, → § 5 Rn. 204.

407 Dazu oben, → § 2 Rn. 193.

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

409 Bsp.: die ‚radikale' Bewegung *Extinction Rebellion* verhelfe, so konnte man lesen, den gemäßigten Klimaschützern zu mehr politischem Gewicht und Gewinn. Zum dt. Kontext skeptisch hinsichtlich dieser positiven Wirkung *J. Bender*, F.A.S. v. 25.12.2022, S. 10. Vgl. zudem die Mahnung von *Leinen*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ^{3}2015, S. 23 (27), zitiert oben, in → § 5 Fn. 364: „Gefahr[, die] Sachdebatte aus den Augen zu verlieren."

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

215 *d. Was bleibt: Die Ermöglichung (nicht Rechtfertigung) zivilen Ungehorsams ist mehr als nur ein Akt politischer Klugheit.* Hinsichtlich dessen, was dann noch übrigbleibt, stellt sich also erst jene für uns zentrale Frage, ob sich aus dem rechtsphilosophisch legitimen ‚Recht' auf zivilen Ungehorsam ein begrenztes Recht auf Möglichkeit zum Rechtsverstoß und folglich gegen den Einsatz von *Impossibility Structures* ableiten lässt.

216 Man muss sich für die Antwort auf diese Frage nochmals vor Augen halten, was der zentrale Kern der Behauptung der Legitimität zivilen Ungehorsams ist: Es geht darum, „öffentliche Räume der Kritik und Reflexion offen zu halten",[410] *jenseits* der dafür vorgesehenen formalen Kommunikationskanäle des Rechtsstaats und der Demokratie. Während es *Jo Leinen* unter Verweis auf die strukturellen Schwächen[411] zivilen Ungehorsams damit ausdrücklich um einen *schlechteren*, möglichst nur vorläufigen Ersatz für die auf Bundesebene (damals und immer noch) fehlende Volksbefragung ging, formulierte *Habermas* mit Überzeugungskraft grundsätzlicher, dass „[d]er Rechtsstaat […] das Mißtrauen gegen ein in legalen Formen auftretendes Unrecht schützen | und wachhalten [müsse], obwohl es eine institutionell gesicherte Form nicht annehmen kann."[412] Hieraus erklärt sich wohl auch sein recht apodiktisches Urteil, dass „[d]ie Rechtstheorie […] sich diese Beteiligungsperspektive [einer demokratietheoretisch legitimierten Devianz] nicht zu eigen machen" könne.[413]

217 Allerdings irrt *Habermas*, wenn er davon ausgeht, dass die Ermöglichung zivilen Ungehorsams und damit die Offenhaltung auch informaler Kanäle politischer Kommunikation zu einer „reifen politischen [demokratischen] Kultur"[414] gehöre, „die ihrer selbst sicher ist".[415] Vielmehr ist es Zeichen einer reifen demokratischen Kultur des 21. Jahrhunderts, sich ihrer selbst – d. h. der demokratisch-rechtsstaatlichen Strukturen und Kommunikationskanäle *und* der demokratisch-rechtsstaatlichen Haltung ihrer Bürger – *nicht* mehr allzu sicher zu sein, und *deshalb* eng begrenzte (!) Kommunikationskanäle jenseits der formalen offenzuhalten. Normativ *fundieren* lässt sich das deshalb gebotene Recht auf *Möglichkeit* zum Rechtsbruch direkt im Demokratieprinzip. Alternativ kann, wie *Ralf Dreier* es vorgeschlagen und ausführlich begründet hat, die demokratisch-funktionale Seite der Grundrechte[416]

410 So *Burchard*, in: Forst/Günther (Hg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 553 (579).
411 s. oben, in → § 5 Fn. 364.
412 *Habermas*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ^{3}2015, S. 29 (38 f.).
413 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 464.
414 *Habermas*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ^{3}2015, S. 29 (43).
415 Ibid., S. 32: „Jede rechtsstaatliche Demokratie, die ihrer selbst sicher ist, betrachtet den zivilen Ungehorsam als normalisierten, weil notwendigen Bestandteil ihrer politischen Kultur."
416 Diese ‚Aufladung' der Grundrechte um objektive Dimensionen kann freilich krit. gesehen werden, s. nur *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hg.), GG, Lfg. 94 Januar 2021, Art. 1 Abs. 3 Rn. 75 ff.; speziell zu den Kommunikationsfreiheiten in Art. 5 Abs. 1 GG s. *Grabenwarter*, ebd., Lfg. 68 Januar 2013, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 5 ff. m. w. N. Allg. und ebenfalls für eine klare Unterscheidung demokratischer und grundrechtlicher Aussagen plädierend *Böckenförde*, in: ders. (Hg.), Staat, Verfassung, Demokratie, ^{2}1992, S. 115

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

Rechtstechnisch bedeutet das, dass der mögliche kommunikative Aspekt von kleineren und kurzzeitigen Rechtsbrüchen[420] vom Gesetzgeber als *eigenständiger* Belang (> null, um im oben eingeführten Bild zu bleiben) bei der Abwägung zu beachten ist, ob bzw. wo *Impossibility Structures* einen zulässigen Eingriff in Grundrechte speziell unter dem Gesichtspunkt der *Durchsetzung* von konfligierenden Rechten darstellen.[421] Hinzuweisen ist insofern auch nochmals darauf, dass die spezielle Architektur von *Justification Structures* dem demokratisch-kommunikativen Anliegen des zivilen Ungehorsams gerade *nicht widerspricht*, im vielmehr sogar *dienlich* ist.[422] *Gegen* diese Form der *Compliance Assistance* i. w. S. lässt sich also mit den soeben 219

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

417 s. *R. Dreier*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ^{3}2015, S. 54 (60 ff.).

418 Ibid., S. 61, 66 f.

419 s. hierzu schon → § 5 Rn. 26.

420 Zu den Bedingungen s. soeben.

421 Wie gesagt sind sowohl *Impossibility* wie auch *Justification Structures* nach hier vertretener Auffassung als Rechtsdurchsetzungsarrangements zu begreifen, die sich grundrechtlich eigenständig rechtfertigen lassen müssen; nur eben mit der Maßgabe, dass das Gewicht des Rechtsbruchs i. R. dieser Abwägung bislang mit null zu veranschlagen ist, s. ausf. oben, ab → S. 441. Die Einbeziehung obj. Verfassungsgebote (Demokratieprinzip) in die Grundrechtsprüfung, darauf sei hier noch zur Vermeidung von Missverständnissen hingewiesen, nötigt auch *nicht* dazu, einem „Grundrecht auf Demokratie" das Wort zu reden (so, angelehnt an die *Maastricht*-Entscheidung des BVerfG zur Versubjektivierung von Art. 20 Abs. 1 i. V. m. Art. 38 Abs. 1 GG, krit. *H. Dreier*, in: ders. [Hg.], GG Bd. II, ^{3}2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 80 und ff.); es reicht vielmehr die seit BVerfG, Urt. v. 16.1.1957, Az. 1 BvR 253/56 = BVerfGE 6, 32 – Elfes, Rn. 18 bei juris, etablierte Direktive, dass der Bürger einen Anspruch darauf hat, vor jedem staatlichen oder staatlich mandatierten Grundrechtseingriff frei zu sein, der nicht formell und materiell *umfassend* mit der Verfassung vereinbar ist.

422 s. soeben, → § 5 Rn. 211.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

entfalteten Argumenten von vornherein nicht vorgehen. Voraussetzung ist natürlich, dass eine *Justification Structure* sachbereichsspezifisch überhaupt auf Konstellationen zivilen Ungehorsams ‚passt'. Bei den sogenannten „Klimaklebern" der Letzten Generation ist das eher weniger der Fall, im Rahmen der Online-Kommunikation hingegen sicherlich leicht vorstellbar (siehe das oben ausgeführte Beispiel des UrhDaG[423]).

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

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

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

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

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

423 s. oben, → S. 204 ff.

424 Zum Konzept schon → § 5 Rn. 31 f.

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

426 Vgl. zur Charakterisierbarkeit von zivilem Ungehorsam als funktionalem Äquivalent zur auf Bundesebene fehlenden Volksbefragung → § 5 Rn. 199.
427 *R. Dreier*, in: ders. (Hg.), Recht – Staat – Vernunft, [2]2016, S. 73 (91 f.).
428 *J. Bender*, F.A.S. v. 8.1.2023, S. 6.
429 Dazu schon → § 5 Rn. 201.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

225 Der Devianz-Grund ‚demokratischen Lernens' kann deshalb auch alternativ formuliert werden: im Gegensatz zur *Kommunikation* Einzelner (= ziviler Ungehorsam = kommunikative Illegalität) als *Information* der Gesellschaft (= informierende Illegalität) bzw. noch steuerungswissenschaftlicher formuliert: als Form und Instrument[433] der staatlich-gesellschaftlichen Wissensgenerierung.[434] Die Ermöglichung von *in den formalen Strukturen rechtlicher Kommunikation unerkannter* Devianz *über eine gewisse Zeit* schafft die Voraussetzungen für eine reale Vergleichbarkeit der

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

Wenig anderes markiert die Zeit- und vor allem Erfahrungsabhängigkeit der demokratisch- und rechtsstaatlich-diskursiven Gewährleistungen gesellschaftlicher Wissensgenerierung und darauf aufbauend der Rechtsschöpfung deutlicher als die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungskonformität von §§ 175 f. StGB im 6. Band. Es war ja keineswegs falsch, dass im Jahr 1957 „[g]leichgeschlechtliche Betätigung […] eindeutig gegen das Sittengesetz“[435] verstieß – „Sittengesetz“ verstanden als die eindeutige Mehrheitsmeinung in der deutschen Gesellschaft.[436] Einmal die Frage beiseite lassend, ob die Mehrheitsmeinung wirklich ein (allein) ausschlaggebender Rechtfertigungsgrund für Grundrechtseinschränkungen sein darf,[437] zeigt die historische Entwicklung, dass sich diese Meinung im Angesicht einer devianten Praxis in ihr Gegenteil verkehren kann.[438] Als durch Erfahrung widerlegt gelten kann auch die einzig wirklich rechtsgutsbezogene These des Verfassungsgerichts, 226

> „[wonach] eine stärkere Verbreitung der Homosexualität unter Erwachsenen, die eine wahrscheinliche Folge ihrer Straflosigkeit sein würde, die Gefahr auch für die Jugend [durch Verführung[439]] erhöhen müßte; namentlich könnte die Straflosigkeit der Beziehungen zwischen erwachsenen Männern auch zu einer weniger strengen Beurteilung solcher Beziehungen zwischen Erwachsenen und Jugendlichen führen.“[440]

Damit ist nicht bestritten, dass es nicht auch einzelne konkrete Strafverfahren oder – umgekehrt – das demonstrative öffentliche Eintreten für Homosexualität gewesen 227

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

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

437 Bekanntlich wird das Sittengesetz in Art. 2 Abs. 1 GG ausdrücklich als mögliche Grundrechtsschranke genannt. Zur heute gleichwohl anerkannten Irrelevanz als eigenständiger Rechtfertigungsgrund nur *H. Dreier*, in: ders. (Hg.), GG Bd. I, ^{3}2013, Art. 2 I Rn. 59, mit dem Hinweis, dass das Sittengesetz tatsächlich nur in der Homosexuellen-Entscheidung von 1957 je eine tragende Rolle spielte, was – wohl zum Glück – „Episode“ blieb.

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sind, die positiv auf die Mehrheitsmeinung eingewirkt haben[441] (positiv im Sinne von: pro Reform, nicht im Sinne der Normbestätigung;[442] Letzteres geschah aber sicherlich auch). Aber zugleich rechtfertigt nichts die Annahme, dass es nicht auch und vor allem die alltägliche, dezidiert *un*demonstrative oder doch nur graduell öffentliche *Praxis* der homosexuellen, gemeinschafts*un*schädlichen Lebensführung war, die zunächst Beteiligte und Gemeinschaften, dann Freunde und Nachbarn,[443] im konkreten Fall sodann vielleicht auch Unternehmen,[444] und dann schließlich der medialen und gerichtlichen Öffentlichkeit vor Augen führte, dass eben doch „jedes öffentliche Interesse an einer Aufrechterhaltung der Strafbestimmung" fehlt.[445] Die zunächst versteckte, sodann semi-versteckte Praxis der Devianz ermöglicht gerade erst Vernetzungs-, Konsolidierungs- und Solidarisierungseffekte innerhalb der deviant handelnden Subgruppe und mit eventuellen externen Unterstützern, dank derer dann auch kommunikative Akte erleichtert werden können; wie beispielsweise die öffentliches Aufsehen erregenden CSD-Proteste (die wohlgemerkt *selbst* gerade nicht zwangsläufig Devianz sind/sein müssen. Artt. 5, 8 GG können selbstverständlich ganz legal für Wünsche nach Rechtsänderungen genutzt werden).

228 Eine ähnliche Entwicklung – natürlich unter anderen Vorzeichen – lässt sich im Bereich des Rechts auf Cannabiskonsums feststellen: Auch ohne spektakuläre Handlungen öffentlichen Protests stieg die Zahl der Befürworter der Legalisierung seit 2015 signifikant an,[446] was zusammen mit den zeitweise (erstaunlich) stark ansteigenden, aber nie die Schwelle zur Mehrheit übersteigenden Zahlen jugendlicher Konsumenten[447] die Annahme stützt, dass jedenfalls nicht allein und eben erst recht nicht initiale Akte zivilen Ungehorsams maßgeblich für die Bewirkung sozialen Wandels als Grundlage für Rechtsänderungen sind, sondern Devianz als belegte und länger andauernde Praxis eine weitaus größere Rolle spielen kann. Ein anderes Beispiel, bei dem (erst) langgeübte Devianz eine rechtsändernde Wirkung hatte, ist das der sogenannten Privatkopie im Urheberrecht.[448]

229 Demgegenüber lassen sich natürlich auch unzählige *Gegen*beispiele finden, in denen sich der demokratische Gesetzgeber rechtlicher Innovation qua Devianz-Erfahrung verweigert hat. Beispiele sind klassisch die Steuerhinterziehung und die sogenann-

441 Diesen Aspekt hebt bspw. hervor *Gürbüz*, Freiburger Zeitschrift für GeschlechterStudien 22 (2016), 99 (103 f.).
442 Zur Bestätigungsfunktion der Rechtsanwendung allg. oben, → § 3 Rn. 9 f.
443 Daraus folgend: auf vorhandenen Nähebeziehungen und Sympathie aufbauende Solidarisierungseffekte.
444 Gespeist aus Gewinnaussichten durch Erschließung einer neuen marktmäßigen Zielgruppe.
445 A. A. eben noch BVerfG, Urt. v. 10.5.1957, Az. 1 BvR 550/52 = BVerfGE 6, 389 (437) – Homosexuelle.
446 s. für ausf. Zahlen https://hanfverband.de/nachrichten/pressemitteilungen/umfrage-erstmals-relative-mehrheit-fuer-legalisierung-von-cannabis, besucht am 13.1.2023.
447 s. *Orth/Merkel*, Der Cannabiskonsum Jugendlicher und junger Erwachsener in Deutschland, 2019, bes. S. 18.
448 Dazu *Becker*, ZUM 2019, 636 (642).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

Zuvor ist hier aber noch eine Plausibilitätskontrolle nachzutragen, die die soeben soziologisch-historisch geschilderte ‚Nützlichkeit' von deviantem Verhalten mit dem hiesigen Untersuchungsanlass zusammenbringt. Soll heißen: Handelt es sich hier überhaupt um Regelungs- und Realbereiche, in denen *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. zu einem höheren *Compliance*-Druck und – damit korrespondierend – zu verringerter Verhaltenskontingenz führen *können*? Bei den Beispielen der urheberrechtlichen Privatkopie und – unter umgekehrten Vorzeichen – bei der Steuerhinterziehung, bei Datenschutzverstößen (Stichwort *Privacy by Design*), und bei dem sogenannten ‚Schwarzfahren' sind die Einsatzmöglichkeiten von *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. offensichtlich. Teilweise sind sie auch schon rechtlich vorgesehen, wie in → § 2 an den Beispielen von Art. 25 DSGVO[451] oder § 88 Abs. 5 AO[452] gezeigt wurde. ‚Schwarzarbeit' ließe sich sicherlich mit den – hier ausgeklammerten – *Smart Contracts*[453] effektiver als bisher eindämmen. Ferner, aber nicht gänzlich fern liegt der Einsatz von *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. im Fall der ehemals verbotenen homosexuellen Praktiken und homosexueller Kommunikation als deren Vorstufe. Wir können uns heute schlicht nicht mehr vorstellen, dass beispielsweise Chat-Kontrollen (als Form der *Impossibility/Justification Structures*, angedacht für die Suche nach Kinderpornographie[454]) oder auch ‚smar- 231

449 Zur Möglichkeit, das Erschleichen von Beförderungsdienstleistungen angesichts der Verfügbarkeit von *Impossibility Structures* zu entkriminalisieren, oben, → § 2 Rn. 143.
450 s. sogleich, → § 5 Rn. 238 ff.
451 s. oben, → S. 143 ff.
452 s. oben, → S. 94 ff., allerdings noch als Bsp. für die hier sog. *Intelligent Surveillance*.
453 Dazu die Erläuterung oben, → § 2 Rn. 4.
454 s. hierzu knapp oben, in → § 2 Fn. 848.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

te' Video- oder Kommunikationsüberwachung[455] (*Intelligent Surveillance*) für *diese* Zwecke eingesetzt werden könnten. Aber theoretisch denkbar und für – leider auch *pro forma* demokratische – Staaten mit entsprechender Agenda (Uganda) ‚reizvoll' könnten entsprechende Technologien durchaus sein.[456] Der öffentliche Konsum von Cannabis ließe sich schließlich dann auch technologisch leichter eindämmen, sobald olfaktorische Sensorik besser entwickelt ist (Staaten mit restriktiver Drogenpolitik und weitreichender öffentlicher Überwachung wie Singapur fallen einem hier ein).

232 *c. Das Recht auf Möglichkeit zum unerkannten Rechtsbruch: rechtliche Fundierung im Demokratieprinzip.* Die Frage ist damit also, ob sich das entfaltete instrumentelle Verständnis von Rechtsbrüchen *erstens* verfassungsrechtlich verankern und *zweitens* auch rechtlich konturieren lässt. Oder ob es insofern bei dem bleibt, was *Habermas* zum zivilen Ungehorsam formuliert hat: dass die Zulassung von Devianz „eine institutionell gesicherte Form nicht annehmen" könne.[457] Das Problem wäre dann freilich, dass – wie in den Zwischenfazits von → § 2 und → § 4 dargelegt wurde – der Raum für *informelle* Devianz unter den Funktionsbedingungen einer KI-optimierten (Rechts-)Gemeinschaft immer kleiner werden dürfte.[458] Zur *ersten der beiden Fragen* werde ich sogleich ausführen (und sie bejahen). Die zweite Frage wird – angesichts des Umfangs der Antwort – abgesetzt in Abschnitt → 8.[459] behandelt werden.

233 *aa. Irrtumsanfälligkeit, Reversibilität und (deshalb) Innovationsoffenheit als die drei Kern-Strukturelemente der Demokratie.* Das moderne, d. h. nicht mehr naturrechtlich begründete, sondern auf demokratischer Volksherrschaft i. S. von Art. 20 Abs. 1 GG zurückzuführende Recht ist schon seiner *Bestimmung* nach kontingent, d. h. reversibel und zwar: *notwendig* reversibel. Es muss damit stets die Illegitimität oder milder formuliert: die Inadäquanz seiner gegenwärtigen Normen schon für den *gegenwärtigen* Zeitpunkt, jedenfalls aber für alle *künftigen* Zeitpunkte unterstellen.[460] Demokratische „Geltungsansprüche" dürfen daher nur „in dem Bewußtsein der Irrtumsanfälligkeit und [unter Wahrung] prinzipieller Reversibilität" erhoben

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

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

457 *Habermas*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, ^{3}2015, S. 29 (39).

458 s. bes. → S. 391 ff.

459 s. unten, → S. 507 ff.

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

bb. Formal-demokratische Innovationsarrangements allein reichen dafür nicht aus. 234
Mit dieser plastischen Zusammenfassung der Grundausrichtung der Demokratie auf *Norm*kontingenz ist der *halbe* Weg zur Anerkennung eines demokratisch motivierten Erhalts der Möglichkeit zum Rechtsbruch schon gegangen. Die *restliche* Strecke zu gehen erfordert freilich eine Begründung dafür, warum die Fehlerfreundlichkeit (zwecks Korrektur und Reversibilität des aktuell geltenden Rechts) zumindest *auch* gerade *durch Anschauung der Fehler (Rechtsbrüche) der Rechtsunterworfenen* bewahrt werden soll (wie beschrieben: Devianz gleichsam als *de-facto*-Reallabor und Instrument der Wissensgenerierung über die möglichen Regelungsalternativen[465]). Gestellt ist damit die Frage nach der *konstitutionellen* Gebotenheit des Erhalts von *Verhaltens*kontingenz der Normunterworfenen als einem *notwendigen* Baustein einer Architektur des demokratisch-gesellschaftlichen (einschließlich juridischen) Lernens.

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

461 *H. Dreier*, in: ders. (Hg.), GG Bd. II, [3]2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 61.
462 Ibid., Rn. 72 m. w. N.
463 St. Rspr., s. nachdrücklich BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, Az. 2 BvE 2/08 u. a. = BVerfGE 123, 267 – Vertrag von Lissabon, Rn. 215; s. auch *H. Dreier*, in: ders. (Hg.), GG Bd. II, [3]2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 73 m. w. N.
464 Ibid., Rn. 72. Hervorhebung im Original.
465 Hierzu soeben, → § 5 Rn. 225; zur Idee der Reallabore i. e. S., d. h. als formalisierte Möglichkeit zu Abweichung von geltendem Recht, → § 4 Rn. 171.
466 So bes. *Rauber*, JZ 79 (2024), 174 (182), für den die „normativen Vorgaben [des Demokratieprinzips] einerseits zu offen [sind], und die hergebrachte Legitimationskettendogmatik ist andererseits zu stark auf den Akt der Wahl fokussiert […]. Vor allem […] bleibt die demokratietheoretische Lesart eine Antwort auf die Frage schuldig, weshalb ausgerechnet das Demokratieprinzip die Möglichkeit garantieren soll, rechtliche Anforderungen zu ignorieren, die ihrerseits demokratisch legitimiert sind."
467 Deutlich bspw. *Schwintowski*, EWeRK 2015, 314 (315): „So gesehen würde ich den Organisationssoziologen widersprechen. Regeln müssen nicht von Zeit zu Zeit verletzt werden, damit sie als Regeln weiterexistieren können. Vielmehr müssen Regeln von Zeit zu Zeit überprüft werden, damit sie als

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

236 Gegen diesen ersten Schein eines Verwiesenseins auf die formalisierten Strukturen zum Erhalt von Normkontingenz gibt es aber m. E. zwei durchschlagende Einwände, einen historisch-erfahrungsgesättigten und einen grundrechtstheoretischen. Eingeräumt sei hier vorneweg, dass diese Diskussion immer noch am Anfang steht und es hier nur um erste Ansätze gehen kann.

237 *Erstens* das historische Argument: Es kann nochmals unter Rückgriff auf die Gesetzes- und Rechtsprechungshistorie im Umgang mit der männlichen Homosexualität formuliert/illustriert werden: Das Versagen des Verfassungsgerichts – dem des Gesetzgebers folgend –, §§ 175 f. StGB aufzuheben, lässt *strukturelle* Zweifel daran aufkommen, dass selbst die tief und breit ausgebauten formalen Reflexionsarrangements der Bundesrepublik ausreichen, um *Norm*kontingenz auf rein diskursiven, also *nicht zumindest auch* anschauungsgesättigten Wegen herzustellen und zu erhalten (gemeint ist, wie gesagt: Anschauung der Verhaltensalternative, und zwar über einen hinreichend langen Zeitraum hinweg).

238 Ich vermute, dass nun an dieser Stelle bei einigen Leserinnen und Lesern ein Störgefühl aufkommt: Ist diese im *Faktischen* verankerte These durch die soeben

Regeln weiterexistieren können – d. h. die geltende Rechtsordnung muss Überprüfungs- und Korrekturmechanismen bereitstellen. [...] Oft sind es die Gerichte, die Korrekturen vornehmen. Manchmal bedarf es dazu der Politik – aber auch dafür gibt es geeignete Mechanismen und Verfahren, wie etwa den Petitionsausschuss beim Deutschen Bundestag [...]. Es geht also [sic] anders als Niklas Luhmann formuliert hat [sic] nicht um *nützliche Illegalität*, sondern um nützliche Legalität." Hervorhebung im Original. Ähnl. *Weller*, Forschung & Lehre 2020, 921. Ausf. *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, 2022, S. 55: „Sofern die Norm, die automatisiert durchgesetzt wird, aus diesem demokratischen Prozess hervorgegangen ist, müsste die Möglichkeit gegen diese verstoßen zu können, sich ebenfalls aus dem demokratischen Prozess ergeben, um ein notwendiges Element zu sein. [...] Eine Freiheit zum Rechtsverstoß ergibt sich aus dem Demokratieprinzip auch unter den gewandelten Bedingungen der Algorithmisierung daher nicht. Die gewandelten technischen Möglichkeiten können lediglich die Verabschiedung gewandelter Gesetze im demokratischen Prozess erfordern."

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gelieferten Beispiele des apokryphen Lernens aus Devianz[468] wirklich hinreichend (belegt, untersucht, hinterfragt etc.), um sie zu einem *rechtlichen* Argument umwidmen und verdichten zu können? Oder steckt hinter der historischen Argumentation nicht doch ein laienhaft-anekdotischer Empirismus, dem ich mich hier schuldig mache, und der sie (die Argumentation) entwertet?

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

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

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

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

468 s. soeben, → § 5 Rn. 224 ff.
469 *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 454 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

242 Freilich bezieht sich *Kühls* scharfe Kritik an legalem Formalismus genau besehen auf das *geschaffene* Regelwerk, damit nur nachrangig (aber immerhin) auf die Verfahren der Wissensgenerierung beim und Umsetzung durch den Regelsetzer („oberste Führung"). Aber genau das leitet zum angekündigten zweiten, grundrechtstheoretischen und damit womöglich überzeugenderen Argument über. Wie gesagt: Aus meiner Sicht ist auch das gerade angeführte historische Argument bereits für sich stichhaltig; aber ähnlich dem Vorbild des Bundesverfassungsgerichts, das sein empirisches *Chilling-Effects*-Argument klugerweise um ein normatives ergänzt hat,[471] soll hier auch eine stärker normative Argumentation angeboten werden.

243 Das *zweite* Argument setzt an der von *Horst Dreier* so treffend bezeichneten „Fehlerfreundlichkeit" demokratischen Rechts an – fehlerfreundlich, weil korrekturfähig und -offen und weil nur „in dem Bewußtsein [seiner] Irrtumsanfälligkeit" mit Geltungsanspruch ausgestattet.[472] Diese Einsicht in die stets zu unterstellende Fehlerhaftigkeit und Inadäquanz der gegenwärtigen Normen ist nun aber nicht auf das materielle Recht beschränkt und ist sogar noch nicht einmal nur auf das einfache Recht beschränkt und beschränkbar. Die Einsicht ist allgemein und erstreckt sich damit notwendig *ins demokratische Verfahrens- und verfassungsrechtliche Rechtsschutzrecht* hinein, d. h. betrifft auch alle formalen Arrangements, die der Schaffung, Erhaltung, Abschaffung, Anfechtung und damit in einem weiten Sinn: der Reflexion des (geltenden) Rechts dienen. Wir *müssen* unterstellen, dass diese fehlerhaft sein können, weil sie an der Irrtumsanfälligkeit allen demokratischen Rechts notwendigerweise teilhaben. Dann aber darf das demokratische Recht *nicht* unterstellen, dass seine formalen Verfahren ausreichen, um die wesensprägende Kontingenz des demokratischen Rechts – seine Fehler- und damit Korrekturfreundlichkeit – zu erhalten.

244 *cc. Rechtsdogmatische und -praktische Voraussetzungen der Wissensgenerierung: Recht auf unerkannten Rechtsbruch, Verzicht auf Justification Structures, aber nicht zwingend auf Compliance Assistance i. e. S.* Das Gesagte bedeutet nun zweierlei: Einmal gelingt es mit der vorstehenden Argumentation, einen demokratisch begründeten Eigenwert von Devianz im Recht zu begründen, der im Ausgangspunkt dazu auffordert, eine *Möglichkeit* zum Rechtsbruch zu belassen. Das reicht aber diesmal, d. h. im Vergleich zur kommunikativen Funktion von Rechtsbrüchen (→ 6.), nicht aus: Was es zusätzlich braucht, ist eben jenes (Recht auf) Unerkannt-Bleiben

470 *Kühl*, Brauchbare Illegalität, 2020, S. 180.
471 s. oben, → § 2 Rn. 96.
472 *H. Dreier*, in: ders. (Hg.), GG Bd. II, ^{3}2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 72 bzw. 61.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

473 Unter Rückgriff auf die Untersuchungen von *Stefan Kühl*, s. oben, → § 4 Rn. 193.
474 *Burchard*, JRE 27 (2019), 527 (552).
475 So eine Formulierung von *Habermas*, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, [3]2015, S. 29 (40 f.), zur Legitimität zivilen Ungehorsams. Hervorhebung hier.
476 Zum Begriff *Becker*, ZUM 2019, 636 (642): Devianz als „Feedback-Loop".
477 Vgl. zum – nicht anzuerkennenden – Devianzgrund ‚Korrektur' oben, bei → § 5 Rn. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

oder zumindest -reduzierende Effekt der Formalisierung[478] voll durchschlägt. Mit *Luhmann* gilt hier grundsätzlich und bislang:

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

247 Dieses „von außen" können nun natürlich und sollen sogar vorrangig die formalen Verfahren sein, die oben genannt wurden: Demonstrationen, Petitionen usw. Hier könnte nun aber *auch* der Einsatz von *Compliance Assistance Technologies* i. e. S. eine Funktion übernehmen: Diese *per definitionem* nicht intervenierenden Strukturen könnten genutzt werden, um das soeben erwähnte Anschauungsmaterial zu liefern, *ohne* die Möglichkeit zur nicht-öffentlichen/nicht-formalisierten Devianz gänzlich zu beseitigen. Ohne dass hier die Details solcher Verfahren ausgearbeitet werden können, würde das erfordern, die menschliche Reaktion auf die *Compliance Assistance* im Sinn einer Art Adressatenbefragung zu nutzen, um Statistiken über die *Compliance* zu erstellen. Das Dunkelfeld der Devianz könnte so aufgeklärt werden, ohne diese sogleich zu unterdrücken. In diese Richtung gehen in gewisser Weise die Fahrassistenzsysteme mit – nicht abschaltbarer! – Protokollierungsfunktion, welche die EU mittlerweile verpflichtend zum Einbau in Kraftfahrzeuge vorschreibt.[480]

248 Wie oben, → S. 393 ff., gesagt, bedeutet zwar auch schon die Einkleidung in *Compliance Assistance Technologies* i. e. S. eine gewisse und nicht zu gering zu achtende Formalisierung von individuellen Rechts(nicht)anwendungshandlungen. Schon das lässt Devianz zumindest unwahrscheinlicher werden. Aber es bleibt dabei, dass sie in Sachen Wirkmacht ein Minus gegenüber *Impossibility* und *Justification Structures* darstellen.

249 *Reine*, d. h. wirklich ganz ohne Sanktions- und Haftungsdrohung arbeitende *Comply-or-explain*-Arrangements, wie sie aus dem europäischen Verbundverwaltungsrecht[481] und Gesellschaftsrecht[482] bekannt sind, könnten in ausgewählten Bereichen eine weitere, dann wiederum an *Justification Structures* angenäherte Variante sein.

478 Dazu oben, → S. 393 ff.
479 *Luhmann*, Kontingenz und Recht, 2013, S. 134. Hervorhebung im Original.
480 Dazu oben, ab → S. 186.
481 Beispielhaft Art. 60 Abs. 2 DSA, dazu *Marsch*, in: Hofmann/Raue (Hg.), NK-DSA, 2023, Art. 63 Rn. 22 ff. m. w. N.
482 Hierzu *Leyens*, ZEuP 2016, 388 ff. m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

483 Ausf. oben, → S. 102 ff., 165 ff.
484 Hierzu soeben, → S. 422 ff.
485 Dazu oben, ab → S. 391.
486 Hierzu ausf. oben, → S. 247 ff.
487 *Bäcker*, Vereitelungssysteme, Antrittsvorlesung in Mainz am 14.7.2022, spricht anschaulich von der notwendig „trennscharfe[n] Intervention" der von ihm sog. Vereitelungsstrukturen.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ermöglichen (= Devianz als Wissensgenerierung), stellt sich nun die Frage, welche Maßstäbe und auch Grenzen *hierfür* existieren könnten. Dass es diese Grenzen geben muss, steht fest. Hier soll nicht die Auffassung vertreten werden (müssen), die „Freiheitlichkeit" oder, richtiger, wie wir gesehen haben: die *demokratische* Struktur unseres Gemeinwesens[488] beweise sich durch die Möglichkeit zum Mord.[489] Um die hier möglichen Maßstäbe wird es in diesem Abschnitt 8. gehen, wobei ich den Fokus auf das gegenüber dem ‚Recht' auf zivilen Ungehorsam weitergehende Recht auf in den formalen Strukturen unerkannten Rechtsbruch zwecks demokratischen Lernens richten werde.

253 Der normative Anspruch des Abschnitts ist ein bescheidener: Es geht *nicht* darum, dem Gesetzgeber mitzuteilen, dass er demokratische Wissensgenerierung durch Rechtsbruch exakt so wie im Folgenden vorgeschlagen konturieren *müsse*. Der Gesetzgeber muss sich nach der hier (→ 7.) vertretenen Auffassung lediglich, aber immerhin *im Bewusstsein der demokratischen Funktionalität* des Lernens aus Rechtsbrüchen bewusst und maßstabsgeleitet *Gedanken* darüber machen, ob und wie er sie durch den Einsatz von *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. unterbinden oder nicht doch (weiterhin) in einem bestimmten Umfang zulassen will. Es handelt sich beim Folgenden um einen rechtsdogmatisch-*konstruktiven* Vorschlag, nach welchen Maßstäben das ‚demokratische Lernen' konzeptionell stimmig strukturiert und begrenzt werden *kann*. Sie sollen konsequent aus der Perspektive demokratischer Lernbedarfe durch/an Devianz heraus entwickelt werden (→ S. 495 ff.), und dabei gleichzeitig anerkennen, dass dem Gesetzgeber immer ausreichend Raum bleiben muss, seine Lernbereitschaft zumindest zeitweilig und hinsichtlich bestimmter Rechtsgüter bzw. Normen für erschöpft zu erklären.

254 *a. Vorneweg: privater Selbst- und Drittschutz (der ‚gute Samariter').* Vorneweg ist es konzeptionell wie auch grundrechtsdogmatisch wichtig, sich noch einmal genau zu vergegenwärtigen, welcher Preis für das gesellschaftliche Lernen(-Können) aus der Ermöglichung von Devianz zu zahlen ist. Der Preis ist hoch, denn er ist sozusagen ein doppelter: Da das Recht auf Möglichkeit zum unerkannten Rechtsbruch nach dem eingangs Gesagten nur im Rahmen der Hilfeleistungssituation wirklich rechtspraktisch relevant wird,[490] liegt der Schaden nicht nur – *erstens* – darin, dass eine Person eine Rechtsgutverletzung erleidet, sondern – *zweitens* – auch darin, dass keine Hilfe geleistet wird, *obwohl* eine grundsätzlich technisch zur Hilfeleistung und Intervention fähige Maschine anwesend ist. Es sei insoweit an § 323c StGB erinnert, der mit seiner auf den genauen zweiten Blick ganz erstaunlichen tatbestandlichen

488 Vgl. hierzu noch einmal → § 5 Rn. 225 und ff.
489 Zu dieser provokanten Eingangsfrage bei/in → Fn. 60 (Einleitung).
490 Nochmals: Andernfalls sorgt das aus der Freiheitlichkeit des Gemeinwesens ableitbare grds. Verbot anlass- bzw. grundloser Überwachung dafür, dass Räume für Devianz offenbleiben.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Offenheit[491] anzeigt, wie schwer erträglich der Gedanke zu sein scheint, dass Hilfe im Angesicht von Not nicht geleistet wird, obwohl sie möglich und zumutbar wäre.[492]

‚Opfer' der Rechtsgutverletzung ist damit nicht nur die geschädigte Person selbst, sondern unter Umständen auch das Rechtsempfinden der Gesellschaft. So gesehen haben wir es mit einem Sonderopfer zu tun, das zwar mit dem demokratischen Lernen-Wollen- und -Müssen gerechtfertigt werden kann, aber damit ganz offensichtlich ein – in der grundrechtlichen Diktion – erhebliches Eingriffsgewicht in subjektiver, aber gewissermaßen eben auch in objektiver Hinsicht hat. Soll heißen: Die Grenzen für ein Recht auf Möglichkeit zum unerkannten Rechtsbruch dürfen nicht zu eng gezogen, es darf mit anderen Worten nicht unüberlegt eingeräumt werden. 255

Eine kategorial noch relativ klare Grenze ergibt sich vor diesem Hintergrund aus dem Recht auf privaten Selbstschutz: So, wie es bislang in der Diskussion noch niemand vorgeschlagen hat, das Abschließen der Haustüre zu verbieten, um dadurch das Erlernen des Verbots des Hausfriedensbruchs in Ansehung möglichst zahlreicher Hausfriedensbrüche zu ermöglichen, kann es grundsätzlich kein Verbot an Private geben, sich selbst oder auch Dritte durch den Einsatz modernen Technologien zu schützen.[493] Art. 7 des Digital Services Act (DSA), die sogenannte Gute-Samariter-Klausel, die es Plattform- und anderen Online-Diensteanbietern nun ausdrücklich erlaubt, *freiwillig* systematisch-flächendeckend und automatisiert nach Rechtsverstößen ihrer Nutzer und Nutzerinnen zu suchen,[494] ist Ausdruck dieser Einsicht. Freilich gibt es auch hier gegenläufige Tendenzen, indem etwa der Unionsgesetzgeber sich mit der DSGVO entschlossen hat, das grundsätzliche präventive Überwachungsverbot, das sich grundrechtlich zunächst einmal nur gegen den Staat richtet, auch auf Private auszudehnen; hinzu tritt ein grundsätzliches Aktionsverbots, siehe Art. 22 Abs. 1 DSGVO über das Verbot ausschließlich auf automatisierter Datenverarbeitung beruhender Entscheidungen. Die sehr komplexen Konturen dieser Rechtslage, die sich beispielsweise im sehr weitgehenden Verbot 256

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

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

493 Nachdrücklich bspw. *Oster*, in: Ahlberg/Götting/Lauber-Rönsberg (Hg.), BeckOK Urheberrecht, 32. Ed. 15.9.2021, § 1 UrhDaG Rn. 12: „Weder können Diensteanbieter dazu verpflichtet werden, auf den Einsatz von Upload-Filtern zu verzichten und damit ‚sehenden Auges' an Rechtsverletzungen mitzuwirken, noch ist Rechteinhabern zuzumuten, dass Diensteanbieter zu einem Verzicht auf solche Mittel […] verpflichtet werden sollen." A. A. noch *Hoffmann-Riem*, in: Denninger et al. (Hg.), AK GG, ^{3}2001, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 95. Differenziert *Becker*, ZUM 2019, 636 (642): „Diese Rückkoppelung [durch deviantes Handeln als kommunikative Reaktion auf Normen] zu verwirklichen ist freilich keine Aufgabe von Rechteinhabern. Wie gesagt sind sie nicht gehalten, offene Flanken für rechtswidrige Handlungen zu bieten […]. Der Gesetzgeber muss für diesen Mechanismus sorgen."

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

257 *b. Inhaltliche Konturen und Maßstäbe für ein Recht auf Möglichkeit zum unerkannten Rechtsbruch.* Es muss also differenzierter vorgegangen werden als im Datenschutzrecht. Dafür sei vorab nochmals an zweierlei erinnert: *Erstens* daran, dass nach der hier vertretenen Auffassung das vom Rechts*brecher* gegebenenfalls ins Feld geführte oder zu führende individuelle Interesse bereits auf der Ebene des materiellen Rechts und nicht nochmals bei der Rechtsdurchsetzung in Anschlag gebracht werden darf;[497] und dass *zweitens* Normen des sogenannten Vorfeld- oder Gefährdungsschutzes (beispielsweise des Datenschutzrechts oder des Straßenverkehrsrechts) eine Normstruktur aufweisen, die als normatives *Overblocking* bezeichnet werden kann. Vor dem Einsatz von *Impossibility* und *Justification Structures* müssen solche überschießenden Normbefehle möglichst vorab auf den eigentlichen Schutzkern zurückgeführt werden.[498]

258 Sind diese beiden Fallgruppen vorab ausgeschieden, dann erscheint es im nächsten Schritt naheliegend, in Anknüpfung an die Anlassdogmatik des Bundesverfassungsgerichts[499] nach der Bedeutung des ‚geopferten‘ Rechtsguts und der Schwere seiner potentiellen Betroffenheit zu differenzieren. Allerdings würde dieser Zugriff der inhaltlichen Eigenart des Devianz-Grundes ‚demokratisches Lernen‘ (und auch derjenigen des Grundes ‚demokratische Kommunikation‘) nicht wirklich gerecht werden; geht es doch darum, Devianz (und sogar in formalen Strukturen zunächst *nicht entdeckte* Devianz) in einem nicht nur unerheblichen Umfang zu ermöglichen, um der Gesellschaft ein Lernen an der Alternative zum normativ Gebotenen zu erlauben und es in gewissem Maße – beides aus demokratischer Intention heraus – auch von ihr zu verlangen.[500] Die Anlassdogmatik setzt demgegenüber voraus, dass der Gesetzgeber/die Gesellschaft schon recht genau weiß, was/wen sie wogegen schützen will.

495 *Kharraz*, becklink 2024055 (Onlinequelle).
496 Zur damit angesprochenen Akzeptanzfrage schon → § 2 Rn. 443 ff.
497 s. oben, → § 5 Rn. 97 ff.
498 In diese Richtung auch *Bäcker*, Vereitelungssysteme, Antrittsvorlesung in Mainz am 14.7.2022; s. hierfür auch schon oben, → § 2 Rn. 268 ff. und → § 5 Rn. 21, sowie bereits *Rademacher*, JZ 2019, 702 (710).
499 Vgl. hierfür oben, → § 2 Rn. 90.
500 s. oben, → § 5 Rn. 224 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

262 Ich halte die in diesen Umschreibungen zum Ausdruck kommende Inhalte- und vor allem Akzeptanz-fokussierte Bestimmung der Grenzen von Devianz, die wir aus Gründen der gesellschaftlichen Wissensgenerierung zulassen sollten, nach wie vor für brauchbare Ansätze. Zugespitzt formuliert wird hier die Legitimität des Nicht-Mehr-Lernen-*Wollens* der Gesellschaft hinterfragt. Damit lässt sich etwa gut begründen, warum die klassische Trias der individuellen Höchstgüter, d. h. Leib, Leben und Freiheit von Menschen, ganz intuitiv eher von *Impossibility Structures* oder doch zumindest *Justification Structures* geschützt werden darf und auch in Umsetzung entsprechender Schutzpflichten geschützt werden sollte als beispielsweise das Urheberrecht. Normen, die dem Schutz dieser hochrangigen Rechtsgüter dienen, sind in der Diktion von *Bäcker* historisch „konsolidiert" bzw. „stabil". Gleiches gilt freilich für zahlreiche Normen des Ehrschutzrechts, die zwar *inhärent* volatil sind[504] (weil ihre Grenzen je nach Einzelfall neu gezogen werden müssen, was aber im Grunde nur dafür spricht, absehbar *Justification Structures* den *Impossibility Structures* vorzuziehen), die aber in ihrem abstrakten Kernbestand selbst seit langer Zeit gesichert sind.

