

# Der normative Druck des Faktischen

Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2016 in Bremen und im September 2017 in Regensburg

Herausgegeben von Dennis-Kenji Kipker, Matthias Kopp, Peter Wiersbinski, Jan-Christoph Marschelke, Falk Hamann und Martin Weichold



ARSP Beiheft 156

Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie

Franz Steiner Verlag



Nomos

Der normative Druck des Faktischen:  
Technologische Herausforderungen des Rechts  
und seine Fundierung in sozialer Praxis  
Herausgegeben von Dennis-Kenji Kipker, Matthias Kopp,  
Peter Wiersbinski, Jan-Christoph Marschelke, Falk Hamann und  
Martin Weichold

**ARCHIV FÜR RECHTS- UND SOZIALPHILOSOPHIE**

**ARCHIVES FOR PHILOSOPHY OF LAW AND SOCIAL PHILOSOPHY**

**ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT ET DE PHILOSOPHIE SOCIALE**

**ARCHIVO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL**

Herausgegeben von der Internationalen Vereinigung

für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR)

Redaktion: Dr. Annette Brockmüller, LL. M.

Beiheft 156

# **Der normative Druck des Faktischen: Technologische Herausforderungen des Rechts und seine Fundierung in sozialer Praxis**

Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR)  
in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und  
Sozialphilosophie (IVR) im September 2016 in Bremen  
und im September 2017 in Regensburg

Herausgegeben von Dennis-Kenji Kipker, Matthias Kopp  
(JFR 2016) und Peter Wiersbinski, Jan-Christoph Marschelke,  
Falk Hamann, Martin Weichold (JFR 2017)



**Franz Steiner Verlag**



**Nomos**

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

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

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist unzulässig und strafbar.

© Franz Steiner Verlag, Stuttgart 2019

Druck: Druckhaus Nomos, Sinzheim

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier.

Printed in Germany.

Franz Steiner Verlag: ISBN 978-3-515-12196-5 (Print)

Franz Steiner Verlag: ISBN 978-3-515-12202-3 (E-Book)

Nomos Verlag: ISBN 978-3-8487-5604-9

# Inhaltsverzeichnis

## I. Recht und Technik – Grenzen des Rechts im Informationszeitalter?

<i>Dennis-Kenji Kipker / Cristiano Maia / Simon Schwichtenberg / Matthias Kopp</i> Editorial: Recht und Technik Grenzen des Rechts im Informationszeitalter	9
<i>Karol Felsner / Jakob Rendl</i> Recht und seine Überschreitbarkeit	15
<i>Markus Gafßner</i> Grundrechte, Gesellschaft, Kultur: Das Beispiel der Digitalisierung Zum Verhältnis von Grundrechten und gesellschaftlichem Wandel am Beispiel des Persönlichkeitsschutzes im Internet	33
<i>Benedikt Neuroth</i> Wandel von Privacy im Zeitalter von Datenbanken Ein historischer Blick auf das Verhältnis von rechtlichen Kodizes zu technischen Codes in den USA der 1960er und 1970er Jahre	51
<i>Ricky Wichum</i> Verwaltungsrecht und Automation um 1960	69
<i>Lucia Scharpf</i> Technologisierung als räumliches Problem: Die gerechte Verteilung von Infrastrukturanlagen Eine Untersuchung des Planfeststellungsverfahrens auf Grundlage von <i>Robert Alexys</i> Diskurstheorie des Rechts	89
<i>Simon Schwichtenberg</i> Recht und Technik – hat das Recht der Technik oder die Technik dem Recht zu folgen? Eine Grundsatzfrage am Beispiel des vernetzten und digitalisierten Automobils	107

---

<i>Oliver Harry Gerson</i> Vulnerabilität und Resilienz des Rechts im Angesicht der Technisierung Zugleich ein Beitrag zu „Organik“ und „Dynamik“ im Recht	121
<b>II. Recht und Moral als soziale Praxis?</b>	
<i>Peter Wiersbinski / Jan-Christoph Marschelke / Falk Hamann / Martin Weichold</i> Editorial: Soll es sein, wie wir es tun? Zum schwierigen Verhältnis von Normativität und Faktizität rechtlicher und moralischer Praktiken	141
<i>Martin Palauneck</i> Hegels praxeologische Kritik der Sklaverei	149
<i>Hauke Behrendt</i> Weil <i>man</i> das so macht?! Zur spezifischen Normativität sozialer Praxis	167
<i>Mario Brandhorst</i> Das doppelte Gesicht der Pflicht	185
<i>Wulf Loh</i> Das Völkerrecht zwischen Normativität und Praxis Über die Möglichkeit einer immanenten Legitimitätsstrategie völkerrechtlicher Normen	205
<i>Markus Wolf</i> Praxis und Idee im Widerstreit Naturalismus, Konstruktivismus und Dekonstruktivismus in der Philosophie der Menschenrechte	229
<i>Luise K. Müller</i> Soziale Kooperation und die Geltung von Grundrechtsansprüchen	247