263 *bb. Mein Vorschlag: ein wissensfokussiertes Modell (gesellschaftlicher Lernbedarf im Fokus).* Gleichwohl habe ich mittlerweile Bedenken gegen den Zugriff, wie er in den drei zitierten Diskussionsbeiträgen zum Ausdruck kommt. Der Grund dafür ist, dass mir die Gefahr groß scheint, *normative Tradition* zum Argument zu machen. Das kommt gerade im Begriff der „konsolidierten" Norm/des „konsolidierten" Rechtsguts zum Ausdruck. Konsolidiert war auch das Verbot homosexueller Praktiken zwischen Männern,[505] das Urheberrecht als Ausschließlichkeitsrecht auch gegenüber der Privatkopie,[506] und konsolidiert ist auch das Verbot der Tötung auf Verlangen.[507] Diese teils jahrhundertealten Normen sind heute abgeschafft, mit starken Ausnahmen versehen bzw. erodieren aktuell – jeweils vor dem Hintergrund ihres massenhaften Bruchs (= Verbot homosexueller Praktiken und Verbot der Privatkopie) bzw. ihrer Umgehung (= Verbot der Tötung auf Verlangen bzw. des assistierten Suizids durch Reisen ins nahe Ausland).[508]

264 *Allein* oder maßgeblich auf die Konsolidierung oder den festen Wunsch, einen „Grundsatz" nicht wieder verlernen zu wollen, abzustellen, oder auf das Maß der medial-gesellschaftlichen Umstrittenheit einer spezifischen Norm und/oder des spezifischen Schutzniveaus eines Rechtsguts, erscheint mir daher nicht final überzeu-

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

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

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

507 Hierzu sogleich, → § 5 Rn. 267.

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

Problematisch sind an dieser Stelle vor allem lang etablierte (mit *Bäcker*: „konsolidierte") Verhaltenspflichten, wie das Verbot der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB; die Verfassungskonformität als Frage des materiellen Rechts sei hier unterstellt[509]). Die *unmittelbare* Folge des devianten Verhaltens steht uns hier klar vor Augen: Ein Mensch ist tot, irreversibel und irreparabel. Gleichwohl sind die damit in der Breite potentiell ausgelösten Kausalverläufe, um deren Willen die Verhaltenspflicht unter anderem besteht (insbesondere das „Dammbruch"-Argument[510]), unklar. Denn Erfahrungen mit einer größeren Anzahl von Tötungen auf Verlangen zumindest in Deutschland fehlen und empirische Studien hierzu divergieren in ihrer Einschät- 267

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

510 So tendiert die wohl h. M. dazu, § 216 StGB in diversen Variationen überindividuell zu begründen, vgl. m. w. N. *Schneider*, in: Sander (Hg.), MüKo StGB, [4]2021, § 216 Rn. 3, der allerdings selbst einem dort sog. (paternalistisch-)individuellen Erklärungsmodell folgt, s. Rn. 5 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

268 *dd. Geringerer Lernbedarf: junges Recht.* Recht wird mittlerweile oft als Reaktion auf beobachtetes, so nicht oder anders gewünschtes Verhalten geschaffen,[512] sodass in der Regel eine gewisse Erfahrung (mit) der Alternative ‚frisch' und gut diskutierbar vorhanden ist.[513] Ein Beispiel hierfür liefert namentlich das soeben erwähnte Verbot der *geschäftsmäßigen* Assistenz zum Suizid (§ 217 StGB).[514] Einer Durchsetzung mithilfe von *Impossibility* oder *Justification Structures* steht der Grund Lernen daher in nur geringem Maße entgegen. Sinnvoll ist hier allerdings eine Beobachtung der Folgen der *Compliance* und geboten sind zeitliche Vorgaben für die Evaluation der materiellen Regelungen und – davon gegebenenfalls abgesetzt – für die zeitliche Anwendung der Rechtsdurchsetzungsmechanismen (*Sunset Clauses* im formellem = technologischen Bereich[515]). Denn irgendwann wird das neue zum alten, dann gegebenenfalls, nämlich wegen des Einsatzes von besonders wirksamen *Compliance Assistance Technologies*, besonders erfolgreichen Recht. Es gilt dann das zuvor Gesagte.

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

heberrecht geschehen.[517] Ähnliches gilt für die Diskussionen rund um die automatisierte Bekämpfung von ehrverletzenden Äußerungen oder auch von Kinderpornographie[518] – für beides bieten die vergangenen Jahre stark ansteigender (entdeckter) Fallzahlen reichlich Anschauungsmaterial.

Letzterenfalls gilt dann erneut: Wenn und weil aus dem alten, eher erfolglosen Recht mit der Zeit altes, erfolgreiches werden kann, sollten entsprechend dem soeben Gesagten die Auswirkungen der *Compliance* durch Evaluationsklauseln beobachtet und es sollte grundsätzlich[519] eine zeitliche Befristung der Anwendung des effektivierten Durchsetzungsregimes vorgesehen werden. 270

ff. Sonderfall Risikoregulierungsrecht. Einen Sonderfall stellen die Bereiche des sogenannten Risikoregulierungsrechts dar.[520] Sie zeichnen sich unter anderem dadurch aus, dass Devianzerfahrungen möglichst von vornherein *ausgeschlossen* werden sollen (bspw. im Atom-, Arzneimittel- oder Medizinprodukterecht). Die imaginierten Konsequenzen sind hier derart schwerwiegend, breitenwirksam und irreparabel, dass bewusst im Vorfeld der eigentlich schädigenden Handlungen und unter Inkaufnahme von möglicherweise überschießenden Regelungen (dem hier sogenannten normativen *Overblocking*) Gebote und Verbote aufgestellt werden. Die hier *insbesondere* bestehenden Lernbedarfe sollen und müssen teilweise durch andere Instrumente, etwa Simulationen[521] oder *Regulatory Sandboxes*[522] abgedeckt gestillt werden. 271

Diese Bereiche eignen sich an sich *besonders gut* für den Einsatz von *Impossibility Structures*. Dabei ist zu bedenken, dass hier aufgrund der Ferne individueller Rechtsgutverletzungen in der Regel nicht das Hilfeleistungsnarrativ aufgerufen werden kann,[523] sondern wir uns allein im Überwachungsnarrativ arrangieren müssen. Freilich dürfte es angesichts der Hochrangigkeit der betroffenen Rechtsgüter und der Gefahrverantwortung der handelnden Personen auch unter Anwendung der Anlassrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[524] nicht schwerfallen, hier präventive Überwachungs- und Realisierungsarrangements im Gemeinwohlinteresse vorzusehen. 272

517 s. dazu ausf. oben, → § 2 Rn. 157 ff. und → S. 205 ff.
518 s. dazu oben, → § 2 Rn. 153 ff. bzw. in → § 2 Fn. 271, 848.
519 Der Bereich der Kinderpornographie wird hier eine Ausnahme darstellen.
520 Hierzu allg. *Ruthig*, in: Kahl/Ludwigs (Hg.), HVwR I, 2021, § 22.
521 Hierzu *Jabri*, Simulationen, 2023, bes. S. 134 ff., mit dem Referenzfeld „algorithmisierte Medizinprodukte".
522 s. die Nachw. hierzu → § 4 Rn. 171.
523 Vgl. hierzu oben, → § 2 Rn. 433.
524 s. hierfür oben, → § 2 Rn. 82 ff.; zur Frage der Übertragbarkeit der Überwachungsrechtsprechung auf *Impossibility Structures* oben, → S. 166 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

526 Zu den Details oben, → § 5 Rn. 224 f.
527 Dazu schon oben, → § 5 Rn. 207 ff.
528 Vgl. oben, → § 5 Rn. 224 ff.
529 Vgl. → § 5 Rn. 63 ff., aber auch → § 5 Rn. 73 ff. dazu, wie voraussetzungsvoll und damit kontingent dieser Schutz ist.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tuell kostenintensiv sein[530]), keine nennenswerten Hindernisse gegen eine solche Verpflichtung darstellen können und dürfen.[531]

279 Für uns wichtiger heißt das aber *zweitens*, dass eine rechtserkenntnis- und entsprechend aktionsfähige Maschine in Hilfeleistungskonstellationen grundsätzlich zur Leistung möglicher Hilfe verpflichtet werden *darf*.[532] Vorbild wäre etwa § 323c StGB. Dessen Weite kombiniert mit der – hier angenommenen – wahrscheinlichen ubiquitären Infrastrukturalisierung rechtserkenntnis- und aktionsfähiger Technologien[533] stünde freilich in eindeutigem Konflikt schon mit den aus kommunikativen, aber erst recht aus informativen Gründen zu erlaubenden Formen von Devianz. § 323c StGB darf daher in seiner Grundkonzeption *nicht* auf die hier in Rede stehenden Technologien übertragen werden.

280 Die damit notwendige Rejustierung kann auf zwei Weisen erfolgen: Durch eine Negativliste, die § 323c StGB in seiner auf Maschinen anwendbaren Fassung punktuell einschränken müsste, oder durch eine Positivliste solcher Handlungen bzw. Normen, hinsichtlich derer die den Menschen treffende Hilfeleistungspflicht, wie sie in § 323c StGB in großer Weite normiert ist, auch und abschließend für Maschinen gilt.[534] Im zweiten Fall, also der Positivliste, hätten wir es mit einer Katalog-Konstruktion zu tun, die eher § 138 StGB und den dort abschließend normierten Pflichten zur Anzeige geplanter Straftaten entspricht. In unserem Fall würde es um nach den verfügbaren *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. differenzierte Formen von Reaktionspflichten und nicht zwangsläufig ‚nur' um Anzeigepflichten gehen. Wohlgemerkt und nochmals zur Erinnerung: Es geht hier ausschließlich um die primären Verhaltenspflichten, die diese Normen an jedermann richten, nicht um deren sanktionenrechtlichen Gehalt.[535]

281 Die Forderung, die (weitgehende) Verdrängung von Devianz zu einer *bewussten* gesetzgeberischen Entscheidung zu machen (sozusagen das Nicht-So-Hören-[536] bzw. das Nicht-Mehr-Wissen/Lernen-Wollen[537]), spricht klar für eine Positivliste solcher Handlungen, die so konsequent wie möglich verhindert (= *Impossibility Structures*) oder zumindest einer nachlaufenden Reparation (= *Justification Structures*) zugänglich gemacht werden sollen und dürfen; wie gesagt: von vornherein befristet, d. h.

530 Dazu knapp oben, → § 2 Rn. 245.
531 Dazu ausf. oben, → § 2 Rn. 443 ff., 454 ff.
532 s. oben, → § 2 Rn. 428 ff., auch zur Diskussion möglicher Gegeneinwände.
533 Hierzu oben, ab → S. 238.
534 Zum Vorschlag des Einsatzes von Negativ- und/oder Positivlisten zum Umgang mit *Predictive Policing* (was dort weitgehend der *Intelligent Surveillance* entspricht) schon *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (405 f., 408 f.). Dazu, warum ich hier nicht (mehr) von *Predictive Policing* spreche, → § 2 Rn. 10 ff.
535 Zu dieser hier ganz zentralen Unterscheidung ausf. in → § 2 Fn. 8.
536 i. e. der Devianzgrund ‚Kommunikation', → S. 481 ff.
537 i. e. der Devianzgrund ‚Lernen', → S. 494 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

IV. Ein letztes Zwischenfazit

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

Einen effektiven Schutz von Verhaltensdevianz bietet hingegen noch und auf absehbare Zeit der freiheitlich-systemisch begründete Rechtsgrundsatz, dass dem Bürger grundsätzlich Vertrauen in seine Rechtschaffenheit gebührt.[542] Damit gelingt es, ein weitgehendes Verbot präventiv-anlassloser Überwachung des Einzelnen zu etablieren (Stichwort Überwachungsnarrativ[543]). Dieses wiederum schützt als *Reflex* auch die weitgehende Möglichkeit, sich rechtswidrig zu verhalten. Es gelingt hierbei aber nicht, Devianz *als solcher* einen Eigenwert zuzuweisen. Der vertrauensbasierte Kontingenzschutz könnte sich deshalb auf Dauer als instabil erweisen, weil das Überwachungsnarrativ in ein – sein Gewicht sukzessive minderndes – ‚Abwägungs- 284

538 Vgl. soeben, → § 5 Rn. 268.
539 s. ab → S. 435.
540 s. ab → S. 441.
541 s. ab → S. 455.
542 s. ab → S. 422.
543 Hierzu konzeptionell oben, → S. 247 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dreieck' mit den hier sogenannten Hilfeleistungs- und Ertüchtigungsnarrativen geraten wird.[544]

285 Einen Eigenwert dafür, dass deviantes Verhalten tatsächlich *geschieht*, und *deshalb ermöglicht* wird, haben wir aber mit den spezifisch demokratischen Funktionen der Kommunikation[545] und der gesellschaftlichen Wissensgenerierung[546] herausarbeiten können. Es handelt sich hier um demokratisch-gemeinwohlorientierte Formen der Zulassung von Devianz, und nicht direkt, sondern lediglich reflexhaft um individuellen Schutz oder ein individuelles Recht[547] derjenigen, die rechtswidrig agieren (wollen). Bei der kommunikativen und der informativen Funktion von Devianz geht es dem Grunde nach um ein letztlich demokratisch motiviertes Gemeinwohlanliegen, um einen auch *rechtlich notwendigen* Akt politischer Klugheit eines unabgeschlossenen, d. h. fortdauernd weiter lernen wollenden Gemeinwesens, das weiß, dass ‚anders als derzeit gesollt' eventuell ‚besser' sein könnte, und es (das Gemeinwesen) das (also die bessere Alternative zum gegenwärtig Gesollten) kennenlernen muss.[548]

286 Wenngleich die Fundierung der beiden überzeugenden Gründe für den Schutz von Verhaltenskontingenz (also Kommunikation und Lernen) gleichermaßen im Demokratieprinzip liegt, unterscheiden sie sich aber doch erheblich in ihren notwendigen Konturen:

287 Demokratische Kommunikation durch Rechtsbruch – oder vulgo: die Ermöglichung zivilen Ungehorsams[549] – fordert *technisch* einen grundsätzlichen Verzicht auf *Impossibility Structures*. Mit *Justification Structures* hat dieser Devianzgrund hingegen kein Problem, im Gegenteil: Die den zivilen Ungehorsam definierende kommunikative Komponente würde durch den Einsatz von *Justification Structures* sogar gestärkt.[550] In *gegenständlicher Hinsicht* ist die legitimierende Wirkung des Grundes ‚Kommunikation' eng begrenzt. Ziviler Ungehorsam kann insbesondere keine Handlungen ‚rechtfertigen'[551], die sich als Gewalt erweisen.[552]

288 Der Grund ‚demokratisches Lernen' greift in beiden Dimensionen viel weiter aus: Eine *gegenständliche* Begrenzung kann es hier *im Ausgangspunkt* nicht geben. Denn die Einsicht in die Begrenztheit des gegenwärtigen Wissens und Für-Richtig-Haltens

544 s. oben, → S. 391 ff.
545 s. ab → S. 481.
546 s. ab → S. 494.
547 ‚Recht' mit oder ohne Anführungszeichen, vgl. hierzu oben, → § 5 Rn. 206.
548 Hierzu oben, → § 5 Rn. 215 ff. bzw. → § 5 Rn. 224 ff.
549 Zum Begriff oben, → § 5 Rn. 194 ff.
550 s. oben, → § 5 Rn. 211.
551 Zur i. d. R. und auch hier *verneinten* Frage, ob legitimer ziviler Ungehorsam zu einer Rechtfertigung (= Legalisierung) im rechtstechnischen Sinn führt, oben, → § 5 Rn. 208 ff.
552 Vgl. oben, → § 5 Rn. 198 ff., 212 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einer demokratischen Gesellschaft ist universell. Schließlich haben sich in der Geschichte schon durchweg alle Rechtsgüter, auch die hochrangigsten (Leben, Freiheit, sexuelle Selbstbestimmung und Selbstbestimmung der Fortpflanzung), als in ihrem Schutz relativ bzw. kontingent erwiesen. Aus unserer heutigen (!) Perspektive wird man sagen können: zum Glück! Der Gesetzgeber hat sich daher im Bewusstsein der informativen Funktion von Devianz und maßstabsgeleitet eine Meinung dahingehend zu bilden, welche Rechtsbrüche er (noch oder wieder) zulassen will und welche nicht (mehr).

Ein Vorschlag für solch eine maßstabsgeleitete Ausgestaltung findet sich vorstehend in Abschnitt → 8. Eine zentrale rechtsdogmatische Forderung hieraus ist es, für die maschinelle Rechtserkenntnis und vor allem Aktion nicht mit Generalklauseln nach dem Vorbild von § 323a Abs. 1 StGB zu arbeiten, sondern mit einem Katalog, der *seiner Struktur nach* eher den Pflichten des § 138 StGB nachempfunden wäre. Auch *technisch* ist ein anderes Bild zu zeichnen: Nicht nur *Impossibility Structures* sind hier im Erstzugriff schädlich, sondern vielleicht sogar erst recht *Justification Structures*, wie das Beispiel der Homosexualität gezeigt hat.[553] Hier ist tatsächlich ein Recht auf *unerkannten* Rechtsbruch zu erwägen. 289

553 Hierzu schon ausf. soeben, → § 5 Rn. 245 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Klar ist: Ein Algorithmus schließt Normativität aus. […] Aus diesem Grund dürfte der Einbau von Zufallsmechanismen ein wichtiges Instrument sein, um Kontingenz und mit dieser die Voraussetzungen von normativen Praktiken zu sichern."

Christoph Möllers[1]

§ 6 Realisierungsstrukturen der Nicht-Realisierung: Kontingenz durch Zufall?

1 Die in → § 5 diskutierten Gründe für die Ermöglichung von Devianz und vor allem die dort skizzierte Lösung für das dadurch aufgemachte Spannungsverhältnis folgen einem rationalen Ansatz. Rational in dem Sinn, dass davon ausgegangen wird, dass den durch die Optimierungsversprechen neuer Technologien aufgeworfenen Herausforderungen durch eine bewusste, zweckoptimierte und entsprechend maßstabsgeleitete Gestaltung des Technologieeinsatzes begegnet werden kann. In diesem letzten § 6 soll einer alternativen oder eventuell ergänzenden Idee nachgegangen werden, wie die Leistungen normativer Ordnungen unter den Funktionsbedingungen einer KI-optimierten Rechtsrealisierung erhalten werden könnten: nämlich, indem man in die neuen, optimierenden Realisierungsstrukturen bewusste „Zufallsmechanismen [als] technologieintern[e] Mittel der Varianzermöglichung"[2] einbaut, „in denen die Wahrnehmung von Devianz und die Reaktion auf diese verzögert oder ganz ausgefiltert ist."[3]

2 Das Zitat, das aus *Möllers* Buch zur *Möglichkeit der Normen* stammt, zeigt, dass die Idee, den Zufall in die Realisierungsstrukturen von Recht einzubauen, vereinzelt schon aufgetaucht ist. Auf den zweiten Blick erscheint sie auch deshalb keineswegs abwegig, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die überkommenen, also allein menschlichen Arrangements der Rechtsdurchsetzung mit *Lübbe-Wolff* als strukturell zufällig qualifiziert werden können.[4] Schließlich regt auch die begriffliche Nähe von

1 *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 455.
2 Ibid.
3 Ibid., S. 456; ähnl. nochmals a. a. O., S. 478.
4 *Lübbe-Wolff*, Das Dilemma des Rechts, 2017, S. 42; hierzu schon → Rn. 9 (Einleitung).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kontingenz und Zufall[5] dazu an, die Eignung des Zufalls als Instrument zum Erhalt von Verhaltenskontingenz im Recht einmal genauer zu beleuchten.

Ich werde dafür wie folgt vorgehen: Zunächst folgen unter → I. Ausführungen dazu, welche Funktion dem Zufall *als Steuerungsmechanismus* im Recht *bisher* eingeräumt wird. Sodann möchte ich unter → II. aufzeigen, inwiefern der Zufall bereits jetzt – nämlich in der Anwendung der Anlassdogmatik des Bundesverfassungsgerichts[6] – eine zentrale Rolle beim verfassungsrechtlichen Umgang mit neuen, rechtserkenntnis- und rechtsrealisierungsfähigen Technologien spielt. Schließlich folgen unter → III. die Überlegungen zur Rolle des Zufalls unter den Funktionsbedingungen der absehbaren, KI-optimierten Rechtsordnung. 3

Um das Ergebnis vorweg zu nehmen: Der Zufall darf und sollte m. E. zum Erhalt von Kontingenz *im* Recht nur eine geringe Rolle spielen (→ III.1.); für den Erhalt von Kontingenz *durch* Recht allerdings könnte durchaus das Gegenteil gelten (→ III.2. und → III.3.). 4

Da es nun nicht mehr um die *Beschreibung* der Rechtsordnung als strukturell kontingent[7] und um die Ermittlung des Wertes dieser Kontingenz geht,[8] sondern um den Einsatz des Zufalls dezidiert als Steuerungsmechanismus (oder, im Folgenden gleichbedeutend genutzt: als Steuerungsressource), sind hier vorab nochmals einige knappe definitorische Bemerkungen zum Begriff des Zufalls angezeigt: 5

Der *subjektive* oder *epistemische* Zufall hängt von der Wahrnehmung einer Person ab.[9] Demnach gibt es zwar Ursachen bzw. es mag Ursachen geben, die kausal zu einem konkreten Ereignis bzw. zu einer konkreten Koinzidenz führen (Zu*fall* als Ereignis verstanden). Diese sind dem Beobachter oder der Betroffenen aber nicht (vollständig) bekannt, so dass er oder sie das Ereignis als „zufällig", auch „überraschend"[10] in dem Sinn *wahrnimmt*, dass es „sich weder als regelmäßige Folge von Gesetzmäßigkeiten noch als Ergebnis rationaler Planung erklären lassen".[11] Unter diesen subjektiven Zufallsbegriff fallen nicht nur das Los oder der Münzwurf, 6

5 Hierzu schon oben, → Rn. 10 ff. (Einleitung).

6 Zu Begriff und Konzept schon § 2 Rn. 82; zur meist bejahten Frage nach der Übertragbarkeit auf *Impossibility* und *Justification Structures* → § 2 Rn. 239 ff., Rn. 360 ff.

7 Dazu schon näher in der Einleitung, → S. 27 ff.

8 Das war das Erkenntnisinteresse von → § 5, s. ab → S. 403, bes. 419 ff.

9 *Jung*, in: Pflaumbaum et al. (Hg.), Ästhetik des Zufalls, 2015, S. 29 (33); *Wetz*, in: Graevenitz/Marquard (Hg.), Kontingenz, 1998, S. 27 (30 ff.). Vgl. auch *Rümelin*, Der Zufall im Recht, 1970 (Nachdruck der Antrittsrede von 1896), S. 5 ff.: „Kern- und Stammbegriff […], nach dem der Zufall das nicht Vorhergesehene und das erfahrungsgemäss nicht Vorhersehbare bedeutet." Ausf. zum Begriff *Vogt*, Kontingenz und Zufall, 2011, S. 67 ff.

10 Auf das Überraschungsmoment verweist schon *Aristoteles*, auf dessen differenzierte Terminologie auch moderne Zufallskonzeptionen nach wie vor als „unübertroffen" Bezug nehmen, vgl. hierfür *Vogt*, Kontingenz und Zufall, 2011, S. 60, 110, vgl. auch S. 117 f.

11 *Jung*, in: Pflaumbaum et al. (Hg.), Ästhetik des Zufalls, 2015, S. 29 (30) m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sondern fällt richtigerweise auch die Entscheidung nach zeitlicher Priorität.[12] Auch aktuelle digitale Zufallsgeneratoren liefern in der Regel nur ‚pseudo-zufällige' Ergebnisse, die, sobald der sogenannte *Seed*-Wert bekannt ist, vorhersehbar sind.[13] Um solche Zufalls*mechanismen* und ihren Einsatz soll es im Folgenden vor allem gehen. Demgegenüber liegt *objektiver* oder *ontischer* Zufall vor, wenn es tatsächlich *gar keine* Ursache im Sinn einer Gesetzmäßigkeit *gibt*, die zu einem Ereignis führt. Der objektive Zufall liegt mit anderen Worten in der Welt, nicht – wie der subjektive – „nur" in der Erkenntnis. Ob es objektive Zufälle gibt, war lange umstritten. Aktuell geht man davon aus, dass Quanten- und Atomphysik und auch biologische Prozesse objektiv zufällige Ereignisse liefern (können).[14]

I. Der Zufall als Steuerungsmechanismus im Recht – bisher

7 Sucht man in den einschlägigen juristischen Datenbanken und Katalogen in verschiedenen denkbaren Kombinationen nach ‚Zufall und Recht', dann beziehen sich die ersten und sehr viele weitere Suchergebnisse auf die zivil- oder strafrechtliche Haftung für zufällige im Sinn von unvorhersehbare, unbeherrschbare oder mindestens aus Sicht einer Partei ungewollte Ereignisse (z. B. Naturkatastrophen, aus Versehen Verletzte etc.).[15] Dieses weite Feld können wir hier außen vorlassen. Es geht dort um Regelungen, die Kompensation leisten sollen für den Zufall als unvermeidbares, aber doch eigentlich zu vermeidendes Übel.

8 Hier geht es stattdessen um rechtliche Arrangements, in denen der Zufall als Entscheidungs- und Steuerungsmechanismus bewusst und gewollt eingesetzt wird. Sucht man gezielt nach rechtswissenschaftlichen Abhandlungen hierüber, so findet sich zunächst wenig.[16] Das dürfte kein Zufall sein: Man wird annehmen dürfen, dass niemand – würde er oder sie gefragt – auf die Frage, ob man vom Zufall

12 Vgl. *Voßkuhle*, Die Verwaltung 31 (1999), S. 21 (32 f.).

13 s. etwa *Amigo/Dong/Marks*, 15th International Conference on Signal Processing and Communication Systems (ICSPCS), Dec. 2021 (Onlinequelle).

14 Vgl. etwa *Jung*, in: Pflaumbaum et al. (Hg.), Ästhetik des Zufalls, 2015, S. 29 (34 ff.), mit Bsp. für (evtl.) objektiven Zufall in der Quantenphysik und der Evolutionsbiologie, jeweils m. w. N.

15 Grdl. immer noch *Rümelin*, Der Zufall im Recht, 1970 (Nachdruck der Antrittsrede von 1896); jüngeren Datums aus dem Zivilrecht bspw. *Seitz*, Die Zufallshaftung im Bürgerlichen Recht, 2020, passim; *Petersen*, JURA 2018, 132; aus dem öff. Recht *Haack*, VerwArch 96 (2005), 70 ff.; aus dem Strafrecht krit. *Koriath*, in: Müller-Dietz et al. (Hg.), FS Jung, 2007, S. 397 ff., zum Zufallscharakter der Fahrlässigkeitsdelikte und der damit verbundenen Spannung zum Schuldprinzip; i. d. S. auch immer wieder zitiert *Radbruch*, in: Birkmeyer et al. (Hg.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts; Besonderer Teil, V. Bd., 1905, S. 187 (201), dort Anm. 2: Fahrlässigkeitsstrafbarkeit als „verschämte Zufallshaftung".

16 Vgl. i. d. S. auch die Einschätzung von *Jarass*, NVwZ 2017, 273: „*Depenheuer* hat dazu [= Auswahlentscheidungen durch das Los] 1993 seine Antrittsvorlesung gehalten, die immer noch lesenswert ist, […] weil zwischenzeitlich kaum zusätzliche Erkenntnisse gewonnen wurden." Auf *Depenheuers* Beitrag wird im Folgenden zentral zurückgegriffen werden, außerdem auf zwei neuere Beiträge von *Thomas Spitzlei*.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

regiert werden wolle, mit ja antworten würde. Die Rationalitätsansprüche an das Recht und an demokratische Herrschaft mit und durch Recht haben in den letzten Jahrzehnten gerade auch von Rechts wegen massiv zugenommen, nämlich unter Geltung des Grundgesetzes und vor allem des mittlerweile auch für Art. 3 Abs. 1 GG geltenden Verhältnismäßigkeitsgebots;[17] eine Entwicklung, die im scharfen, den Gesetzgeber stark einengenden, freilich gerade deshalb bis heute umstrittenen Gebot der Folgerichtigkeit politisch-gesetzgeberischen Handelns ihren vorläufigen Höhepunkt gefunden hat.[18]

I. Verbreitet: grundsätzliche Ablehnung

Vor diesem zunächst nur knapp skizzierten verfassungsrechtlich-historischen Hintergrund überrascht es nicht, dass das Wenige, das sich im ersten Zugriff finden lässt, fast ausschließlich ablehnende Voten zur Nutzung des Zufalls als Steuerungsressource bereithält: Von *Günter Dürig*[19] über *Otto Depenheuer*[20] und *Andreas Voßkuhle*[21] bis *Hans Jarass*[22] eint das rechtswissenschaftliche Schrifttum mit Nuancen im Detail die Grundhaltung, dass der Zufall als Steuerungsressource jenseits einiger weniger Residuen wie Wahlrecht[23] und Richterzuweisung,[24] also überall dort, wo es „inhaltliche Auswahlkriterien" für eine rational geleitete Entscheidung jenseits des Loses gibt,[25] einer „Bankrotterklärung des Rechts"[26] gleichkomme.[27] *Prima facie* 9

17 Ausf. dazu, dass der Zufall als Steuerungs- und Entscheidungsmechanismus verfassungsdogmatisch vorrangig an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen ist, *Spitzlei*, VerwArch 111 (2020), 439 (456 ff.) m. w. N.

18 s. dazu sogleich nochmals, → § 6 Rn. 22.

19 Vgl. *G. Dürig/R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Grundwerk, 1958, Art. 3 Abs. 1 Rn. 231.

20 *Depenheuer*, JZ 1993, 171 ff.

21 *Voßkuhle*, Die Verwaltung 31 (1999), S. 21 ff.

22 *H. Jarass*, Losverfahren und Grundrechte, NVwZ 2017, S. 273 ff.

23 Anerkannt ist der Losentscheid in Pattsituationen, vgl. § 92 Abs. 2 S. 2 VwVfG. Für Anhänger der sog. aleatorischen Demokratietheorie scheint die Ersetzung der Wahl *insgesamt* durch Losentscheidungen attraktiv zu sein, vgl. *Towfigh*, Das Parteien-Paradox, 2015, S. 214 m. w. N. Der zur Stützung dieser Konzeption angebotene Rückgriff auf die attische Demokratie überzeugt wegen der ganz unterschiedlichen Realbedingungen einer griechischen Stadtstaatlichkeit mit eng beschränkten Bürgerrechten einerseits und einer postindustriellen Massendemokratie mit egalitärer Grundstruktur wie Deutschland andererseits aber nicht so recht; s. auch *Buchstein*, ZParl 44 (2013), 384 (386 und ff.), dort mit dem Vorschlag der Einführung von „mit politischer Entscheidungskompetenz ausgestattete[n] ausgeloste[n] Bürgergremien" (dort sog. „Loskammern") – eine Forderung, die im Jahr 2023 i. R. der Klimaproteste auch politisch aufkam.

24 Hierzu *Depenheuer*, JZ 1993, 171 (179); *Sendler*, DRiZ 1991, 158 (164).

25 *Voßkuhle*, Die Verwaltung 31 (1999), S. 21 (40 f.).

26 So prononciert *Dürig*, in: Maunz/Dürig (Hg.), GG, Grundwerk, 1958, Art. 3 Abs. 1 Rn. 231, konkret zum Losentscheid bei der Vergabe von Studienplätzen; zur Optimierung speziell des Bildungssektors durch KI enthusiastisch *J. D. Couch*, Rewiring Education, 2018.

27 Zuletzt bestätigt von *Spitzlei*, VerwArch 111 (2020), 439, passim, für das Fazit bes. S. 472. Früh etwa *Rümelin*, Der Zufall im Recht, 1970 (Nachdruck der Antrittsrede von 1896). Aus jüngerer Zeit s. *Auer*, ARSP 88 (2002), 1 (17); *Malaviya*, Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren, 2009, S. 142 ff.; knapp *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, 2015, S. 24; differenzierend *Lübbe-Wolff*, Das Dilemma des Rechts, 2017, S. 38 ff. Eher humoristisch *Sendler*, DRiZ 1991, 158 ff. Im Zusammenhang mit Dilemma-Entscheidungen beim autonomen Fahren *Feldle*, Notstandsalgorithmen, 2018, S. 199 ff. Vgl. hingegen aus

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

muss der Zufall, soweit er die Realisierung demokratischer normativer Programme vereitelt, sogar als undemokratisch erscheinen. Den Zufall, so kann man annehmen, gilt es also nicht zu erhalten, bewusst zu nutzen, gar zu optimieren, sondern es gilt, ihn zu besiegen.[28] KI-optimierte Rechtsdurchsetzung als Rationalitäts- und damit als allgemeines Verfassungsgebot?

10 Auf den zweiten Blick wird das Bild freilich differenzierter. Dafür – also für den gründlicheren zweiten Blick – kann nach wie vor auf eine ältere Studie zum „Zufall als Rechtsprinzip" von *Otto Depenheuer* zurückgegriffen werden.[29] Er schlägt vor, drei Fallgruppen zu unterscheiden, in denen der Zufall legitimes und auch verfassungsrechtlich legales Entscheidungskriterium sein könne – dazu sogleich. Hervorzuheben ist vorab, dass auch *Depenheuer* im Grundsatz davon ausgeht, dass der Zufall als Steuerungsressource in einer rationalen Rechtsordnung wie der unseren grundsätzlich keinen Platz habe. Stattdessen fordere die Vernunft, dass sich Recht als „notwendig"[30] zur Erreichung eines Ziels zu erweisen habe. Das ist eine These, die sich unschwer im grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wiederfindet.[31] Sie ist damit an zentraler Stelle unserer Rechtsordnung umgesetzt.

11 Nur ausnahmsweise, so *Depenheuer* weiter, dürfe demgegenüber der Zufall Entscheidungs- und Auswahlmechanismus sein; und zwar dann, wenn der Staat (insbesondere der Gesetzgeber, aber auch die Verwaltung) sich in „prekären Lagen"[32] befinde, d. h. derartige Gegebenheiten vorliegen,

> „daß jede inhaltliche Entscheidungsoption aus tatsächlichen Gründen gleichwertig ist, der vernunftgeleitete Entscheidungsprozeß also keine Maßstäbe vorfindet, an die er anknüpfen und an denen er sich orientieren kann. Entscheidungssituationen und Handlungszwänge, in denen entschieden werden muß, bevor noch die Gründe bekannt sind oder auch nur bekannt sein können, die die Entscheidung im materiellen Sinne als ‚richtige' bzw. vernünftige ausweisen."[33]

Daraus ergeben sich die folgenden drei Fallgruppen zulässigen Rekurses auf den Zufall als Entscheidungs- und Auswahlmechanismus:

---

der ethisch-philosophischen Diskussion positiv wendend *Reviglio*, Ethics and Information Technology 21 (2019), 151 ff.; knapp auch *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 478.

28 Vgl. statt vieler *Lübbe-Wolff*, Das Dilemma des Rechts, 2017, S. 40. Die Beobachtung darf nicht missverstanden werden als eine Positionierung in der Frage, ob auch eine „[r]ationale Rechtspolitik [als] im Grunde *notwendiges* wissenschaftliches Programm" zu gelten hat (*C. Engel*, JZ 2005, 581 [583], Hervorhebung hier); dazu aber sogleich, → § 6 Rn. 22.

29 *Depenheuer*, JZ 1993, 171 ff.

30 Ibid., S. 175.

31 Für eine Analyse, die vorrangig mit verfassungsrechtlichen/-dogmatischen Kategorien – anstelle der von *Depenheuer* vorrangig genutzten rechtsphilosophischen – arbeitet, s. *Spitzlei*, VerwArch 111 (2020), 439 (456 ff.).

32 *Depenheuer*, JZ 1993, 171 (176), unter Verweis auf *Lübbe*, in: Barion et al. (Hg.), Epirrhosis, 1968, S. 567 (576 [richtig: 577]).

33 *Depenheuer*, JZ 1993, 171 (176). Grds. folgend *Spitzlei*, VerwArch 111 (2020), 439 ff.; *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2012, S. 563.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Ausnahme-Fallgruppe I: Entscheidung unter praktischer (v. a. zeitbedingter) Gleichwertigkeit der Alternativen

Die Fallgruppe ist unmittelbar plausibel: Selbst wenn bekannt ist, dass es aller Wahrscheinlichkeit nach Unterschiede zwischen – beispielsweise – zwei Bewerberinnen für denselben Studienplatz gibt, die nach Maßgabe des anzulegenden Gerechtigkeitsmaßstabs durchaus relevant sein könnten, die sich aber mangels Ressourcen oder mangels Zeit nicht bis zum Beginn des Semesters ermitteln lassen, erscheint „der Losentscheid als vernünftig […], soweit er zusätzlich [gemeint sein dürfte: vorrangig] von einer materialen Gleichheit der Kandidaten [soweit sie eben feststellbar ist] unterfangen wird".[34] Es handelt sich im Kern um eine Legitimität und Legalität des Zufalls aufgrund „der damit verbundene[n] Entlastung der Verwaltung".[35] Wichtig erscheint insoweit nochmalig der Hinweis, dass auch das Prioritätsprinzip eine Form des Zufallsentscheids ist.[36] 12

3. Ausnahme-Fallgruppe II: Entscheidung unter theoretischer Gleichwertigkeit der Alternativen

Diese Variante dürfte deutlich seltener vorkommen. *Depenheuers* Beispiele hierfür überzeugen m. E. auch nur teilweise: 13

> „So ist die verkehrspolitische Grundsatzentscheidung für den Links- oder den Rechtsverkehr zwar nicht vernünftig, jedenfalls aber notwendig. […] *Mutatis mutandis* dürfte dies auch für die besonders heiklen Selektionsentscheidungen ‚auf Leben und Tod' gelten: wenn beispielsweise bei knappen Behandlungsmöglichkeiten unter mehreren Patienten […] ausgewählt werden muß, bietet der Zufall das gerechteste Entscheidungskriterium."[37]

Gerade Letzteres ist freilich eine je nach Notsituation differenziert zu beantwortende, häufig heftig umstrittene Frage,[38] zumal ich hier eine *theoretische* Gleichwertigkeit der Handlungsalternativen nicht erkennen kann. Vielmehr dürfte hier, soweit man – mit guten Gründen – gegen ein Abstellen auf ja durchaus vorhandene materielle Unterschiede zwischen Patienten argumentiert (namentlich Alter, Vorerkrankungen, Lebenserwartungen, Kinder- oder Altenbetreuungsaufgaben, Vorstrafen, 14

34 *Depenheuer*, JZ 1993, 171 (177).

35 *Spitzlei*, VerwArch 111 (2020), 439 (471).

36 Aber str., wie hier *Voßkuhle*, Die Verwaltung 31 (1999), 41 (32); *Depenheuer*, JZ 1993, 171 (176): „Priorität ist nicht etwa ein sachgerechtes Auswahlprinzip, sondern nur eine Modalität des Zufalls, ein – wie Hobbes treffend formuliert – ‚natürliches Los'".

37 Ibid., S. 176.

38 s. bspw. – illustriert an der anfänglich unter Knappheitsbedingungen stehenden Verteilung von Corona-Impfstoffen – *Spitzlei*, in: Papathanasiou (Hg.), Zufall, 2022, S. 126 (138 ff.); aufgeschlossen gegenüber dem Zufall (in Form des Prioritätsprinzips) *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 ff.; hingegen krit. zum Zufall, mit Blick auf BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021, Az. 1 BvR 1541/20 = BVerfGE 160, 79 – Triage, *Tabbara*, NZS 2022, 241 (245).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Intelligenz – man könnte beliebig fortfahren), vielmehr schon die dritte der von *Depenheuer* bezeichneten Fallgruppe einschlägig sein:

4. Ausnahme-Fallgruppe III: Entscheidung unter rechtlich bedingter Gleichwertigkeit der Alternativen (hier sog. ‚verbotenes Wissen')

15 In den beiden soeben genannten Fallgruppen ist der Zufall legitimes Entscheidungs- und Steuerungskriterium, weil besseres Wissen noch/gegenwärtig fehlt und aus *praktischen* Gründen gegenwärtig auch nicht beschafft werden kann; oder weil relevantes besseres Wissen – soweit man gegenwärtig weiß – schlicht *gar nicht existiert*. Die dritte Fallgruppe zeichnet sich hingegen dadurch aus, dass durchaus sachlich relevante Differenzierungskriterien bekannt sind bzw. bekannt ist, dass sie existieren und ermittelt werden könnten, aber „das Recht prekäre Entscheidungssituationen […] künstlich, d. h. durch Recht [schafft], indem es durch Differenzierungsverbote rechtlich Gleichheit dort herstellt, wo tatsächlich Ungleichheit herrscht" (auch sogenanntes bekanntes Nicht-Wissen bzw. Nicht-Wissen-Wollen).[39]

16 Wenn etwa § 18 Gendiagnostikgesetz es Krankenversicherungen untersagt, gentechnische Untersuchungsergebnisse beim Abschluss von Versicherungsverträgen zur Kenntnis zu nehmen, liegt ein Fall bewusster, aus normativen Gründen hergestellter Gleichheitsfiktion der Versicherten vor. *Insoweit* herrscht dann aus Sicht des eigentlich wirtschaftlich-rational kalkulierenden Versicherers, der kein Interesse daran hat, allzu viele allzu kranke Menschen zu versichern, bei der (zwingenden) Entscheidung über ja oder nein des Vertragsschlusses das Prinzip Zufall.

17 *Depenheuers* zentrales Beispiel für rechtlich hergestellte Entscheidungsgleichheit ist das allgemeine passive Wahlrecht für alle Staatsbürger, das keinerlei Differenzierungskriterien kennt, also auch eine Auswahl der „politischen Führung" nach dem Losprinzip erlaube.[40] Ähnlich verhalte es sich mit Art. 33 Abs. 2 GG, der *allen anderen* als den dort genannten Auswahlkriterien für Beamtenstellen eine Absage erteilt, also insoweit Raum für (echte/objektive) Zufallsentscheidungen öffne.[41] Auch Differenzierungsverbote im Gerichtswesen erfasst *Depenheuer* an dieser Stelle, weil dieses aus Sicht der Rechtssuchenden möglichst „unberechenbar" (im Sinn von unabhängig von den persönlichen Einstellungen spezifischer Richter) Zuständigkeiten zuweisen solle.[42]

18 So spezifisch und vereinzelt diese Beispiele *prima facie* erscheinen mögen, so bedeutsam und gegebenenfalls groß ist diese Fallgruppe heutzutage geworden. Denn

39 *Depenheuer*, JZ 1993, 171 (177).
40 Ibid., S. 177, 178, dort bes. Fn. 82; s. außerdem schon die Nachw. in → § 6 Fn. 23.
41 *Depenheuer*, JZ 1993, 171 (177).
42 Ibid., S. 177. Ein Bsp. für den bewussten Einsatz des Loses ist § 15 Abs. 2 S. 3 BVerfGG.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

man muss bedenken, dass *sämtliche* Wissensverbote bzw. Wissensverwendungsverbote *insofern*, d. h. hinsichtlich des ‚verbotenen Wissens', jeweils zu einer rechtlich bedingten Gleichheit führen (müssen);[43] und wenn man sich vor Augen hält, wie ausgreifend das moderne Datenschutzrecht eben das – also Wissens(erhebungs)- und Wissensverwendungsverbote – normiert, wird klar, dass rechtlich angeordnete Gleichheit und daraus bedingt ein *partielles* Entscheiden nach dem bzw. unter Inkaufnahme von Zufall ein viel häufigeres Phänomen sein könnte, als unsere Grundentscheidung für ein an möglichst rationalen, konkret benannten, sachlichen Gerechtigkeitsmaßstäben ausgerichtetes Gemeinwesen im ersten Zugriff vermuten ließe.

5. Fortschreitende Verengung der Ausnahmen im gegenwärtigen Recht

Allerdings gerät die nach dem soeben Gesagten *prima facie* erstaunlich *weit* erscheinende Legitimität und Legalität des Zufalls als Steuerungsmechanismus mittlerweile ziemlich unter Druck – von mehreren Seiten und in allen drei genannten Fallgruppen: 19

a. Weniger praktisch bedingt gleichwertige Handlungsalternativen dank KI-gestützter Wissensgenerierung und -verarbeitung. Offensichtlich ist der Druck, der von den Optimierungsmöglichkeiten künstlicher Intelligenz auf *Fallgruppe I*, also auf die Fälle *nur* praktischer Gleichwertigkeit der Alternativen ausgeht. Wenn es stimmt, dass KI-Technologien absehbar Massendaten schnell erfassen, auswerten und in menschenverständlicher, d. h. in einer als Entscheidungsgrundlage tauglichen, Form kommunizieren und – soweit erforderlich – auch erklären können, bleibt für den Zufall als Entscheidungskriterium *zwecks Verfahrensentlastung* kein Raum mehr. *Thomas Spitzlei* hat diese Perspektive treffend beschrieben: 20

> „Eine zügige und praktikable Auswahl nach materiellen Kriterien bei mehr als 1.000, die abstrakt-generellen Voraussetzungen erfüllenden, Bewerbern um ein knappes Gut stellt die Behörde gegenwärtig vor kaum überwindbare Schwierigkeiten. Der Computer könnte aber schon bald in der Lage sein, aus verschiedensten materiellen Kriterien und zahllosen Bewerbern in wenigen Sekunden zuverlässig die Geeignetsten, Attraktivsten, Klügsten etc. auszuwählen. Sobald mit dem Abstellen auf das Los eine Abweichung von einem bestimmten Gerechtigkeitsmaßstab verbunden ist, kann dies nur unter Verweis auf die damit verbundene Entlastung der Verwaltung gerechtfertigt werden. Der technologische Fortschritt scheint geeignet, diese Entlastungsfunktion und damit die Berechtigung von Losentscheidungen in absehbarer Zeit stark einzuschränken."[44]

43 Das ist eine Erkenntnis, die ich den Gesprächen mit *Yoan Hermstrüwer* verdanke.
44 *Spitzlei*, VerwArch 111 (2020), 439 (471).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

21 *b. Materiale Gleichheitskonzepte zwingen zu immer detaillierterer und differenzierterer Wissensgenerierung (weniger rechtlich bedingte Gleichwertigkeit von Handlungsalternativen).* Weniger offensichtlich, aber eventuell auf mittlere Sicht sehr wirkmächtig, könnte die Abschwächung der *Fallgruppe III* sein, d. h. der rechtlich hergestellten bzw. rechtlich zulässigerweise herstellbaren Gleichheit. Das klingt zunächst nach einem Widerspruch, da doch gerade noch der Aufwuchs datenschutzrechtlich angeordneter Wissens(verwendungs)verbote beschrieben wurde.[45] Es gibt aber einen starken gegenläufigen Trend: Gemeint ist zum einen die zunehmende Umstellung unserer Gerechtigkeitsideale von formellen auf materielle Gleichheitsverständnisse, die zu immer granulareren Differenzierungen drängen.[46] Im Antidiskriminierungsrecht beispielsweise führt das zu einer langsamen Verschiebung vom alten Konzept der *Fairness through Blindness* hin zur *Fairness by Awareness*[47] und daraus folgend einem *Paradigm of Knowledge Creation*.[48] Materielle Gleichheitsverständnisse sind wissens- bzw. datenintensiv, vereinfachende Fiktionen (z. B. formelle Gleichbehandlung der Geschlechter) und Pauschalierungen (z. B. im Steuer- und Sozialversicherungsrecht) stehen unter Rechtfertigungsdruck.[49]

22 Genau besehen fordert freilich auch schon das freiheitsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgebot – mit seinem Abstellen auf Einzelfallgerechtigkeit in „Ansehung aller Umstände des Einzelfalls" – ein Mehr an detailscharfer Realitätserkenntnis,[50] die durch KI immer weiter optimiert werden kann (siehe soeben, Fallgruppe I). Der starke und gesellschaftlich unter Umständen schwer erträgliche Konflikt, der an dieser Stelle zum genau gegenläufigen Impetus des Datenschutzrechts (interpretiert als Gebot grundsätzlichen Wissens*verzichts*) entstehen kann, hat spezifisch für den deutschen Rechtsraum die Datenerhebung während und über die Corona-Pandemie gezeigt, die nach Auffassung vieler unzureichend war.[51]

45 Soeben, → § 6 Rn. 18.

46 Hierzu allg. *Sacksofsky*, in: Herdegen et al. (Hg.), VerfassungsR-HdB, 2021, § 19 Rn. 13 ff. m. w. N.; s. auch ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020, Az. VerfGH 2/20 = NVwZ 2020, 1275 – Thüringer Paritätsgesetz, Sondervotum Licht und Petermann, Rn. 5 ff.

47 Jüngst bspw. *H. Hoffmann* et al., Computer Law & Security Rev. 44 (2022) ff.

48 Vgl. hierzu oben, → § 3 Rn. 105.

49 Vgl. aus der Praxis sozialwissenschaftlicher Lehre (!) eindrücklich die Erfahrungen von *Nassehi*, Muster, 2019, S. 53 f.

50 Das gilt jdf. für das öff. Recht, vgl. hierzu *Wischmeyer*, in: Ebers et al. (Hg.), RechtsHdb. KI und Robotik, 2020, § 20 Rn. 48. Es gilt aber zunehmend auch für das Zivilrecht, s. grundlegend *Tischbirek*, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung, ²2020. V. a. der unionale Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in seiner Ausprägung als Kohärenzgebot zielt auf eine allg. Zweck-Mittel-Optimierung, die sogar losgelöst von der Verankerung in konkreten subjektiven (Grund-)Rechten funktionieren soll (s. *Danwitz*, EWS 2003, 393 [394]). Die Annahme von *Goldhammer*, in: Münkler [Hg.], Dimensionen des Wissens im Recht, 2019, S. 217 ([224), die demokratischen Staatsorgane seien „autonome Akteure" frei von „szientistischen Optimierungsgeboten", trifft daher jedenfalls im Anwendungsbereich des Unionsrechts nicht zu.

51 Plakativ *Expertenrat Corona der Landesregierung NRW*, 4. Stellungnahme v. 18.1.2021, S. 2: „Es ist erstaunlich und nicht hinnehmbar, dass über die Ansteckungsorte sowie die Dynamik des epidemiologischen Geschehens seit dem Lockdown im Frühjahr 2020 immer noch zu wenig bekannt ist. Daher sollte zügig ein forschungsbasiertes und interdisziplinär ausgerichtetes Monitoring eingerichtet werden […]. Zudem

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Explorative KI könnte manche ‚Theorien' über die Gleichwertigkeit von Handlungsalternativen in Frage stellen. Offen ist zuletzt, inwieweit auch *Fallgruppe II* unter Druck geraten wird: Prägend für diese ist, dass entschieden werden muss, dabei aber alle Handlungsalternativen gleichwertig sind, weil schon *theoretisch* keine sachgemäßen Differenzierungskriterien bekannt sind[52] – *nach gegenwärtigem Wissen*. Die explorativen Chancen von KI[53] könnten zu einer Vermehrung von Wissen führen, in Form von bislang übersehenen Korrelationen, die sich schon selbst als Handlungsgrundlage eignen oder sogar zu Kausalitäten verdichtet werden können. Um im Beispiel von *Depenheuer* zu bleiben: Theoretisch könnte es sich in Zukunft herausstellen, dass das Fahren auf der linken oder rechten Straßenseite doch nicht theoretisch gleichwertig ist, sondern dass beim Fahren auf der linken Seite *genau deshalb* weniger Unfälle geschehen. Diese Wirkung ist nicht auf naturgesetzliche Erkenntnisse beschränkt, sondern kann – wenn es stimmt, dass unsere Gesellschaft insgesamt latent musterhaft strukturiert ist, wie *Armin Nassehi* schreibt[54] – auch alle zwischenmenschlichen Interaktionsverhältnisse erfassen. 23

Es zeigt sich damit, dass die Frage nach der Legitimität und Legalität des Zufalls als Steuerungs- und Entscheidungsmechanismus im Wesentlichen als eine Wissensfrage zu konstruieren ist: Wo der (gewollte) Verzicht auf oder der (ungewollte) Mangel an Differenzierungswissen Raum für den Zufall öffnet, schließt sich dieser Raum in dem Moment, in dem normativ (mehr/besser) gewusst werden *soll und darf* und faktisch (mehr/besser) gewusst werden *kann*. 24

II. Der Zufall als versteckter Baustein in der Anlassdogmatik des Bundesverfassungsgerichts

Bei genauem Hinsehen begegnet uns der Zufall als Steuerungsmechanismus auch an zentraler Stelle der vom Bundesverfassungsgericht aufgebauten Überwachungs-, d. h. der hier sogenannten Anlassdogmatik.[55] Insofern ist zunächst daran zu erinnern, dass sich die Gesetzgebung und die begleitende verfassungs- bzw. unionsgerichtliche Rechtsprechung bislang meist mit Überwachung im klassischen Sinn 25

sollten zügig die Corona-App weiterentwickelt und technologische Tracing-Tools breitflächig implementiert werden. Die Gründe für das bisherige Unterlassen sind eine realitätsferne Diskussion um Datenschutz sowie die mangelnde Bereitschaft, bereits vor Eintreten einer schwierigen Situation konsequent Vorbereitungen für ein differenzierteres Vorgehen zu treffen. Das fehlende Wissen ist einer der Gründe dafür, dass politische Reaktionen stets nur eine Handlungsperspektive und nur eine Zeitperspektive bis zum Ende der letzten Maßnahme zu haben scheinen."

52 Soeben, → § 6 Rn. 13 f.

53 Dazu oben, → § 1 Rn. 20.

54 *Nassehi*, Muster, 2019, passim, bes. S. 53 ff.

55 s. für erste Überlegungen in diese Richtung schon *Rademacher/Schilling*, in: Piallat (Hg.), Der Wert der Digitalisierung, 2021, S. 147 (154 ff.); mitunter können sich die Formulierungen hier und dort gleichen.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

oder – schon seltener – mit *Intelligent Surveillance* befasst haben.[56] *Impossibility Structures* finden sich bislang noch zu selten im praktischen Einsatz – abgesehen von den allerdings vieldiskutierten Upload-Filtern.[57] An dieser Diskussion um die Upload-Filter zeigt sich, dass von der wohl herrschenden Meinung im Wesentlichen gleiche verfassungs- und unionsrechtliche Maßstäbe angelegt werden, wenn es um intelligente Überwachung einerseits (*Intelligent Surveillance*) und infrastrukturalisierte Rechtsdurchsetzung andererseits geht (*Impossibility* und *Justification Structures*).[58] Bei allen in → § 2 herausgearbeiteten Unterschieden zwischen durch Überwachung motivierter Rechtsbefolgung und durch *Impossibility Structures* erzwungener Rechtsdurchsetzung scheint mir diese Gleichbehandlung, wie vor allem in → § 5.III.3.[59] unter dem Gesichtspunkt ‚Vertrauen' näher begründet, zumindest auf einer höheren Abstraktionsebene auch vertretbar zu sein. Denn beide Arrangements dienen ja (im weiten Sinn) der optimierten Realisierung von Recht. Von dieser hohen Warte aus betrachtet spielt nun der Zufall in zwei Variationen schon im gegenwärtigen Recht eine zentrale Rolle:

1. Die besondere Legitimität von Stichprobenkontrollen

26 Offensichtlich ist das – *erstens* – bei der Stichprobenkontrolle. Eine im soziologisch-empirischen Sinn gute Stichprobe muss ihre Ziele perfekt zufällig treffen.[60] Idealerweise, aber natürlich nur theoretisch, wohnt ihr also sogar *objektive* Zufälligkeit der Auswahl der Kontrollierten inne. Dieser Kontrolle kommt nun eine erhebliche, auch verfassungsgerichtlich bestätigte, Legitimität als Instrument der Überwachung und dadurch vermittelter Rechtsdurchsetzung zu.

27 Zuletzt hat das Bundesverfassungsgericht das im Verfahren *Kennzeichenkontrollen II* bestätigt.[61] Es ging darin, zur Erinnerung, um die Zulässigkeit des Einsatzes von automatisierten Kennzeichenlesegeräten, die z. B. mit dem Ziel eingesetzt werden, Fahrzeuge zu finden, die auf einer Fahndungsliste stehen. Es handelt sich nach hiesiger Terminologie dabei um einen einfachen Fall von *Intelligent Surveillance*. Das Bundesverfassungsgericht hat in dem Beschluss einigen argumentativen Aufwand betrieben, um *normativ* zu begründen, dass solche Systeme grundsätzlich nur dann eingesetzt werden dürfen, wenn ein mehr oder weniger klar konturierter „Anlass" für den Einsatz besteht (deshalb hier sogenannte Anlassdogmatik[62]):

56 Ausf. hierzu schon oben, → S. 72 ff.
57 Hierzu oben, → S. 126 ff.
58 s. bes. → S. 166 ff.
59 s. oben, ab → S. 422.
60 Vgl. hierfür auch schon *Rademacher*, in: Zimmer (Hg.), Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz, 2021, S. 229 (256 f.).
61 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II.
62 Dazu ausf. oben, → § 2 Rn. 82 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Verhältnismäßig ist eine Ermächtigung zu einer Kontrolle nur, wenn hierfür ein Anlass bestimmt ist, der das polizeiliche Handeln vorhersehbar und kontrollierbar macht. Insoweit kann der Gesetzgeber etwa auf das Bestehen einzelner Gefahren abstellen. Der Gesetzgeber kann aber auch unabhängig von einer konkreten Gefahr als rechtfertigende Anlässe schon Gefahrenlagen bestimmen, die nur typisiert umschrieben sind. Im Übrigen kann er Kontrollen etwa auch dann erlauben, wenn im Einzelfall oder typischerweise eine spezifisch gesteigerte Wahrscheinlichkeit besteht, gesuchte Personen oder Sachen aufzufinden. […]“[63]

Der Ansatz deckt sich, wie gesagt: auf höherer Abstraktionsebene, mit der Rechtsprechung des EuGH zur Frage der Zulässigkeit von Upload-Filtern in den Rechtssachen *L'Oréal*, *Sacralet*, *McFadden* und *Glawischnig-Piesczek*, die – mit Unterschieden je nach betroffenem Recht – dann zulässig sein sollen, sobald ein Verletzter/eine Verletzte eine *konkrete* Verletzungshandlung als ‚Filter'-Anlass benannt hat.[64] 28

An *dieser* Stelle ist die Rechtsprechung aber vor allem deshalb relevant, weil das Bundesverfassungsgericht im gleichen Atemzug, in dem es die grundsätzliche Anlassbindung staatlicher ‚intelligenter' Überwachung festgeschrieben hat, auch klargestellt hat, dass *gleichwohl* „anlasslos stichprobenhaft“ Kontrollen beispielsweise im Straßenverkehr zulässig sind und bleiben, gerade auch automatisiert.[65] Daneben nennt das Bundesverfassungsgericht in seiner *Kennzeichenkontrollen-II*-Entscheidung auch noch – in nicht abschließender Form – das Umwelt- oder Wirtschaftsverwaltungsrecht als Sachbereiche, die sich für anlasslose Überwachung eignen, *solange* sie auf Stichproben begrenzt ist, d. h. keine *flächendeckende* Überwachung stattfindet.[66] 29

Eine gute Stichprobe trifft ihre Ziele idealerweise, wie gesagt, zufällig. Offenbar kommt dem Zufall hier, bei der hoheitlichen Rechtsdurchsetzung, also ein *positiver* Sonderstatus zu,[67] der eine Überwachung jenseits der vom Verhältnismäßigkeitsgebot vorgegebenen Grundregel, also im Gegensatz dazu: anlasslos, „freiheitsrechtlich“[68] erträglich machen kann – zumindest in bestimmten Sachbereichen, die sich, wie das Bundesverfassungsgericht es verallgemeinernd genannt hat, durch „ein gefährliches oder risikobehaftetes Tun beziehungsweise […] die Beherrschung besonderer Gefahrenquellen“ durch die überwachte Person auszeichnen. Die *Vor*auswahl dieser Gruppe erfolgt also natürlich nicht zufällig, sondern auf der Basis vorangegangener Risikoerfahrungen; aber *innerhalb* dieser Gruppe herrscht dann – im *Depenheuer*'schen System – sogar *theoretische* Gleichwertigkeit der Handlungsalter- 30

63 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 93.

64 Dazu oben, → § 2 Rn. 153 ff., 243 ff.; zusammenfassend zu der im Detail differenzierten Rspr. des EuGH *Senftleben/Angelopoulos*, https://ssrn.com/abstract=3717022, S. 8 ff., 10 ff.

65 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 94. Hervorhebung hier.

66 Ibid. Hierzu auch schon → § 2 Rn. 103.

67 Ähnl. auch *Spitzlei*, VerwArch 111 (2020), 439 (462).

68 Dazu, dass es hier m. E. nicht um Freiheit i. e. S., sondern überzeugender um gesellschaftliches Vertrauen geht, oben, → S. 441 ff. bzw. S. 422 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nativen, weil es ja einen Verdacht, anhand dessen die Kontrolle kriteriengeleitet-rational ansetzen könnte, nicht gibt – die Maßnahme soll ihn ja gerade erst erzeugen.

31 Das lässt sich folgendermaßen verallgemeinern: Das in der Entscheidung *Kennzeichenkontrollen II* kreierte, vom Bundesverfassungsgericht freiheitsrechtlich fundierte Recht darauf, nicht beständig Rechenschaft über die eigene Rechtschaffenheit ablegen zu müssen, gilt in starker Form nur für das *systematisch-flächendeckende* Sich-Rechtfertigen-Müssen vor dem Auge des Staates. *Zufälliges* Sich-Rechtfertigen-Müssen hingegen erkennt das BVerfG als verfassungskonformes Arrangement zur Rechtsdurchsetzung explizit und vergleichsweise weitreichend an.

32 Ganz selbstverständlich ist bzw. war dieser positive Status des Zufalls übrigens nicht. Denn noch 1994 musste sich das Bundesverfassungsgericht in der *Bezirksrevisor*-Entscheidung mit der Frage befassen, ob es gegen das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG verstoße, dass die Entscheidungen der Gerichte über Prozesskostenhilfe nur stichprobenhafter Kontrolle durch die Staatskasse unterworfen waren (vgl. – nach aktueller Fassung – § 127 Abs. 3 S. 6 ZPO). Die nach Art. 100 Abs. 1 GG vorlegenden Gerichte *bejahten* Willkür noch, das Verfassungsgericht hingegen verneinte sie:

> „Die Regelung soll einer zu großzügigen Bewilligung von Prozeßkostenhilfe entgegenwirken, ohne selbst unangemessenen Verwaltungsaufwand auszulösen. Dieses Ziel kann durch eine am Zufallsprinzip orientierte Ausübung des Beschwerderechts erreicht werden. Unvorhersehbare Kontrollen sind in besonderer Weise geeignet, die Sorgfalt der Kontrollierten zu schärfen. Sie wirken daher weit über den Einzelfall hinaus, in dem die Kontrolle ausgeübt wird. Der Verwaltungsaufwand kann den jeweiligen Kapazitäten angepaßt werden. Die Kontrolldichte kann sich an den Ergebnissen der Stichproben orientieren. | Diese Gründe entkräften den Willkürvorwurf. Das Zufallsprinzip ist nicht, wie es 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".[69]

33 Interessant ist an dieser Entscheidung nicht nur das Ergebnis, sondern auch die Begründung. Denn hier wird den mittlerweile eher kritisch gesehenen Einschüchterungseffekten, die unter anderem die neuere Anlassdogmatik des Gerichts tragen,[70] ein durchaus positiv konnotierter Wert zugeschrieben. Zwar ist richtig, dass es einen Unterschied gibt zwischen dem „Gefühl eines ständigen Überwachtwerdens" (durch moderne Überwachungstechnologie möglich und nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung tendenziell zu bekämpfen) und dem Gefühl eines ständigen Überwachtwerden-*Könnens* (das ist eben der konzeptionelle Kern von Stichprobenkontrollen und in *Bezirksrevisor* noch positiv gewürdigt[71]). Doch in beiden Fällen

69 BVerfG, Beschl. v. 28.6.1994, Az. 1 BvL 14/88 u. a. = BVerfGE 91, 118 = NJW 1995, 581 – Bezirksrevisor.

70 Vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018, Az. 1 BvR 142/15 = BVerfGE 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II, Rn. 51, 98: „Gefühl eines ständigen Überwachtwerdens".

71 Vgl. demgegenüber zur mittlerweile dominanten, eher negativen Wertung oben, → § 2 Rn. 95 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

entstehen eben die berüchtigten Einschüchterungseffekte, lediglich mit einer anderen Intensität.[72]

2. Der Zufall im Kern der hier sog. Anlassdogmatik selbst

Nun sei noch auf die *zweite* Zufallsdimension hingewiesen, die der Überwachungsrechtsprechung von Bundesverfassungsgericht und EuGH – weniger offensichtlich – eingeschrieben ist. Es ist der Kern der Anlassdogmatik selbst, der in doppelter Hinsicht eine Form *subjektiver* Zufälligkeit kreiert. Zuerst aus Sicht des Rechtssystems oder, um die Anthropomorphisierung zu vermeiden, aus Sicht des Gesetzgebers, das bzw. der darauf angewiesen ist, das ‚jemand' Verdacht schöpft, verletzt wird, Anzeige erstattet usw., um den Anlass zu geben, der Überwachung oder unter Umständen auch den Einsatz von *Impossibility Structures* wie Filtertechnologien zu rechtfertigen vermag.[73] Die KI-gestützte und damit potentiell allgegenwärtige Überwachung bzw. die denkbare *Compliance*-Infrastruktur im weiteren Sinn[74] darf dieser ‚jemand' grundsätzlich *nicht* sein. Im Gegenzug gibt es dann auch keine gegenständliche Begrenzung auf bestimmte Sach- oder Lebensbereiche, das Recht zur Warnung oder Anzeige vor Gefahren bzw. von Ordnungswidrigkeiten und Straftaten ist – wie kürzlich aus Anlass der bildlichen Dokumentation und Anzeige von Verstößen gegen Parkvorschriften geklärt werden konnte – ausdrücklich auch ‚datenschutzfest'.[75] 34

Natürlich ist diese Anlassbindung von Überwachung bzw. Rechtsdurchsetzung kein ‚echter' oder objektiver Zufall und stellt damit keine echte Stichprobe dar. Es wird hier stets konkret benennbare oder zumindest vermutbare Ursache-Wirkungszusammenhänge dafür geben, dass bzw. warum eine Gefahr vom Streife gehenden Polizisten gesehen oder eine Beleidigung auf einer Online-Plattform von der Betroffenen oder anderen Nutzern gemeldet oder angezeigt worden ist. Doch aus Sicht einer 35

72 Hierzu schon → § 2 Rn. 120, dort im 2. Bulletpoint.

73 Vgl. auch nochmals *Lübbe-Wolff*, Das Dilemma des Rechts, 2017, S. 42, zur (subjektiven) Zufälligkeit bisheriger Rechtsdurchsetzung; s. hierzu schon → Rn. 9 ff. (Einleitung).

74 Zur Infrastrukturalisierung von Rechtsdurchsetzungstechnologien oben, → S. 240 ff.

75 s. VG Ansbach, Urt. v. 2.11.2022, Az. AN 14 K 21.1431 = BeckRS 2022, 38301 – Fotografieren von Falschparkern, Rn. 94: „Zuletzt muss [i. R. d. Prüfung und Abwägung der gegenläufigen Interessen bei Anwendung von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO = Verarbeitung aufgrund berechtigter Interessen] das Interesse der betroffenen Personen daran, nicht aufgrund der Begehung einer Ordnungswidrigkeit belangt zu werden, ebenfalls zurückstehen, da dem ein rechtswidriges Verhalten zugrunde liegt und es sich somit um ein nicht schutzwürdiges Interesse handelt." Ebenso *K. Hofmann*, MMR 2022, 862 (866 f.): „Das Interesse des betroffenen Falschparkers, nicht für seinen Regelverstoß sanktioniert zu werden, ist dabei nicht schutzwürdig." Dort auch weitere Nachw. zu schwer nachvollziehbaren Gegenauffassungen von Datenschutzaufsichtsbehörden. Hoch problematisch zudem die Auffassung einiger Zivilgerichte, wonach das *Recht am eigenen Bild* Fotoaufnahmen von Ordnungswidrigkeiten (und wohl auch Straftaten) dann hindern können soll, wenn der Aufnehmende nicht Verstöße gegen Individualgüter, sondern ‚nur' gegen Gemeinschaftsgüter schützende Normen (konkret: Naturschutzvorschriften) beweisen will, so LG Bonn, Urt. v. 7.1.2015, Az. 5 S 47/14 = ZD 2015, 434 – Unzulässige Privataufnahmen beim Hundeausführen, Rn. 8 ff. Zutreffend und ausf. begründet a. A. *K. Hofmann*, MMR 2022, 862 (864 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtsordnung, der mit den oben beschriebenen digitalen Instrumenten erstmals und zunehmend Mittel und Wege einer *systematischen und systemischen* Optimierung von Überwachung und Rechtsdurchsetzung zur Verfügung stünden, wirkt der Effekt des Sich-(Weiterhin)-Verlassen-Müssens auf *punktuell-unvorhersehbare* Anlässe für die Rechtsdurchsetzung *tendenziell* ähnlich dem von Stichproben.[76]

36 Auch ein Mensch, der sich deviant verhält, kann sich so weiterhin sicher sein, dass zwar die *Möglichkeit* eines Überwacht-, Sanktioniert- oder Blockiert-Werdens besteht. Er kann sich aber zugleich sicher sein, dass diese Möglichkeit *nur fragmentarisch* realisiert werden wird, freilich ohne dass ihm bzw. ihr bekannt wäre, von welchen Bedingungen die Realisierung genau abhängt. Auch aus Sicht der Rechtsunterworfenen vermittelt diese – man könnte statt Anlassdogmatik deshalb auch sagen: Stichproben-Dogmatik[77] – der Gerichte daher eine Form subjektiver Zufälligkeit der Rechtsdurchsetzung.

37 Das Spannende aus einer rechtsdogmatischen Sicht ist, dass die ursprünglich als pragmatische Notlösung für den Umgang mit *zu* großen Datenmassen in vordigitaler Zeit genutzte[78] und immerhin noch 1994 im Ruch der Willkürlichkeit stehende Stichprobe[79] ihre normative Adelung gerade in dem Moment erfahren hat, in dem das Rechtssystem *rein praktisch betrachtet* auf die Stichprobe eben wegen der Digitalisierung (bald) nicht mehr angewiesen sein wird. Die rechtstheoretisch motivierte Forderung von *Möllers*, unter den Bedingungen des möglichen Vollvollzugs von Recht durch „die technologische Entwicklung" den Rechtsvollzug „durch Zufallsmechanismen anzureichern",[80] ist daher rechtsdogmatisch in – freilich nicht ganz offensichtlicher Weise – schon aufgegriffen: und zwar konzeptionell als klassischer Kompromiss zwischen dem aus Vertrauensgesichtspunkten begründbaren Verzicht auf anlasslose Überwachung einerseits[81] und dem sachbereichsspezifisch ebenso gut begründbaren Bedürfnis, genau das doch zu tun (also zu überwachen), und damit ein vorsorgliches Misstrauen an den Tag zu legen.[82] Für uns wichtig ist allerdings festzuhalten, dass das soeben Gesagte nur innerhalb des Überwachungsnarrativs gilt bzw. im Rahmen von dessen Voraussetzungen entwickelt wurde. Ob der Zufall auch

76 Mit diesem Bild auch schon *Rademacher*, JZ 2019, 702 (703). Damit ist nicht übersehen, dass natürlich auch unterhalb der Schwelle des Einsatzes von *Intelligent Surveillance* usw. Arrangements geschaffen werden können, die Zufälle beim Auffinden der rechtfertigenden Anlässe zurückdrängen. Ein triviales Bsp. wäre es, wenn der Gesetzgeber der Polizei hinreichend Ressourcen gibt, damit Beamte auf Online-Streife im öffentlich zugänglichen Internet geschickt werden können. Aber solche Arrangements sind eben doch deutlich zufälliger und können wegen der Begrenztheit menschlicher Ressourcen nur zufälliger sein als ein systematisch-flächendeckender Einsatz von KI-Verdachtsgewinnungssystemen.

77 Vgl. so schon *Rademacher*, JZ 2019, 702 (703).

78 *Mayer-Schönberger/Cukier*, Big Data, 2013, S. 30 ff.

79 s. soeben, → § 6 Rn. 32.

80 *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 478.

81 Dazu oben, ab → S. 422.

82 s. für Bsp. entsprechender Sachbereiche oben, → § 2 Rn. 106 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

im Hilfeleistungsnarrativ und unter den Funktionsbedingungen künstlich-intelligenter Aktanten eine Rolle spielen kann, wird uns in Abschnitt → III. beschäftigen.

3. Exkurs: zur Zufälligkeit des sog. Personalized Law

38 Zuvor sei der Vollständigkeit halber noch darauf hingewiesen, dass sich Formen subjektiver Zufälligkeit auch bei den Bemühungen finden, die Steuerung durch Information und Anreize zu optimieren.[83] Wir sind hier, zur Erinnerung, nicht im klassischen Ordnungs- und Polizeirecht, sondern z. B. im Verbraucherschutzrecht. Die Optimierung durch KI-Systeme kann hier etwa darin liegen, Kreditinstitute dazu zu verpflichten, Verbraucherinformationen für die einzelnen Kunden zu personalisieren, etwa, um sie verständlicher oder informationsreicher zu gestalten; weshalb von einigen Autoren von *Personalized Law* gesprochen wird.[84]

39 Die Befürworter solcher Arrangements haben natürlich im Blick, dass die Personalisierung von Information und Anreiz datenintensiv ist, d. h. in hohem Maße die Verarbeitung personenbezogener Daten verlangt, die unions- wie auch nationalverfassungsrechtlich unter Schutz stehen.[85] Eine gesetzliche Verpflichtung Privater zur Nutzung solcher Daten zur Personalisierung von Information und Anreiz ist mit anderen Worten rechtfertigungsbedürftig. Neben dem Steuerungsziel, dessen Legitimität hier vorausgesetzt ist, werden dafür zunächst Gestaltungen angeführt, die sozusagen auf der Linie der Optimierung liegen:

- *erstens* Verwendung von Prädiktoren oder Klassifikatoren (x'en), die einerseits möglichst aussagekräftig für y sind, und die andererseits möglichst schwach mit irrelevanten sensiblen Daten korrelieren;
- *zweitens* Vorsicht bei der Kommunikation von persönlichen Daten an Dritte, insbesondere zum Schutz gegen ein *Reverse Engineering*;
- *drittens* Gewährleistung einer möglichst hohen Datensicherheit;
- *viertens* keine Übermittlung der zur Personalisierung herangezogenen Daten an staatliche Stellen.[86]

40 All das stellt das eigentliche materiell-rechtliche Optimierungsziel nicht infrage, sondern stützt es teils sogar. Spannender für uns sind deshalb zwei weitere Detail-Vorschläge, die zwecks Datenschutzes gemacht werden, und damit auf einer systematischen Ebene Zufälligkeiten bei der Erreichung des eigentlichen regulatorischen Ziels ins Spiel bringen:

83 Hierzu oben, → S. 191 ff.
84 Zum m. E. nicht ganz treffenden Begriff schon → § 2 Rn. 301.
85 Ausf. *Chr. Busch*, University of Chicago Law Rev. 86 (2019), 309 (326 ff.); *Hacker*, in: Busch/Franceschi (Hg.), Algorithmic Regulation and Personalized Law, 2021, S. 241 Rn. 61 m. w. N.
86 Ibid., Rn. 61. Dort auch die weiteren, sogleich bezeichneten Regulierungsvorschläge.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

41 *Einmal* dadurch, dass die Adressaten von Information und Anreiz die Option eines *Opt-out* aus der Personalisierung erhalten sollen.[87] Auch hier erfolgt das Verfehlen des Steuerungsanliegens, das der *Opt-out* bewirken würde (weil eben keine personalisierte Information mehr möglich wäre), natürlich nicht im engen Sinn zufällig. Die kausale Ursache ist der *Opt-out* der Nutzerin und das Arrangement eines *Opt-out* – statt eines *Opt-in* – zielt verhaltenswissenschaftlich fundiert ja gerade *planvoll* darauf, dass *nicht* davon Gebrauch gemacht wird. Andererseits könnte man in Rechnung stellen, dass letztlich die Frage, ob die Nutzerin diese Option wählt, wiederum von einer derart großen Zahl independenter Faktoren abhängt (Präferenz für oder gegen Datenschutz oder Indifferenz; dem Wunsch, nicht paternalistisch informiert oder *genudged* zu werden; usw.), dass aus der Sicht des Gesetzgebers/Regulators die Voraussetzungen der subjektiven Zufälligkeit erfüllt sind. Jedenfalls ist die Steuerungswirkung durch gezielte Information kontingent.

42 Über einen *zweiten* Vorschlag, auch im Namen des Datenschutzes, wird noch etwas deutlicher Zufälligkeit transportiert: Unternehmen sollen nur solche Personalisierungen vis-à-vis ihren Kundinnen und Nutzern vorgeschrieben werden, die mittels personenbezogener Daten möglich sind, die die Unternehmen *ohnehin* sammeln, z. B. um die Kreditwürdigkeit zu erfassen oder um Werbung zu personalisieren. Optimierungs*konform* (nicht zufällig) ist dieses datenschutzrechtlich motivierte Vorgehen *dann*, wenn die gesetzliche Pflicht zur Personalisierung ausschließlich das Ziel verfolgt, spezifisch die Gefahren privatnütziger Personalisierung seitens der Unternehmen zu neutralisieren.[88] Eine *Unterbrechung* des Optimierungsbemühens, nämlich durch das aus Sicht des Gesetzgebers zufällige Geschäftsmodell der Unternehmen, liegt hingegen dann vor, wenn Information und Anreiz regulatorische Ziele verfolgen, die *jenseits* des beschriebenen Verhältnisses von Unternehmen/Nutzerin liegen, also z. B. Nutzerinnen zu einem besonders umwelt- oder energieschonenden Verhalten anhalten sollen.

III. Der Zufall als Steuerungsmechanismus unter den Funktionsbedingungen einer KI-optimierten Rechtsordnung; zugleich: Perspektiven für die Forschung

43 Subjektive und sogar der Versuch von objektiver Zufälligkeit sind im Rahmen der Rechtsdurchsetzung also weniger selten, als es mit Blick auf die drei zu Anfang dieses § 6 genannten Fallgruppen für die ausnahmsweise Legitimität und Legalität

87 *Chr. Busch*, in: ders./Franceschi (Hg.), Algorithmic Regulation and Personalized Law, 2021, S. 279 Rn. 30 differenziert und plädiert z. B. bei personalisierten Informationen sogar für ein *Opt-in* der Nutzer, wohingegen andere "use cases, such [as] the automated de-biasing of costumer ratings [could justify] to apply personalization schemes irrespective of the data subject's explicit consent."

88 *Hacker*, ebd., S. 241 Rn. 52; *Chr. Busch*, ebd., S. 279 Rn. 18 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den ersten Anschein haben mochte. Wenig Raum besteht dafür m. E. aber, sobald ein Sachverhalt im Hilfeleistungsnarrativ angesiedelt ist (dazu sogleich, → 1.). Dafür stehen neben den genannten Einsatzfeldern des Zufalls auch und gerade bei der Durchsetzung von Recht, zwei *materiell-rechtliche* Bereiche, in denen der Zufall als Steuerungsmechanismus in einer KI-optimierten Zukunft eine größere Rolle spielen könnte als in der analogen Vergangenheit. Diese Bereiche sollen zumindest kurz – als mögliche weitere Perspektiven der rechtswissenschaftlichen KI-Forschung – exkurshaft angerissen werden (dazu → 2. und → 3.).

1. Unbrauchbarkeit des Zufalls im hier sog. Hilfeleistungsnarrativ

Zur Erinnerung: Die Legitimität und (verfassungsrechtliche) Legalität des Zufalls als Steuerungsmittel (soeben, → S. 531 ff.) geht von einem bestimmten Ausgangspunkt aus: So hatte das Bundesverfassungsgericht – beispielsweise in seinem für uns so zentralen Beschluss zu automatisierten Kennzeichenkontrollen – als gedanklichen Startpunkt offensichtlich die sozusagen leere (und freie) Welt vor Augen, in der jeder und jede tun und lassen kann, was er bzw. sie möchte, und frei von staatlicher Kontrolle, Überwachung und Zwangsmitteln agiert. In diese Freiheit (oder Leere) tritt in der Logik des Gerichts die staatliche Beobachtung von außen potentiell hemmend hinein. Deshalb ist sie nach überkommener Auffassung rechtfertigungsbedürftig und jedenfalls in Deutschland und Europa auch ziemlich engen Grenzen unterworfen.[89] Diese Abfolge zeichnet staatliche *Überwachungs*maßnahmen generell aus und sie charakterisiert das, was hier als Überwachungsnarrativ bezeichnet wurde. 44

Anders ist die Konstellation gelagert, wenn Technik zum Aktanten in dieser Welt geworden ist. Wir befinden uns dann potentiell in der Hilfeleistungskonstellation,[90] wenn und weil dieser Aktant in der Lage ist (weil er es sein *muss*), bis zu einem gewissen, seinen Aktionsmöglichkeiten entsprechendem Grad auch Recht erkennen und nach Recht handeln zu können. Damit können auch Pflichten zur Hilfeleistung einhergehen, die im ersten Zugriff entsprechend den Pflichten zu gestalten sind, wie sie in vergleichbarer Situation auch für Menschen gelten (beispielsweise: § 323c StGB analog[91]).[92] Damit habe ich unter anderem begründet, warum der *Compliance*-Druck – im weiten Sinn – steigen wird, und warum ich glaube, dass die Mechanismen, die diesen Druck im Rahmen des Überwachungsnarrativs vergleichsweise gering halten, an Kraft verlieren werden.[93] Dem habe ich normative Gründe 45

89 s. nochmals oben, → → § 2 Rn. 82 ff. und – für *Impossibility Structures* – ab → S. 166 ff.
90 s. zu beiden Begriffen oben, ab → S. 247.
91 Speziell hierzu → § 2 Rn. 211 ff.
92 s. zu diesem Grundsatz oben, → § 2 Rn. 454.
93 Ausf. oben, → § 2 Rn. 428 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

entgegenzusetzen versucht, warum in bestimmtem Umfang und unter bestimmten Voraussetzungen Freiräume für Devianz auch im Rahmen des Hilfeleistungsnarrativs erhaltenswert sein könnten.[94]

46 *Dort* spielte der Zufall, wie einleitend zu diesem → § 6 gesagt, keine Rolle (wenn man davon absieht, dass die Aktivierung des Hilfeleistungsnarrativs selbst bereits eine Form von Zufälligkeit in sich trägt[95]). Ich glaube letztlich auch nicht, dass er an dieser bestimmten Stelle, also im Hilfeleistungsnarrativ, (noch) eine Rolle spielen darf: Folgt man den oben gemachten Vorschlägen, die Fälle, in denen Hilfeleistung durch entsprechend erkenntnisfähige Technologie im Wege einer Positivliste gesetzgeberisch zu bezeichnen, damit Devianz in diesen Fällen weitestmöglich *unterdrückt* werden kann/soll/darf, dann erscheint es schwer vorstellbar, *hier* nun in einem weiteren Schritt, gegenläufig (!), wieder einen Zufallsvorbehalt zwecks gesellschaftlichen Lernens einzubauen. Das ist zu viel und zu komplex. Und es würde den Wunsch des Gesetzgebers, in bestimmten Bereichen eben nicht mehr *ausgerechnet* durch Devianz lernen zu wollen, dem Vorwurf der Inkonsistenz preisgeben (erneut: die Akzeptanzfrage!).

47 Ebenso wenig dürfen speziell *hier* die oben, in → § 4 als Teil einer neuen Architektur der Mensch-Maschine-Arbeitsteilung genannten, Irritationsarrangements eingebaut werden, die bewusst Fehler in die Leistungen von KI ‚einstreuen' könnten, um den menschlichen Nutzer wachsam für eventuelle Fehlleistungen zu halten.[96] Hier wäre dafür der falsche Ort. Schwer genug erträglich dürfte hier schon der ungewollte und unplanbare Zufall sein, der auf absehbare Zeit mit der Nutzung von KI selbst einhergeht (Stichworte: Halluzinationen, noch fehlende Einzelfalladäquanz[97] und dadurch eintretende Pauschalisierungen). Insofern ist nochmals darauf hinzuweisen, dass aktuelle, also auf maschinellem Lernen basierende KI-Anwendungen selbst ein großes Maß an *subjektiver* Zufälligkeit transportieren.[98] Das liegt rein pragmatisch betrachtet an den Unzulänglichkeiten und Fehlern, die sich im Rahmen des in → § 1 und → § 3 beschriebenen Lernprozesses ‚einschleichen' können. Diese werden, von der Warte der Rationalität erwartenden Nutzerin aus gesehen, häufig in ‚zufällig' wirkenden Klassifikationen und Prognosen resultieren, was sich in den darauf aufbauenden physischen und digitalen Aktionen gegebenenfalls fortsetzt. Wenn schon diese Form des unkontrollierten Zufalls dort, wo *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. zum Einsatz kommen sollen und dürfen, nicht ausgeschlossen, sondern nur so gut wie eben möglich technisch minimiert werden kann, dann kann es nicht

94 s. ab → S. 419, bes. S. 494 ff.
95 s. schon → § 2 Rn. 232.
96 Hierzu oben, → § 4 Rn. 82.
97 Hierzu ausf. → § 3 Rn. 46 ff.
98 Zum Begriff des subjektiven Zufalls oben, → § 6 Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

geboten sein, *diese* Minimierungsbemühungen durch bewusste Arrangements des Zufalls zu konterkarieren.