**I. Recht und Technik –  
Grenzen des Rechts im Informationszeitalter?**



# Editorial: Recht und Technik

## Grenzen des Rechts im Informationszeitalter

DENNIS-KENJI KIPKER / CRISTIANO MAIA /  
SIMON SCHWICHTENBERG / MATTHIAS KOPP

---

Im ersten Teil dieses Beihefts finden sich insgesamt sieben Aufsätze, deren Grundlage die entsprechenden Vorträge auf der 23. Jahrestagung des *Jungen Forums Rechtsphilosophie* unter dem Titel „Recht und Technik – Grenzen des Rechts im Informationszeitalter“ sind, die am 21. und 22. September 2016 in Bremen stattfand.

### Themenstellung und Diskussionsgrundlage

Unsere heutige Gesellschaft bedient sich immer stärker moderner Technik, um sich selbst zu verwirklichen und fortzuentwickeln. Die persönliche Lebensgestaltung des Einzelnen, aber auch diejenige von kollektiven Lebens- und Interessenvereinigungen bedarf vernetzter informationstechnischer Systeme, um funktionieren zu können. Dadurch entsteht eine starke Abhängigkeit von technischen Hilfsmitteln, sowohl der Gesellschaft als auch des Individuums selbst. Der *homo faber* ist demnach abhängig, wird beeinflusst und vielleicht sogar beherrscht von dem, was er einst geschaffen hat, um ihm zu dienen.

Dabei stellt das Recht immer weniger den Impulsgeber zur Lebensgestaltung dar, vielmehr antizipieren die technologischen Errungenschaften die persönliche und gesamtgesellschaftliche Entwicklung, während das Recht bei der Widerspiegelung der Gesellschaft vielfach an seine Grenzen stößt, weil es zu spät kommt. Denn wenn eine technische Entwicklung nicht antizipiert werden kann, so kann auch keine präventive Regelung bezüglich der durch die Neuerung entstehenden Probleme getroffen werden. Somit ist es dem Recht zumeist nur möglich, im Nachgang auf eine bestimmte Entwicklung hin (mehr oder weniger) zielgerichtet und sinnvoll zu reagieren, was oftmals auch durch ein Unverständnis den technischen Entwicklungen gegenüber erschwert ist.

Betritt eine neue, technische Errungenschaft die Bühne, welche die Welt im Sturm erobert und die Menschen wesentlich beeinflusst, stellt sich die Frage, welche Situation vorliegt, bis ein Gesetzgeber auf eine Neuerung reagieren kann. Entsteht eine Art „rechtsfreier Raum“ bzw. kann es einen solchen überhaupt geben? Oder treten vielmehr an die Stelle legislativen Rechts allgemeingültige Verhaltensregeln und Moralvorstel-

lungen? Kann also vielleicht ein „Naturrecht“ auch dann noch eingreifen, wenn die Natur durch die Technik mehr und mehr verdrängt wird?

Der Konflikt von Recht und Technik wird zudem durch die globale Dimension verschärft, welche die Technik mühelos annehmen kann, während es dem Recht kaum oder gar nicht möglich ist, geeignete globale Regulierungsansätze zu treffen. Denn ist das Recht, während es für die Technik keine natürlichen Grenzen gibt, nicht möglicherweise an regionale Grenzen gebunden, über die hinaus ein Gesetzgeber kein Recht zu setzen vermag? Inwieweit vermag also Recht mit einem Phänomen umzugehen, welches keine Grenzen kennt?

Vor diesem Hintergrund stellt sich abschließend sogar die Frage, ob im Informationszeitalter traditionelle Regulierungsmechanismen noch das geeignete Mittel darstellen, um eine Gesellschaft in ihrer Entwicklung zu prägen oder ob nicht vielmehr auf neue Regulierungsinstrumente zurückgegriffen werden muss, um auch in Zukunft noch eine normenkonforme Gestaltung moderner Technologien zu ermöglichen, die immer tiefer im Leben aller Bürger verankert sind. Oder aber muss an die Stelle eines Normensystems ein neuartiges System treten, welches flexibler auf die sich ständig verändernden Umstände zu reagieren vermag?