Davon abgesetzt behandelt werden kann und muss allerdings eine Frage, die letztlich technisch – d. h.: von KI-Technikern – zu beantworten ist: Wie sollen namentlich maschinell-lernende Systeme, die mindestens auf das binäre Label-Paar *rechtmäßig* ↔ *rechtswidrig* angewiesen sind, weiter lernen, wenn es kein bzw. immer weniger deviantes Verhalten als entsprechendes Trainingsmaterial gibt?[99] Diese technische Wissensgenerierungsfunktion (also ausreichend Trainingsdaten) hat aus rechtlicher Sicht besonders *Yoan Hermstrüwer* in den Blick genommen;[100] er geht davon aus, dass wenigstens „[v]orübergehend suboptimale – weil lotterieartige – Entscheidungen […] wohl unverzichtbar [sind], um die Daten zu generieren, die langfristig für optimale Klassifikationen und Prognosen erforderlich sind (*Exploring*)."[101] 48

2. Exkurs zum materiellen Recht I: Kontingenz durch Recht. Oder: das Recht als Chance, es trotzdem zu versuchen

Damit sind wir eigentlich mit unserem Erkenntnisinteresse an ein – ganz sicher vorläufiges – Ende gelangt. Sozusagen *neben* der Frage nach der Rolle des Zufalls bei der Durchsetzung von Recht und der Bewahrung von Verhaltenskontingenz hierbei liegen allerdings zwei weitere, eng verwandte Einsatzfelder von Zufallsmechanismen im Recht, die der Erhaltung von Kontingenz in einem breiteren Sinn dienen können. Sie sollen hier zumindest kurz angesprochen werden (wirklich kurz; ich erhebe mit dem Folgenden keinen Anspruch auf eine systematische Argumentation, sondern will nur weitere Forschungsperspektiven aufzeigen, die mir eng verwandt mit meinem eigentlichen Forschungsgegenstand erscheinen): 49

Das ist einmal die Frage nach Kontingenz *durch* Recht, die sich besonders gut am Beispiel der Studienzulassung (gegebenenfalls mithilfe von KI) illustrieren lässt (dazu hier, in diesem Abschnitt 2.). Einen Sonderfall stellt die Forderung nach mehr Zufall auf *Social-Media*-Plattformen dar (dazu → 3.), die auch kurz angerissen werden soll; denn durch sie kann das im deutschen Recht und in der deutschen Rechtswissenschaft noch kaum rezipierte Konzept der sogenannten Serendipität kurz eingeführt werden – mit potentiell über das konkrete Anwendungsbeispiel hinausweisenden Konsequenzen. 50

99 Zur Notwendigkeit von auch in diesem Sinn vollständiger und ausgeglichener Testdaten schon *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (373).
100 Details bei *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479 (496 ff.) m. w. N.
101 Ibid., S. 497.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

51 *a. Beispielhaft: (Kein) Zufall bei der Studienzulassung?* Zunächst also beispielhaft zur immer weiter reduzierten Rolle des Zufalls im Rahmen der Studienzulassung. Hier ist die Diskussion um den Zufall als Entscheidungsmodus besonders klar konturiert. Wie in → § 2 bereits beschrieben, liest das Bundesverfassungsgericht aus Artt. 12, 3 Abs. 1 GG als normativen Maßstab das Gebot einer „Zulassung nach Eignung und Leistung" heraus, unter Bezug auf das gewählte Studium und – soweit möglich – sogar schon mit Blick auf den künftigen Beruf.[102] Dieser Maßstab ist offensichtlich hochgradig wissensintensiv und, da auf die Zukunft gerichtet, unsicher. KI-Systeme zur Wissensgenerierung könnten dabei wie gesagt[103] in Zukunft eine wichtige Rolle spielen, um diese Unsicherheiten abzumildern, indem die Qualität der hier allfälligen Prognoseentscheidungen durch eine breitere Datenbasis deutlich verbessert werden könnte. Der Zufall, sei es in Form von Losverfahren oder auch in Form von Wartezeiten nach dem Prioritätsprinzip, wird vom Gericht hingegen zurückgedrängt bzw. geschickt maßstabsgerecht umgedeutet.[104] Die verfassungsgerichtliche Skepsis gegenüber dem Zufall entspricht, freilich mit einigen Nuancen im Detail, auch der ganz herrschenden Meinung unter denjenigen, die sich allgemeiner zur Rolle des Zufalls als Entscheidungsmechanismus geäußert haben, dabei freilich gerade Verteilungsverfahren als Referenzmaterie im Blick hatten (z. B. bzw. vor allem auch im Wirtschaftsverwaltungsrecht).[105] Mit *Andreas Voßkuhle* gesprochen:

> „Gleichwohl wird man sich in bestimmten Konstellationen auf eine Vergabe nach Priorität verständigen oder diese in einem spezifischen sozialen Kontext anerkennen können, nämlich immer dann, wenn andere materielle Auswahlkriterien fehlen, jedoch trotzdem Entscheidungsbedarf besteht. […] Dieses Ergebnis basiert dann allerdings nicht so sehr auf seiner oder einer Gerechtigkeitstheorie, sondern eher auf Zweckmäßigkeitserwägungen".[106]

52 Damit ist die erste Fallgruppe für die Legitimität (und Legalität) des Zufalls als Entscheidungsmechanismus (= praktische Gleichwertigkeit der Entscheidungsalternativen[107]) umschrieben.

53 *b. Mehr Zufall bei der Studienzulassung! Revolution – oder im rechtlichen Kern ein konservativer Vorschlag?* Interessant ist in diesem Zusammenhang ein Gesetzgebungsvorschlag aus dem Jahr 2019, mit dem die Bundestagsfraktion von *Die Linke* auf die Rechtsprechung reagieren wollte. *Erstens* ist der (freilich gescheiterte) Vorschlag für uns von Interesse, weil er ein doppelt zufallsbasiertes Modell der Studienplatzvergabe errichten wollte:

102 s. oben, → S. 196 ff.
103 s. oben, → § 2 Rn. 311 ff.
104 s. oben, → § 2 Rn. 311.
105 s. schon die Nachw. oben, → § 6 Rn. 9.
106 *Voßkuhle*, Die Verwaltung 31 (1999), 21 (33).
107 s. soeben, → § 6 Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „Für den Fall, dass aufgrund von fehlenden Kapazitäten nicht alle Studienbewerberinnen oder Studienbewerber bei der Studienplatzvergabe in einem Studiengang berücksichtigt werden können, werden Bewerberinnen und Bewerber, die sich bereits in einem vorangegangenen Semester für den gleichen Studienplatz beworben hatten [Zufallsmechanismus 1: qua Priorität[108]], sowie Bewerberinnen und Bewerber, für die die Versagung der Zulassung eine außergewöhnliche, insbesondere soziale Härte bedeuten würde, prioritär behandelt. Die übrigen Kapazitäten werden per Losverfahren unter den Erstbewerberinnen und -bewerbern verteilt [Zufallsmechanismus 2: qua Los]. Zensuren spielen bei der Vergabe keine Rolle".[109]

Der Vorschlag ist aber auch auf einer *zweiten* Ebene interessant. Denn zwar scheint es auf den ersten Blick so, als handele es sich bei dem Konzept gerade nicht (nur) um eine punktuelle Durchbrechung oder Ergänzung des vom Bundesverfassungsgericht postulierten Gerechtigkeitsmaßstabs ‚Leistung und Eignung' durch bzw. um eine Zufallskomponente. *Die Linke* wollte als Eignungskriterium ausschließlich einen qualifizierten Schul- oder berufsbildenden bzw. „vergleichbaren Abschluss" verlangen; selbst Sprachfertigkeiten sollen *ausschließlich* im Studium erworben werden können (über die Praktikabilität dieser Vorschläge wird man wohl unterschiedlicher Auffassung sein können). Spannend ist aber die Begründung bzw. besser: die zwei Begründungen, die die Fraktion ihrem Vorschlag doppelter Zufälligkeit der Studienzulassung voranstellte: 54

> „Die Auswahlverfahren der Hochschulen, Studierfähigkeitstests und insbesondere Gespräche und andere mündliche Verfahren zur Auswahl von Studienbewerberinnen und -bewerbern öffnen willkürlichen Entscheidungen und sozialer Selektion auf Grundlage habitueller Präferenzen Tür und Tor und können auch in strukturierter und standardisierter Form keine Chancengleichheit beim Hochschulzugang garantieren".[110]

Mit diesem ersten Begründungsteil beschreibt die Bundestagsfraktion von *Die Linke* letztlich *wieder* das Wissensproblem als zentrale Basis auch ihres Vorschlags, impliziert nämlich – in einer freilich politisch zugespitzten Formulierung –, dass die bisherigen Auswahlentscheidenden tatsächlich *gar nicht* in der Lage seien, Eignungs- und Leistungsgerechtigkeit richtig zu erkennen, sondern sich von habituellen usw. Vorprägungen und damit „willkürlich"[111] leiten lassen würden. Es ist bemerkenswert, dass dieser subjektiven Willkür die „objektive Willkür"[112] von Los und Priorität vorgezogen werden soll. Ob der Fraktion bekannt war, dass der Einsatz des Loses bei Studienzulassungen in Frankreich unter dem damals geltenden Zuteilungssystem 55

108 Zur Frage, ob die Entscheidung nach Priorität (auch sog. Windhund-Prinzip) eine Form der Zufallsauswahl darstellt, s. oben, bei/in → § 6 Fn. 36.

109 BT-Drs. 19/10623 v. 5.6.2019, S. 2. Hervorhebung hier. Zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung s. BT-Drs. 19/10521 v. 25.5.2019.

110 BT-Drs. 19/10623 v. 5.6.2019, S. 1.

111 Ibid., S. 1.

112 *Depenheuer*, JZ 1993, 171 (174).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

APB (*Admission Post-Bac*) als weithin ungerecht empfunden wurde,[113] lässt sich dem Antrag nicht entnehmen. Jedenfalls weist diese Begründung den *prima facie* revolutionär und anti-neoliberal wirkenden Einsatz von Priorität und Los als im Kern pragmatisch motiviert aus.

56 *c. Das ‚revolutionäre' Fragment: ein Eigenwert des Zufalls?* Es gibt im Vorschlag der Fraktion noch einen zweiten Begründungsansatz, der weniger pragmatisch und stärker normativ fundiert ist: Die Fraktion wollte auch deshalb auf den Zufall setzen, um damit der „Ausweitung eines privaten Marktes für Coaching und Vorqualifikationen" zu wehren, weil dies „sozial ausgrenzend" wirken könne.[114] Indem hier bestimmte Vorqualifikationen, die aus der Perspektive eines eignungsorientierten Studienzugangs selbstverständlich relevant und damit nach den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts ‚gerecht' sein könnten, ignoriert werden sollen, wird der Zufall nun tatsächlich normativ in dem Sinn eingesetzt, dass er eine tatsächlich (vielleicht) *nicht* vorhandene, d. h. eine formelle Gleichheit zwischen den Bewerbern *herstellen* soll. Das ist letztlich natürlich auch wieder eine sozusagen klassische Kategorie der Zufallslegalität; in der oben vorgestellten Taxonomie wäre es die Fallgruppe III.[115]

57 Der Ausgangspunkt verfassungsrechtlicher Prüfung des Vorschlags dürfte auch hier sein, dass speziell staatliche Auswahlentscheidungen nach dem Zufall insoweit, d. h. soweit sachliche Differenzierungskriterien existieren und praktisch zugänglich sind, eine vor Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigungsbedürftige Grundrechtseinschränkung darstellen. Für die Einbeziehung des Zufalls in Form des Loses speziell bei der Zuteilung von *Schul*plätzen (!) könnte ein solcher Rechtfertigungsgrund nach *Thomas Spitzlei* das Ziel der „Durchmischung" der Schülerschaft sein.

> „So gelangt man trotz der Existenz materieller Kriterien [z. B. Wohnort in Schulnähe, Geschwister an derselben Schule] zu einem *Eigenwert* der Zufallsentscheidung, der die damit verbundenen Nachteile [gemeint sein dürfte: den damit verbundenen Eingriff in Art. 3 Abs. 1 GG] zumindest relativiert."[116]

113 Vgl. *Joeres*, Parcoursup (Onlinequelle): „Der größte und umstrittenste Schritt folgte, nachdem so viele Personen wie möglich auf ihre Wunschhochschule verteilt wurden: Die restlichen Plätze wurden ausgelost. Dieses ‚Glücksspiel' empfanden viele Studienbewerber als stressig und ungerecht."

114 BT-Drs. 19/10623 v. 5.6.2019, S. 1.

115 s. oben, → § 6 Rn. 15 ff.

116 *Spitzlei*, in: Papathanasiou (Hg.), Zufall, 2020, S. 126 (463), unter Verweis auf OVG Bautzen, Beschl. v. 20.8.2018, Az. 2 B 304/18 = NVwZ-RR 2019, 467 – Aufnahme im Gymnasium durch Losverfahren, Rn. 5: „Übersteigt die Zahl der Aufnahmeanträge die […] Kapazität der Schule, muss, wenn Gesetz- und Verordnungsgeber [keine] Abwägungskriterien vorgegeben haben, in einem Auswahlverfahren unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes nach sachgerechten Kriterien darüber entschieden werden, welche der Bewerber die freien Plätze erhalten sollen. *Sachgerechte Kriterien* sind die zeitliche Dauer oder die Länge des Schulwegs, die Berücksichtigung des Umstands, dass bereits ein oder mehrere Geschwister des Aufnahmebewerbers an der Schule unterrichtet werden, sowie *das Zufallsprinzip*". Hervorhebungen hier.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Präzise" sei „dieser Eigenwert darin zu sehen, dass Bewerber mit einer sehr geringen Eignung nicht völlig chancenlos sind."[117] Und *Chancen zu haben* im Sinn eines „Rechts, es trotzdem zu versuchen" – wider besseren Wissens und aller Umstände – dürfte dabei nicht nur ein Individualinteresse darstellen. Sondern es dürfte Kern eines Gesellschaftssystems sein, das so stark auf der Idee der eigenen Selbstverwirklichung und der Offenheit der individuellen und gesellschaftlichen Zukunft aufbaut wie das unsere. Die Gestaltungsoffenheit der Zukunft ist nicht nur Individual- (Art. 2 Abs. 1 GG), sondern dezidiert gesellschaftliches Versprechen des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1, 2 GG).[118] In einer gewissen Weise ist unser Gesellschaftsmodell damit partiell (!) auf Unkenntnis der Zukunft und Einbeziehung des Zufalls im (subjektiven) Sinn des Unwahrscheinlichen aufgebaut. In einer etwas dramatischen Zuspitzung hat der „Zufallsforscher" *Walter Hehl*[119] es so beschrieben: „Zufallsmechanismen (Los, Lostrommel) sind Maschinen, um die Vergangenheit zu killen."[120] 58

Etwas weniger flapsig ausgedrückt könnte man sagen, dass eine Beimischung von Zufall als Entscheidungsmechanismus gerade in Bereichen wie Bildung und Berufswahl dafür sorgen kann, sowohl individuelle wie auch – aus der objektiv-rechtlichen/gesellschaftlichen Perspektive – organisatorische und institutionelle Pfadabhängigkeiten aufzubrechen. In gewisser Weise würde sich der Ansatz daher gut in die *Recht-auf-Vergessen*-Rechtsprechungslinie des Bundesverfassungsgerichts einfügen (ein *Recht auf Vergessen III*?).[121] Natürlich müssten Basissicherungen greifen: Die Zulassung zur Schule kann sicherlich stärker vom Zufall abhängig gemacht werden als diejenige zu einem (zumal kostenintensiven) Medizinstudium;[122] und Letztere könnte noch eher dem Losverfahren zugänglich sein als die finale Zulassung zur Praxis des Arztberufes selbst. 59

Als anschlussfähig könnte sich für die Frage nach der so motivierten Inkorporation des Zufalls als Auswahlkriterium ins deutsche (Verfassungs-)Recht eventuell auch die im Gentechnik-Bereich Anfang der 2000er Jahre geführte Diskussion um ein 60

117 *Spitzlei*, VerwArch 111 (2020), 439 (463), dort Fn. 161.

118 Vgl. sehr grundlegend i. d. S. die Auslegung von Art. 1 Abs. 1 GG mit Blick auf die (Un-)Zulässigkeit einer *unbedingt* lebenslangen Freiheitsstrafe, BVerfG, Urt. v. 21.6.1977, Az. 1 BvL 14/76 = BVerfGE 45, 187 (228 f.): „Mit einer so verstandenen Menschenwürde wäre es unvereinbar, wenn der Staat für sich in Anspruch nehmen würde, den Menschen zwangsweise seiner Freiheit zu entkleiden, ohne daß zumindest die Chance für ihn besteht, je wieder der Freiheit teilhaftig werden zu können." In gewisser Weise gehört es also zu unserem Gesellschaftsverständnis, dass jeder Mensch das Recht auf sein *Saulus-Paulus*-Erlebnis hat.

119 *Hehl*, in: Papathanasiou (Hg.), Zufall, 2020, S. 19 ff.; monographisch *ders.*, Der Zufall in Physik, Informatik und Philosophie, 2021.

120 *Hehl*, Der Zufall – die Kreativität, die aus der Physik kommt, Vortrag v. 4.3.2021.

121 Den Hinweis auf diesen Zusammenhang verdanke ich *Nikolaus Marsch*.

122 Scharf hiergegen – neben dem BVerfG – bspw. *Dürig*, in: Maunz/Dürig (Hg.), GG, Grundwerk, 1958, Art. 3 Abs. 1 Rn. 231: „Bankrotterklärung"; abl. auch *Depenheuer*, JZ 1993, 171 (179): „fundamentaler [Verstoß] gegen das abendländische Gerechtigkeitsideal der iustitia distributiva", falls Studienzulassungen nur noch dem Los anvertraut würden.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Recht auf Zufall“[123] (eng verknüpft mit dem „Recht auf Nichtwissen“[124]) erweisen, oder das heute im Zusammenhang mit der Möglichkeit von *Human Enhancement Technologies* formulierte “Right to an Open Future”.[125]

61 Wie gesagt soll das hier alles nicht vertieft werden, diese Erkenntnisinteressen liegen letztlich *neben* dem unseren: Es geht dabei nicht um eine bessere Durchsetzung von Recht, sondern um eine Neugestaltung des durchzusetzenden Rechts. Es geht um den Eigenwert von Zufall nicht nur bei der Rechtsdurchsetzung, sondern zur Erzeugung von Kontingenz als Alltags- und Lebenserfahrung *durch* das Recht, sodass der Zufall als *materiell*rechtliches Regelungsmittel dient/dienen würde (wohl nicht gleichsam als Regelungs*ziel*; das Ziel ist der positive Zufallsfund im weiteren Sinn, nicht das Handeln nach und mit Zufall selbst).[126]

3. Exkurs zum materiellen Recht II: das Konzept der Serendipität. Oder: Preference Assistance Technologies als Hindernis individueller Lernerfahrungen

62 Das leitet nun final zum Konzept der Serendipität über. Es sei nochmals an den Vorschlag der Fraktion von *Die Linke* erinnert: Zulassung zum Medizinstudium per Losentscheid *erstens*, weil Auswahlverfahren (angeblich) nicht funktionieren würden,[127] und *zweitens*, weil Ausgangschancen in der Gesellschaft ungleich verteilt seien.[128] Ein bestimmter Begründungsansatz für Zufallsentscheidungen taucht damit bislang noch nicht auf: die Begründung von Zufallsentscheidung mit der Ermöglichung von Serendipität. Serendipität beschreibt in

> „der nicht sehr schönen Übersetzung des englischen ‚serendipity‘ das von *Horace Walpole* in der Novelle ‚The three kings of Serendip‘ (i.e. Ceylon [heute Sri Lanka]) beschriebene Thema, daß diese Könige auf der Suche nach allem möglichen immer gerade nicht das Gesuchte fanden, aber doch anderes, vielfältig Nützliches entdeckten.“[129]

63 Diese knappe Definition stammt von *Maximilian Herberger*, der auf das Phänomen im Zusammenhang mit der 1999 noch alles andere als gut funktionierenden Internetrecherche spezifisch für rechtliche Zwecke hingewiesen hat: Er suchte mit altavista.de nach einer arbeitsgerichtlichen Entscheidung, fand aber zunächst den

123 *Heinemann*, in: ders./Dederer/Cantz (Hg.), Entwicklungsbiologische Totipotenz in Ethik und Recht, 2015, S. 289.
124 Dazu *A. Schneider*, NJW 2014, 3133 ff.; spezifisch mit Blick auf *Big-Data*-Anwendungen *Hahn*, MedR 2019, 197 ff.
125 s. hierzu bspw. *Bavelier* et al., Nature Human Behavior 3 (2019), 204 (205).
126 Deshalb insofern zweifelhaft die Begrifflichkeit des „Eigenwerts“ des Zufalls bei *Spitzlei*, VerwArch 111 (2020), 439 (462), der diesen so definieren will, dass der Zufall „somit nicht nur als Mittel zum Zweck“ diene, „sondern Mittel und Zweck verschmelzen“ würden.
127 s. soeben, → § 6 Rn. 54 f.
128 s. soeben, → § 6 Rn. 56.
129 *Herberger*, NJW 1999, 2424 (2425). Zur Definition insb. auch *Reviglio*, Ethics and Information Technology 21 (2019), 151 (152).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ARD-Ratgeber Recht – „ein für Juristen höchst relevantes Angebot". Naja – aber zumindest für *Herberger* generierte der Fehltreffer also offenbar einen relevanten Mehrwert, nach dem er nicht gesucht hatte. Auf den ersten Blick verblüffend ist in diesem Zusammenhang dann der Hinweis in den Fußnoten des Beitrags, dass die verbreitete Sorge, die menschliche „‚assoziative [zufällige] Ergebnisfindung'"[130] würde durch den Einsatz von Computern und deren Such- und Speichermöglichkeiten verarmen, unzutreffend sei; wie das Suchmaschinenbeispiel mit dem nützlichen Fehltreffer zum ARD-Ratgeber Recht zeige, sei vielmehr das „Gegenteil des […] Referierten wahr". Freilich hatte *Herberger* die Verbesserungen der Suchmaschinen-Technologien und wohl erst recht den Einsatz maschinell trainierter KI nicht bedacht/bedenken können. Deshalb verwundert es auch nicht, dass die Forderung, durch Zufallsmechanismen für Serendipität – also sozusagen für (positive) Zufallsfunde – zu sorgen, spezifisch im Zusammenhang mit den immer granularer und (wohl) immer treffsicherer arbeitenden Entscheidungsalgorithmen von *Social-Media*-Anbietern aufkommt; freilich bislang, soweit ersichtlich, fast ausschließlich im angel-sächsischen rechtswissenschaftlichen Schrifttum. Die Idee, durch den Einsatz des Zufalls als Entscheidungsmechanismus nicht nur pragmatisch auf Wissensprobleme zu reagieren, sondern das Unerwartete und Unerwartbare zu organisieren, scheint im deutschsprachigen rechtswissenschaftlichen Schrifttum bislang noch kaum reflektiert worden zu sein. Hier wird der Begriff bislang offenbar nur im patentrechtlichen Zusammenhang sowie vereinzelt in der Innovationsforschung[131] genutzt.[132]

Von Serendipität zu sprechen – statt von zufälligen Beobachtungen/Erkenntnissen/Erlebnissen oder gar von überwachungsrechtlich konnotierten Zufallserkenntnissen oder -funden[133] – ergibt guten Sinn, weil so der unerwarteten Entdeckung oder Lernerfahrung eine von vornherein positive Konnotation von Zufallserlebnissen mit positiver kognitiver Wirkung zugeschrieben werden kann.[134] Dabei versteht sich von selbst, dass nicht alle *rechtlichen* Entscheidungsprozesse auf Serendipität 64

130 *Herberger*, NJW 1999, 2424, dort Fn. 10, zitiert hier einen Internetbeitrag von *Ullrich Steybe* von der FH Fulda, der heute unter dem angegebenen Link nicht mehr abrufbar ist.

131 *Hill*, Verwaltung & Management 25 (2019), 249 (256).

132 Eine beck-online-Suche nach ‚Serendipität' und ‚*Serendipity*' ergibt lediglich sechs bzw. 43 Treffer (durchgeführt am 13.3.2023). Die meisten beziehen sich auf ein italienisches Unternehmen namens „Serendipity" als Klägerin eines Markenrechtsstreits oder auf patentrechtliche Beiträge. Bei einer erneuten Suche am 9.7.2025 waren es kaum mehr Treffer.

133 Hier fördert eine beck-online-Suche (durchgeführt am 7.9.2023) v. a. Ergebnisse zu straf-, steuer- und arbeitsrechtlichen Zufallsfunden i. S. von Straftaten etc. zu Tage; vgl. zudem die Begriffsverwendung in BVerfG, Urt. v. 20.4.2016, Az. 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 = BVerfGE 141, 220 – BKA-Gesetz, Sondervotum Schluckebier, Rn. 19 ff. Auch jenseits juristischer Quellen ist die Konnotation von Zufallserkenntnis/-fund ähnlich: Bei Wikipedia führt die Suche zu einem dezidiert strafprozessrechtlichen Eintrag (https://de.wikipedia.org/wiki/Zufallsfund), der eingeblendete weiterführende Link auf alternative Bedeutungen „in der Wissenschaft und weiteren Bereichen" führt dann bezeichnenderweise zum Eintrag „Serendipität" (https://de.wikipedia.org/wiki/Serendipit%C3%A4t).

134 Vgl. bspw. *Christian Busch*, The serendipity mindset, 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

angelegt werden können: Bei der Zulassung zum Medizinstudium zufällig einen guten Architekten zu finden, wäre absurd und würde der individuell-lebenszeitlichen und der gesamtgesellschaftlichen Bedeutung dieser Entscheidung nicht gerecht werden.

65 Wenn es um den Einsatz von *Preference Assistance Technologies* im durch diese immer mehr individualisierten Medienkonsum geht, ergibt das Konzept zumindest nach Auffassung vieler Kommentatoren aber Sinn. Diese Technologien werden nämlich für geeignet gehalten, den eigenen, individuellen Lernprozess gleichsam ‚abzuwürgen', weil sie die Kontingenzerfahrung hinsichtlich des Verhaltens *anderer* beenden könn(t)en (die Empirie ist noch unzureichend und teils auch umstritten[135]). Hier liegt der tiefere Zusammenhang zwischen den Möglichkeiten der Personalisierung und einem auf Kontingenzerfahrungen basierenden, mit dem Begriff der Serendipität positiv konnotierten Idealbild von bürgerlich-demokratischer Kommunikation. *Cass Sunstein* und einige andere haben im Zusammenhang mit dieser Personalisierung deshalb Überlegungen zu seiner *Ent*-Personalisierung angestellt.[136] *Sunstein* will der oben näher beschriebenen[137] und auch in der gegenwärtigen deutschen und EU-Regulierung stark ausgeprägten, von ihm sogenannte *Architecture of Control* der Nutzer von digitalen Diensten (= die hier sogenannten *Preference Assistance Technologies*) eine *Architecture of Serendipity* entgegenstellen.[138] Sie soll dafür sorgen, dass Nutzer im Interesse eines gemeinsamen demokratischen Diskurses nicht nur das selbst Präferierte erfahren,[139] sondern auch weiterhin (also wie angeblich bislang in der analogen Welt) mit solchen Nachrichten, Meinungen und

135 Zum Stand der Forschung zu den sog. „Echokammern" (s. *Rau/Stier*, Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft 13 [2019], 399 ff.) und „Filterblasen" (begriffsprägend *Pariser*, Filter Bubble, 2017) s. *Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*, WD 10 - 3000 - 007/22 v. 21.3.2022, S. 15 ff.; vgl. auch das Fazit, a. a. O., auf S. 19: „Effekte von Rückkoppellungen und kognitive Verzerrungen können zum Entstehen von Phänomenen wie Echokammern und Filterblasen beitragen. Dies lässt sich jedoch nur schwer nachweisen, auch weil sich Intermediäre meist der wissenschaftlichen Untersuchung entziehen. Einschlägige Studien sind häufig ambivalent, die Effekte auf Nutzende und die Medienlandschaft lassen sich nur schwer erforschen."

136 *Sunstein*, #Republic, 2017, passim; dazu *Schemmel*, Der Staat 57 (2018), 501 (512 f.); ausf. *Mengden*, Zugangsfreiheit und Aufmerksamkeitsregulierung, 2018, S. 333 ff., 393 ff. Auch wenn man die Thesen von Filterblasen und Echokammern nicht teilt, die den Ausführungen u. a. von *Sunstein* zugrunde liegen, kann Entpersonalisierung Sinn ergeben: Es gibt Mutmaßungen, dass es *gerade* die von Algorithmen forcierte, da Aufmerksamkeit bindende und damit Werbeeinnahmen generierende vermehrte Konfrontation mit anderen Standpunkten sein könnte, die zu verstärkter gesellschaftlicher Polarisierung führe; s. *Törnberg*, PNAS 119 (2022), e2207159119.

137 s. oben, ab → S. 230.

138 *Sunstein*, #Republic, 2017, bes. S. 1, 5, 259 ff.

139 Wirkmächtig, mittlerweile aber auch umstr. *Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten, 2018, S. 268: „So führen die […] algorithmische Konstruktion von Benutzerprofilen und die entsprechende Fabrikation maßgeschneiderter digitaler Umwelten dazu, dass die Individuen immer weniger mit dem völlig Andersartigen, Überraschenden und Zufälligen konfrontiert werden, deren Irritationspotential nicht selten Anstoß zur Selbstveränderung gibt." Als widerlegt gelten dürften die Thesen *Reckwitz'* von einer spezifisch *räumlichen* Polarisierung der Bevölkerung nach Metropolen, Kleinstädten, Land, hierzu *Konietzka/Martynovych*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 74 (2022), 169 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

allgemein mit Informationen konfrontiert werden, die nicht ihren Präferenzen und Vorurteilen entsprechen:

> "[…] Facebook might offer 'serendipity buttons', exposing people to unanticipated, unchosen material on their News Feed. Perhaps material could draw from the news stories from prominent outlets, such as the New York Times and the Wall Street Journal. On a random basis, perhaps they could provide material on events and countries other than one's own. With serendipity buttons, Facebook users could think, I am here in large part to learn. […] | […] An aggressive idea would be that users receive serendipity or opposing viewpoints by default, subject to the right to opt out".[140]

Sunsteins Idee bzw. allgemeiner: die Forderung nach Entpersonalisierungsmöglichkeiten hat der europäische Gesetzgeber im neuen Art. 38 des Digital Services Act (DSA) in abgeschwächter Form aufgegriffen. Die Norm sieht vor, dass die Nutzer von „sehr großen Online-Plattformen und sehr großen Online-Suchmaschinen, die Empfehlungsalgorithmen verwenden", einen Anspruch darauf haben, „mindestens eine Option für jedes Empfehlungssystem" zu erhalten, „die nicht auf Profiling gemäß Art. 4 Abs. 4 [DSGVO] beruht"[141] – also, mit anderen Worten, die entpersonalisierte ‚Erfahrungen' ermöglicht.[142] 66

Der Zufallsmechanismus bewältigt hier kein Wissensproblem in einem konkreten Entscheidungszusammenhang, sondern setzt breiter an: Es geht sozusagen um eine allgemeine Wissens*vorsorge* in der Bevölkerung aus demokratietheoretischen Erwägungen, eine Art Konfrontationsgebot mit abweichenden Ansichten, unbekannten Thesen, neuem Wissen etc.[143] Diese positive normative Aufladung des Zufalls als Steuerungsmodus erklärt auch, warum bzw. dass *Sunstein* den im Deutschen wie gesagt noch selten verwendeten Begriff der Serendipität (*Serendipity*) verwendet, um dessen positive Konnotation einzufangen. 67

Ob Serendipität als – zumindest beiläufiges – Regelungsziel bei der Ausgestaltung rechtlicher Entscheidungsarrangements über das spezifische Beispiel der sozialen Medien hinaus mitgedacht werden kann und soll, stellt freilich auch eine Forschungsfrage dar, der hier nicht vertieft nachgegangen werden kann. Denn auch insoweit handelt es sich um eine Anfrage an das *materielle* Recht, nicht an dessen Durchsetzung, die im Fokus unserer Überlegungen stand. Doch fällt auf, dass das 68

140 *Sunstein*, #Republic, 2017, S. 232 f. Zustimmend *Dornis*, ZfPW 8 (2022), 310 (340 f.).

141 s. hierzu im ersten Zugriff *Grisse*, in: Hofmann/Raue (Hg.), NK-DSA, 2023, Art. 38 Rn. 1 ff.; auch *dies.*, ebd., Art. 26 Rn. 6 m. w. N.

142 *Reviglio*, Ethics and Information Technology 21 (2019), 151 (162), der sich als einer der ersten mit dem Konzept der Serendipität spezifisch im Zusammenhang mit Online-Plattformen beschäftigt hat, war hinsichtlich der Regulierbarkeit skeptisch: "From a regulatory perspective, optimize social media for serendipity does not appear promising".

143 Für eine Erweiterung dieser Ideen auf Bereiche jenseits der sozialen Medien s. bspw. SZ Streiflicht v. 17.8.2019, S. 1: „So vieles andere ist noch denkbar: die Bevorzugung von Fahrgemeinschaften politisch kontrovers denkender Menschen […]."

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ziel, aus dem Unerwarteten *zu lernen*, hier (= soziale Medien) wie dort (= demokratische Rechtsdurchsetzung) einen Grund darstellen kann, dem Zufall einen gewissen Raum einzuräumen; und das damit einen Grund darstellen könnte, warum das Potential von KI, ihn (den Zufall) aus unserem rechtlichen Alltag weitgehend zu verdrängen, besser nicht voll ausgeschöpft werden sollte.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Fazit. Und zwei Anliegen.

Die Arbeit an dem vorliegenden Buch begann mit einer im Kern einfachen Frage: Gibt es einen Eigenwert von Rechtsbrüchen, der die Möglichkeit zum Rechtsbruch auch in Zukunft erhaltenswert erscheinen lässt? Und das, obwohl KI es zunehmend *möglich*[1] und zunehmend *wahrscheinlich* machen wird (so habe ich in einem doppelten, einerseits rechtlichen,[2] andererseits normsoziologischen Zugriff[3] argumentiert), dass diese Möglichkeit zum Rechtsbruch immer mehr beseitigt werden wird. Die das Recht bislang *theoretisch-deskriptiv* prägende Verhaltenskontingenz wird damit immer kleiner werden, der Eindruck von Zufälligkeiten verschwindet sukzessive aus unserer Rechts- und damit Gesellschaftsordnung. 1

Die Antwort auf die Frage ist im ersten Zugriff ebenfalls einfach: Es ist mindestens ein Akt der politischen Klugheit, nach der hier vertretenen Auffassung aber darüber hinaus auch ein aus dem Demokratieprinzip ableitbares Rechtsgebot, in bestimmten Lebens- und Normbereichen die Möglichkeit zur individuellen Abweichung vom Gesollten zu erhalten (Erhalt von Verhaltenskontingenz). Anhand der Abweichung kann das Gesollte selbst in einer informierten, sozusagen anschauungsgesättigten Weise immer wieder neu hinterfragt und gegebenenfalls verworfen oder – für einen stets zu begrenzenden Zeitraum – mit neuem, auch technologisch assistiertem Druck durchgesetzt werden (Erhalt von Normkontingenz).[4] Oder, einfacher ausgedrückt: Gelebte Devianz ist eine Form gesellschaftlicher Wissensgenerierung über normative Alternativen, die unter gewissen Bedingungen[5] erhalten werden muss. Das ist das erste, zunächst vielleicht durchaus provokante *direkte* Ergebnis dieser Arbeit. 2

Aus der Arbeit an dem Buch, genauer gesagt: aus der Abfassung der Grundlagenteile über die Rolle von KI im Recht bzw. Recht durch KI,[6] resultieren aber auch zwei indirekte, m. E. aber ebenso bedeutsame Ergebnisse, die ich hier nochmals deutlich hervorheben möchte. Andernfalls könnten sie hinter der Aussage ‚Rechtsbrüche haben einen Eigenwert' allzu leicht untergehen. 3

1 s. für Anwendungsbeispiele künstlich-intelligenter Rechtserkenntnis und Rechtsdurchsetzung → S. 70 ff.; zur (potentiellen) Leistungsfähigkeit dieser Technologien, den menschlichen Rechtserkenntnisprozess zu unterstützen und ggf. zu ersetzen, → S. 271 ff.

2 = Zunahme der Fälle von Devianz, die im hier sog. Hilfeleistungsnarrativ zu behandeln (und deshalb *grds. zu verhindern*) sind; s. hierfür → S. 237 ff., auch → S. 391 f.

3 = Zunahme der Fälle, in denen Rechtsanwendungsoperationen in formalisierten Strukturen erfolgen, was jedenfalls unbewusste, aber auch die Wahrscheinlichkeit bewusster Devianz reduzieren wird; s. hierzu → S. 393 ff.

4 s. hierzu → S. 494 ff.

5 Hierzu ab → S. 507.

6 s. bes. → § 4, ab S. 326.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4 *Erstens*: In der Diskussion um die Nutzung von KI zur Optimierung der Rechtsrealisierung ist mir in vielen Debattenbeiträgen eine erstaunliche Sakralisierung des Rechtsanwendungsprozesses und seiner *professionellen* Akteure begegnet: nicht nur in dem Sinn, dass Maschinen diese Arbeit (angeblich) auf keinen Fall übernehmen könnten (was im Jahr 2025 immer weniger realistisch erscheint); sondern auch in dem Sinn, dass die mit der Steuerung durch Normen verbundenen Leistungen (Konkretisierungsleistung, Reflexionsleistung etc.[7]) angesichts ihrer enormen Komplexität sehr *positiv* gewertet, um nicht zu sagen überhöht wurden. Eine Aussage von *Mireille Hildebrandt* steht dafür paradigmatisch. Sie schreibt, direkt bezogen auf die Möglichkeiten technologischer Rechtsumsetzung und -durchsetzung:

> "In his *Spirit of the Laws*, Montesquieu remarks that a moderate government fares well with a complex criminal law, as this provides a buffer between ruler and ruled.[8] […] Interpretation must take into account the legal effect that a decision will have on similar cases, while paying keen attention to how the same norm has been applied in preceding case law. That takes time and forces the court to suspend any immediate intuitive evaluation; it generates a professional hesitation".[9]

5 Ob das richtig ist oder nicht, sei hier dahingestellt – in einer Demokratie ist die Affirmation des Auseinanderfallens von *Ruler* und *Ruled* schon ein m. E. zweifelhafter Ausgangspunkt. Wichtiger ist, dass diese vermeintlich besonders rechtsstaatliche Perspektive, die *Hildebrandt* ja keineswegs allein einnimmt, den zentralen Aspekt bzw. die beiden zentralen Aspekte aus dem Blick geraten lässt: Recht ist erstens *Alltagssteuerung*,[10] und ist zweitens, in der Regel, Steuerung für und durch rechtliche *Laien*. Das ist die Kernaussage des hier sogenannten republikanischen Bürgerschafts- und Rechtsverständnisses.[11]

6 Interesse an einer *Professional Hesitation* können diese Laien schon allein deshalb nicht haben, weil sie keine *Professionals* des Rechts sind und auch nicht sein müssen und es in aller Regel auch nicht sein wollen. Gleichwohl stehen sie als (häufige) Erstadressaten des Rechts[12] unter einem akuten Entscheidungsdruck. Wenn KI in Form der diversen *Technologies*, die in diesem Buch vorgestellt und kategorisiert wurden,[13] ihnen in solchen Konstellationen helfen kann, die ‚richtige' – d. h.: eine zumindest vertretbare – Entscheidung zu treffen, ist das erst einmal positiv zu

7 Für eine Übersicht s. ab → S. 271.
8 *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 179.
9 Ibid., S. 180.
10 Ob sich darin zugleich eine „gemeinschaftliche Vernunftleistung" realisiert, in der „der Mensch sich [erkennt] und […] die Menschen sich wechselseitig sowohl als Vernunftwesen, als auch in ihrem Eingebundensein in die Endlichkeit auf der einen Erde [anerkennen]" (so *Rösinger*, ZfDR 2021, 147 [151]), erscheint mir als entweder unbewusste oder – wenn es um eine bewusste Operation geht – sehr seltene Leistung möglich, kann aber gerade deshalb für unsere Zwecke offenbleiben.
11 Zur Begründung ausf. ab → S. 328.
12 Dazu → § 4 Rn. 32 ff.
13 Oben, ab → S. 70.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werten. Der Vergleichs- und Bewertungsmaßstab für ‚richtig' ist und darf dabei nicht bestimmt sein durch die zur *Professional Hesitation* befähigte Richterin, sondern wird festgelegt durch den mit den Details des modernen Datenschutz-[14], Steuer- oder Urheberrechts etc. eigentlich schon überforderten und daran im Zweifel aber auch gar nicht interessierten rechtlichen Laien.[15]

Nur *prima facie* konträr hierzu liegt das *zweite indirekte Ergebnis* der Arbeit: Gerade habe ich gesagt, dass wir Abstand nehmen sollten von der Beinahe-Sakralisierung des Rechtsrealisierungsprozesses als einer hoch professionellen, nur nach langem Wägen bewusst komplex gehaltener Vorschriften erfüllbaren Aufgabe. Nur scheinbar steht dazu in Widerspruch die hier erhobene Forderung, das geschriebene Recht selbst in dem Sinn (neu) *ernst zu nehmen*, dass der Bürger einen Anspruch darauf hat, nur mit solchem Recht, d. h. insbesondere nur mit solchen Verboten und Geboten, konfrontiert zu werden, die wirklich *ernst gemeint* sind.[16] Rechtserkenntnis- und vor allem rechtsdurchsetzungsfähige Technologien zwingen uns dazu, dieses nicht *wirklich* ernst gemeinte Recht (das hier sogenannte *normative Overblocking*) zu identifizieren und gegebenenfalls zu korrigieren oder Arrangements zu schaffen, in denen die Normadressaten es selbst technologisch assistiert für ihren Einzelfall korrigieren können.[17] 7

Damit kommt – salopp formuliert – viel Arbeit auf den Gesetzgeber, die Justiz und die Rechtswissenschaft zu. Diese dürfen sich dieser Arbeit aber gerade nicht dadurch entledigen, dass sie auf ein vermeintliches Freiheitsrecht des Einzelnen zum Normbruch verweisen,[18] um dadurch die Härten des überschießend formulierten oder angewendeten Rechts auf der individuellen Ebene (nur) desjenigen korrigieren zu können, der genug Chuzpe hat, den Rechtsbefehl gelegentlich (oder immer?) zu ignorieren. Das wäre letztlich nichts anderes als das Eingeständnis, Normen formuliert und in Geltung gesetzt zu haben, welche die Freiheit in einem unzureichenden Maß achten; und es wäre der Versuch, die Verantwortung für die Beseitigung des normativen *Overblocking* auf den einzelnen rechtlichen Laien zu delegieren. 8

14 Zum Rechtsgebot zur möglichst weitgehenden Nutzung von *Impossibility Structures* speziell in diesem Bereich → S. 143 ff.

15 Zum richtigen Vergleichs- und Bewertungsmaßstab für rechtserkenntnis- und rechtsdurchsetzungsfähige Technologien ab → S. 321 ff. Damit ist nicht bestritten, dass innerhalb der Gruppe der Laien nochmals differenziert werden kann und muss.

16 s. zu dieser Diskussion → § 5 Rn. 99 ff., bes. → § 5 Rn. 121: Frei sein heißt nicht, nach eigenem Belieben gegen Recht verstoßen zu können. Frei sein heißt, nicht mit einem Verbot konfrontiert zu werden, das nicht ernst gemeint ist.

17 Hierzu → S. 302 ff. und → § 4 Rn. 110 ff.

18 Zur Auseinandersetzung mit derart, also freiheitsrechtlich begründeten Forderungen nach einem Recht, die Möglichkeit zum Rechtsbruch zu besitzen, ausf. ab → S. 441.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

9 Das schiene mir kein liberales oder soziales, sondern ein durchaus vorrechtliches Rechtsverständnis zu sein, das demjenigen ‚Recht'[19] gibt, der bereit ist, es sich zu nehmen. Dass das in der rein analogen Vergangenheit in vielen Fällen möglicherweise genau so und wahrscheinlich auch schwer vermeidbar war, ist weder Anlass noch Grund, die Möglichkeiten moderner rechtserkenntnis- und rechtsdurchsetzungsfähiger Technologien *nicht* dafür zu nutzen, damit wir diesen Zustand künftig hinter uns lassen können.

19 ‚Recht' i. S. von vorrechtlicher Freiheit, zu tun und zu lassen, was einem beliebt. Dazu, dass das Grundgesetz einen davon abweichenden, rechtlich und sozial gebundenen Freiheitsbegriff kennt, in → Fn. 59 (Einleitung) sowie → § 5 Rn. 97 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Literaturverzeichnis

Abbott, Ryan, The Reasonable Robot, Cambridge, United Kingdom/New York, NY, USA/Port Melbourne, VIC, Australia/New Delhi, India/Singapore 2020.

Achtert, Werner/Engelke, Jan-Philipp/Evdokimova, Alexandra/Jennrich, Kathleen/Marquardsen, Maria/Möller, Maximilian/Schulte, Sandra/Seer, Roman/Welsch, Regina, Digitale Verwaltung braucht digitaltaugliches Recht, Nationaler Normenkontrollrat, Berlin 2021, www.normenkontrollrat.bund.de/Webs/NKR/SharedDocs/Downloads/DE/Gutachten/2021-digitale-verwaltung-braucht-digitaltaugliches.pdf?__blob=publicationFile&v=6, besucht am 14.10.2023.

Adams-Prassl, Jeremias/Binns, Reuben/Kelly-Lyth, Aislinn, Directly Discriminatory Algorithms, The Modern Law Review 86 (2023), S. 144–175.

Ahlberg, Hartwig/Götting, Horst-Peter/Lauber-Rönsberg, Anne (Hg.), BeckOK Urheberrecht, 32. Edition Stand 15.9.2021, München.

Ahn, Michael/Brohan, Anthony/Brown, Noah/Chebotar, Yevgen/Cortes, Omar/David, Byron/Finn, Chelsea/Fu, Chuyuan/Gopalakrishnan, Keerthana/Hausman, Karol/Herzog, Alex/Ho, Daniel/Hsu, Jasmine/Ibarz, Julian/Ichter, Brian/Irpan, Alex/Jang, Eric/Ruano, Rosario Jauregui/Jeffrey, Kyle/Jesmonth, Sally/Joshi, Nikhil J./Julian, Ryan/Kalashnikov, Dmitry/Kuang, Yuheng/Lee, Kuang-Huei/Levine, Sergey/Lu, Yao/Luu, Linda/Parada, Carolina/Pastor, Peter/Quiambao, Jornell/Rao, Kanishka/Rettinghouse, Jarek/Reyes, Diego/Sermanet, Pierre/Sievers, Nicolas/Tan, Clayton/Toshev, Alexander/Vanhoucke, Vincent/Xia, Fei/Xiao, Ted/Xu, Peng/Xu, Sichun/Yan, Mengyuan/Zeng, Andy, Do As I Can, Not As I Say: Grounding Language in Robotic Affordances, arXiv:2204.01691 (4.4.2022).

Akbarian, Samira, Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation, Tübingen 2023.

Alacayir, Baki, Herausgabe von Bestands- und Nutzungsdaten nach TTDSG im Lichte der Künast-Rechtsprechung des BVerfG, GRUR-Prax 2022, S. 271–273.

Alayrac, Jean-Baptiste/Donahue, Jeff/Luc, Pauline/Miech, Antoine/Barr, Iain/Hasson, Yana/Lenc, Karel/Mensch, Arthur/Millican, Katie/Reynolds, Malcolm/Ring, Roman/Rutherford, Eliza/Cabi, Serkan/T. Han/Gong, Zhitao/Samangooei, Sina/Monteiro, Marianne/Menick, Jacob/Borgeaud, Sebastian/Brock, Andrew/Nematzadeh, Aida/Sharifzadeh, Sahand/Binkowski, Mikolaj/Barreira, Ricardo/Vinyals, Oriol/Zisserman, Andrew/Simonyan, Karen, Flamingo: a Visual Language Model for Few-Shot Learning, in: Koyejo, Sanmi/Mohamed, Shakir/Agarwal, Alekh/Belgrave, Danielle/Cho, Kyunghyun/Oh, Alice (Hg.), Advances in Neural Information Processing Systems (35) 2022, S. 23716–23736.

Albers, Marion, Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II: Informationsordnung – Verwaltungsverfahren – Handlungsformen, 2. Aufl., München 2012, § 22 = S. 107–234 (zitiert: GVwR II, § 21).

Albino, Vito/Berardi, Umberto/Dangelico, Rosa Maria, Smart Cities: Definitions, Dimensions, Performance, and Initiatives, Journal of Urban Technology 22 (2015), S. 3–21.

Aleger Global GmbH, Smart Maintenance – Wie Sie Ihre Instandhaltung fit für die Zukunft machen, alegerglobal.com/augmented-reality/anwendungsbereiche/smart-maintenance/, besucht am 26.4.2023.

Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main 2006.

–, Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit, AöR 140 (2015), S. 497–513.

Al-Sayed, Amna/Al-shammari, Faizah/Alshutayri, Areej/Aljojo, Nahla/Aldhahri, Eman/Abouola, Omar, The Smart City-Line in Saudi Arabia: Issue and Challenges, PO 13 (2022), S. 15–37.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Alshuwaikhat, Habib M./Aina, Yusuf A./Binsaedan, Lolwah, Analysis of the implementation of urban computing in smart cities: A framework for the transformation of Saudi cities, Heliyon 8 (2022), S. e11138.

Amigo, Glauco/Dong, Liang/Marks II, Robert J., Forecasting Pseudo Random Numbers Using Deep Learning, 15th International Conference on Signal Processing and Communication Systems (ICSPCS), https://ieeexplore.ieee.org/xpl/conhome/9660209/proceeding, besucht am 29.8.2025.

Anderson, Susan Leigh, Asimov's "three laws of robotics" and machine metaethics, AI & Society 22 (2008), S. 477–493.

Armbruster, Alexander, Ringen um die Riesennetze, F.A.Z. vom 28.6.2021, S. 18.

Artyushina, Anna, Is civic data governance the key to democratic smart cities? The role of the urban data trust in Sidewalk Toronto, Telematics and Informatics 55 (2020), S. 101456.

Atil, Berk/Chittams, Alexa/Fu, Liseng/Ture, Ferhan/Xu, Lixinyu/Baldwin, Breck, LLM Stability: A detailed analysis with some surprises, arXiv:2408.04667 (12.9.2024).

Auer, Marietta, Willkür rechtlicher Entscheidungsverfahren? ARSP 88 (2002), S. 1–27.

Augsberg, Ino/Augsberg, Steffen/Heidbrink, Ludger, Einleitung, in: Augsberg, Ino/Augsberg, Steffen/Heidbrink, Ludger (Hg.), Recht auf Nicht-Recht: Rechtliche Reaktionen auf die Juridifizierung der Gesellschaft, Weilerswist 2020.

Awad, Edmond/Dsouza, Sohan/Schulz, Jonathan/Henrich, Joseph/Shariff, Azim/Bonnefon, Jean-François/Rahwan, Iyad, The Moral Machine experiment, Nature 563 (2018), S. 59–64.

Axis Communications, Geräuscherfassung, www.axis.com/de-de/solutions/sound-detection, besucht am 26.4.2023.

Bachmann, Gregor, Compliance: Das WpHG als Vorreiter und Opfer einer Entwicklung, in: Grundmann, Stefan/Merkt, Hanno/Mübert, Peter O. (Hg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 80. Geburtstag am 24. August 2020, Berlin 2020, S. 17–32 (zitiert: FS Hopt).

Bäcker, Matthias, Kriminalpräventionsrecht, Tübingen 2015.

–, Vereitelungssysteme – Chancen, Risiken und Grenzen der automatisierten Rechtsdurchsetzung, Antrittsvorlesung in Mainz am 14.7.2022.

Bäcker, Matthias/Denninger, Erhard/Graulich, Kurt, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl., München 2021 (zitiert: PolR-HdB).

Baer, Franziskus, Staatliche Steuerung durch Nudging im Lichte der Grundrechte, Tübingen 2023.

Baer, Susanne, Rechtssoziologie, 4. Aufl., Baden-Baden 2021.

Bai, Yuntao/Kadavath, Saurav/Kundu, Sandipan/Askell, Amanda/Kernion, Jackson/Jones, Andy/Chen, Anna/Goldie, Anna/Mirhoseini, Azalia/McKinnon, Cameron/Chen, Carol/Olsson, Catherine/Olah, Christopher/Hernandez, Danny/Drain, Dawn/Ganguli, Deep/Li, Dustin/Tran-Johnson, Eli/Perez, Ethan/Kerr, Jamie/Mueller, Jared/Ladish, Jeffrey/Landau, Joshua/Ndousse, Kamal/Lukosuite, Kamile/Lovitt, Liane/Sellitto, Michael/Elhage, Nelson/Schiefer, Nicholas/Mercado, Noemi/DasSarma, Nova/Lasenby, Robert/Larson, Robin/Ringer, Sam/Johnston, Scott/Kravec, Shauna/Showk, Sheer El/Fort, Stanislav/Lanham, Tamera/Telleen-Lawton, Timothy/Conerly, Tom/Henighan, Tom/Hume, Tristan/Bowman, Samuel R./Hatfield-Dodds, Zac/Mann, Ben/Amodei, Dario/Joseph, Nicholas/McCandlish, Sam/Brown, Tom/Kaplan, Jared, Constitutional AI: Harmlessness from AI Feedback, arXiv:2212.08073 (15.12.2022).

Ball, Matthew, Framework for the Metaverse, www.matthewball.vc/all/forwardtothemetaverseprimer, besucht am 9.9.2021.

Bánbura, Marta/Giannone, Domenico/Reichlin, Lucrezia, Nowcasting, ECB Working Paper No. 1275, Frankfurt am Main, Dezember 2010.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Barczak, Tristan, Der nervöse Staat, 2. Aufl., Tübingen 2021.

Barkhausen, Barbara, Anschreien und Ausbremsen – Wie Melbourne E-Scooter-Fahrern Manieren beibringen will, H.A.Z. online vom 15.8.2023, www.haz.de/panorama/anschreien-und-ausbremsen-wie-melbourne-e-scooter-fahrern-manieren-beibringen-will-H3AVF5T64JF7RCFLUAAUEVYMSM.html, besucht am 12.10.2023.

Barocas, Solon/Hardt, Moritz/Narayanan, Arvind, Fairness and Machine Learning 2019, fairmlbook.org/, besucht am 12.10.2023.

–, Fairness and Machine Learning 2021, fairmlbook.org/, besucht am 12.10.2023.

Bäuerle, Michael, Elemente einer Europäischen Vision für die Regulierung von Big Data bei Polizei und Justiz – Regulierungsansätze für das polizeiliche Mandat in der digitalisierten sozialen Wirklichkeit, CR 2023, S. 64–69.

Baur, Alexander, Maschinen führen die Aufsicht, ZIS 15 (2020), S. 275–284.

Bavelier, Daphne/Savulescu, Julian/Fried, Linda P./Friedmann, Theodore/Lathan, Corinna E./Schürle, Simone/Beard, John R., Rethinking Human Enhancement as Collective Welfarism, Nature Human Behavior 3 (2019), S. 204–206.

Bayer, Martin, Was Sie über Landwirtschaft 4.0 wissen müssen, COMPUTERWOCHE vom 21.7.2020, abrufbar unter: www.computerwoche.de/a/was-sie-ueber-landwirtschaft-4-0-wissen-muessen,3544215, besucht am 12.10.2023.

Beaucamp, Sophie, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, Tübingen 2022.

Beck, Susanne, Die Suggestion einzig richtiger Entscheidungen im Recht - notwendig oder vermeidbar? in: Schuhr, Jan C. (Hg.), Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft, Tübingen 2014, S. 11–32.

–, Die Diffusion strafrechtlicher Verantwortlichkeit durch Digitalisierung und Lernende Systeme, Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 15 (2020), S. 41–50.

Beckedorf, Janis, Komplexität des Rechts – Eine quantitative Untersuchung der Struktur des Rechts, Tübingen 2025.

Becker, Maximilian, Von der Freiheit, rechtswidrig handeln zu können, ZUM 2019, S. 636–648.

Beer, Kristina, Amazon Go: Amazon eröffnet kassenloses Lebensmittelgeschäft, heise online vom 6.12.2016, www.heise.de/news/Amazon-Go-Amazon-eroeffnet-kassenloses-Lebensmittelgeschaeft-3559328.html, besucht am 12.10.2023.

Behrendt, Svenja, Entzauberung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, Tübingen 2023.

Bender, Justus, Erste Generation, F.A.S. vom 25.12.2023, S. 10.

–, Sekundenkleber ist out, F.A.S. vom 8.1.2023, S. 6.

Bender, Philip Maximilian, Grenzen der Personalisierung des Rechts, Tübingen 2023.

Bengio, Yoshua, et al., Pause Giant AI Experiments: An Open Letter, 22.3.2023, https://futureoflife.org/open-letter/pause-giant-ai-experiments/, besucht am 12.10.2023.

Bengio, Yoshua/Courville, Aaron/Vincent, Pascal, Representation Learning: A Review and New Perspectives, IEEE Transactions on Pattern Analysis and Machine Intelligence 35 (2013), S. 1798–1828.

Benifei, Brando/Tudorache, Ioan-Dagoş, Draft Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative Acts, 2021/0106(COD) vom 20.4.2022.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Benz, Christian, Additive Überwachungsmaßnahmen. Ein Beitrag zur Dogmatik additive Grundrechtseingriffe sowie zur Konturierung des Verbots der Rundumüberwachung, Tübingen 2024.

Berk, Richard/Heidari, Hoda/Jabbari, Shahin/Kearns, Michael/Roth, Aaron, Fairness in Criminal Justice Risk Assessments: The State of the Art, Sociological Methods & Research 50 (2021), S. 3–44.

Bernzen, Anna K./Kehrberger, Roman F., Rechtsdurchsetzung durch Informationstechnik, RW 10 (2019), S. 374–407.

Bertrand, Astrid/Maxwell, Winston/Vamparys, Xavier, Are AI-based Anti-Money Laundering (AML) Systems Compatible with European Fundamental Rights? Paris 10.11.2020, https://hal.science/hal-02884824v3, besucht am 12.10.2023.

BfDI, Bericht über das öffentliche Konsultationsverfahren des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit zum Thema: Einsatz von Künstlicher Intelligenz im Bereich der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr, Bonn 23.3.2022, www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Konsultationsverfahren/2_KI-Strafverfolgung/Konsultationsbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=3, besucht am 12.10.2023.

Binder, Julius, Rechtsnorm und Rechtspflicht, Aalen 1970.

Blankenburg, Erhard, Über die Unwirksamkeit von Gesetzen, ARSP 63 (1977), S. 31–58.

Blufarb, Ruth, Geschichten im Recht, Baden-Baden 2017.

–, Law as Narrative und das deutsche Recht – Chancen und Grenzen, in: Fludernik, Monika/Schäfer, Frank L. (Hg.), Erzählen und Recht/Narrative and Law, Baden-Baden 2022, S. 29–53.

Blumröder, Lucas von/Breiter, Andreas, Die Nutzung maschineller Lernsysteme für den Erlass verwaltungsrechtlicher Ermessensentscheidungen, dms 13 (2020), S. 448–463.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: ders. (Hg.), Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1992, S. 115–145.

Bode, Thomas A., Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, Berlin, Heidelberg, 2012.

Böge, Friederike, Die Künstliche Intelligenz vom Lande, F.A.Z. vom 9.4.2019, S. 3.

Bommasani, Rishi/Hudson, Drew A./Adeli, Ehsan/Altman, Russ/Arora, Simran/von Arx, Sydney/Bernstein, Michael S./Bohg, Jeannette/Bosselut, Antoine/Brunskill, Emma/Brynjolfsson, Erik/Buch, Shyamal/Card, Dallas/Castellon, Rodrigo/Chatterji, Niladri/Chen, Annie/Creel, Kathleen/Davis, Jared Quincy/Demszky, Dorottya/Donahue, Chris/Doumbouya, Moussa/Durmus, Esin/Ermon, Stefano/Etchemendy, John/Ethayarajh, Kawin/Fei-Fei, Li/Finn, Chelsea/Gale, Trevor/Gillespie, Lauren/Goel, Karan/Goodman, Noah/Grossman, Shelby/Guha, Neel/Hashimoto, Tatsunori/Henderson, Peter/Hewitt, John/Ho, Daniel E./Hong, Jenny/Hsu, Kyle/Huang, Jing/Icard, Thomas/Jain, Saahil/Jurafsky, Dan/Kalluri, Pratyusha/Karamcheti, Siddharth/Keeling, Geoff/Khani, Fereshte/Khattab, Omar/Koh, Pang Wei/Krass, Mark/Krishna, Ranjay/Kuditipudi, Rohith/Kumar, Ananya/Ladhak, Faisal/Lee, Mina/Lee, Tony/Leskovec, Jure/Levent, Isabelle/Li, Xiang Lisa/Li, Xuechen/Ma, Tengyu/Malik, Ali/Manning, Christopher D./Mirchandani, Suvir/Mitchell, Eric/Munyikwa, Zanele/Nair, Suraj/Narayan, Avanika/Narayanan, Deepak/Newman, Ben/Nie, Allen/Niebles, Juan Carlos/Nilforoushan, Hamed/Nyarko, Julian/Ogut, Giray/Orr, Laurel/Papadimitriou, Isabel/Park, Joon Sung/Piech, Chris/Portelance, Eva/Potts, Christopher/Raghun-

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

athan, Aditi/Reich, Rob/Ren, Hongyu/Rong, Frieda/Roohani, Yusuf/Ruiz, Camilo/Ryan, Jack/Ré, Christopher/Sadigh, Dorsa/Sagawa, Shiori/Santhanam, Keshav/Shih, Andy/Srinivasan, Krishnan/Tamkin, Alex/Taori, Rohan/Thomas, Armin W./Tramèr, Florian/Wang, Rose E./Wang, William/Wu, Bohan/Wu, Jiajun/Wu, Yuhuai/Xie, Sang Michael/Yasunaga, Michihiro/You, Jiaxuan/Zaharia, Matei/Zhang, Michael/Zhang, Tianyi/Zhang, Xikun/Zhang, Yuhui/Zheng, Lucia/Zhou, Kaitlyn/Liang, Percy, On the Opportunities and Risks of Foundation Models, arXiv:2108.07258 (12.7.2022).

Bostrom, Nick, Superintelligence, Oxford, England 2014.

Botta, Jonas, Die Förderung innovativer KI-Systeme in der EU, ZfDR 2 (2022), S. 391–412.

Brachman, Ronald J./Levesque, Hector J., Gesunder Menschenverstand für die Künstliche Intelligenz, F.A.Z. vom 25.7.2022, S. 18.

–, Machines like Us, Cambridge, MA 2023.

Brand, Christian/Winter, Moritz, Grundrechte als strafrechtliche Rechtfertigungsgründe, JuS 2021, S. 113–117.

Braun Binder, Nadja, Artificial Intelligence and Taxation: Risk Management in Fully Automated Taxation Procedures, in: Wischmeyer, Thomas/Rademacher, Timo (Hg.), Regulating Artificial Intelligence, Cham 2020, S. 295–306.

Breidenbach, Stephan, Embedded Law, REthinking:Law 1 (2018), S. 38–41.

Brian, Ilka/Pelz, Christian (Hg.), BeckOK GwG, 21. Edition Stand 1.3.2025, München.

Bridle, James, New Dark Age, München 2019.

Britz, Gabriele, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, Tübingen 2008.

Britz, Gabriele/Eifert, Martin, Digitale Verwaltung, in: Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 3. Aufl., München 2022, § 26 = S. 1887–1984 (zitiert: GVwR I, § 26).

Brown, Dalvin, Ford is researching safety tech allowing bikes, e-scooters to 'talk' to cars, The Washington Post vom 13.1.2021, www.washingtonpost.com/technology/2021/01/13/ford-bikes-escooters-safety/, besucht am 12.10.2023.

Brown, T. B./Mann, Benjamin/Ryder, Nick/Subbiah, Melanie/Jared Kaplan/Dhariwal, Prafulla/Neelakantan, Arvind/Syham, Pranav/Sastry, Girish/Askell, Amanda/S. Agarwal/Herbert-Voss, Ariel/Krueger, Gretchen/Henighan, Tom/Child, Rewon/Ramesh, Aditya/Ziegler, Daniel M./Wu, Jeffrey/C. Winter/C. Hesse/M. Chen/Sigler, Eric/Litwin, Mateusz/Gray, Scott/Chess, Benjamin/Clark, Jack/Berner, Christopher/McCandlish, Sam/Radford, Alec/Sutskever, Ilya/Amodei, Dario, Language Models are Few-Shot Learners, in: Larochelle, Hugo/Ranzato, Marc'Aurelio/Hadsell, Raia/Balcan, Maria-Florina/Lin, Hsuan-Tien (Hg.), Advances in Neural Information Processing Systems (33) 2020, S. 1877–1901.

Brownsword, Roger, Rights, regulation, and the technological revolution, Oxford 2008.

Bruns, Alexander, Umsetzung der EU-Verbandsklagerichtlinie in deutsches Recht, Tübingen 2022.

Buchheim, Johannes, Subjektive Rechte als Fehlerkalkül, in: Fritsche, Ruwen/Gisbertz, Philipp/Hirsch, Philipp-Alexander/Bantlin, Franziska/Cadore, Rodrigo/Freudenberg, David/Klostermann, Sabine/Wallenfels, Laura (Hg.), Unsicherheiten des Rechts: Von den sicherheitspolitischen Herausforderungen für die freiheitliche Gesellschaft bis zu den Fehlern und Irrtümern in Recht und Rechtswissenschaft, ARSP Beiheft, Band 162, Stuttgart 2018, S. 223–236.

–, Die datenschutzrechtliche Gestattung nach dem TMG – Nadelöhr privater Rechtsverfolgung im digitalen Raum, JZ 2021, S. 539–546.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Buchstein, Hubertus, Lostrommel und Wahlurne – Losverfahren in der parlamentarischen Demokratie, ZParl 44 (2013), S. 384–403.

Bull, Hans Peter, Verwaltung durch Maschinen, 2. Aufl., Köln 1964.

–, Polizeiliche und nachrichtendienstliche Befugnisse zur Verdachtsgewinnung, in: Osterloh, Lerke/Schmidt, Karsten/Weber, Hermann (Hg.), Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung: Festschrift für Peter Selmer 2004, S. 29–50.

–, Der Individualrechtsschutz und die Freiheitlichkeit des Gemeinwesens, AöR 145 (2020), S. 291–320.

–, Freiheitsbegriff, Staatsverständnis und politische Ethik im Wandel, RuP 58 (2022), S. 32-57.

Bull, Hans Peter/Mehde, Veith, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 10. Aufl., Heidelberg 2022.

Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung/Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, Smart City Charta – Digitale Transformation in den Kommunen nachhaltig gestalten, Bonn Mai 2017, ww.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/EN/themen/building-housing/city-housing/smart-city-charter-short.pdf?__blob=publicationFile&v=1, besucht am 12.10.2023.

Bundesrat, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes und des Pflichtversicherungsgesetzes – Gesetz zum autonomen Fahren, BR-Drucksache 155/21 vom 12.2.2021.

Bunz, Thomas, Legalitätspflicht und nützliche Pflichtverletzungen – Eine Fallstudie, CCZ 14 (2021), S. 81–88.

Burchard, Christoph, Künstliche Intelligenz als Ende des Strafrechts? Zur algorithmischen Transformation der Gesellschaft, JRE 27 (2019), S. 527–555.

–, Von der »Strafrechts«ordnung der Prädiktionsgesellschaft zur Strafrechts»ordnung« des liberalen Rechtsstaats, in: Forst, Rainer/Günther, Klaus (Hg.), Normative Ordnungen, Berlin 2021, S. 553–579.

Burgi, Martin, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, Tübingen 1999.

Burgi, Martin/Krönke, Christoph, Die ausgleichspflichtige Indienstnahme, VerwArch 109 (2018), S. 423–453.

Burrell, Jenna, How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms, Big Data & Society 3 (2016), S. 1–12.

Busch, Christian, The Serendipity Mindset, London 2020.

Busch, Christoph, Implementing Personalized Law: Personalized Disclosures in Consumer Law and Data Privacy Law, The University of Chicago Law Review 86 (2019), S. 309–331.

–, Algorithmic Regulation and (Im)Perfect Enforcement in the Personalized Economy, in: Busch, Christoph/Franceschi, Alberto De (Hg.), Algorithmic Regulation and Personalized Law, München 2021, S. 279–292.

Busche, Daniel, Algorithmenbasierte Risikoerkennung – Potenzial und Grenzen des staatlichen Einsatzes, AöR 149 (2024), S. 207–258.

Büscher, Maximilian/Gutjahr, Amina/Hornung, Gerrit/Schindler, Stephan/Selzer, Annika/Spiecker gen. Döhmann, Indra/Stummer, Sarah/Wilmer, Thomas/Zurawski, Paul, Abschreckungseffekte und Überwachungsgefühl im Datenschutzrecht, DuD 2023, S. 503–512.

Bygrave, Lee A., Minding the Machine v2.0: The EU General Data Protection Regulation and Automated Decision-Making, in: Yeung, Karen/Lodge, Martin (Hg.), Algorithmic Regulation, Oxford 2019, S. 248–262.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Cao, Longbing (Hg.), Proceedings of the 21th ACM SIGKDD International Conference on Knowledge Discovery and Data Mining, New York, NY 2015.

Capers, I. Bennett, Race, Policing, and Technology, North Carolina Law Rev. 95 (2017), S. 1241–1292.

–, Afrofuturism, Critical Race Theory, and Policing in the Year 2044, New York University Law Review (NYU Law Rev.) 94 (2019), S. 1–60.

Carissimo, Cesare/Korecki, Marcin, Limits of Optimization, Minds & Machines 34 (2024), S. 117–137.

Caruana, Rich/Lou, Yin/Gehrke, Johannes/P. Koch/Sturm, Marc/Elhadad, Noemie, Intelligible Models for HealthCare, in: Cao, Longbing (Hg.), Proceedings of the 21th ACM SIGKDD International Conference on Knowledge Discovery and Data Mining, New York, NY 2015, S. 1721–1730.

Casey, Anthony/Niblett, Anthony, A Framework for the New Personalization of Law, University of Chicago Law Rev. 86 (2019), S. 333–358.

Chatziathanasiou, Konstantin, Der hungrige, ein härterer Richter? JZ 2019, S. 455.

Chen, Chaofan/Li, Oscar/Tao, Chaofan/Barnett, Alina Jade/Su, Jonathan/Rudin, Cynthia, This Looks Like That: Deep Learning for Interpretable Image Recognition, arXiv:1806.10574 (28.12.2019).

Cleff, Thomas, Deskriptive Statistik und Explorative Datenanalyse, 3. Aufl., Wiesbaden 2015.

Coelln, Christian von, Anm. zu BVerfG NJW 2018, 361 – numerus clausus III, NJW 2018, S. 361–380.

Cogan, Jacob Katz, Noncompliance and the International Rule of Law, The Yale Journal of International Law 31 (2006), S. 189–210.

Cornils, Matthias, Die Perspektive der Wissenschaft: AVMD-Richtlinie, der 22. Rundfunkänderungsstaatsvertrag und der »Medienstaatsvertrag« – Angemessene Instrumente für die Regulierungsherausforderungen? ZUM 2019, S. 89–103.

Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonides rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts – General approach, 2021/0106(COD) vom 25.11.2022.

Craig, Carys J., The Relational Robot: A Normative Lens for AI Legal Neutrality – Commentary on Ryan Abbott, The Reasonable Robot, Jerusalem Review of Legal Studies 25 (2022), S. 24–39.

Criado, Natalia/Such, Jose M., Digital Discrimination, in: Yeung, Karen/Lodge, Martin (Hg.), Algorithmic Regulation, Oxford 2019, S. 82–97.

Cullen, Olivia/Ernst, Keri Zug/Dawes, Natalie/Binford, Warren/Dimitropoulos, Gina, "Our Laws Have Not Caught up the the Technology": Understanding Challenges and Facilitators in Investigating and Prosecuting Child Sexual Abuse Materials in the United States, Laws 2020, 9, 28.

Custers, Bart, The Right to Break the Law? Perfect Enforcement of the Law Using Technology Impedes the Development of Legal Systems, Ethics and Information Technology 25 (2023), S. 58.

Danwitz, Thomas von, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Gemeinschaftsrecht, EWS 2003, S. 393–402.

Danziger, Shai/Levav, Jonathan/Avnaim-Pesso, Liora, Extraneous factors in judicial decisions, Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America (PNAS) 108 (2011), S. 6889–6892.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Datenethikkommission der Bundesregierung/Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat/Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Gutachten der Datenethikkommission der Bundesregierung, Berlin 2019, www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.pdf?__blob=publicationFile&v=6, besucht am 12.10.2023.

Deb, Mayukh/Deiseroth, Björn/Weinbach, Samuel/Schramowski, Patrick/Kersting, Kristian, AtMan: Understanding Transformer Predictions Through Memory Efficient Attention Manipulation, arXiv:2301.08110 (23.1.2019).

Delecraz, Sebastien/Eltarr, Loukman/Becuwe, Martin/Bouxin, Henri/Boutin, Nicolas/Oullier, Olivier, Responsible Artificial Intelligence in Human Resources Technology: An innovative inclusive and fair by design matching algorithm for job recruitment purposes, Journal of Responsible Technology 11 (2022), S. 100041.

Denga, Michael/Pohle, Jörg/Hölzel, Julian, Technikregulierung durch doppelte Delegation, RW 11 (2020), S. 420–449.

Denninger, Erhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schneider, Hans P./Stein, Ekkehart (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Neuwied 2001 (zitiert: AK GG).

Depenheuer, Otto, Zufall als Rechtsprinzip? JZ 1993, S. 171–180.

Deutscher Bundestag, Gesetzesentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), BT-Drucksache 15/5092 vom 14.3.2005.

–, Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD: Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Erprobung von Innovationen in Reallaboren und zur Förderung des regulatorischen Lernens, BT-Drucksache 21/218 vom 20.5.2005.

–, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Andrej Hunko, Martina Renner, Jan Korte, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE. – Drucksache 19/8810 – Ausbau der Vorratsdatenspeicherung von Fluggastdaten, BT-Drucksache 19/9536 vom 17.4.2019.

–, Antrag der Abgeordneten Nicole Gohlke, Dr. Petra Sitte, Simone Barrientos, Doris Achelwilm, Birke Bull-Bischoff, Brigitte Freihold, Jan Korte, Cornelia Möhring, Sören Pellmann, Katrin Werner, Sabine Zimmermann (Zwickau) und der Fraktion DIE LINKE. Hochschulzulassung öffnen und gerecht gestalten, BT-Drucksache 19/10623 vom 5.6.2019.

–, Gesetzesentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, BT-Drucksache 19/27426 vom 9.3.2021.

Diaz-Bone, Rainer, Statistik für Soziologen, 3. Aufl., Konstanz/München 2018.

Dickel, Sascha, Die Regulierung der Zukunft: „Emerging Technologies" und das Problem der Exklusion des Spekulativen, in: Bora, Alfons/Henkel, Anna/Reinhardt, Carsten (Hg.), Wissensregulierung und Regulierungswissen, Weilerswist 2014, S. 201–218.

Diestelmeier, Lea/Cappelli, Viola, Conceptualizing ‚Energy Sharing' as an Activity of ‚Energy Communities' under EU Law: Towards Social Benefits for Consumers? EuCML 2023, S. 15–24.

Djeffal, Christian, The Normative Potential of the European Rule on Automated Decisions: A New Reading for Art. 22 GDPR, ZaöRV 80 (2020), S. 847–879.

Dollinger, Jonathan, Folgenabschätzungen für Verwaltungs-Algorithmen, Tübingen 2023.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dorer, Peter/Mainusch, Helmut/Tubies, Helga/Dorer-Mainusch-Tubies (Hg.), Bundesstatistikgesetz, München 1988.

Dornis, Tim W., Personalisierte Vertragsanbahnung und Privatautonomie, ZfPW 8 (2022), S. 310–344.

dpa, Musk will humanoide Roboter bauen, F.A.Z. vom 23.8.2021, S. 20.

–, Haushaltsroboter mit Armen, F.A.Z. vom 10.9.2021, S. 21.

–, Intel-Tochter kommt bei Plänen für Robotaxis in Deutschland voran, Automobil Industrie, 5.1.2023, www.automobil-industrie.vogel.de/intel-tochter-kommt-bei-plaenen-fuer-robotaxis-in-deutschland-voran-a-3754dfa0dfl72a5089fcf8f303004bd6/, besucht am 12.10.2023.

Dreier, Horst, Der freiheitliche Verfassungsstaat als riskante Ordnung, RW 1 (2010), S. 11–38.

–, (Hg.), Grundgesetz-Kommentar Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Dreier [Hg.], GG Bd. I).

–, (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Band II, 3. Aufl., Tübingen 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Dreier [Hg.], GG Bd. II).

Dreier, Ralf, Widerstandsrecht und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, in: Glotz, Peter (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2015, S. 54–75.

–, Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Gesetz und Recht, in: ders. (Hg.), Recht – Staat – Vernunft, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2016, S. 73–94.

–, Widerstandsrecht im Rechtsstaat? Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam (1983), in: ders., Recht – Staat – Vernunft, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2016, S. 39–72.

Dreier, Thomas/Schulze, Gernot (Hg.), Urheberrechtsgesetz, Kommentar, 7. Aufl., München 2022.

Duden, Konrad, Digitale Sachherrschaft, Tübingen 2023.

Duff, R. A., Punishment, Communication, and Community, Oxford 2001.

Dullien, Thomas, Machinelles Lernen und künstliche Intelligenz in der Informationssicherheit, DuD 2018, S. 618–622.

Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert (Hg.), Grundgesetz, Kommentar, München, Loseblatt.

Durkheim, Emile, Les règles de la méthode sociologique, 8. Aufl., Paris 1927.

Dwork, Cynthia/Roth, Aaron, The Algorithmic Foundations of Differential Privacy, Foundations and Trends in Theoretical Computer Science 9 (2014), S. 211–407.

Dworkin, Ronald, Law's empire, Oxford 1998.

Ebers, Martin, Beeinflussung und Manipulation von Kunden durch Behavioral Microtargeting, MMR 2018, S. 423–428.

–, Regulierung von KI und Robotik, in: ders./Heinze, Christian/Krügel, Tina/Steinrötter, Björn (Hg.), Rechtshandbuch Künstliche Intelligenz und Robotik 2020, § 3 = S. 75–137 (zitiert: RechtsHdb. KI und Robotik, §).

Eichenhofer, Johannes, Der vollautomatisierte Verwaltungsakt zwischen Effizienz- und Rechtsschutzgebot, DÖV 2023, S. 93–100.

Eifert, Martin, Rechenschaftspflichten für soziale Netzwerke und Suchmaschinen, NJW 2017, S. 1450–1554.

–, Regulierung von Dynamik und dynamische Regulierung als netzwerkgerechtes Recht, in: Hermstrüwer, Yoan/Lüdemann, Jörn (Hg.), Der Schutz der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter: Instrumente und Instrumentenvergleich 2020, S. 189–203.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–, Persönliche Freiheit, in: Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/Poscher, Ralf/Gärditz, Klaus Ferdinand (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts, München 2021, § 18 = S. 1163–1228 (zitiert: VerfassungsR-HdB § 18).

Eisele, Jörg, Fluggastdaten in Europa – Wirksamkeit und Auslegung der PNR-Richtlinie, NJW 2022, S. 2886–2888.

Eisenberger, Iris, Wandel durch Digitalisierung und E-Government, in: Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus (Hg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Band VII: Aufgaben, Organisation und öffentliche Sachen, Heidelberg 2025, § 191 = S. 215–245 (zitiert: HVwR VII, § 191).

El-Ghazi, Mohamad/Jansen, Scarlett, Anwendung des risikobasierten Ansatzes durch die FIU als Strafvereitelung? NZWiSt 2022, S. 465–472.

Ellwart, Thomas/Kluge, Annette, Psychological Perspectives on Intentional Forgetting: An Overview of Concepts and Literature, Künstliche Intelligenz 33 (2019), S. 79–84.

Engel, Andreas, Generative KI, Foundation Models und KI-Modelle mit allgemeinem Verwendungszweck in der KI-VO, KIR 2024, S. 21–28.

Engel, Christoph, Rationale Rechtspolitik und ihre Grenzen, JZ 2005, S. 581–590.

Engel, Martin, Erwiderung Algorithmisierte Rechtsfindung als juristische Arbeitshilfe, JZ 2014, S. 1096–1100.

Engisch, Karl, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Heidelberg 1963.

Englisch, Joachim/Schuh, Mathias, Algorithmengestützte Verwaltungsverfahren – Einsatzfelder, Risiken und Notwendigkeit ergänzender Kontrollen, Die Verwaltung 55 (2022), S. 155–190.

Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hg.), Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl., München 2020 (zitiert: MüKo StGB).

Ernst, Christian, Artificial Intelligence and Autonomy: Self-Determination in the Age of Automated Systems, in: Wischmeyer, Thomas/Rademacher, Timo (Hg.), Regulating Artificial Intelligence, Cham 2020, S. 53–73.

Ertel, Wolfgang, Grundkurs Künstliche Intelligenz, 5. Aufl., Wiesbaden/Heidelberg 2021.

Esposito, Elena, Was Luhmann von der Digitalisierung und von Algorithmen schon wusste, in: Beyes, Timon/Hagen, Wolfgang/Pias, Claus/Warnke, Martin (Hg.), Niklas Luhmann am OVG Lüneburg: Zur Entstehung der Systemtheorie, Berlin 2021, S. 127–132.

Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhinderung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte, COM(2018) 640 final vom 12.9.2018.

–, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A European strategy for data, COM(2020) 66 final vom 19.2.2020.

–, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG, COM(2020) 825 final vom 15.12.2020.

–, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, COM(2021) 2026 final vom 21.4.2021.

–, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung von Vorschriften zur Prävention und Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern, COM(2022) 209 final vom 11.5.2022.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–, Anhänge des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über horizontale Cybersicherheitsanforderungen für Produkte mit digitalen Elementen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/1020, COM(2022) 454 final vom 15.9.2022.

European Law Institute, Model Rules on Impact Assessment of Algorithmic Decision-Making Systems Used by Public Administration, Wien 2022, www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Impact_Assessment_of_ADMSs_Used_by_Public_Administration.pdf, besucht am 14.10.2023.

Europol – Financial Intelligence Group, From Suspicion to Action, Luxemburg 2017.

Evangelische Kirche in Deutschland, Evangelische Kirche und freiheitliche Demokratie, Gütersloh 1985.

Expertenrat Corona der Landesregierung Nordrhein-Westfalen, 4. Stellungnahme: Eckpfeiler einer Langfriststrategie für die Pandemie und darüber hinaus, Düsseldorf, 18.1.2021.

Fabbrizzi, Simone/Papadopoulos, Symeon/Ntousi, Eirini/Kompatsiaris, Ioannis, A survey on bias in visual datasets, arXiv:2107.07919 (24.6.2022).

Fan, Jianqing/Han, Fang/Liu, Han, Challenges of Big Data Analysis, National Science Reviev 1 (2014), S. 293–314.

Fateh-Moghadam, Bijan, Innovationsverantwortung im Strafrecht: Zwischen strict liability, Fahrlässigkeit und erlaubtem Risiko – Zugleich ein Beitrag zur Digitalisierung des Strafrechts, ZStW 131 (2019), S. 863–887.

Feldle, Jochen, Notstandsalgorithmen, Baden-Baden 2018.

Ferguson, Andrew G., The Rise of Big Data Policing, New York 2017.

Figueroa, Teri, Police praise 'Smart Street Light' program as a crime-solving tool; wary critics want more oversight, San Diego Union-Tribune vom 22.12.2019, www.sandiegouniontribune.com/news/public-safety/story/2019-12-22/police-praise-smart-street-light-program-as-a-crime-solving-tool-wary-critics-want-more-oversight, besucht am 12.10.2023.

Finlay, Steven, Artificial Intelligence and Machine Learning for Business, 2017.

Fischer, Thomas, Notwehr gegen Blockade-Demonstranten? LTO vom 4.12.2022, www.lto.de/recht/meinung/m/frage-an-fischer-notwehrrecht-klimaaktivisten-blockade, besucht am 12.10.2023.

Fleischer, Holger, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche" Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, ZIP 26 (2005), S. 141–152.

Fleming, Amy, 'It's a superpower': how walking makes us healthier, happier and brainier, The Guardian vom 28.7.2019, www.theguardian.com/lifeandstyle/2019/jul/28/its-a-superpower-how-walking-makes-us-healthier-happier-and-brainier, besucht am 12.10.2023.

Franzius, Claudio, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas/ (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., München 2012, § 4 = S. 179–257 (zitiert: GVwR I § 4).

Fraunhofer-Institut für Hochfrequenzphysik und Radartechnik FHR, Radar: Für Mensch und Umwelt, www.fhr.fraunhofer.de/de/geschaeftsfelder/mensch_und_umwelt.html, besucht am 26.4.2023.

Freeman Engstrom, David/Ho, Daniel E./Sharkey, Catherine M./Cuéllar, Mariano-Florentino, Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies, 2.4.2020, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3551505, besucht am 12.10.2023.

Frey, Harald, Die Fortentwicklung der Plattformhaftung im Urheberrecht durch den EuGH, MMR 2022, S. 97–102.

Frisch, Wolfgang, Strafrecht und Solidarität, GA 163 (2016), S. 121–137.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Fritsche, Ruwen/Gisbertz, Philipp/Hirsch, Philipp-Alexander/Bantlin, Franziska/Cadore, Rodrigo/Freudenberg, David/Klostermann, Sabine/Wallenfels, Laura (Hg.), Unsicherheiten des Rechts: Von den sicherheitspolitischen Herausforderungen für die freiheitliche Gesellschaft bis zu den Fehlern und Irrtümern in Recht und Rechtswissenschaft, ARSP Beiheft, Band 162, Stuttgart 2018.

Fritz, Theresa, Analyse des Einsatzes von Künstlicher Intelligenz in der Energiewirtschaft, in: Bruhn, Manfred/Hadwich, Karsten (Hg.), Künstliche Intelligenz im Dienstleistungsmanagement, Band 1: Geschäftsmodell – Serviceinnovationen – Implementierung 2021, S. 449–470.

Fu, Guangtao/Jin, Yiwen/Sun, Siao/Yuan, Zhiguo/Butler, David, The role of deep learning in urban water management: A critical review, Water Research 223 (2022), S. 118973.

Fuchs, Jochen G., Amazon Go braucht mehr Mitarbeiter als ein normaler Supermarkt, t3n Magazin vom 26.1.2018, https://t3n.de/news/amazon-go-mitarbeiter-924319/, besucht am 12.10.2023.

Funke, Andreas, Auf Augenhöhe? Versuch über die Möglichkeit, Rechtsbefolgung als Ausdruck personaler Autonomie zu denken, in: Hilbert, Patrick/Rauber, Jochen (Hg.), Warum befolgen wir Recht? Rechtsverbindlichkeit und Rechtsbefolgung in interdisziplinärer Perspektive 2019, S. 201–225.

Gabriel, Markus, KI-Ethik als Hochregulation, KIR 2025, 45–47.

Gaede, Karsten, Künstliche Intelligenz – Rechte und Strafen für Roboter? Baden-Baden 2019.

Gaier, Reinhard (Hg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, 9. Aufl., München 2023 (zitiert: MüKo BGB).

Gärditz, Klaus Ferdinand, Staat und Strafrechtspflege, Paderborn 2015.

Garnelo, Marta/Arulkumaran, Kai/Shanahan, Murray, Towards Deep Symbolic Reinforcement Learning, arXiv:1609.05518 (1.10.2016).

Garnelo, Marta/Shanahan, Murray, Reconciling deep learning with symbolic artificial intelligence: representing objects and relations, Current Opinion in Behavioral Sciences 29 (2019), S. 17–23.

Gebhard, Marius/Sommer, Michael, Roland Rechtsreport 2022, Köln 2022.