### Überblick über die Tagungsbeiträge

Unter dem Titel „Recht und seine Transgressivität – Überlegungen zur Bedeutung der Möglichkeit der Rechtsüberschreitung und Mechanismen ihrer Unterbindung am Beispiel der Flugdatenverwendung“ referierten *Karol Felsner (Berlin)* und *Jakob Rendl (Wien)*. Den Ausgangspunkt des Beitrages bildete die sog. PNR-Richtlinie, der das EU-Parlament im Jahr 2016 zustimmte. Bei Flügen aus bzw. in die EU sollen in einer zentralen Speicherinstanz verschiedene Daten über die Passagiere gespeichert werden. Auf der Grundlage des dadurch entstehenden Datensatzes und mit Hilfe eines Algorithmus sollen auffällige Verhaltensweisen und infolgedessen Passagiere ermittelt werden, die einer verstärkten Kontrolle bedürfen. Dadurch entstünde ein empirisches Recht, das in Form der verstärkten Kontrolle bestimmter Personen unmittelbar in die Welt hineinwirke. Diese unmittelbare Wirkung setzten Felsner und Rendl in Bezug zu einem von Prof. Roger Brownsword entwickelten Modell. In diesem gäbe es zwei „Idealtypen“ in Form zweier Länder: Im „Land der Einschreibung“ käme es zu einer gesellschaftlichen Regulierung unmittelbar über die Technik. Etwas anderes als dasjenige, was die Regulatoren vorsehen, werde unmöglich. Exemplarisch werde dies an einem Schweller im Boden deutlich: Wenn jemand der Zutritt zu einem bestimmten Bereich nicht zustünde, würde der Schweller automatisch beim Erscheinen dieser Person hochfahren, so dass es der Person, entsprechend der regulatorischen Vorgabe, unmöglich würde, den Bereich zu betreten. Ausgehend von der Prämisse, dass die Regulatoren gute Absichten verfolgen, käme es zu einer „Verunmöglichung“ des Falschen, d. h. des Bösen. Den Gegenpart zu diesem „Land der Einschreibung“ sehe Brownsword im „Land der Vorschreibung“. Eine gesellschaftliche Regulierung erfolge hier über das Recht, indem

Normen bestimmte Verhaltensweisen vorschrieben. Gegen diese Normen könne verstoßen werden und Verstöße könnten allenfalls mit nachträglichen Sanktionen belegt werden. Welche regulatorischen Vorgaben tatsächlich in der Gesellschaft Fuß fassen, entscheide damit immer noch der „Puffer Mensch“ durch sein individuelles Verhalten. Unter Bezugnahme auf Kant betonten Felsner und Rendl, dass die Möglichkeit der Entscheidung, anders zu handeln, als es rechtliche Vorgaben vorsehen, gerade Ausdruck menschlicher Autonomie sei. Ein Mensch sei nur dann frei, wenn er nach seiner eigenen Maxime handeln könne, aus der, wenn sie im Kollektiv verfolgt werde, auch Gesetze entstehen könnten. Wie auch Hanna Arendt betone, sei die Überschreitung des Vorgesehenen eine gesellschaftliche Teilhabe an der Politik. Insbesondere Minderheiten könnten sich Gehör und rechtliche wie gesellschaftliche Anerkennung dadurch verschaffen, dass sie das täten, was von der Mehrheit verboten werde.