Geißler, Otto, Smart Dust – unsichtbare Augen, die alles erkennen, BigData Insider vom 2.1.2023, www.bigdata-insider.de/smart-dust-unsichtbare-augen-die-alles-erkennen-a-83c8e8f2c0049a725cdd993f0d1c9e33/, besucht am 23.4.2025.

Gephart, Werner, Law as Narration in Light of the Law as Culture Paradigm, in: Pedersen, Frode Helmich/Ingebrigtsen, Espen/Gephart, Werner (Hg.), Narratives in the criminal process, Frankfurt am Main/Bonn 2021, S. 7–9.

Gersdorf, Hubertus/Paal, Boris P. (Hg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 47. Edition Stand 1.2.2025, München.

Gless, Sabine, Predictive policing und operative Verbrechensbekämpfung, in: Herzog, Felix/Schlothauer, Reinhold/Wohlers, Wolfgang (Hg.), Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte: Gedächtnisschrift für Edda Weßlau, Berlin 2016, S. 165–180.

Gless, Sabine/Weigend, Thomas, Intelligente Agenten als Zeugen im Strafverfahren? JZ 2021, S. 612–620.

Glotz, Peter, Nachwort, in: ders. (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2015, S. 147–150.

Goette, Wulf/Habersack, Mathias (Hg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, 5. Aufl., München 2019 (zitiert: MüKo AktG).

– (Hg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 6, München, 5. Aufl. 2021 (zitiert: MüKo-AktG).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Goldberg/David, What Every Computer Scientist Should Know About Floating-Point Arithmetic, ACM Computing Surveys 23 (1991), S. 5–48.

Goldhammer, Michael, Zwischen Prophetie und Prognose – zur Eigenlogik der hoheitlichen Prognose, in: Münkler, Laura (Hg.), Dimensionen des Wissens im Recht, Tübingen 2019, S. 217–232.

Golla, Sebastian, Lizenz zum Schürfen: Rechtsgrundlagen für die Automatisierte Unterstützung von Polizeiarbeit im Social Web, DSRITB 9 (2018), S. 871–884.

–, Algorithmen, die nach Terroristen schürfen – „Data-Mining" zur Gefahrenabwehr und zur Strafverfolgung, NJW 2021, S. 667–672.

Goodman, Benjamin, Shotspotter – The new tool to degrade what is left of the fourth amendment, UIC John Marshall Law Review 54 (2021), S. 797–828.

Götting, Horst-Peter/Lauber-Rönsberg, Anne/Rauer, Nils (Hg.), BeckOK Urheberrecht, 46. Edition Stand 1.5.2025, München.

Götz, Volkmar, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 41 (1983), S. 7–41.

Graulich, Kurt, Das Handeln von Polizei- und Ordnungsbehörden zur Gefahrenabwehr, in: Bäcker, Matthias/Denninger, Erhard/Graulich, Kurt (Hg.), Handbuch des Polizeirechts: Gefahrenabwehr – Strafverfolgung – Rechtsschutz, 7. Aufl., München 2021, Abschnitt E = S. 341–696 (zitiert: PolR-HdB, Abschnitt E).

Grimm, Dieter, Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt am Main 1991.

Gröschner, Rolf, Die Republik, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 2: Verfassungsstaat, 3. Aufl. 2004, § 23 = S. 369–428 (zitiert: HStR 2, § 23).

Guckelberger, Annette, Smart Grids/Smart Meter zwischen umweltverträglicher Energieversorgung und Datenschutz, DÖV 2012, S. 613–622.

–, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung – Analysen und Strategien zur Verbesserung des E-Governments aus rechtlicher Sicht, Baden-Baden 2019.

Guggenberger, Leonid, Einsatz künstlicher Intelligenz in der Verwaltung, NVwZ 2019, S. 844–850.

Gunning, David/Vorm, Eric/Wang, Jennifer Yunyan/Turek, Matt, DARPA's explainable AI (XAI) program: A retrospective, Applied AI Letters 2 (2021).

Günther, Klaus, Von normativen zu smarten Ordnungen? in: Forst, Rainer/Günther, Klaus (Hg.), Normative Ordnungen, Berlin 2021, S. 523–552.

Gürbüz, Sabahat, Homosexualität im Spiegel der rechtsgeschichtlichen Entwicklung – Eine kritische Analyse, Freiburger Zeitschrift für GeschlechterStudien 22 (2016), S. 99–113.

Guyon, Isabelle/Luxburg, Ulrike von/Bengio, Samy/Wallach, Hanna M./Fergus, Rob/Vishwanathan, S. V. N./Garnett, Roman (Hg.), Advances in Neural Information Processing Systems 30 (2017).

Haack, Stefan, Die Haftung des Staates für Zufallsschäden, VerwArch 96 (2005), S. 70.

Haas, Ulrich, § 43 GmbHG, in: Michalski, Lutz (Hg.), Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), München 2002.

Häberle, Peter, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (1975) mit Nachtrag (1978), in: ders. (Hg.), Verfassung als öffentlicher Prozeß: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, 3. Aufl., Berlin 1998, S. 155–181.

Habermas, Jürgen, Recht und Gewalt – ein deutsches Trauma, Merkur 38 (1984), S. 15–28.

–, Faktizität und Geltung, Frankfurt am Main 1992.

–, Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Aufsätze, Frankfurt am Main 2004.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–, Die Zukunft der menschlichen Natur, 4. Aufl., Frankfurt am Main 2013.

–, Faktizität und Geltung, 5. Aufl., Frankfurt am Main 2014.

–, Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik, in: Glotz, Peter (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2015, S. 29–53.

Hacker, Philipp, Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates, European Review of Private Law 25 (2017), S. 651–678 (zitiert: ERPL).

–, Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies Against Algorithmic Discrimination under EU Law, Common Market Law Rev. 55 (2018), S. 1143–1186 (zitiert: CMLR).

–, Personalized Law and the Behavioral Sciences, in: Busch, Christoph/Franceschi, Alberto De (Hg.), Algorithmic Regulation and Personalized Law, München 2021, S. 241–263.

Hacker, Philipp/Engel, Andreas/Mauer, Marco, Regulating ChatGPT and other Large Generative AI Models, arXiv:2302.02337 (5.2.2023).

Haffke, Bernhard, Die Legitimation des staatlichen Strafrechts zwischen Effizienz, Freiheitsverbürgung und Symbolik, in: Schünemann, Bernd (Hg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin 2001, S. 955–975 (zitiert: FS Roxin).

Hagen, Lutz/Kube, Hanno/Baecker, Dirk/Filipovic, Alexander, Digitale Revolution, in: Oberreuter, Heinrich (Hg.), Staatslexikon: Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, in 5 Bänden, 8. Aufl., Freiburg/Basel/Wien 2017.

Hahn, Erik, Das „Recht auf Nichtwissen" des Patienten bei algorithmengesteuerter Auswertung von Big Data, MedR 2019, S. 197–202.

Hähnchen, Susanne/Bommel, Robert, Digitalisierung und Rechtsanwendung, JZ 2018, S. 334–340.

Hahne, Oliver, Die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Registermodernisierung – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Persönlichkeitsprofils als absolute Eingriffsgrenze und der kompensierenden Wirkung moderner Transparenz, Manuskript Dissertation Hannover, 2024.

Hakimi, Monica, Unfriendly Unilateralism, Harvard International Law Journal 55 (2014), S. 105–150.

Hannich, Rolf (Hg.), Karlsruher Kommentar zur StPO, 8. Aufl., München 2019.

Hao, Karen, China has started a grand experiment in AI education. It could reshape how the world learns., MIT Technology Review vom 2.8.2019, www.technologyreview.com/s/614057/china-squirrel-has-started-a-grand-experiment-in-ai-education-it-could-reshape-how-the/, besucht am 12.10.2023.

–, The UK exam debacle reminds us that algorithms can't fix broken systems, MIT Technology Review vom 20.8.2020, www.technologyreview.com/2020/08/20/1007502/uk-exam-algorithm-cant-fix-broken-system/, besucht am 12.10.2023.

Harnad, Stevan, The Symbol Grounding Problem, Physica D: Nonlinear Phenomena 42 (1990), S. 335–346.

Hastedt, Alisa, Neue Herausforderungen für das Recht durch „Impossibility Structures"? MMR 2021, S. 696–700.

Heath, Nick, How Estonia became an e-government powerhouse, TechRepublic vom 19.2.2019, www.techrepublic.com/article/how-estonia-became-an-e-government-powerhouse/, besucht am 12.10.2023.

Hefendehl, Roland/Hohman, Olaf (Hg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., München 2019 (zitiert: MüKo StGB).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hehl, Walter, Der Zufall in Physik, Informatik und Philosophie, Wiesbaden 2021.

–, Der Zufall – die Kreativität, die aus der Physik kommt, Vortrag Interdisziplinäre Tagung Zufall – rechtliche, philosophische und theologische Aspekte, am 4.3.2021, Regensburg/Zoom.

–, Der Zufall – die Kreativität, die aus der Physik kommt, in: Papathanasiou, Konstantina (Hg.), Zufall: Rechtliche, philosophische und theologische Aspekte, Berlin 2022, S. 19–33.

Heikkilä, Melissa, The hype around DeepMind's new AI model misses what's actually cool about it, MIT Technology Review vom 23.5.2022, www.technologyreview.com/2022/05/23/1052627/deepmind-gato-ai-model-hype/, besucht am 12.10.2023.

Heinemann, Thomas, „Keimbahn-Totipotenz" Ethische Überlegungen zu einer Differenzierung und Verwendung von Gameten aus menschlichen induzierten pluripotenten Stammzellen, in: ders./Dederer, Hans-Georg/Cantz, Tobias (Hg.), Entwicklungsbiologische Totipotenz in Ethik und Recht: Zur normativen Bewertung von totipotenten menschlichen Zellen, Göttingen 2015, S. 289–309.

Heinig, Hans Michael, Wenn der Zweck die Mittel heiligen soll, F.A.Z. vom 19.12.2022, S. 6.

Heintschel-Heinegg, Bernd von (Hg.), BeckOK StGB, 64. Edition Stand 1.2.2025, München.

Hense, Peter/Niekrenz, Elisabeth, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 27.2.2025, Rs. C-203/22, KIR 2025, S. 240–243.

Herberger, Maximilian, Quaerite et invenietis: Vom Suchen und Finden im World Wide Web, NJW 1999, S. 2424–2426.

–, „Künstliche Intelligenz" und Recht, NJW 2018, S. 2825–2829.

Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/Poscher, Ralf/Gärditz, Klaus Ferdinand (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts, München 2021 (zitiert: VerfassungsR-HdB).

Hermes, Georg, Schlichtes Verwaltungshandeln, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II: Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2. Aufl., München 2012, § 39 = S. 1523–1575 (zitiert: GVwR II, § 39).

Hermstrüwer, Yoan, Informationelle Selbstgefährdung, Tübingen 2016.

–, Artificial Intelligence and Administrative Decisions Under Uncertainty, in: Wischmeyer, Thomas/Rademacher, Timo (Hg.), Regulating Artificial Intelligence, Cham 2020, S. 199–223.

–, Fairnessprinzipien der algorithmischen Verwaltung, AöR 145 (2020), S. 479–521.

–, Mechanische Gerechtigkeit. Das Design öffentlich-rechtlicher Matching-Märkte als Rechtsproblem und Aufgabe der öffentlichen Verteilungsverwaltung, Tübingen 2025.

Herold, Viktoria, Demokratische Legitimation automatisiert erlassener Verwaltungsakte, Berlin 2020 (zitiert: *Herold*, Demokratische Legitimation).

Herzmann, Karsten, Was sind administrative Konzepte? VerwArch 2013, S. 429–448.

Herzog, Felix/Achtelik, Olaf (Hg.), Geldwäschegesetz (GwG), 4. Aufl., München 2020.

Herzog, Roman, Gesetzgebung und Einzelfallgerechtigkeit, NJW 1999, S. 25–28.

Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1999.

Heunmann, Falk, Elektroroller haben sich etabliert, F.A.Z. vom 30.12.2019, www.faz.net/aktuell/rhein-main/e-roller-haben-sich-in-frankfurt-etabliert-16558039.html, besucht am 12.10.2023.

Hildebrandt, Mireille, Smart Technologies and the End(s) of Law, Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA 2016.

Hilgendorf, Eric, Straßenverkehrsrecht der Zukunft, JZ 2021, S. 444–454.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hilgendorf, Eric/Günther, Jan-Philipp (Hg.), Robotik und Gesetzgebung, Baden-Baden 2013.

Hill, Hermann, Sei innovativ, Verwaltung! – Weichenstellungen und Impulse zur Innovationsfindung, Verwaltung & Management 25 (2019), S. 249–304.

Hoffmann, Hanna/Vogt, Verena/Hauer, Marc P./Zweig, Katharina, Fairness by awareness? On the inclusion of protected features in algorithmic decisions, Computer Law & Security Review 44 (2022).

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Innovation und Recht – Recht und Innovation, Recht im Ensemble seiner Kontexte, Tübingen 2016 (zitiert: Innovation und Recht).

–, „Außerjuridisches" Wissen, Alltagstheorien und Heuristiken im Verwaltungsrecht, Die Verwaltung 49 (2016), S. 1–23.

–, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht, AöR 142 (2017), S. 1–42.

–, Die digitale Transformation als Herausforderung für die Legitimation rechtlicher Entscheidungen, in: Unger, Sebastian/Ungern-Sternberg, Antje von (Hg.), Demokratie und künstliche Intelligenz, Tübingen 2019, S. 129–159.

–, Der Umgang mit Wissen bei der digitalisierten Rechtsanwendung, AöR 145 (2020), S. 1–39.

–, Recht im Sog der digitalen Transformation, Tübingen 2022.

Hofmann, Franz, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, Tübingen 2017.

–, Die Plattformverantwortlichkeit nach dem neuen europäischen Urheberrecht – „Much Ado About Nothing"? ZUM 2019, S. 617–627.

–, Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL, GRUR 2019, S. 1219–1229.

–, Smart Contracts und Overenforcement: Analytische Überlegungen zum Verhältnis von Rechtszuweisung und Rechtsdurchsetzung, in: Fries, Martin/Paal, Boris P. (Hg.), Smart Contracts: Schlaue Verträge? Tübingen 2019, S. 125–140.

–, Das neue Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz, NJW 2021, S. 1905–1910.

Hofmann, Franz/Raue, Benjamin (Hg.), Nomos-Kommentar DSA, Baden-Baden 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hofmann/Raue [Hg.], NK-DSA).

Hofmann, Hasso, Zur Lehre vom Naturzustand in der Rechtsphilosophie der Aufklärung, in: Brandt, Reinhard (Hg.), Rechtsphilosophie der Aufklärung: Symposium Wolfenbüttel 1981, Berlin, New York 1982, S. 12–46.

–, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 41 (1983), S. 42–86.

Hofmann, Henning, Predictive Policing – Methodologie, Systematisierung und rechtliche Würdigung der algorithmenbasierten Kriminalitätsprognose durch die Polizeibehörden, Berlin 2020.

Hofmann, Kai, Datenschutzrechtiche Zulässigkeit der Übermittlung von Beweisfotos, MMR 2022, S. 862–867.

–, Autonomes Fahren – kein Problem des Datenschutzes, ZD 2023, S. 18–22.

Hohmann, Olaf (Hg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6, 4. Aufl., München 2022 (zitiert: MüKo StGB).

Holmes Jr., Oliver Wendell, The Path of the Law, Harvard Law Review 10 (1897), S. 457–478.

Holznagel, Daniel, Chapter II des Vorschlags der EU-Kommission für einen Digital Services Act – Versteckte Weichenstellungen und ausstehende Reparaturen bei den Regelungen zu Privilegierung, Haftung & Herkunftslandprinzip für Provider und Online-Plattformen, CR 2021, S. 123–132.

–, Politische Werbung und Desinformation, Verfassungsblog vom 13.3.2023, https://verfassungsblog.de/politische-werbung-und-desinformation/, besucht am 12.10.2023.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Honer, Mathias, Ziviler Ungehorsam in der freiheitlichen Demokratie des Grundgesetzes, JuS 2023, S. 408–414.

Hong, Mathias, Apropos Künast-Fall, Verfassungsblog vom 20.6.2020, https://verfassungsblog.de/apropos-kuenast-fall/, besucht am 12.10.2023.

Hoyer, Andreas, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, Berlin 1997.

Hruschka, Joachim, Die Unschuldsvermutung in der Rechtsphilosophie der Aufklärung, ZStW 112 (2000), S. 285–300.

Huber, Peter M., Überwachung, in: Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 3. Aufl., München 2022, § 43 = S. 1313–1414 (zitiert: GVwR II, § 43).

Hunziker, Christian, Wenn das Bürogebäude weiß, was du tust, F.A.Z. vom 3.9.2021, S. I 1.

Hurd, Ian, The UN Security Council and the International Rule of Law, The Chinese Journal of International Politics 7 (2014), S. 361–379.

Ihden, Tanja/Janßen, Paola, Szenarienbasierte Bayessche Netze zur Unterstützung juristischer Entscheidungen, RW 2021, S. 46–75.

Jabri, Sarah, Simulationen, Tübingen 2023.

Jachmann, Monika, Allgemeine Grundsätze zur Rechtsfiktion, DStR-Beiheft 2011, S. 77–84.

Jagdeep, Ankita/Jagdeep, Anisha/Lazarus, Simon/Zecher, Mendel/Fedida, Ohad/Fihrer, Gidon/Vasko, Collin/Finkelstein, Joel/Finkelstein, Danit Sarah/Yanovsky, Sonia/Jussim, Lee/Paresky, Pamela/Viswanathan, Indu, Instructing Animosity: How DEI Pedagogy Produces the Hostile Attribution Bias, Network Contagion Research Institute (NCRI) Reports, 25.11.2024, https://networkcontagion.us/reports/instructing-animosity-how-dei-pedagogy-produces-the-hostile-attribution-bias/, besucht am 17.6.2025.

Jahrestagung (74.) der Präsidentinnen und Präsidenten der Oberlandesgerichte, des Kammergerichts, des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des Bundesgerichtshofs vom 23. bis 25. Mai 2022 in Rostock, Einsatz von KI und algorithmischen Systemen in der Justiz, https://oberlandesgericht-celle.niedersachsen.de/startseite/rechtsprechung/zivilprozess_der_zukunft_tagungsband/justiz_der_zukunft/grundlagenpapier-zum-einsatz-kunstlicher-intelligenz-in-der-justiz-215525.html, besucht am 26.6.2025

Janal, Ruth, Haftung und Verantwortung im Entwurf des Digital Services Act, ZEuP 2021, S. 227–274.

Jarass, Hans, Losverfahren und Grundrechte, NVwZ 2017, S. 273–280.

Joeres, Annika, Parcoursup – das außerirdische Universitätsauswahlsystem der französischen Regierung, 30.5.2018, www.reframetech.de/2018/05/30/parcoursup-das-ausserirdische-universitaetsauswahlsystem-der-franzoesischen-regierung/, besucht am 12.10.2023.

Joh, Elizabeth, Policing the Smart City, International Journal of Law in Context 26 (2019), S. 177–182 (zitiert: Int. J. Law in Context).

Jung, Eva-Maria, Leerstellen des Zufalls – Wissenschaftsphilosophische Überlegungen zum Zufälligen in den Naturwissenschaften und der Literatur, in: Pflaumbaum, Christoph/Rocks, Carolin/Schmitt, Christian/Tetzlaff, Stefan (Hg.), Ästhetik des Zufalls: Ordnungen des Unvorhersehbaren in Literatur und Theorie, Heidelberg 2015, S. 29–41.

Jüttner, Markus/Barnutz, Sebastian, Compliance-Kultur und Integrität - Über den Wolken einer naiven Managementromantik und die harte Landung, CCZ 2020, S. 250–256.

Kaddour, Jean/Harris, Joshua/Mozes, Maximilian/Bradley, Herbie/Raileanu, Roberta/McHardy, Robert, Challenges and Applications of Large Language Models, arXiv:2307.10169 (19.7.2023).

Kahnemann, Daniel/Sibony, Oliver/Sunstein, Cass R., Noise, London 2021.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kaminski, Andreas, Gründe geben. Maschinelles Lernen als Problem der Moralfähigkeit von Entscheidungen, in: Wiegerling, Klaus/Nerurkar, Michael/Wadephul, Christian (Hg.), Datafizierung und Big Data: Ethische, anthropologische und wissenschaftstheoretische Perspektiven, Wiesbaden 2020, S. 151–174.

Kaplan, Jerry, Artificial Intelligence, Oxford 2016.

Kaulartz, Markus/Schmid, Alexander, Das Metaverse – eine rechtliche Einführung, RiD 2022, S. 521–532.

Kearns, Michael/Roth, Aaron, The Ethical Algorithm – The Science of Socially Aware Algorithm Design, Oxford 2020.

Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, Tübingen 2008.

Kennedy, Randall L., Race, Crime, and the Law, New York 1997.

Kersten, Jens, Legitimationsgrenzen im Personalvertretungsrecht, RdA 2001, S. 23–27.

Kharraz, Gitta, Verbraucherzentrale verklagt Tesla wegen irreführender Werbung, becklink 2024055, 20.7.2022, https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2024055.htm&pos=5&hlwords=on&lasthit=True, besucht am 12.10.2023.

Kilian, Wolfgang, Digitalisierte Informationen im Rahmen einer IT-anknüpfungsfähigen Juristischen Methodenlehre, in: Pohle, Jörg/Lenk, Klaus (Hg.), Der Weg in die „Digitalisierung" der Gesellschaft: Was können wir aus der Geschichte der Informatik lernen, Weimar (Lahn) 2021, S. 303–314.

Kim, Pauline T., Data-Driven Discrimination at Work, William & Mary Law Review 58 (2017), S. 857–936.

Klein, Franz (Hg.), Abgabenordnung, 18. Aufl., München 2024.

Klement, Jan Henrik, Verantwortung, Tübingen 2006.

–, Rechtsbefolgung und Rechtsdogmatik: Zur Verarbeitung von Rechtsbefolgungsproblemen im geltenden Recht, in: Hilbert, Patrick/Rauber, Jochen (Hg.), Warum befolgen wir Recht? Rechtsverbindlichkeit und Rechtsbefolgung in interdisziplinärer Perspektive 2019, S. 227–250.

Knight, Will, AI's Language Problem, MIT Technology Review vom 9.8.2016, www.technologyreview.com/s/602094/ais-language-problem/, besucht am 12.10.2023.

Koch, Alexander, Unterlassene Hilfeleistung durch Behindern von Rettungsmaßnahmen, GA 165 (2018), S. 323–339.

Koch, Lorena, Predictive Policing und Gefahrenkategorien – Auswirkungen des Einsatzes von Predictive-Policing-Systemen auf die Gefahrenkategorien, besonders den Gefahrenverdacht, Tübingen 2023.

Koch, Marie-Claire, Facebook stellt VR-App „Horizon Workrooms" für digitale Teamarbeit vor, heise online vom 20.8.2021, www.heise.de/news/Facebook-stellt-VR-App-Horizon-Workrooms-fuer-digitale-Teamarbeit-vor-6170738.html, besucht am 12.10.2023.

Konietzka, Dirk/Martynovych, Yevgeniy, Die These der räumlichen Polarisierung in der neuen Klassengesellschaft. Ein empirischer Beitrag zur sozialen Spaltung von „Stadt und Land", Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 74 (2022), S. 169–202.

Koriath, Heinz, Fahrlässigkeit und Schuld, in: Müller-Dietz, Heinz/Müller, Egon/Kunz, Karl-Ludwig/Radtke, Henning/Britz, Guido/Momsen, Carsten/Koriath, Heinz (Hg.), Festschrift für Heike Jung: zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, Baden-Baden 2007, S. 397–410 (zitiert: FS Jung).

Korte, Stefan, Verfassungsrechtliche Regelungsaufträge im Bereich der Digitalisierung der Verwaltung, DÖV 2024, S. 770–776.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Koshiyama, Adriano/Kazim, Emre/Treleaven, Philip/Rai, Pete/Szpruch, Lukasz/Pavey, Giles/Ahamat, Ghazi/Leutner, Franziska/Goebel, Randy/Knight, Andrew/Adams, Janet/Hitrova, Christina/Barnett, Jeremy/Nachev, Parashkev/Barber, David/Chamorro-Premuzic, Tomas/Klemmer, Konstantin/Gregorovic, Miro/Khan, Shakeel/Lomas, Elizabeth/Hilliard, Airlie/Chatterjee, Siddhant, Towards algorithm auditing: managing legal, ethical and technological risks of AI, ML and associated algorithms, Royal Society Open Science (2024) 11:230859.

Kostov, Iva, Die Fluggastdatenverarbeitung zu Sicherheitszwecken, GSZ 2022, S. 267–272.

–, Die Fluggastdatenverarbeitung zu Sicherheitszwecken, GSZ 2023, S. 14–18.

Kotsoglou, Kyriakos N., Schlusswort – Subsumtionsautomat 2.0 reloaded? – Zur Unmöglichkeit der Rechtsprüfung durch Laien, JZ 2014, S. 1100–1103.

–, Subsumtionsautomat 2.0, JZ 2014, S. 451–457.

Koyejo, Sanmi/Mohamed, Shakir/Agarwal, Alekh/Belgrave, Danielle/Cho, Kyunghyun/Oh, Alice (Hg.), Advances in Neural Information Processing Systems 35 (2022).

Kraetzig, Viktoria/Lennartz, Jannis, Grundrechtsschutz durch Algorithmus? NJW 2022, S. 2524–2530.

Kreßner, Maximilian, Gesteuerte Gesundheit, Baden-Baden 2018.

Krönke, Christoph, Artificial Intelligence and Social Media, in: Wischmeyer, Thomas/Rademacher, Timo (Hg.), Regulating Artificial Intelligence, Cham 2020, S. 145–173.

–, Öffentliches Digitalwirtschaftsrecht, Tübingen 2020.–, Sandkastenspiele – „Regulatory Sandboxes" aus der Perspektive des allgemeinen Verwaltungsrechts, JZ 2021, S. 434–443.

–, Das europäische KI-Gesetz: Eine Verordnung mit Licht und Schatten, NVwZ 2024, S. 529–534.

Kube, Hanno, E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht? VVDStRL 2019 (78), S. 289–332.

–, Vertrauen im Verfassungsstaat, AöR 146 (2021), S. 494.

Kuch, David, Anspruch und Wirklichkeit des Rechts, JZ 2017, S. 719–726.

Kühl, Stefan, Brauchbare Illegalität, Frankfurt/New York 2020.

Kühling, Jürgen, Der Einsatz von Künstlicher Intelligenz durch Unternehmen und Aufsichtsbehörden bei der Bekämpfung von Hassrede, ZUM 2023, S. 566–573.

Kühling, Jürgen/Buchner, Benedikt (Hg.), Datenschutz-Grundverordnung BDSG, 3. Aufl., München 2020, und 4. Aufl., München 2024.

Kuhlmann, Nico, Smart Enforcement bei Smart Contracts, in: Fries, Martin/Paal, Boris P. (Hg.), Smart Contracts: Schlaue Verträge? Tübingen 2019, S. 117–124.

Kuhlmann, Simone, Der Digital Services Act und seine Folgen für das nationale Medienrecht, ZUM 2023, S. 170–177.

Kumkar, Lea Katharina/Griesel, Moritz, Transparenzpflichten für Deepfakes und synthetische Medieninhalte in der KI-VO, KIR 2024, S. 117–126.

Kumkar, Lea Katharina/Rapp, Julian Philipp, Deepfakes, ZfDR 2022, S. 199–228.

Kuntz, Thilo, Recht als Gegenstand der Rechtswissenschaft und performative Rechtserzeugung. Zugleich ein Beitrag zur Möglichkeit von Dogmatik, AcP 216 (2016), S. 866–910.

Kuschel, Linda, Digitale Eigenmacht, AcP 220 (2020), S. 98–128.

Kwasny, Stan C. (Hg.), Proceedings of the 1993 ACM conference on Computer science, New York, NY 1993.

La Diega, Guido Noto, Against the Dehumanisation of Decision-Making, jipitec 2018, S. 1–32.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Lackner, Karl/Kühl, Kristian/Heger, Martin (Hg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl., München 2023.

Lampos, Vasileios/Cristianini, Nello, Nowcasting Events from the Social Web with Statistical Learning, ACM Transactions on Intelligent Systems and Technology 3 (2012), S. 1–22.

Landesanstalt für Medien NRW, Viel mehr als nur löschen, www.medienanstalt-nrw.de/imagebroschuere/viel-mehr-als-nur-loeschen.html, besucht am 11.3.2022.

Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991.

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 1995.

Larochelle, Hugo/Ranzato, Marc Aurelio/Hadsell, Raia/Balcan, Maria-Florina/Lin, Hsuan-Tien (Hg.), Advances in Neural Information Processing Systems 33 (2020).

Leetaru, Kalev, In Machines We Trust: Algorithms Are Getting Too Complex To Understand, Forbes vom 31.7.2019, www.forbes.com/sites/kalevleetaru/2016/01/04/in-machines-we-trust-algorithms-are-getting-too-complex-to-understand/, besucht am 12.10.2023.

Leffer, Lena, Automated Suspicion Algorithms – Strafverfolgung durch Künstliche Intelligenz am Beispiel der Geldwäsche, Baden-Baden 2025.

Leinen, Jo, Ziviler Ungehorsam als fortgeschrittene Form der Demonstration, in: Glotz, Peter (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2015, S. 23–28.

Lemken, Kaie Peer, Laiinnenverständlichkeit von Gesetzen als verfassungsrechtlicher Maßstab, AöR 150 (2025), S. 330–359.

Lennartz, Jannis/Möllers, Christoph, Vogelfreie Werkteile, GRUR 2021, S. 1109–1117.

Lenzen, Manuela, Wie der Algorithmus die Welt sieht, F.A.Z. vom 24.5.2017, S. N4.

–, Künstliche Intelligenz, München 2018.

Lepenies, Philipp, Verbot und Verzicht, Berlin 2022.

Lepsius, Oliver, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/Schönberger, Christoph (Hg.), Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 159–279.

–, Rechtswissenschaft in der Demokratie, Der Staat 52 (2013), S. 157–186.

–, Nach BVerfG zur Bundesnotbremse: Zerstörerisches Potential für den Verfassungsstaat, LTO vom 3.12.2021, www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverfg-1bvr78121-1bvr97121-corona-bundes-notbremse-massnahmen-kontakt-ausgang-schule-kinder-grundrechte-kommentar-verfassung-rechtstaat/, besucht am 12.10.2023.

Leyens, Patrick C., Comply or Explain im Europäischen Privatrecht, ZEuP 2016, S. 388–426.

Lindahl, Hans, Fault lines of globalization, Oxford 2014.

Lintvedt, Naomi, Do the Manga Robots Astro Boy and Doraemon Shape the Law of Robotics, The Digital Constitutionalist, 5.5.2023, abrufbar unter: https://digi-con.org/do-the-manga-robots-astro-boy-and-doraemon-shape-the-law-of-robotics/, zuletzt besucht am 10.3.2025.

Liu, Tong/Škrjanec, Iza/Demberg, Vera, Temperature-scaling surprisal estimates improve fit to human reading times – but does it do so for the "right reasons"? arXiv:2311.09325 (3.7.2024).

Löffelmann, Markus, Eingriffsintensität und Eingriffsschwelle, GSZ 2023, S. 92–96.

Lomfeld, Bertram, Narrative Jurisprudenz, JZ 2019, S. 369–373.

Lübbe, Hermann, Dezisionismus in der Moral-Theorie Kants, in: Barion, Hans/Böckenförde, Ernst-Wolfgang/Forsthoff, Ernst/Weber, Werner (Hg.), Epirrhosis: Festschrift Carl Schmitt II, Berlin 1968, S. 567–578.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–, Politischer Moralismus, Berlin/Münster 2019.

Lübbe-Wolff, Gertrude, Das Dilemma des Rechts, Basel 2017.

Luccioni, Alexandra Sasha/Strubell, Emma/Crawford, Kate, From Efficiency Gains to Rebound Effects: The Problem of Jevons' Paradox in AI's Polarized Environmental Debate, arXiv:2501.16548 (27.1.2025).

Lüdemann, Jörn, Grundrechtliche Vorgaben für die Löschung von Beiträgen in sozialen Netzwerken, MMR 2019, S. 279–284.

Ludwigs, Markus, Europäisierung des Verwaltungsrechts, in: Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus (Hg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I: Grundstrukturen des deutschen Verwaltungsrechts, Heidelberg 2021, § 8 = S. 291–338 (zitiert: HVwR I, § 8).

Luhmann, Niklas, Vertrauen, Stuttgart 1968.

–, The Future Cannot Begin: Temporal Structures in Modern Society, Social Research 43 (1976), S. 130–152.

–, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 2. Aufl., Berlin 1997.

–, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 5. Aufl., Berlin 1999.

–, Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung? in: ders. (Hg.), Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt am Main 1999, Kapitel 4 = S. 73–91 (erstmals abgedruckt in: Die Funktionen des Rechts: Vorträge des Weltkongresses für Rechts- und Sozialphilosophie Madrid 7. IX.-12. IX. 1973, ASRP-Beiheft 8, Wiesbaden 1974, S. 99-112).

–, Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang, in: Luhmann, Niklas (Hg.), Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt am Main 1999, Kapitel 9 = S. 191–238 (erstmals abgedruckt in: Annales de la Catedra Francisco Suarez 12 [1927], S. 201–253).

–, Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie, in: Luhmann, Niklas (Hg.), Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt am Main 1999, Kapitel 10 = S. 241–272 (erstmals abgedruckt in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 2 [1972], S. 255–276).

–, Funktionale Methode und juristische Entscheidung, in: Luhmann, Niklas (Hg.), Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt am Main 1999, Kapitel 11 = S. 273–307 (erstmals abgedruckt in: AöR 94 [1969], S. 1–31).

–, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 2002.

–, Macht, 4. Aufl., Konstanz/München 2012.

–, Kontingenz und Recht: Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang. Herausgegeben von F. K. Schmidt, Berlin 2013, S. 330–344.

–, Vertrauen, 5. Aufl., Konstanz/München 2014.

–, Soziale Systeme, 17. Aufl., Berlin 2018.

Maak, Niklas, Sie sind alle auf 180, F.A.Z. vom 10.3.2019, S. 38.

Maier, Hans, Die Grundrechte des Menschen im modernen Staat, 2. Aufl., Osnabrück 1974.

Malaviya, Nina, Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren, Tübingen 2009.

Marcus, Gary F./Davis, Ernest, Rebooting AI, New York 2019.

Markov, Todor/Zhang, Chong/Agarwal, Sandhini/Eloundou, Tyna/Lee, Teddy/Adler, Steven/Jiang, Angela/Weng, Lilian, A Holistic Approach to Undesired Content Detection in the Real World 5.8.2022.

Marsch, Nikolaus/Kratz, Alexander, Schufa-Scoring und Datenschutzaufsicht vor dem Aus? NJW 2024, 392–396.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Marsch, Nikolaus/Rademacher, Timo, Generalklauseln im Datenschutzrecht, Die Verwaltung 54 (2021), S. 1–35.

Martini, Mario, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, Cham 2019.

Martini, Mario/Botta, Jonas/Nink, David/Kolain, Michael, Automatisch erlaubt? Januar 2020, www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Automatisch_erlaubt_final.pdf, besucht am 12.10.2023.

Martini, Mario/Ruschemeier, Hannah/Hain, Jonathan, Staatshaftung für automatisierte Verwaltungsentscheidungen – Künstliche Intelligenz als Herausforderung für das Recht der staatlichen Ersatzleistungen, VerwArch 112 (2021), S. 1–37.

Marxsen, Christian, Völkerrechtsordnung und Völkerrechtsbruch, Tübingen 2021.

Mayer-Schönberger, Viktor/Cukier, Kenneth, Big Data, München 2013.

–, Lernen mit Big Data, München 2014.

Maslej, Nestor/Fattorini, Loredana/Perrault, Raymond/Gil, Yolanda/Parli, Vanessa/Kariuki, Njenga/Capstick, Emily/Reuel, Anka/Brynjolfsson, Erik/Etchemendy, John/Ligett, Katrina/Lyons, Terah/Manyika, James/Niebles, Juan Carlos/Shoham, Yoav/Wald, Russell/Walsh, Tobi/Hamrah, Armin/Santarlasci, Lapo/Lotufo, Julia Betts/Rome, Alexandra/Shi, Andrew/Oak, Sukrut, The AI Index 2025 Annual Report, AI Index Steering Committee, Institute for Human-Centered AI, Stanford University, Stanford, CA, April 2025.

Mayntz, Renate, Regulative Politik in der Krise? in: Matthes, Joachim (Hg.), Sozialer Wandel in Westeuropa: Verhandlungen des 19. Deutschen Soziologentages in Berlin 1979, Frankfurt am Main 1979, S. 55–81.

McCauley, Lee, AI Armageddon and the Three Laws of Robotics, Ethics and Information Technology 9 (2007), S. 153–164.

McCulloch, Warren S./Pitts, Walter, A logical calculus of the ideas immanent in nervous activity, Bulletin of Mathematical Biophysics 5 (1943), S. 115–133.

Mead, George H., The Psychology of Punitive Justice, The American Journal of Sociology 23 (1918), S. 577–602.

Meier, Lukas J./Hein, Alice/Diepold, Klaus/Buyx, Alena, Algorithms for Ethical Decision-Making in the Clinic: A Proof of Concept, The American Journal of Bioethics 2022, S. 1–17.

Meineck, Sebastian, Wegen Pornos und Gewalt: Medienaufsicht will Internet mit KI-Tool überwachen, netzpolitik.org vom 8.4.2022, https://netzpolitik.org/2022/wegen-pornos-und-gewalt-medienaufsicht-will-internet-mit-ki-tool-ueberwachen/, besucht am 12.10.2023.

–, Medienaufsicht promotet Überwachungs-KI in der EU, netzpolitik.org vom 25.5.2022, https://netzpolitik.org/2022/kivi-medienaufsicht-promotet-ueberwachungs-ki-in-der-eu/, besucht am 12.10.2022.

Mengden, Martin, Zugangsfreiheit und Aufmerksamkeitsregulierung, Tübingen 2018.

Menick, Jacob/Trebacz, Maja/Mikulik, Vladimir/Aslanides, John/Song, Francis/Chadwick, Martin/Glaese, Mia/Young, Susannah/Campbell-Gillingham, Lucy/Irving, Geoffrey/McAleese, Nat, Teaching language models to support answers with verified quotes, arXiv:2203.11147 (21.3.2022).

Mercier, Hugo, Confirmation bias – myside bias, in: Pohl, Rüdiger (Hg.), Cognitive illusions: Intriguing phenomena in thinking, judgement, and memory, London/New York 2022, S. 78–90.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Mercier, Hugo/Sperber, Dan, Why do humans reason? Arguments for an argumentative theory, The Behavioral and brain sciences 34 (2011), S. 57–74.

Merkert, Pina, Maschinelle Übersetzer: DeepL macht Google Translate Konkurrenz, heise online vom 29.8.2017, www.heise.de/newsticker/meldung/Maschinelle-Uebersetzer-DeepL-macht-Google-Translate-Konkurrenz-3813882.html, besucht am 12.10.2023.

Merton, Robert K., Sozialstruktur und Anomie, in: ders. (Hg.), Soziologische Theorie und soziale Struktur, Berlin/New York 1995, S. 127–154.

Meyer, Stephan, Kriminalwissenschaftliche Prognoseinstrumente im Tatbestand polizeilicher Vorfeldbefugnisse, JZ 2017, S. 429–439.

Meynen, Gerben, Brain-based mind reading in forensic psychiatry, Journal of Law and the Biosciences 4 (2017), S. 311–329.

Michalowski, Jennifer, Artificial networks learn to smell like the brain, MIT News vom 18.10.2021, https://news.mit.edu/2021/artificial-networks-learn-smell-like-the-brain-1018, besucht am 12.10.2023.

Minsky, Marvin/Papert, Seymour A., Perceptrons, Cambridge/Mass. 1969.

Mökander, Jakob/Juneja, Prathm/Watson, David S./Floridi, Luciano, The US Algorithmic Accountability Act of 2022 vs. The EU Artificial Intelligence Act: what can they learn from each other? Minds & Machines 32 (2022), S. 751–758.

Molavi, Ramak, Künstliche Intelligenz – Entwicklung, Herausforderungen, Regulierung, Journal für Rechtspolitik (JRP) 2018, S. 7–12.

Moll, Ricarda/Schneider, Franziska, Ausbau der Datenerhebungsbefugnisse von Sicherheitsbehörden – Lässt die wissenschaftliche Empirie Chilling-Effekte in der Bevölkerung erwarten? Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 104 (2021), S. 92–106.

Möllers, Christoph, Polizeikontrollen ohne Gefahrverdacht, NVwZ 2000, S. 382–387.

–, Die Möglichkeit der Normen, Berlin 2018.

–, Methoden, in: Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts: Band I, 3. Aufl., München 2022, § 2 = S. 71–134 (zitiert: GVwR I, § 2).

–, Die Freiheit zum Normverstoß – Vollzugsgrenzen und juristisches Urteilen im Prozess der Digitalisierung, Vortrag in der Reihe Marburger Vorträge zum Recht der Digitalisierung, Marburg/Zoom am 12.7.2022.

Molnar, Christoph, Interpretable Machine Learning – A Guide for Making Black Box Models Explainable, 2. Aufl. 2023 – fortlaufend aktualisiertes Online-Buch, https://christophm.github.io/interpretable-ml-book, besucht am 3.5.2023.

Mooij, Joris/Peters, Jonas/Janzing, Dominik/Zscheischler, Jakob/Schölkopf, Bernhard, Distinguishing Cause from Effect Using Overservational Data, Journal of Machine Learning Research 17 (2016), S. 1–102.

Morath, Friederike, Digitaler Hass: Wissenschaft identifiziert Gesetzeslücken, Tagesspiegel Background Digitalisierung & KI vom 8.7.2021.

Mosa, Ahmad Haj, Explainable AI vs. Explaining AI – Part 2, Medium vom 7.1.2019, https://towardsdatascience.com/explainable-ai-vs-explaining-ai-part-2-statistical-intuitive-vs-symbolic-reasoning-systems-8b05f8e0a3a0, besucht am 13.10.2023.

Moses, David A./Leonard, Matthew K./Makin, Joseph G./Chang, Edward F., Real-time decoding of question-and-answer speech dialogue using human cortical activity, Nature Communication 10 (2019), S. 3096.

Möstl, Markus, Eingriffsschwellen in den novellierten Landespolizeigesetzen, GSZ 2021, S. 89–97.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Müller, Dieter, Verstöße gegen Lkw-Durchfahrtverbote in der Stadt Rüsselsheim – ein neuer Überwachungsansatz unter Einsatz der LiDAR-Technik, SVR 2022, S. 41–49.

Müller, Friedrich/Christensen, Ralph, Juristische Methodik, 11. Aufl., Berlin 2013.

Müller, Giorgio V., In Dubai soll die digitale Version der 15-Minuten-Stadt entstehen – kann das funktionieren? NZZ vom 29.11.2021, www.nzz.ch/wirtschaft/weltausstellung-dubai-smart-city-mit-ueberwachungssystem-geplant-ld.1655008, besucht am 13.10.2023.

Müller, Jan-Werner, Freiheit, Gleichheit, Ungewissheit, Berlin 2021.

Müller-Dietz, Heinz/Müller, Egon/Kunz, Karl-Ludwig/Radtke, Henning/Britz, Guido/Momsen, Carsten/Koriath, Heinz (Hg.), Festschrift für Heike Jung, Baden-Baden 2007.

Mund, Dorothea, Das Recht auf menschliche Entscheidung, Tübingen 2022.

Murphy, Robin/Woods, David D., Beyond Asimov: The Three Laws of Responsible Robotics, IEEE Intelligent Systems 24 (2009), S. 14–20.

Mysegades, Jan, Eine Lanze für den SaarlVerfGH – zugleich eine Erwiderung auf Krenberger NZV 2019, 421, Krumm, NJW 2019, 2460 und Peuker NZV 2019, 443, NZV 2020, S. 119–126.

Nassehi, Armin, Muster – Theorie der digitalen Gesellschaft, 2. Aufl., München 2019.

Niederée, Claudia/Nejdl, Wolfgang, Technische Grundlagen der KI, in: Ebers, Martin/Heinze, Christian/Krügel, Tina/Steinrötter, Björn (Hg.), Rechtshandbuch Künstliche Intelligenz und Robotik 2020, § 2 = S. 38–74 (zitiert: RechtsHdb. KI und Robotik, § 2).

Nink, David, Justiz und Algorithmen – Über die Schwächen menschlicher Entscheidungsfindung und die Möglichkeiten neuer Technologien in der Rechtsprechung, Berlin 2021.

Ntoutsi, Eirini/Fafalios, Pavlos/Gadiraju, Ujwal/Iosifidis, Vasileios, Bias in Data-driven AI Systems – An Introductory Survey, arXiv:2001.09762, 14.1.2020.

OECD, Explanatory memorandum on the updated OECD definition of an AI system, OECD Artificial Intelligence Papers, No. 8, 5.3.2024, www.oecd.org/en/publications/explanatory-memorandum-on-the-updated-oecd-definition-of-an-ai-system_623da898-en.html, besucht am 25.4.2025.

Ogburn, William F., Die Theorie des „Cultural Lag", in: Dreitzel, Hans Peter (Hg.), Sozialer Wandel: Zivilisation und Fortschritt als Kategorien der soziologischen Theorie, 2. Aufl., Neuwied 1972, S. 328–338.

O'Hara, Laurence, Grundrechtsschutz vor psychisch vermittelter Steuerung, AöR 145 (2020), S. 133–187.

Ollig, Christian, Europäische Plattformverfassungen – Die Konstitutionalisierung digitaler Kommunikationsräume durch Art. 14 Abs. 4 Digital Services Act, Tübingen 2025.

Orth, Boris/Merkel, Christina, Der Cannabiskonsum Jugendlicher und junger Erwachsener in Deutschland, Ergebnisse des Alkoholsurveys 2018 und Trends, Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, Köln, Juni 2019, www.bzga.de/fileadmin/user_upload/PDF/studien/Alkoholsurvey_2018_Cannabis-Bericht.pdf, besucht am 15.10.2023.

Orzechowski, Piotr, Künstliche Intelligenz unterstützt bei der Diagnose, Healthcare Digital, 29.7.2021, www.healthcare-digital.de/kuenstliche-intelligenz-unterstuetzt-bei-der-diagnose-a-afd84023c0565ca3bc5d0ee5943b3fc6/, besucht am 13.10.2023.

Ouellette, Lisa Larrimore/ Motomura, Amy/Reinecke, Jason/ Masur, Jonathan S., Can AI Hold Office Hours? 4.2.2025. Stanford Public Law Working Paper, University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 25-17, University of Chicago, Public Law Working Paper No. 25-13, Journal of Legal Education (i.E.), https://ssrn.com/abstract=5166938, besucht am 17.5.2025.

Paal, Boris P./Heidtke, Aron, Vielfaltssichernde Regulierung der Medienintermediäre nach den Vorschriften der Länder, ZUM 2020, S. 230–240.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Paal, Boris P./Hennemann, Moritz, Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, JZ 2017, S. 641–652.

Paal, Boris P./Pauly, Daniel A. (Hg.), Datenschutz-Grundverordnung, 3. Aufl., München 2021.

Paefgen, Walter G., Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, Köln 2002.

Pankow, Mads, Der Roboterstaat: warum die Angst vor KI unsere Demokratie gefährdet, Tagesspiegel Background Digitalisierung & KI vom 11.7.2021.

Pariser, Eli, Filter Bubble, 2. Aufl., München 2017.

Paschke, Anne, Digitale Gerichtsöffentlichkeit und Determinierungsgesamtrechnung, MMR 2019, S. 563–567.

Pasquale, Frank, The Black Box Society, Cambridge 2015.

–, The Rule of Persons, Not Machines: The Limits of Legal Automation, The George Washington Law Review 87 (2019), S. 1–55.

–, New laws of robotics – Defending human expertise in the age of AI, Cambridge, MA, London, UK, 2020.

Paulus, Christoph G./Matzke, Robin, Smart Contracts und Smart Meter – Versorgungssperre per Fernzugriff, NJW 2018, S. 1905–1911.

Pawlik, Michael, Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur, GA 142 (1995), S. 360–372.

–, Solidarität als strafrechtliche Legitimationskategorie: das Beispiel des rechtfertigenden Aggressivnotstandes, JRE 22 (2014), S. 137–157.

–, Normbestätigung und Identitätsbalance, Baden-Baden 2017.

Pearl, Judea/Mackenzie, Dana, The Book of Why – The New Science of Cause and Effect, London 2019.

Pechstein, Matthias/Nowak, Carsten/Häde, Ulrich (Hg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Band I: EUV, GRC, Tübingen 2017 (zitiert: Frankfurter Kommentar Bd. I).

Pei, Jing/Deng, Lei/Song, Sen/Zhao, Mingguo/Zhang, Youhui/Wu, Shuang/Wang, Guanrui/Zou, Zhe/Wu, Zhenzhi/He, Wei/Chen, Feng/Deng, Ning/Wu, Si/Wang, Yu/Wu, Yujie/Yang, Zheyu/Ma, Cheng/Li, Guoqi/Han, Wentao/Li, Huanglong/Wu, Huaqiang/Zhao, Rong/Xie, Yuan/Shi, Luping, Towards artificial general intelligence with hybrid Tianjic chip architecture, Nature 572 (2019), S. 106–111.

Pepper, Stephen L., Counseling at the Limits of the Law: An Exercise in the Jurisprudence and Ethics of Lawyering, Yale Law Journal 104 (1995), S. 1546–1610.

Perel, Maayan/Elkin-Koren, Niva, Black Box Tinkering: Beyond Disclosure in Algorithmic Enforcement, Florida Law Review 69 (2017), S. 181–221.

Pergande, Frank, Arme Schwarzfahrer? F.A.Z. vom 11.11.2018, S. 10.

Perkowski, Lennart, Desinformationsregulierung (Manuskript Dissertation Hannover, 2024).

Perritt, Henry H./Sprague, Eliot O., Law Abiding Drones, Columbia Science & Technology Law Rev. 16 (2015), S. 385–451.

Petersdorff, Winand von, So funktioniert der kassenlose Amazon-Supermarkt, F.A.Z. vom 9.2.2022, www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/amazon-macht-whole-foods-zum-kassenlosen-supermarkt-17786689.html?premium, besucht am 13.10.2023.

Petersen, Jens, Haftung für Zufall, JURA 2018, S. 132–134.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Peukert, Alexander, Desinformationsregulierung in der EU – Überblick und offene Fragen, JZ 2023, S. 278–286.

Porat, Ariel/Strahilevitz, Jacob Lior, Personalizing Defaul Rules and Disclosure with Big Data, in: Busch, Christoph/Franceschi, Alberto De (Hg.), Algorithmic Regulation and Personalized Law, München 2021, S. 5–53.

Poscher, Ralf, Verwaltungsakt und Verwaltungsrecht in der Vollstreckung, VerwArch 89 (1998), S. 111–136.

–, Eingriffsschwellen im Recht der inneren Sicherheit, Die Verwaltung 41 (2008), S. 345–373.

–, Wozu Juristen streiten, JZ 2013, S. 1–11.

–, The Right to Data Protection – A No-Right Thesis, in: Miller, Russell (Hg.), Privacy and Power: A transatlantic dialogue in the shadow of the NSA-Affair, Cambridge, UK/New York, NY, 2017, S. 129–141.

Poscher, Ralf/Kilchling, Michael/Landerer, Lukas, Überwachungsbarometer für Deutschland, Potsdam-Babelsberg, Januar 2022, https://csl.mpg.de/de/projekte/ueberwachungsbarometer, besucht am 13.10.2023.

Posner, Richard A., Law and literature, 3. Aufl., Cambridge, MA/London, UK, 2009.

Posner, Richard A./Sykes, Alan O., Efficient Breach of International Law: Optimal Remedies, 'Legalized Noncompliance,' and Related Issues, Michigan Law Review 110 (2011), S. 243–294.

Potacs, Michael, Does Law Without Force Exist? in: Bezemek, Christoph/Ladavac, Nicoletta (Hg.), The Force of Law Reaffirmed, Cham 2016, S. 121–128.

–, Rechtstheorie, Wien, 2. Aufl. 2019.

Prakken, Henry, On the problem of making autonomous vehicles conform to traffic law, Artificial Intelligence and Law 25 (2017), S. 341–363.

Pravemann, Timm, Art. 17 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2019, S. 783–788.

Pretschner, Alexander/Hilgendorf, Eric/Schmid, Ute/Schmid-Petri, Hannah, Die mächtigen neuen Assistenzsysteme, F.A.Z. vom 9.1.2023, S. 18.

Prüfer, Jens/Schottmüller, Christoph, Competing with Big Data, The Journal of Industrial Economics 69 (2021), 967–1008 (zitiert: J. Ind. Econ.).

Pschorr, Simon/Spanner, Franziska, Verfassungswandel messbar machen. Eine interdisziplinäre Betrachtung gesellschaftlicher und rechtlicher Entwicklungen homosexueller Paarbeziehungen. In: Donath, Philipp B./Bretthauer, Sebastian/Dickel-Görig, Marie/Drehwald, Jennifer/Gourdet, Sascha/Heger, Alexander/Hernich, Christina/Hoffmann, Julia/Kirchbach, Cornelia/Kring, Jennifer/Lang, Lea Isabelle/Neumann, Theresa/Stix, Carolin/Völzmann, Berit/Wolckenhaar, Leonard/Zimmermann, Sören (Hg.), Verfassungen – ihre Rolle im Wandel der Zeit: 59. Assistententagung Öffentliches Recht, Baden-Baden/Basel 2019, S. 137–160.

Purtova, Nadezhda, The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law, Law, Innovation and Technology 10 (2018), S. 40–81.

Raabe, Oliver/Wacker, Richard/Oberle, Daniel/Baumann, Christian/Funk, Christian, Recht Ex Machina, Berlin, Heidelberg 2012.

Rachum-Twaig, Omri/Somech, Ohad, Robots in a Civilized Society – Should Robots be Taught to Adhere to Social Norm? in: Barfield, Woodrow (Hg.), The Cambridge Handbook on Law, Policy, and Regulations for Human-Robot Interaction, Cambridge 2024, Kap. 30 = S. 534–555.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Radbruch, Gustav, Aussetzung (§ 221 RStrGB), in: Birkmeyer, Karl/van Calker, Fritz/Frank, Reinhard/Hippel, Robert v./Kahl, Wilhelm/Lilienthal, Karl v./Liszt, Franz v./Wach, Adolf (Hg.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts; Besonderer Teil, V. Band: Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform., Berlin 1905, S. 185–203.

Rademacher, Timo, Realakte im Rechtsschutzsystem der Europäischen Union, Tübingen 2014.

–, Predictive Policing im deutschen Polizeirecht, AöR 142 (2017), S. 366.

–, Wenn neue Technologien altes Recht durchsetzen, JZ 2019, S. 702–710.

–, Artificial Intelligence and Law Enforcement, in: Wischmeyer, Thomas/Rademacher, Timo (Hg.), Regulating Artificial Intelligence, Cham 2020, S. 225–254.

–, Künstliche Intelligenz und neue Verantwortungsarchitektur, in: Eifert, Martin (Hg.), Digitale Disruption und Recht: Workshop zu Ehren des 80. Geburtstags von Wolfgang Hoffmann-Riem, Baden-Baden 2020, S. 45–72.

–, Digitalisierung des Zugangs zu staatlichen Leistungen: Darf – oder soll – künstliche Intelligenz über die Studienzulassung entscheiden? RdJB 69 (2021), S. 254–276.

–, Verdachtsgewinnung durch Algorithmen: Maßstäbe für den Einsatz von predictive policing und retrospective policing bei Gefahrenabwehr bzw. Strafverfolgung, in: Zimmer, Daniel (Hg.), Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz: Tagung an der Universität Bonn am 7. und 8. September 2020, Baden-Baden 2021, S. 229–268.

Rademacher, Timo/Schilling, Erik, Autonomie: Digitale Berechenbarkeit versus Zufall in Literatur und Recht, in: Piallat, Chris (Hg.), Der Wert der Digitalisierung: Gemeinwohl in der digitalen Welt, Bielefeld 2021, S. 147–166.

Rademacher, Timo/Wischmeyer, Thomas, Preface: Good Artificial Intelligence, in: Wischmeyer, Thomas/Rademacher, Timo (Hg.), Regulating Artificial Intelligence, Cham 2020, S. V–IX.

Radtke, Tristian, Anm. zu EuGH, Urt. V. 27.2.2025, Rs. C-203/22 (Dun & Bradstreet Austria), ZD 2025, 265–267.

Rahwan, Iyad/Cebrian, Manuel/Obradovich, Nick/Bongard, Josh/Bonnefon, Jean-François/Breazeal, Cynthia/Crandall, Jacob W./Christakis, Nicholas A./Couzin, Iain D./Jackson, Matthew O./Jennings, Nicholas R./Kamar, Ece/Kloumann, Isabel M./Larochelle, Hugo/Lazer, David/McElreath, Richard/Mislove, Alan/Parkes, David C./Pentland, Alex ‚Sandy'/Roberts, Margaret E./Shariff, Azim/Tenenbaum, Joshua B./Wellman, Michael, Machine behaviour, Nature 568 (2019), S. 477–486.

Raji, Behrang, Künstliche Intelligenz im öffentlichen Sektor, Verfassungs- und datenschutzrechtlicher Rahmen für staatlichen Einsatz intelligenter Technologie, Berlin 2023.

Rath, Christian, Generalabrechnung in Karlsruhe, taz vom 18.4.2023, https://taz.de/Verfassungsgericht-zum-Wahlrecht/!5929129/, besucht am 13.10.2023.

Rau, Jan Philipp/Stier, Sebastian, Die Echokammer-Hypothese: Fragmentierung der Öffentlichkeit und politische Polarisierung durch digitale Medien? Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft 13 (2019), S. 399–417.

Rauber, Jochen, Programmierte Rechtsbefolgung, JZ 2024, S. 174–183.

Raue, Benjamin, Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken, JZ 2018, S. 961-970.

Rawls, John, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 22. Aufl., Berlin 2020.

Raz, Joseph, Facing Up: A Reply, Southern California Law Review 62 (1989), S. 1153–1235.

–, A Right to Dissent? I. Civil Disobedience, in: ders. (Hg.), The Authority of Law, 2. Aufl., Oxford 2009, S. 262–275.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–, A Right to Dissent? II. Conscientious Objection, in: ders. (Hg.), The Authority of Law, 2. Aufl., Oxford 2009, S. 279–289.

–, The Functions of Law, in: ders. (Hg.), The Authority of Law, 2. Aufl., Oxford 2009, S. 163–179.

–, The Obligation to Obey the Law, in: ders. (Hg.), The Authority of Law, 2. Aufl., Oxford 2009, S. 233–249.

Reckwitz, Andreas, Die Gesellschaft der Singularitäten, 6. Aufl., Berlin 2018.

Rehbinder, Manfred, Rechtssoziologie, 8. Aufl., München 2014.

Reimer, Philipp, Rechtstheorie, Baden-Baden 2022.

Renze, Matthew/Guven, Erhan, The Effect of Sampling Temperature on Problem Solving in Large Language Models, arXiv:2402.05201 (2.10.2024).

Renzikowski, Joachim, Normentheorie als Brücke zwischen Strafrechtsdogmatik und Allgemeiner Rechtslehre, ARSP 87 (2001), S. 110–125.

–, Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie, in: Dölling, Dieter (Hg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002, Heidelberg 2002, S. 1–13 (zitiert: FS Gössel).

Reviglio, Urbano, Serendipity as an emerging design principle of the infosphere, Ethics and Information Technology 21 (2019), S. 151–166.

Rich, Elaine, Artificial intelligence, New York 1983.

Rich, Michael L., Should We Make Crime Impossible? Harvard Journal of Law & Public Policy 36 (2013), S. 795–848.

–, Machine Learning, Automated Suspicion Algorithms, and the Fourth Amendment, University of Pennsylvania Law Review 164 (2016), S. 871–929.

Richardson, Brianna/Gilbert, Juan E., A Framework for Fairness: A Systematic Review of Existing Fair AI Solutions, arXiv:2112.05700, 10.12.2021.

Rixen, Stephan/Pananis, Panos, Hatz IV: Welcher Ein-Euro-Job ist „zusätzlich"? Sozial und strafrechtliche Grenzen, NJW 2005, S. 2177–2181.

Rizaldi, Albert/Keinholz, Jonas/M. Huber/Feldle, Jochen/Immer, Fabian/Althoff, Matthias/Hilgendorf, Eric/Nipkow, Tobias, Formalising and Monitoring Traffic Rules for Autonomous Vehicles in Isabelle/HOL, in: Polikarpova, Nadia/Schneider, Steve (Hg.), Integrated Formal Methods, Cham 2017, S. 50–66.

Rodolfa, Kit T./Lamba, Hemank/Ghani, Rayid, Empirical observation of negligible fairness-accuracy trade-offs in machine learning for public policy, nature machine intelligence 3 (2021), S. 896–904.

Roggan, Fredrik, Überlegungen zum Rechtscharakter von Maßnahmen der Straßenverkehrsüberwachung am Beispiel der „Handy-Blitzer", NZV 2023, S. 145–151.

Roggenkamp, Jan Dirk, Datenschutz und präventive Tätigkeit der Polizei, in: Specht, Louisa/Mantz, Reto (Hg.), Handbuch europäisches und deutsches Datenschutzrecht: Bereichsspezifischer Datenschutz in Privatwirtschaft und öffentlichem Sektor, München 2019, § 21 = S. 599–622 (zitiert: Hdb. DatenschutzR, § 21).

Rojas, Luis E., Grundprobleme der allgemeinen Verbrechenslehre bei der unterlassenen Verbrechensanzeige – §§ 138, 139 StGB, GA 147 (2017), S. 147–161.

Rollberg, Christoph, Algorithmen in der Justiz – Rechtsfragen zum Einsatz von Legal Tech im Zivilprozess, Baden-Baden 2020.

Rönnau, Thomas/Wegner, Kilian, Grundwissen – Strafrecht: Triage, JuS 2020, S. 403-407.

Rosenblatt, Frank, The Perceptron. A Perceiving and Recognizing Automaton, Cornell Aeronautical Laboratory, Inc., Report No. 85-460-1 v. Januar 1957.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rösinger, Luna, Autonome Maschinen als „Normadressaten"? ZfDR 2021, S. 147–154.

Roßnagel, Alexander, Die „Überwachungs-Gesamtrechnung" – Das BVerfG und die Vorratsdatenspeicherung, NJW 2010, S. 1238–1242.

–, Kein „Verbotsprinzip" und kein „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" im Datenschutzrecht, NJW 2019, S. 1–5.

–, Internet (Telemedien), in: Ehlers, Dirk/Fehling, Michael/Pünder, Hermann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2: Planungs-, Bau- und Straßenrecht, Umweltrecht, Gesundheitsrecht, Medien- und Informationsrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2020, § 61 = S. 1305–1329 (zitiert: Bes. VerwR, § 61).

Rost, Martin, Künstliche Intelligenz, DuD 2018, S. 558–565.

Rostalski, Frauke, Brave New World, GA 166 (2019), S. 481–488.

–, Entscheiden im digitalen Zeitalter – Zur Bedeutung der technischen Beeinflussung des Menschen bei der Entscheidungsfindung, in: Hermann, Isabella/Stock, Günter/Rostalski, Frauke (Hg.), Kompetent eigene Entscheidungen treffen? Auch mit Künstlicher Intelligenz! Berlin 2020, S. 9–23.

–, Freiheit und Sterben, JZ 2021, S. 477–484.

Roth-Isigkeit, David, Staatshaftungsrechtliche Aspekte des Einsatzes automatisierter Entscheidungssysteme in der öffentlichen Verwaltung, AöR 145 (2020), S. 321–351.

–, Der neue Rechtsrahmen für Künstliche Intelligenz in der Europäischen Union. Regelungsgegenstand, Lücken und Problemstellungen der neuen KI-Regulierung, KIR 2024, 15–20.

Rubin, Stuart H./Fogel, David/Hanson, John C./Kick, Russell/Malki, Heidar A./Sigwart, Charles/Stinson, Michael/Turban, Efraim, The impact of machine learning on expert systems, in: Kwasny, Stan C. (Hg.), Proceedings of the 1993 ACM Conference on Computer Science, New York, NY 1993, S. 522–527.

Rückert, Christian, Zwischen Online-Streife und Online-(Raster-)Fahndung – Ein Beitrag zur Verarbeitung öffentlich zugänglicher Daten im Ermittlungsverfahren, ZStW 129 (2017), 302–333.

Rühl, Gisela, Ökonomische Analyse des Rechts, in: Krüper, Julian (Hg.), Grundlagen des Rechts, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 12 = S. 248–267.

Rümelin, Max, Der Zufall im Recht, Frankfurt am Main 1970 (Nachdruck der akademischen Antrittsrede von 1896).

Ruthig, Josef, Gewährleistungs- und Regulierungsverwaltung, in: Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus (Hg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I: Grundstrukturen des deutschen Verwaltungsrechts, Heidelberg 2021, § 22 = S. 847–889 (zitiert: HVwR I, § 22).

Sachverständigenrat für Verbraucherfragen beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren, Berlin 2018, https://gi.de/fileadmin/GI/Allgemein/PDF/GI_Studie_Algorithmenregulierung.pdf, besucht am 13.10.2023 (zitiert: Sachverständigenrat für Verbraucherfragen).

Sacksofsky, Ute, Gleichheitsrechte, in: Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/Poscher, Ralf/Gärditz, Klaus Ferdinand (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts, München 2021, § 19 = S. 1229–1286 (VerfassungsR-HdB § 19).

Sagatz, Kurt, KI der Medienaufsicht wird Exportschlager, Tagesspiegel Background Digitalisierung & KI vom 24.5.2022.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Samek, Wojciech/K.-R. Müller, Towards Explainable Artificial Intelligence, in: Samek, Wojciech/Montavon, Grégoire/Vedaldi, Andra/Hansen, Lars Kai/Müller, Klaus-Robert (Hg.), Explainable AI: Interpreting, explaining and visualizing deep learning, Cham 2020, S. 5–22.

Sander, Günther M. (Hg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl., München 2021 (zitiert: MüKo StGB).

Sander, Nicolas Philip, Besitz(schutz) smarter Sachen, Tübingen, 2024.

Schaller, Fabian, Apps zur Warnung der Bevölkerung, ZD-Aktuell 2016, S. 5425.

Scharpf, Fritz W., Economic integration, democracy and the welfare state, Journal of European Public Policy 4 (1997), S. 18–36.

Schauer, Frederick F., Profiles, probabilities, and stereotypes, Cambridge, Mass 2003.

Schaupp, Simon, Radikale Demokratie und Kybernetik, in: Comtesse, Dagmar/Flügel-Martinsen, Oliver/Martinsen, Franziska/Nonhoff, Martin (Hg.), Radikale Demokratietheorie: Ein Handbuch, Berlin 2019, S. 764–776.

Schefzig, Jens/Kilian, Robert (HG.), BeckOK KI-Recht, 2. Edition Stand 1.5.2025, München.

Schemmel, Jakob, Soziale Netzwerke in der Demokratie des Grundgesetzes, Der Staat 57 (2018), S. 501–528.

Schenke, Wolf-Rüdiger/Graulich, Kurt/Ruthig, Josef (Hg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl., München 2019.

Scherer, Matthew U., Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competences, and Strategies, Harvard Journal of Law & Public Policy 29 (2016), S. 353–400.

Schieder, Tobias, Ethisch motivierter Rechtsungehorsam, Tübingen 2018.

Schiff, Alexander, Informationsintermediäre, Tübingen 2021.

Schilling, Erik, Authentizität – Karriere einer Sehnsucht, München 2020.

Schillmöller, Jan/Doseva, Steliyana, „Chilling Effects" durch YouTubes Content ID? MMR 2022, S. 181–187.

Schindler, Jonathan, Geldwäschegesetzgebung und Steuerrecht, Köln 2021.

Schirmer, Jan-Erik, Artificial Intelligence and Legal Personality: Introducing "Teilrechtsfähigkeit": A Partial Legal Status Made in Germany, in: Wischmeyer, Thomas/Rademacher, Timo (Hg.), Regulating Artificial Intelligence, Cham 2020, S. 123–142.

–, ChatGPT: (K)eine Zukunft für Kommentare? JZ 2023, S. 144–146.

Schlumbohm, Jürgen, Gesetze, die nicht durchgesetzt werden: ein Strukturmerkmal des frühneuzeitlichen Staates? Geschichte und Gesellschaft 23 (1997), S. 647–663.

Schmidt, Johannes F. K., Editorische Notiz: Zum Verhältnis von Rechtstheorie und Rechtssoziologie bei Niklas Luhmann, in: Luhmann, Niklas, Kontingenz und Recht: Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang, Berlin 2013, S. 330–344.

Schmidt-Aßmann, Eberhard/Kaufhold, Ann-Katrin, Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, in: Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 3. Aufl., München 2022, § 27 = S. 3–84 (GVwR II, § 27).

Schnapp, Friedrich E., Methodenprobleme des § 7 Abs. 1 SGB IV – Unmöglichkeit der Rechtssicherheit? NZS 2014, S. 41–48.

Schneider, Angie, Umfang und Grenzen des Rechts auf Nichtwissen der eigenen genetischen Veranlagung, NJW 2014, S. 3133–3135.

Schneider, Jens-Peter, Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren, in: Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 3. Aufl., München 2022, § 28 = S. 85–195 (GVwR II, § 28).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–, Plattformregulierung als Baustein der europäischen KI-Governance, in: Ruffert, Matthias (Hg.), Die Regulierung digitaler Plattformen: Tagung der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht in Berlin am 28./29. Oktober 2022, Baden-Baden 2023, S. 105–140.

–, Das verwaltungsrechtliche Beschwerderecht für Plattformnutzer gem. Art. 53 DSA, CR 2023, S. 45–52.

Schoch, Friedrich, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, Heidelberg 1990.

–, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Schoch, Friedrich (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, München 2018, S. 12-300.

Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter (Hg.), Beck'scher Großkommentar Verwaltungsrecht, VwVfG, Loseblatt, München (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schoch/Schneider [Hg.], VwVfG).

Schönke, Adolf/Schröder, Horst (Hg.), Strafgesetzbuch, 30. Aufl., München 2019.

Schulz, Wolfgang/Schmees, Johannes, Möglichkeiten und Grenzen der Künstlichen Intelligenz in der Rechtsanwendung, in: Augsberg, Ino/Schuppert, Gunnar Folke (Hg.), Wissen und Recht, Baden-Baden 2022, S. 561–593.

Schulze, Reiner/Staudenmayer, Dirk/Watson, Jonathon (Hg.), EU Digital Law – Article-by-Article Commentary, München, Baden-Baden, Oxord 2020.

Schumann, Christine, „Bereits in drei bis fünf Jahren werden Methoden der Künstlichen Intelligenz die Hochschulbildung verändert haben", Deutscher Bildungsserver, 1.7.2019, https://blog.bildungsserver.de/bereits-in-drei-bis-fuenf-jahren-werden-methoden-der-kuenstlichen-intelligenz-die-hochschulbildung-veraendert-haben/, besucht am 13.10.2023.

Schuppert, Gunnar Folke, Über Grundpflichten des Bürgers und die Funktionen des Verwaltungsverfahrens – Bericht über die Staatsrechtslehrertagung 1982 in Konstanz, AöR 107 (1982), S. 614–629.

Schwabenbauer, Thomas, Informationsverarbeitung im Polizei- und Strafverfahrensrecht: Verfassungsrechtliche Vorgaben, in: Bäcker, Matthias/Denninger, Erhard/Graulich, Kurt (Hg.), Handbuch des Polizeirechts: Gefahrenabwehr – Strafverfolgung – Rechtsschutz, 7. Aufl., München 2021, S. 842–952 (zitiert: PolR-HdB, Abschnitt G, nach Rn.).

Schwarcz, Daniel/Prince, Anya, Proxy Discrimination in the Age of Artficial Intelligence and Big Data, Iowa Law Rev. 105 (2020), S. 1257–1318.

Schwarze, Jürgen, Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungssanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuZW 2003, S. 261–269.

Schwintowski, Hans-Peter, VW-Abgasskandal – Regelverstöße naturnotwendig? EWeRK 2015, S. 314f.

Seckelmann, Margrit, Künstliche Intelligenz in der Verwaltung, Die Verwaltung 56 (2023), S. 1–29.

Seel, Norbert M., Psychologie des Lernens, München, 2. Aufl. 2003.

Seibt, Johanna, Educational Requirements for Positive Social Robotics, in: Werthner, Hannes/Prem, Erich/Lee, Edward A./Ghezzi, Carlo (Hg.), Perspectives on Digital Humanism, Cham 2022, S. 183–189.

Seitz, Alexander, Die Zufallshaftung im Bürgerlichen Recht, Baden-Baden 2020.

Selbst, Andrew D./Barocas, Solon, The Intuitive Appeal of Explainable Machines, Fordham Law Rev. 2018, S. 1085–1139.

Sendler, Horst, Der Maria-Theresia-Taler (MTT) als Hilfe zur Rechtsfindung, DRiZ 1991, S. 158–167.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Senftleben, Martin/Angelopoulos, Christina, The Odyssey of the Prohibition on General Monitoring Obligations on the Way to the Digital Services Act: Between Article 15 of the E-Commerce Directive and Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market, 22.10.2022, https://ssrn.com/abstract=3717022, besucht am 13.10.2022.

Sesing-Wagenpfeil, Andreas, Der „barmherzige Samariter" im DSA, MMR 2023, S. 655–659.

Shanahan, Murray, Talking About Large Language Models, arXiv:2212.03551, 16.2.2023.

Siara, Carsten, Der Medienstaatsvertrag und die „neuen" Medien, MMR 2020, S. 523–526.

Siegel, Eric, Predictive Analytics, 2. Aufl., New Jersey 2016.

Siemons, Mark, Wir Cyborgs, F.A.S. vom 4.8.2019, S. 33.

Simitis, Spiros/Hornung, Gerrit/Spiecker gen. Döhmann, Indra (Hg.), Datenschutzrecht, Kommentar, Baden-Baden, 2. Aufl. 2025.

Simon, Helmut, Fragen der Verfassungspolitik, in: Glotz, Peter (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2015, S. 99–107.

Simpson, Brent/Willer, Robb/Feinberg, Matthew, Radical flanks of social movements can increase support for moderate factions, PNAS Nexus 1 (2022), S. 1–11.

Sinder, Rike, Urbane (Un-)Ordnung, Die Verwaltung 54 (2021), S. 157–188.

Skinner, Quentin, Visionen des Politischen, Frankfurt am Main 2009.

Smolka, Klaus Max, Hier rechnet niemand mehr ab, F.A.Z. vom 19.7.2022, S. 21.

Sommerer, Lucia, Personenbezogenes Predictive Policing, Baden-Baden 2020.

Song, Yifan/Wang, Guoyin/Li, Sujian/Lin, Bill Yuchen, The Good, The Bad and The Greedy: Evaluation of LLMs Should Not Ignore Non-Determinism, arXiv:2407.10457 (15.7.2024).

Sow, Amadou Korbinian, On Reaching a Crime Scene Ahead of the Criminal: Dreams of Police and Technology from the 1970s to Today, German Law Journal 23 (2022), S. 597–624.

Spamann, Holger/Klöhn, Lars, Justice Is Less Blind, and Less Legalistic, than We Thought, The Journal of Legal Studies 45 (2016), S. 255–280.

Specht, Louisa, Diktat der Technik, Baden-Baden 2019.

–, Zum Verhältnis von (Urheber-)Recht und Technik, GRUR 2019, S. 253–259.

Specht-Riemenschneider, Louisa, Herstellerhaftung für nicht-datenschutzkonform nutzbare Produkte – Und er haftet doch!, MMR 2020, S. 73–78.

–, Anmerkung zu EuGH verb. Rs. 682/18 und C-683/18 (Cyando), GRUR 2021, S. 1066–1067.

Spehr, Michael, Kauf ohne Kasse, F.A.Z. vom 14.3.2023, S. T 1.

–, Der präzise Wächter, F.A.Z. vom 11.7.2023, S. T 4.

Spiecker gen. Döhmann, Indra, Big Data intelligent genutzt: Rechtskonforme Videoüberwachung im öffentlichen Raum, K&R 2014, S. 549–556.

–, Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit, Tübingen 2024 (i.E.).

Spindler, Gerald/Büning, Felix, Einsatz von Reallaboren (Regulatory Sandboxes) – insbesondere im Recht der Künstlichen Intelligenz und der Finanzmärkte, JZ 2023, S. 799–808.

Spitzlei, Thomas, Der Zufall als Entscheidungskriterium, VerwArch 111 (2020), S. 439–472.

–, Die Verteilung des Corona-Impfstoffs nach dem Zufallsprinzip – gerechtes Entscheidungskriterium oder staatliche Willkür? in: Papathanasiou, Konstantina (Hg.), Zufall: Rechtliche, philosophische und theologische Aspekte, Berlin 2022, S. 126–145.

Sprenger, Johanna, Verbrechensbekämpfung, in: Ebers, Martin/Heinze, Christian/Krügel, Tina/Steinrötter, Björn (Hg.), Rechtshandbuch Künstliche Intelligenz und Robotik 2020, § 31 = S. 961–986 (zitiert: RechtsHdb. KI und Robotik, § 31).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Staben, Julian, Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung, Tübingen 2016.

Statistisches Bundesamt, Rechtspflege 2021, 29.11.2022, www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/strafverfolgung-2100300217004.pdf?__blob=publicationFile, besucht am 13.10.2023.

Steed, Ryan/Liu, Terrance/Wu, Zhiwei Steven/Acquisti, Alessandro, Policy impacts of statistical uncertainty and privacy, Science 377 (2022), S. 928–931.

Steen, Alexander, Ableitungen als wesentliche Fähigkeit von KI-Systemen nach der KI-VO, KIR 2024, S. 7–10.

Steinbach, Kathrin, Regulierung algorithmenbasierter Entscheidungen, Berlin 2021.

Steinrötter, Björn/Warmuth, Cara, Legal Tech, in: Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich/Holznagel, Bernd (Hg.), Handbuch Multimedia-Recht, 56. Aufl. 2021, München, Teil 30.

Stellpflug, Timo, KI und smarte Roboter im Kriegseinsatz, in: Ebers, Martin/Heinze, Christian/Krügel, Tina/Steinrötter, Björn (Hg.), Rechtshandbuch Künstliche Intelligenz und Robotik 2020, § 32 = S. 978–1010 (zitiert: RechtsHdb. KI und Robotik, § 32).

Stoklas, Jonathan, Bessere Grenzkontrollen durch Künstliche Intelligenz, ZD-Aktuell 2018, S. 6363.

Stuckenberg, Carl-Friedrich, Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre, GA 158 (2011), S. 653–662.

Sullivan, Danny, A reintroduction to our Knowledge Graph and knowledge panels, Google Blog, 20.5.2020, https://blog.google/products/search/about-knowledge-graph-and-knowledge-panels/, besucht am 13.10.2023.

Sunstein, Cass R., #Republic, Princeton 2017.

Susskind, Richard E., Expert Systems in Law: A Jurisprudential Approach to Artificial Intelligence and Legal Reasoning, The Modern Law Review 1986, S. 168–194.

Sydow, Gernot/Marsch, Nikolaus (Hg.), DS-GVO – BDSG, 3. Aufl. 2022, Baden-Baden/Zürich/St. Gallen/Wien 2022.

Tabbara, Annette, Der Triage-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, NZS 2022, S. 241–246.

Talbot, Brian/Jenkins, Ryan/Purves, Duncan, When Robots Should do the Wrong Thing, in: Lin, Patrick/Jenkins, Ryan/Abney, Keith (Hg.), Robot Ethics: From Autonomous Cars to Artificial Intelligence 2017, S. 258–273.

Teichmann, Arndt, Der Schutz des Persönlichkeitsrechts gegenüber herabwürdigenden Meinungsäußerungen, JZ 2020, S. 549–558.

Templeton, Adly/Conerly, Tom/Marcus, Jonathan/Lindsey, Jack/Bricken, Trenton/Chen, Brian/Pearce, Adam/Citro, Craig/Ameisen, Emmanuel/Jones, Andy/Cunningham, Hoagy/Turner, Nicholas L./McDougall, Callum/MacDiarmid, Monte/Tamkin, Alex/Durmus, Esin/Hume, Tristan/Mosconi, Francesco/Freeman, C. Daniel/Sumers, Theodore R./Rees, Edward/Batson, Joshua/Jermyn, Adam/Carter, Shan/Olah, Chris/Henighan, Tom, Scaling Monosemanticity: Extracting Interpretable Features from Claude 3 Sonnet, Tranformer Circuits Threats vom 21.5.2024, https://transformer-circuits.pub/2024/scaling-monosemanticity/index.html, besucht am 12.5.2024.

Teubner, Gunther, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, ZaöRV 2003, S. 1–28.

–, Digitale Rechtssubjekte? AcP 218 (2018), S. 155–205.

Thiel, Markus, Auf dem Weg zu einem neuen „Musterpolizeigesetz", Die Verwaltung 53 (2020), S. 1–19.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Thiel, Thomas, Römerberggespräche: Systemkritik im Zeichen des Virus, F.A.Z. vom 25.5.2021, www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/frankfurter-roemerberggespraeche-zu-corona-17356351.html, besucht am 13.10.2023.

Thiel, Thorsten/Volk, Christian (Hg.), Die Aktualität des Republikanismus, Baden-Baden 2016.

Thole, Christoph, Managerhaftung für Gesetzesverstöße, ZHR 173 (2009), S. 504–535.

Thoreau, Henry David, Über die Pflicht zum Ungehorsam gegen den Staat, in: ders. (Hg.), Über die Pflicht zum Ungehorsam gegen den Staat und andere Essays, Zürich 2010, S. 7–35.

Tieschky, Claudia, Wie die Medienaufsicht in Düsseldorf mit KI das Internet kontrolliert, Süddeutsche Zeitung vom 24.8.2021, www.sueddeutsche.de/medien/landesanstalt-fuer-medien-nrw-internet-ki-cyberkriminalitaet-1.5390047?reduced=true, besucht am 13.10.2023.

Tischbirek, Alexander, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung, Tübingen, 2. Aufl. 2020.

–, Artificial Intelligence and Discrimination: Discriminating against Discriminatory Systems, in: Wischmeyer, Thomas/Rademacher, Timo (Hg.), Regulating Artificial Intelligence, Cham 2020, S. 103-121.

–, Zum Einsatz intelligenter Systeme in der ermessensermächtigten Verwaltung, ZfDR 2021, S. 307–327.

–, Maßstabs- und Verantwortungsdiffusion in Zeiten digiteler Verwaltung und künstlicher Intelligenz, in: Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus (Hg.), Handbuch des Verwaltungsrechts: Band V – Maßstäbe und Handlungsformen im deutschen Verwaltungsrecht, Heidelberg 2023, § 126 = S. 143–176 (zitiert: HVwR V, § 126).

Toews, Rob, Synthetic Data Is About To Transform Artificial Intelligence, Forbes vom 12.6.2022, www.forbes.com/sites/robtoews/2022/06/12/synthetic-data-is-about-to-transform-artificial-intelligence/?sh=131a52997523, besucht am 13.10.2023.

Törnberg, Petter, How digital media drive affective polarization through partisan sorting, Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America (PNAS) 119 (2022), S. e2207159119.

Towfigh, Emanuel V., Komplexität und Normenklarheit – oder: Gesetze sind für Juristen gemacht, Der Staat 48 (2009), S. 29–73.

–, Das Parteien-Paradox, Tübingen 2015.

Trute, Hans-Heinrich, Grenzen des präventionsorientierten Polizeirechts in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Die Verwaltung 42 (2009), S. 85–104.

–, Wissen – Einleitende Bemerkungen, in: Röhl, Hans Christian (Hg.), Wissen – Zur kognitiven Dimension des Rechts, Die Verwaltung/Beiheft 9 (2010), S. 11–38 (zitiert: Wissen).

–, Rechtsprechungsanalyse zur Entwicklung des Polizei- und Ordnungsrechts 2013-2019, Die Verwaltung 53 (2020), S. 99–117.

Trute, Hans-Heinrich/Kuhlmann, Simone, Predictive Policing als Formen polizeilicher Wissensgenerierung, GSZ 2021, S. 103–111.

Tutt, Andrew, An FDA for Algorithms, Administrative Law Review 68 (2017), S. 83–123.

Umbreit, Matthias, Die Mensch-Roboter-Kollaboration, Arbeitsschutz in Recht und Praxis (ARP) 2021, S. 60–63.

Unabhängige Hochrangige Expertengruppe für Künstliche Intelligenz, Eine Definition der KI: Wichtigste Fähigkeiten und Wissenschaftsgebiete, Brüssel 8.4.2019, www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/Digitalisierung/Mittelstand/Downloads/Experten.pdf?__blob=publicationFile&v=2, besucht am 13.10.2023 (zitiert: Definition).

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–, Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI, Brüssel 8.4.2019, https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1, besucht am 13.10.2023 (zitiert: Leitlinien).

Unger, Sebastian, Demokratische Herrschaft und künstliche Intelligenz, in: ders./Ungern-Sternberg, Antje von (Hg.), Demokratie und künstliche Intelligenz, Tübingen 2019, S. 113–128.

Uphues, Steffen, Learning-Analytics-Software zur Erstellung von Studienverlaufsprognosen vor dem Hintergrund der DS-GVO, DÖV 2020, S. 234–243.

Vaswani, Ashish/Shazeer, Noam/Parmar, Niki/Uszkoreit, Jakob/Jones, Llion/Gomez, Aidan N./Kaiser, Łukasz, Attention Is All You Need, in: Guyon, Isabelle/Luxburg, Ulrike von/Bengio, Samy/Wallach, Hanna M./Fergus, Rob/Vishwanathan, S. V. N./Garnett, Roman (Hg.), Advances in Neural Information Processing Systems 30 (2017), S. 6000–6010.

Veale, Michael/Binns, Reuben, Fairer machine learning in the real world, Big Data & Society 4 (2017), S. 1–17.

Vincent, James, Google parent Alphabet shuts down yet another robot project, The Verge vom 24.2.2023, www.theverge.com/2023/2/24/23613214/everyday-robots-google-alphabet-shut-down, besucht am 13.10.2023.

Vogt, Peter, Kontingenz und Zufall, Berlin 2011.

Volkmann, Uwe, Polizeirecht als Sozialtechnologie, NVwZ 2009, S. 216–222.

–, Darf der Staat seine Bürger erziehen? Baden-Baden 2012.

–, Prävention durch Verwaltungsrecht: Sicherheit, NVwZ 2021, S. 1408–1415.

Völzmann, Berit, Digitale Rechtsmobilisierung, DÖV 2021, S. 474–483.

Voß, Oliver, Datenteilungspflicht gegen Dominanz auf Digitalmärkten, Tagesspiegel Background Digitalisierung & KI vom 13.1.2021.

Voßkuhle, Andreas, „Wer zuerst kommt mahlt zuerst!" Das Prioritätsprinzip als antiquierter Verteilungsmodus einer modernen Rechtsordnung, Die Verwaltung 31 (1999), S. 21–41.

–, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2002), S. 266–335.

–, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas/Hoffmann-Riem, W. (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., München 2012, S. 1–63.