Sodann folgte der Vortrag von *Markus Gassner (Gießen)* mit dem Titel „Grundrechtsschutz der Persönlichkeit im Internet – Ein Beispiel für die Notwendigkeit gesellschaftsadäquater Grundrechtskonzeptionen“. Im Fokus stand dabei die Frage, ob und wieweit sich Recht – insbesondere Grundrechte – und Technik konträr zueinander verhalten. Gassner stellt dabei die These auf, dass der diametrale Ansatz nicht der richtige Ausgangspunkt sei. Vielmehr läge ein „Inputproblem“ vor: Das Internet decke Probleme auf, die bereits vorhanden waren, nun aber nicht mehr ignoriert werden könnten. Verdeutlichen wollte Gassner dies am Urteil des BVerfG zum Lösungsanspruch eines Rechtsanwalts hinsichtlich gegen ihn gerichteter Äußerungen im Internet, die u. a. den Vorwurf beinhalteten, er selbst würde „rechtslastigen Dreck“ veröffentlichen (BVerfG NJW 2012, 3712). Dem Streit zwischen den Rechtsanwälten waren Ausführungen des Klägers und späteren Beschwerdeführers auf seiner Homepage vorausgegangen, in denen er das Grundgesetz als „lediglich ein ordnungsrechtliches Instrumentarium der Siegermächte“ beschreibt. Das BVerfG hielt die Beschwerde des Rechtsanwalts für unbegründet. Da er sich mit seinen Äußerungen in die öffentliche Sphäre begeben habe, sei er weniger schutzwürdig und müsse Beeinträchtigungen seines Persönlichkeitsrechts durch Gegenäußerungen und Vorwürfe, wie sie vom beklagten Rechtsanwalt erfolgten, hinnehmen. Gassner kritisiert an diesem Urteil, dass das BVerfG seine Sphärentheorie aus der „analogen“ Welt direkt in das Internet überträgt, ohne dessen Besonderheiten zu würdigen. Einen Artikel bzw. einen Kommentar in einer Zeitung zu verfassen, sei gerade nicht dasselbe, wie eine Äußerung im Internet zu tätigen. Gleichzeitig sei es aber auch schwierig, einen geeigneten Ausgangspunkt für die Handhabung von Grundrechten, allen voran des Persönlichkeitsrechts, in der digitalen Welt zu finden. Insoweit käme es zu einer „normativen Aporie“. Eine allgemeine Regel zur Handhabung des Persönlichkeitsrechts könne nicht aufgestellt werden, da Grundrechte immer kontextbezogen seien. Die Handhabung von Grundrechten setze dabei einerseits immer eine gewisse Vorstrukturierung voraus, müsse sich aber andererseits auch an neuen Strukturen orientieren. So stelle sich z. B. bei sozialen Netzwerken und Diskussionsforen im Internet die Frage, ob eine dem Persönlichkeitsrecht zugrunde gelegte Trennung zwischen Öffentlichem und Privatem noch aufrecht erhalten bleiben könne oder ob es nicht vielmehr zu neuen hybriden Mischformen käme, die ihren Niederschlag auch in

der Handhabung von Grundrechten wiederfinden müssten. Recht und Technik seien insoweit keine Opportunisten, sondern beeinflussten sich gegenseitig, indem das Recht der Technik Vorgaben mache und die Technik aber auch Auswirkungen auf das Recht und dessen Handhabung habe. Durch diese Wechselwirkung könne es erst zu einer Verbindung von Normativität und Faktizität kommen.

Der sich anschließende Vortrag von *Benedikt Neuroth (Berlin)* stand unter dem Titel „Daten – Codes – Recht. Der Wandel von Privacy im Computerzeitalter“. Neuroth stellte aus einer geschichtlichen Perspektive die in den 60ern und 70ern in Nordamerika geführte Debatte über Privacy vor. Im Mittelpunkt seines Beitrags stand der Wandel des Rechts auf Privatsphäre im Informationszeitalter in den USA. Dabei schilderte der Vortragende die Kontroversen um die Etablierung eines Bundesdatenzentrums in den USA, die Überwachung von politischen Dissidenten durch die Armee und die in der Presse und in der Akademie entstandene Debatte über die Datenbanken und die elektronische Datenverarbeitung. Im Hinblick auf das Recht wurde die in den 70ern gefällte Entscheidung des US Supreme Court, nach der die bloße Existenz von Datenbanken keine Grundrechtsverletzung darstelle, und der Code of Fair Information Practice sowie der Privacy Act von 1974 zum Schutz der Privatsphäre der Bürger erwähnt.

Daran an schloss sich der Vortrag von *Ricky Wichum (Lüneburg)* mit dem Titel „Anthropologie und Programm – Zwei Lektüren zum Verhältnis von Recht und Technik im Informationszeitalter“. Ausgangspunkt des Vortrags war die Frage, ob und wie das Auftauchen des Computers das Verhältnis von Recht und Technik verändert. Untersuchungsgegenstand waren die thematisch einschlägigen Arbeiten von Erhard Denninger und aus Niklas Luhmanns früher Verwaltungstheorie. Die These des Vortrags war, dass es wesentlich die den Texten unterliegende Konzeption der Technik bzw. des Computers sei, die darüber entscheide, ob der Computer für die beiden Autoren eine Veränderung des Verhältnisses von Recht und Technik bedeute. In der ersten Lektüre von Denningers „Die Herausforderungen an das Recht in der technologischen Gesellschaft“ (1970) konnte eine anthropozentrische Technikkonzeption ausgemacht werden, die letztlich auf den Befund einer Ko-Evolution von Recht und Technik hinauslaufe. In der zweiten Lektüre von Luhmanns „Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung“ (1968) wurde eine Charakterisierung des Computers als kybernetische Maschine einerseits und als „Konditionalmaschine“ andererseits festgestellt, was zu einer ähnlich gearteten Auffassung einer Ko-Evolution von Recht und Technik führe. Abschließend wies der Referent darauf hin, dass der Konflikt nicht die einzige Denkmöglichkeit sei, das Verhältnis zwischen Recht und Technik zu