Wachter, Sandra/Mittelstadt, Brent/Floridi, Luciano, Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation, International Data Privacy Law 7 (2017), S. 76–99.

Wachter, Sandra/Mittelstadt, Brent/Russell, Chris, Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR, Harvard Journal of Law & Technology 31 (2018), S. 842–887.

Waechter, Kay, Sicherheit und Freiheit in der Rechtsphilosophie, Tübingen 2016.

Wagner, Ben, Was bedeutet „Freiheit" in einem sozio-technischen Kontext? in: Oswald, Michael/Borucki, Isabelle (Hg.), Demokratietheorie im Zeitalter der Frühdigitalisierung, Wiesbaden 2020, S. 201–218.

Wagner, Cosima, Robotopia Nipponica – Recherchen zur Akzeptanz von Robotern in Japan, Marburg 2013.

Wagner, Gerhard, Algorithmisierte Rechtsdurchsetzung, AcP 222 (2022), S. 56–103.

–, Produkthaftung für das digitale Zeitalter – ein Paukenschlag aus Brüssel, JZ 2023, S. 1–11.

–, Die Richtlinie über KI-Haftung: Viel Rauch, wenig Feuer, JZ 2023, S. 123–134.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wagner, Jens, Legal Tech und Legal Robots, Wiesbaden 2018.

Waldhoff, Christian, Vollstreckung und Sanktionen, in: Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, München, 3. Aufl. 2022, § 44 = S. 1415–1553 (zitiert: GVwR II, § 44).

Waldron, Jeremy, How Law Protects Dignity, The Cambridge Law Journal (CLJ) 71 (2012), S. 200–222.

Wallach, Wendel/Asaro, Peter, Machine Ethics and Robot Ethics, Milton Park, UK, 2017

Waltl, Bernhard/Vogl, Roland, Increasing Transparency in Algorithmic-Decision-Making with Explainable AI, DuD 2018, S. 613–617.

Wang, Tracy H./Placek, Katerina/Lewis-Peacock, Jarrod A., More Is Less: Increased Processing of Unwanted Memories Facilitates Forgetting, The Journal of Neuroscience 39 (2019), S. 3551–3560.

Watson, David S./Floridi, Luciano, The Explanation Game: A Formal Framework for Interpretable Machine Learning, 26.12.2019, https://ssrn.com/abstract=3509737, besucht am 13.10.2023.

Weigend, Thomas, „Die Strafe für das Opfer"? – Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht, RW 1 (2010), S. 39–57.

Weinzierl, Quirin, Dark Patterns als Herausforderung für das Recht, NVwZ-Extra 2020, S. 1–11.

Weise, Mareike, Hochautomatisiertes Fahren in Deutschland und Kalifornien, Frankfurt am Main 2022.

Weißenfels, Victoria/Wilking, Marit, Mehr Sicherheit durch Sensoren, technikjournal vom 20.5.2021, https://technikjournal.de/news/mehr-sicherheit-durch-sensoren/, besucht am 13.10.2023.

Weller, Christoph, Unbrauchbare Perspektive, Forschung & Lehre 2020, S. 921.

Wendt, Kai, Zunehmender Einsatz intelligenter Videoüberwachung, ZD-Aktuell 2018, S. 6122.

Werthmann, Benjamin, Legal Tech, in: Ebers, Martin/Heinze, Christian/Krügel, Tina/Steinrötter, Björn (Hg.), Rechtshandbuch Künstliche Intelligenz und Robotik 2020, § 22 = S. 655–683 (zitiert: RechtsHdb. KI und Robotik, § 22).

Wetz, Franz Josef, Die Begriffe „Zufall" und „Kontingenz", in: Graevenitz, Gerhart von/Marquard, Odo (Hg.), Kontingenz, München 1998, S. 27–34.

While, Aidan H./Marvin, Simon/Kovacic, Mateja, Urban robotic experimentation: San Francisco, Tokyo and Dubai, UrbanStudies 58 (2021), S. 769–786.

Wiehart, Alexander, Aristoteles und das Ziel der Gemeinschaft, in: Gröschner, Rolf/Dierksmeier, Claus/Henkel, Michael/Wiehart, Alexander (Hg.), Rechts- und Staatsphilosophie: Ein dogmenphilosophischer Dialog, Berlin/Heidelberg 2000, § 2 = S. 31–56.

Wiele, Jan, Alles falsch, F.A.Z. vom 17.5.2025, S. 9.

Will, Martin, Die innovative völkerrechtliche UNECE-Regelung für Automatisierte Spurhaltesysteme, NZV 2020, S. 163–175.

Willaschek, Marcus, Recht ohne Ethik? Kant über die Gründe, das Recht nicht zu brechen, in: Gerhardt, Volker (Hg.), Kant im Streit der Fakultäten, Berlin, New York 2008, S. 188–204.

Williams, Alex, The Drones Were Ready for This Moment, The New York Times vom 23.5.2020, www.nytimes.com/2020/05/23/style/drones-coronavirus.html, besucht am 13.10.2023.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Williams, Cynthia A., Corporate Compliance with the Law in the Era of Efficiency, North Carolina Law Rev. 76 (1998), S. 1265–1385.

–, A Tale of Two Trajectories, Fordham Law Rev. 75 (2006), S. 1629–1660.

Wischmeyer, Thomas, Informationssicherheitsrecht, Die Verwaltung 50 (2017), S. 155–188.

–, Regulierung intelligenter Systeme, AöR 143 (2018), S. 1–66.

–, Making social media an instrument of democracy, ELJ 2019, S. 169–181.

–, Artificial Intelligence and Transparency: Opening the Black Box, in: Wischmeyer, Thomas/Rademacher, Timo (Hg.), Regulating Artificial Intelligence, Cham 2020, S. 75–101.

–, Künstliche Intelligenz und neue Begründungsarchitektur, in: Eifert, Martin (Hg.), Digitale Disruption und Recht: Workshop zu Ehren des 80. Geburtstags von Wolfgang Hoffmann-Riem, Baden-Baden 2020, S. 73–92.

–, Predictive Policing: Nebenfolgen der Automatisierung von Prognosen im Sicherheitsrecht, in: Kulick, Andreas/Goldhammer, Michael (Hg.), Der Terrorist als Feind? Personalisierung im Polizei- und Völkerrecht 2020, S. 193–213.

–, Regierungs- und Verwaltungshandeln durch KI, in: Ebers, Martin/Heinze, Christian/Krügel, Tina/Steinrötter, Björn (Hg.), Rechtshandbuch Künstliche Intelligenz und Robotik 2020, § 20 = S. 612-635 (zitiert: RechtsHdb. KI und Robotik).

–, Rechtsverwirklichung durch Technik im demokratischen Rechtsstaat, in: Baumgärtel, Matthias/Hoppen, Peter J. (Hg.), Informationstechnik und Recht 2021, S. 9–27.

–, Informationssicherheit, Tübingen 2023.

Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, Einstellungen zu Homosexualität und gleichgeschlechtlichen Partnerschaften in der Bundesrepublik Deutschland 1949-2016, Az. WD 1 - 3000 - 029/16, Berlin 20.6.2016.

–, „Echokammern" und „Filterblasen" in digitalen Medien, Az. WD 10 - 3000 - 007/22 21.3.2022.

Wittreck, Fabian, „Republik" als verfassungsunmittelbare Grundrechtsschranke? in: Gornig, Gilbert H./Schöbener, Burkhard/Bausback, Winfried/Irmscher, Tobias H. (Hg.), Iustitia et pax: Gedächtnisschrift für Dieter Blumenwitz 2008, S. 881–899.

Wolff, Johanna, Anreize im Recht, Tübingen 2021.

Wollenschläger, Ferdinand, Verteilungsverfahren, Tübingen 2012.

Wulfers, Alexander, Der Computer wird menschlich, F.A.S. vom 11.12.2022, S. 26.

Yuan, Tianyu, Lernende Roboter und Fahrlässigkeitsdelikt, RW 9 (2018), S. 477–504.

Zech, Herbert, Künstliche Intelligenz und Haftungsfragen, ZfPW 2019, S. 198–219.

–, Gutachten A | Entscheidungen digitaler autonomer Systeme: Empfehlen sich Regelungen zu Verantwortung und Haftung? in: Verhandlungen des 73. Deutschen Juristentages Hamburg 2020/Bonn 2022 (Hg.), Band I: Gutachten (Gesamtband A - G + CD), München 2020.

Zeidler, Karl, Über die Technisierung der Verwaltung, Karlsruhe 1959.

Zhou, Xinyi/Zafarani, Reza, A Survey of Fake News, ACM Comput. Surv. 53 (2020), S. 1–40.

Ziemann, Sascha, Wesen, Wesen, seid's gewesen? Zur Diskussion über ein Strafrecht für Maschinen, in: Hilgendorf, Eric/Günther, Jan-Philipp (Hg.), Robotik und Gesetzgebung: Beiträge der Tagung vom 7. bis 9. Mai 2012 in Bielefeld, Baden-Baden 2013, S. 183–194.

Zurth, Patrick, Der Pyrrhussieg der deutschen Störerhaftung in Luxemburg, ZUM 2021, S. 829–836.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Register

A

Ableitung (Inferenz) als Teil der KI-Def. 43, 60
Accuracy-Fairness-Trade-off 58, 315 ff.
AI Act der EU
– Art. 10 (Daten und Daten-Governance) 54, 313, 375 f.
– Art. 12 (Aufzeichnungspflichten) 385
– Art. 50 (Transparenzpflichten) 253
– Artt. 51 ff. (*General-purpose AI*) 63 f., 374 f.
– Art. 86 (Recht auf Erklärung) 67, 379 f.
– Bestreitbarkeit/Nachvollziehbarkeit von KI-Systemen 379 f.
– *Compliance Assistance Technologies* i. w. S. nur selten ‚hochriskant'/Art. 6 374 (bes. auch in Fn. 190)
– Entwurf der Komm. 43, 54 (in Fn. 70), 60 (in Fn. 116), 75 (dort in Fn. 27)
– KI-Definition 43 f., 60
– *Predictive Policing*/Art. 5 74 ff.
– Reallabore u.ä. 385 f.
– Studienzugang 199
– Verlässlichkeit von KI-Systemen 373 ff.
AI Agents *s. KI-Agenten*
Aktant
– hybride Interaktionszusammenhänge 269 f., 278 ff.
– KI als Aktant 254, 257, 539 f.
Akzeptanz 366, 540 f.
– von *Compliance Assistance* i. w. S. 362
– von Devianz 516
– von Recht 348 (dort in Fn. 97), 505
– von Robotern 255
– von Überwachung 250, 253 ff., 510
Algorithmus 46
Ambient Intelligence (AmI) 240
Angriffslasten *s. Risikoverteilung* und *Overblocking*
Anonymität 207, 222
Anreizsteuerung 476
Arbeitsteilung Mensch-Maschine bei der Rechtsanwendung
– hybride Konturen 351 ff.
– Perspektive Ertüchtigung 348 ff.
Artificial Counter-Intelligence 364 (dort in Fn. 155)
Artificial General Intelligence 61 ff., 252
Artificial Intelligence of Things (AIoT) 240
Asimovs drei Gesetze der Robotik 254 f.
Astro Boy 239
Auditierung von KI-Systemen 312, 364, 390
Automated Suspicion Algorithms s. Intelligent Surveillance
Automation Bias s. Biases
Automationsgerechte Gesetzgebung
– Begriff 288 ff.
– Beispiel UrhDaG 289
Automatisierte Waffensysteme 172
Autonomie *s. auch: selbstlernendes KI-System*
– Autonomierisiko 48, 307
– des Bürgers bei der/durch Rechtsbefolgung 342

B

Basismodelle 63 (mit Fn. 141), 375
Beamtenrechtlicher Funktionsvorbehalt 169 f.
Bestreitbarkeit 365 ff.
Beweis- und Darlegungslasten *s. Risikoverteilung*
Biases s. auch: De-biasing
– *Automation Bias* 58, 93, 202, 353, 355, 368
– *Confirmation Bias* 313
– des Menschen (Vorurteile) 312
– *Modelling Bias* 57 f.
– *Overfitting (durch KI)* 46, 293
– *Overfitting* (menschliches) 295
– *Proxy Discrimination* 55 f., 313 f.
– *Sampling Bias* 54 f., 313
– *Underfitting* 46
Bias-Variance-Trade-off 46 (mit Fn. 26)
Big Data
– Begriff 51
– *Curse of Dimensionality* 314 f.
– *Predictive Analytics* 51
– und Einzelfalladäquanz 292 ff.
*Black-Box*Phänomen *s. auch: explainable AI*
– der Mensch als *Black Box* 278 f., 309 f.
– KI als *Black Box* 51 ff., 308 ff.
– *Non-intuitive Models* 52 ff.
Brauchbare Illegalität (Luhmann) 406 ff.
Bundesverfassungsgericht
– E 6, 32 – Elfes 493 (dort Fn. 421)
– E 6, 389 – Homosexuelle 497 ff.
– E 39, 1 – Schwangerschaftsabbruch I 71 (mit Fn. 8), 439
– E 45, 187 – Lebenslange Freiheitsstrafe 545
– E 65, 1 – Volkszählungsurteil 39 (mit Fn. 75), 104

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– E 73, 206 – Sitzblockaden I 482, 489
– E 88, 203 – Schwangerschaftsabbruch II 439
– E 91, 118 – Bezirksrevisor 119, 534 f.
– E 108, 52 – Kindesunterhalt 329
– E 115, 320 – Rasterfahndung 103, 449
– E 120, 224 – Geschwisterbeischlaf 35 (mit Fn. 51), 439 (mit Fn. 147)
– E 120, 274 – Online-Durchsuchung 99 (mit Fn. 160), 101
– E 120, 378 – Kennzeichenkontrollen I 103 ff.
– E 123, 267 – Vertrag von Lissabon 501
– E 125, 260 – Vorratsdatenspeicherung 109, 168 (mit Fn. 493), 448 f.
– E 141, 220 – BKA-Gesetz 84 (dort in Fn. 75), 250 (mit Fn. 886), 290
– E 141, 220 – BKA-Gesetz, Sondervotum Schluckebier 262 ff., 547 (dort in Fn. 133)
– E 147, 253 – Numerus Clausus III 196 ff.
– E 150, 244 – Kennzeichenkontrollen II 79 f., 103 ff., 169, 176 f., 220, 248, 360, 426 ff., 532 f.
– E 153, 182 Suizidhilfe 513 f.
– E 156, 11 – Antiterrordateigesetz II 83 f., 103, 333 (mit Fn. 30)
– E 156, 63 – Elektronische Fußfessel 108
– E 159, 223 – Bundesnotbremse I 271
– E 160, 79 – Triage 527 f.
– E 165, 363 Automatisierte Datenanalyse 84 ff., 103 ff., 263, 290
Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) 467

C

*Cambridge-Analytica*Skandal 227
CCTV 77 (mit Fn. 33), 296
Chancen von Rechts-KI
– Differenzierungskraft (Selektivität) 297 f.
– Geschwindigkeit 296
– gezieltes Vergessen 305
– Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung 296
– Gleichmäßigkeit von Fehlern 323
– potentiell allgegenwärtig 296 f.
– Unermüdlichkeit 297
Chilling Effects
– als Chiffre für Misstrauen in den Staat 433 ff.
– durch *Impossibility Structures*? 174 f.
– durch Protokollierung von KI-Systemen 396 f.
– durch *Underenforcement* 111 f., 425, 431 ff.
– Empirie 109 (mit Fn. 213)
– in der Rspr. des BVerfG 109
– *Overcompliance* wegen 354
– Upload-Filter 212
China
– KI-Training in 47
– *Social Credit System* 31
Cobots 253
Code is Law (Lessig) 127, *s. auch: Impossibility Structures*
Compliance Assistance Technologies i. e. S.
– als Lösung für Rechtswissensdefizite 201 ff., 352 ff.
– als (zusätzliche) Komplexitätstreiber? 203 f.
– Begriff 184 f.
– Ertüchtigungs- statt Überwachungsperspektive 352 ff.
– Steuerungswirkungen 201 ff.
Compliance Assistance Technologies i. w. S. – Begriff 343
Compliance by Design 127, *s. auch: Impossibility Structures*
Comply-or-explain 506
Computergerechtes Recht *s. automationsgerechte Gesetzgebung*
Content ID 209 (in Fn. 696)
Counterfactual Explanations s. kontrafaktische Begründung unter *Explainable AI*
Critical Race Studies 430 ff.
Curse of Dimensionality 314 f.

D

Data Protection by Design 143 ff.
Datenqualität 313
De-biasing
– algorithmische Fairnessmaße 315 ff., *s. auch: Fairness, algorithmische*
– *Curse of Dimensionality* 314 f.
– Testverfahren 313
– Umgang mit problem. Korrelationen 314
– und Datenschutz 313
Deepfakes 38 (in Fn. 68)
Deep Research 293 (in Fn. 147)
Defuturisierung (Luhmann) 39 f. (mit Fn. 78)
Determinierungsgesamtrechnung
– bzgl. der Durchsetzung von Recht 448 ff.
– bzgl. des materiellen Rechts 451 f.
Deterministische KI-Systeme 48 f., 85
Devianz *s. auch: Recht zum Rechtsbruch*
– als Anlass zur Korrektur des Rechts 412 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– als Mittel der Reduktion von Komplexität 412
– als Mittel der Wissensgenerierung 494 ff.
– als Quasi-Reallabor 501 ff.
– aus Gründen der Ressourcenschonung 407 f.
– dogmatische Strukturen 413 ff.
– entdeckte/offene 406 ff.
– *Grenzen der Lernbereitschaft der Gesellschaft* 511 ff.
– heimliche 275 f., 394, 408, 505 ff.
– im frühneuzeitlichen Staat 180 (mit Fn. 554)
Digital-Check *s. automationsgerechte Gesetzgebung*
Digitaler Zwilling 240, 296 f.
Digital Services Act (DSA)
– Art. 7 (Freiwillige Untersuchungen) 130, 143, 509 f.
– Art. 8 (Keine allg. Überwachungspflicht) 130 f., 137 f., 210 f.
Digitaltaugliches Recht *s. automationsgerechte Gesetzgebung*
Diskriminierung, umgekehrte 316 f.
Diskriminierung durch KI *s. Biases, De-biasing* und *Fairness, algorithmische*
Doraemon 239
Drittwirkung der Grundrechte 444, 454
DSGVO
– Identifizierbarkeit bei Verw. von LiDAR 123 f.
– *Privacy by Design* und *Impossibility Structures* (Art. 25) 143 ff.
– *Profiling* 75
– Recht auf Erklärung (Art. 22) 371 f., 377 ff.
– Reichweite 145 f.
– und Kommunikationsüberwachung 101 f.
– und Zufall 509 f.
DSM-RL, bes. Art. 17 205, 371
Dulde und liquidiere, umgekehrtes 455, 480 f.
Dun-&-Bradstreet-Urteil des EuGH 378 f.

E

Echokammern 226
E-Commerce-RL
– Artt. 14, 15 (Haftung, keine allg. Überwachungspflicht) 133 ff.
– Überprivilegierung der Inhalteanbieter 130 f.
Education Technology 197 f.
Efficient Breach of Contract 469
Eingefrorenes KI-System 48 f.
Einheit der Verwaltung 115
Einschüchterungseffekte *s. Chilling Effects*
Einzelfalladäquanz
– als Verantwortung des Rechtsadressaten 295, 335
– Defizite des Menschen 295
– durch Gerichtsschutz 388 f.
– fehlende 179, 291 ff. 295, *s. auch: Biases*
– *Underfitting* 291
Einzelfallgerechtigkeit *s. Einzelfalladäquanz*
*Elfes*Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 416
Embedded Law 127, *s. auch: Impossibility Structures*
Ermessen und KI 284, 357 f.
EuGH
– Gutachten 1/15 (Fluggastdatenabkommen EU/Kanada) 56
– Rs. C-18/18 (Glawischnig-Piesczek) 133 ff.
– Rs. C-203/22 (Dun & Bradstreet Austria) 67, 198, 378 f.
– Rs. C-401/19 (Polen/Parlament und Rat) 214 ff.
– Rs. C-511/18 u.a. (La Quadrature du Net) 120
– Rs. C-609/17 (TSN) 115
– Rs. C-634/21 (OQ/Land Hessen) 372
– Rs. C-817/19 (Ligue des droits humains) 89 ff.
– verb. Rs. C682/18 und C-683/18 (Peterson/Google und Elsevier/Cyando) 136 ff.
Evaluation von KI-Systemen 364 f.
Expertensysteme 61 f., 283, 286 und ff.
Explainable AI
– Begriff 65 f.
– *Feature Visualization* 52
– *Heat Maps* 52, 66
– in der Rspr. des EuGH 93, 378
– kontrafaktische Begründung 53, 66 f., 378
– *Next Best Results* 66, 355
– und NLP 286
– zwecks Bestreitbarkeit 366 ff.

F

Fähigkeitsreserven, menschliche 355
Fairness, algorithmische
– Belastungsgleichheit 316 f.
– Ergebnisgleichheit 315 f.
– kontextabhängige Maßstäbe 322 f.
– Prognosegleichheit 316
Fairness by Awareness 313, 530
Fairness through Blindness 313

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Falschparken 452 f.
Federated Learning 48
Fehlertoleranz bei der Konkretisierung und Realisierung von Recht 218 f., 345 f.
Filterblasen 226
Flagging 139, 213 f.
Fluggastdatenabgleich 87
Folgenabschätzung 364
Folgerichtigkeit 525
Forecasting 47
Foundation Models 63 (mit Fn. 141)
Freiheit 452
Freiheitsbegriff des GG 36 (mit Fn. 59), 341 f., 422 ff., 452
Fürsorgepflicht, beamtenrechtliche 306
Futurist Legal Scholarship 39 f.
Fuzzy Cognitive Maps 288

G

Gehorsam 337
Gendiagnostikgesetz 528
Generalisierungsfähigkeiten
– des Menschen 313
– von KI 45 f., 50 f., 61 ff., 293, 299 f., *s. auch: Bias-Variance-Trade-off*
Generalklauseln, Verzicht auf 447
General-purpose AI System s. KI-Modell mit allgemeinem Verwendungszweck
Generalverdacht 251
Generative KI 63
Geofencing 150
George Orwells 1984 239
Gesamtrechnungen
– Determinierungsgesamtrechnung 448 ff.
– Rechtsbefolgungszeit-Gesamtrechnung 355
– Überwachungsgesamtrechnung 112
Gewährleistungsverantwortung 381 f.
Gleichheit *s. auch: Biases, Einzelfalladäquanz* und *Fairness, algorithmische*
– materielle Gleichheitsbegriffe 203 ff., 530
– Rechtsanwendungsgleichheit durch KI/Automatisierung 296
Grundpflichten 328, 341 f.
Guter-Samariter-Klauseln 143, 508 ff.

H

Halluzinieren von KI 284, 540
Hate Speech 111, 425
Hermeneutischer Zirkel (Larenz) 282
Hinterfragbarkeit *s. Bestreitbarkeit* und *explainable AI*
Homosexuellen-Urteil des BVerfG 495 ff.
Human Enhancement Technologies 546
Hypothetische Datenneuerhebung 262 f.

I

iBorderCtrl 241
Ideales Recht (Kant) 246 f.
Impossibility Structures
– Abgrenzung/Unterschiede zu *Intelligent Surveillance* 173 ff.
– als Lösung für Rechtswissensdefizite? 355 ff.
– als Teil des Vollstreckungsrechts 169
– beamtenrechtlicher Funktionsvorbehalt 169 f.
– Begriff 126 ff.
– Deutbarkeit als Assistenzsystem? 355 ff.
– Überwachungsakzessorische Bewältigung 166 ff.
– und Menschenwürde 172 f.
– und normatives *Overblocking* 179 ff.
– und *Overblocking* 169
– und Zensurverbot 423 ff.
In dubio pro libertate 438
Inferenz *s. Ableitung als Teil der KI-Def.*
Information Overload 193 f.
Innovation
– des Rechts 389 f., 502
– durch Rechtsbruch 496 f.
– *Grenzen der Lernbereitschaft der Gesellschaft* 511 ff.
– Reallabore, Forschungssklauseln 385
Intelligence Augmentation s. Intelligent Surveillance
Intelligent Surveillance
– Begriff 73 ff.
– in der Rspr. des BVerfG 103 ff.
– in der Rspr. des EuGH 115 ff.
Interpretable Machine Learning s. explainable AI
Intransparenz *s. Black-Box-Phänomen*

J

Juridifizierung der Gesellschaft 451 f.
Justification Structures
– Abgrenzung zu *Impossibility Structures* 223 f.
– Abgrenzung zu *Intelligent Surveillance* 221 ff.
– Begriff 205 ff.
– beim autonomen Fahren 217 f.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– differenzierte Fehlerfolgen 218 f.
– Rückbau von Strafnormen 219
– Upload-Filter 206 ff.

K

Kausalität 58 f.
KI-Agenten 145, 242, 253
– im Datenschutzrecht/Data Protection by Design 144
KI-Haftungsrichtlinie 306 f.
KI-Modell mit allgemeinem Verwendungszweck 63
KI-VO *s. AI Act der EU*
Knowledge Base 60 f.
Knowledge Frameworks 61
Kommunikation
– mit KI 310 ff., *s. auch: explainable AI*
– zwischen Menschen 310
Kommunikationsüberwachung
– durch die Landesmedienanstalten 99 ff.
– gegen Kinderpornographie 242 (dort in Fn. 848)
Komplexität des Rechts
– aus kognitionswiss. Sicht 345 (mit Fn. 86)
– KI als Komplexitätstreiber 203 f.
– optimale 193
Konnektionismus 60 f.
Kontingenz
– Begriff 28 f.
– Normkontingenz 35, 275, 299
– Verhaltenskontingenz 35
Kontrafaktische Begründungen *s. unter: Explainable AI*
Kontrollbereich von Grundrechten 442 f.

L

Landwirtschaft 4.0 241
Large Language Models 63 ff., 286
Law & Literature 239
Law by Design 127, 145, *s. auch: Impossibility Structures*
Legal Protection by Design 127, *s. auch: Impossibility Structures*
Legal Tech 68 f.
Legislative Illegalität (Marxen) 418 (dort in Fn. 64)
Losverfahren *s. unter: Zufall*
Lügen-Können 309

M

Machine Learning s. maschinelles Lernen
Macht 243 ff.
Malum in se 462
Malum prohibitum 462
Maschinelle Rechtsanwendung am Bsp. autonomer Kraftfahrzeuge 282 ff.
Maschinelles Lernen 44 ff.
– als Mustererkennung 44 f.
– angewandte Statistik 44, 53 ff., 63, 291 ff., *s. auch: Statistik*
– Einzelfalladäquanz, fehlende 291 ff.
– *Features* 45
– *Labeling* 47 f.
– *Large Language Models* 62, 286
– liefert Wahrscheinlichkeitsurteile 62 f., 284 ff., 290 f.
– *Natural Language Processing* 62 f.
– *Noise* 293
– *Reinforcement learning* 50
– überwachtes Lernen 47 f.
– unüberwachtes Lernen 49 f.
– von Recht 283 ff.
– von Rechtsänderungen 286
Matching 196 f.
Medizin-Ethik und KI 287 f.
Menschliches Lernen 280 ff., *s. auch: Wissen*
– Definition 45
– inferenzielles Lernen 281
Metaverse 242
Microtargeting 227
Monetarisierung von Urheberrechtsverstößen 476
Monistische Rechtstheorie (Hoyer) 463 ff.
Multimodale Systeme 63, 286, 301
Must-carry -Pflichten 233 f.
Musterabgleich 45, 290 f., 298
Mustererkennung 44

N

Narrative im Recht *s. auch: Asimovs drei Gesetze der Robotik* und *George Orwells 1984*
– Begriff/Konzept 238 ff.
– Narrativ der Ertüchtigung 346 ff.
– Narrativ der Hilfeleistung 249 f.
– Narrativ der Überwachung 237, 248 f.
– Zensurvorwurf 423
New Legislative Framework 384 f.
Nichtanzeige geplanter Straftaten (§ 138 StGB) 261
– als Regelungsvorbild? 518 f.
Noise

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– bei KI 293 f.
– beim Menschen 297 f., 312
Normbegriff 272
Normen als Kommunikation 437 f.
Normenbestimmtheit 333
Normenbildung, parajuristische 411 ff.
Normenklarheit 329 ff., 333
Notice-and-prevent 132, 211, 220
Notice-and-stay-down 138, 141, 211
Notice-and-take-down 130, 140
Nowcasting 47
Nudging 128, 194, 265 ff., 365 f.
*Numerus-claususIII*Urteil (BVerfG) 196 ff.
Nützliche Pflichtverletzungen 466 ff.

O

Offene Gemeinschaft der Verfassungsinterpreten (Häberle) 338 (dort in Fn. 52)
Opazität *s. Black-Box-Phänomen*
Optimierung
– Begriff 25 (dort in Fn. 6)
Overblocking
– durch Upload-Filter 211 ff., 330
– ex-post-Korrektur ausreichend? 181 f., 356 ff.
– normatives 179 ff., 403, 411 f., 451 f., 510, 553
Overclaiming 212
Overcompliance, Gefahr der 354, *s. auch: Chilling Effects*

P

Paradigm of Knowledge Creation s. Fairness by Awareness
Patentrecht 475 f.
– und digitale Rechtsdurchsetzung 453 f.
– und gesetzgeberische Modifikationen am Rechtsinhalt 475
Perceptrons 59 (dort in Fn. 110)
Personal Assistants 155, 253 f.
Personalized Law 192 f., 537 f.
Persönlichkeitsprofile 108
Physei politikon zôon (Aristoteles) 340
Predictive Analytics s. Big Data
Predictive Policing s. auch: Intelligent Surveillance
– Begriff und Abgrenzung 74 ff., 127
– in der Rspr. des BVerfG 114
Predictive Schooling 197
Preemptive Technologies 127, *s. auch: Impossibility Structures*
Preference Assistance Technologies
– Begriff 225
– *Google News* 227 ff.
– Individuelle Selbstentfaltung 228 f.
– Medienstaatsvertrag 230 ff.
Prioritätsprinzip *s. unter Zufall*
Privater Schutz gegen Devianz *s. Selbstschutz*
Privatisierung der Rechtsdurchsetzung? 169 f., 245 ff.
Privatrechtswirkung der Grundrechte *s. Drittwirkung der Grundrechte*
Probabilismus 62 f., 290 f., *s. auch: maschinelles Lernen*
Produkthaftungsrichtlinie 306
Produktsicherheitsverordnung 151
Profiling
– i. S. v. Art. 22 DSGVO 371 ff., 377 ff.
– im AI Act 75
– im DSA 549
Protestantisches Rechtsverständnis *s. republikanisches Rechtsverständnis*
Proxy Discrimination s. unter Biases

R

*Rational-Choice*Theorien 458
Rationalitätsansprüche an das Recht 525 ff.
Rauschen *s. Noise*
Reallabore 515
– gesetzliche 385
– in Form von deviantem Verhalten 501 ff.
Recht als Bewirkungsarrangement 439
Recht als Kommunikation 436 ff.
Recht als Realisierungsarrangement 438 ff.
Recht auf eine offene Zukunft 546
Recht auf Erklärung 67, 198 f.
– aus der DSGVO 378 f.
– im AI Act 379 f.
Recht auf Nicht-Recht 450 f.
Recht auf zivilen Ungehorsam 487 ff.
Recht auf Zufall 546 ff.
Rechtsanwendung
– Begriffliches 338
– durch Maschinen 282 ff., 300 ff., 304 f.
– durch Menschen 271 ff., 280 ff., 305
– Mensch-Maschine-Vergleich 290 ff., 298 ff., 305 f., 308 ff., 312 ff., 321 ff.
– Wertungen 294 f.
Rechtsbefolgung
– als Ausdruck von Autonomie 342
– als Grundpflicht 341
– Begriff 338
Rechtsbefolgungspflicht 341, 410

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtschaffenheitsvermutung *s. auch: Vertrauen*
– als Ausdruck gesellschaftlichen Grundvertrauens 428 ff.
– in der Rspr. des BVerfG 110, 426 ff.
– naturrechtliche Grundlagen (vir iustus) 426 (dort in Fn. 84)
Rechtsfortbildung 274 f., 299
Rechtsökonomische Perspektive 456
Rechtspersönlichkeit und KI 307
Rechtsrealismus 285, 332 ff.
Recht zum Rechtsbruch
– als Folge der DSGVO 509 f.
– Begrifflichkeit 413 ff.
– dogmatische Strukturen 413 ff.
– ein Oxymoron 413 f., 493
– im Völkerrecht 418
– Innovationsfunktion 496 ff.
– Recht auf die Möglichkeit zum Rechtsbruch 414 f.
– Recht auf Möglichkeit, sich *für* die Rechtsbefolgung zu entscheiden 416 ff.
– Recht auf Möglichkeit zum unerkannten Rechtsbruch 415 f.
– Recht auf Rechtsunkenntnis 414
– Sonderopfer 509
Regelbasierte KI *s. symbolische KI*
Representation Learning 64 f., 311
Republikanisches Rechtsverständnis
– Begriff 328
– Konturen 337 ff.
– Nachteile des Konzepts 341 f.
– Vorzüge des Konzepts 339 f.
Republikprinzip des GG 341
Residual Noise 293
Retrievel-augmented Generation 62 f.
Retrospective Policing 47 (mit Fn. 31)
Richtige Auslegung des Rechts
– als Ergebnis eines Prozesses 324, 346, 389
– Richtigkeitsmaßstäbe/Fehlertoleranz 345 f.
Risikoverteilung
– beim Vorgehen gegen Upload-Filter 212 ff.
– Beweis- und Darlegungslasten 307
– ex-post-Korrektur ausreichend? 182, 356 ff.
– Kriterien 182
– Mitwirkungslasten der Bürger in Verw.Verfahren 358
Robobutler 150 f.
Robojudge 387
Robotaxis 241
Robotik *s. auch: Asimovs drei Gesetze der Robotik*
– Akzeptanz von 255
– allg. Grundsätze eines Robotik-Rechts 152 ff., 154 ff., 255 f.
– Humanoide 150 f., 253 ff., *s. auch: Vermenschlichung*
– in Japan 239
– Tiervergleich 158 (dort in Fn. 455)
– und § 323c StGB 156 ff.
– und menschliche Solidarität 157 f., *s. auch: Vermenschlichung*
Rundumüberwachung 107 f.

S

*Safe-Harbour*Wirkung 209, 219, 222, 390
Sandboxes s. Reallabore
SCHUFA-Urteil des EuGH 372 f., *s. auch: Dun-&-Bradstreet-Urteil des EuGH*
Selbstbeurteilung des Rechts *s. republikanisches Rechtsverständnis*
Selbstlernendes KI-System
– Definition 49
– Notwendigkeit einer engen Def. 86, 294, *s. auch: eingefrorenes KI-System*
Selbstschutz, privater 508 ff.
Selbstvollziehende Gesetze *s. self-executing-Gesetze*
*Self-executing*Gesetze
– i. S. von technischem Zwang 127, 144 ff.
– i. S. von unmittelbaren Rechtspflichten 334
Serendipität 235, 546 ff.
Silencing 111
Smart City 240
Smart Dust 240
Smart Facility Management 241
Smart Home 241
Smart Industry 241
Smart Law Enforcement s. Intelligent Surveillance
Smart Maintenance 241
Smart Metering 241
Social Credit System 102
Sofortiger Vollzug 445 f.
Sonderopfer 509
Soziale Medien 225 ff.
Staatshaftung und KI 308
Statistik *s. auch: Biases* und *Fairness, algorithmische*
– KI als angewandte Statistik 53 ff.
– statistische Parität 315
Step-by-step-reasoning 62 (dort in Fn. 135)
Steuerungsperspektive 25 f., 307 f., 320, 334 ff., 415, 552
Stichprobenkontrollen 118 f., 532 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Stochastik 291 ff.
Störgrößen *s. Noise*
Strafrecht und KI *s. auch: Safe-Harbour-Wirkung*
– Bestrafung von KI selbst 307
– Fahrlässigkeitshaftung 307
– Rückbau von Strafnormen 219, 369, 388
– Strafrechtstheorie 319 ff.
Sunset Clauses 121 f., 514 f., 519
Superintelligenz 45
Supervised Machine Learning 47 ff.
Symbolische KI
– als Ergänzung (hybride Systeme) 64 f., 287 f.
– Begriff 60 f.
– im AI Act 43 (mit Fn. 8), 60
– *Symbolic Grounding Problem* 61 f., 64 f., 301 f.
Symbolisches Recht 179 f.

T

Techno-Regulation 437, *s. auch: Impossibility Structures*
*Terrorist-Content-Online*VO (TCO-VO) 138 ff.
Totalitarismusvorsorge 433 ff.
Transformer 62 (mit Fn. 132)
Typisierungen und Pauschalisierungen 323

U

Überwachung *s. auch: hypothetische Datenneuerhebung, s. auch: Nichtanzeige geplanter Straftaten* (§ 138 *StGB*), *s. auch Chilling Effects*
– additive 107 f.
– Akzeptanz von 250 ff., 253 ff.
– durch Private 508 ff.
– Erkennung von Kinderpornographie 242 (dort in Fn. 848)
– Generalverdacht 251
– Gründe statt Anlässe als Rechtfertigung 119, 221
– kein Volk von Teufeln 247
– Meinungsfreiheit 211 ff.
– Überwachungsgesamtrechnung 112, *s. auch: Gesamtrechnungen*
– Überwachungspflicht, spezifische 211, 220
– Zufallsfunde 262
Überwachung: Überwachungspflicht, allgemeine 210
Underblocking 182, 184, *s. auch: Underenforcement*
Underenforcement 29, 111 f., 431 ff.
Unsupervised Machine Learning 49 f.
Unterlassene Hilfeleistung (§ 323c StGB)
– Grundsätzliches 154 ff.
– und KI (de lege lata) 156 f.
– und KI (Übertragbarkeit de lege ferenda?) 157 ff., 248 ff.
– Verpflichteter als Verwaltungshelfer (Pawlik) 159
Upload-Filter 206 ff.
– Beweis- und Darlegungslast 212, 217
– Meinungsfreiheit 210 ff.
– *Overblocking*, Gefahr des 211 f.
– *Overclaiming* 212
– *Put-Back*Anspruch 383
– Zensur 210
Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG) 205 ff.
– automationsgerechte Gesetzgebung 289 f.
– geringfügige Nutzung 209
– Kennzeichnung als erlaubte Nutzung 206 f.
– *Pre-Check* 206
– Roter-Knopf-Verfahren 208 f.

V

Verantwortung
– Begriff/Definition 308
– und maschinelle Rechtsanwendung 306 ff.
– Verantwortungsdiffusion 307
– Zuweisungsnormen 276
Verbotsirrtum, unvermeidbarer 330, 336, 349 f.
Verbundrisiko 307
Verdachtsgewinnungsverfahren *s. auch: Intelligent Surveillance*
– automatisierte 73 f.
Vereinigte Staaten von Amerika
– als Misstrauensgesellschaft 431 f.
– Executive Order on Artificial Intelligence 37 f.
– *law-as-price*Konzepte 456 ff.
– smarte Videoüberwachung 77
Vergleich Mensch-Maschine
– Ergebnisse 290 ff., 298 ff., 305 ff., 308 ff., 312 ff.
– Maßstäbe 321 ff.
– Notwendigkeit 269
Verhaltensforschung (für/an Maschinen) 311 ff.
Verhaltenssteuerung durch Recht *s. Steuerungsperspektive*

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verhältnismäßigkeit 260, 322, 392, 443 f., 530
– von zivilem Ungehorsam 491
Verlässlichkeit
– im geltenden Recht 371 ff.
– reliabilistische Rechtfertigungen 364 f.
– von Maschinen/Algorithmen 363 ff.
– von Menschen 309 f., 363
Vermenschlichung 158, 253 ff., 256 ff.
Vernetzungsrisiko 307
Vernunft 248 (dort in Fn. 876), 339 (dort in Fn. 59), 348 f., 526
Verobjektivierung des Menschen? 172 f., 366
Verrechtlichungsfalle 451
Vertrauen
– als Mechanismus zur Reduktion von Komplexität 428
– Gründe für Misstrauen (Überwachung) 430 und ff.
– kontrafaktische Vertrauensvermutung 428
– Misstrauensgesellschaft 431
– realweltliche Bedingtheit 430 ff.
– Technikvertrauen als Ersatz 432 (mit Fn. 114)
– Vertrauensgesellschaft 428 ff., *s. auch: Rechtschaffenheitsvermutung*
– Vertrauensverlust durch *Underenforcement* 431
Verzerrungen *s. Biases*
Victim Blaming 112
VO (EU) 2021/784 zur Bekämpfung terroristischer Online-Inhalte 138 ff.
Völkerrecht 419, 483 (mit Fn. 361), 488 (mit Fn. 397)
Vollstreckungsrecht 169, 443 ff.
Vollzugsdefizite *s. Underenforcement*
Vorurteile *s. Biases*

W

Wahlrecht 528
Wertungen im Recht 294 f.
Widerstandsrecht 482, 484
Wissen
– Alltagswissen 280 f.
– arbeitsteilige Organisation von Wissen 309 ff.
– Begriff 26 (mit Fn. 18)
– Einheit der Verwaltung 115
– Erfahrungswissen 280 f., 290 f.
– Generierung durch Devianz? 495 ff.
– Generierung im VerwVerfahren 445
– Grenzen der Lernbereitschaft der Gesellschaft 511 ff.
– implizites Wissen 294 (mit Fn. 150)
– Lernwissen 281 f.
– Rechtswissen 280 ff.
– relationales Wissen 60 ff., 299 ff.
– und Maschine 31
– verbotenes 528 f.
Würde 108, 171 ff., 449 f.

X

xAI *s. explainable AI*

Z

Zensur
– durch Upload-Filter? 210
– i. S. des GG 356, 422 ff.
– und *Notice-and-stay-down*Pflichten 426
*Zero-Trust*Gesellschaft 431 f.
Ziviler Ungehorsam
– als Quasi-Volksbefragung 483 (mit Fn. 364)
– Begriff/Definition 481 f.
– Pflicht zur Duldung? 487 ff.
– Publizität 484 f.
– *Radical Flanks Effect* 491
– systemtreue Motivation 485 ff.
– und *Justification Structures* 490
– und Widerstandsrecht 484
– Verhältnismäßigkeit 491
Zufall *s. auch: Kontingenz* und *Serendipität*
– als Instrument gegen Pfadabhängigkeiten 545 f.
– als Rechtsprinzip 526
– als Steuerungsmechanismus im Recht 524 ff.
– Begriff 28, 523 f.
– bei der Realisierung von Recht 27, 522 ff.
– Bürgergremien und aleatorische Demokratie 525 (mit Fn. 23)
– durch Wissensverbote/Datenschutz- recht 529
– im Wahlrecht 525, 528
– in der Überwachungs-Rspr. des BVerfG 532 ff.
– Prioritätsprinzip 196, 524, 527
– Recht auf Zufall 546 ff.
– Serendipität 546 ff.
– technisch bedingt (Halluzinationen, fehlende Einzelfalladäquanz) 540 f.
– technisch bedingt (Restvarianz) 48 (dort in Fn. 37), *s. auch: eingefrorenes KI-System*

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit 524 (mit Fn. 15)
– und Losverfahren 525
– zwecks KI-Training? 541
Zufallsfunde 262, 547 (mit Fn. 133)
Zuständigkeit für die Konkretisierung und Realisierung von Recht
– Arbeitsteilung Mensch-Maschine (hybrides Modell) 344
– Nicht-Staatsbürger/jur. Personen 340
– Position des BVerfG (Fiktion) 329 ff.
– Professionalismus 332 ff.
– Rechtsbefolgung als Gehorsam 337
– Republikanismus 337 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748954576 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -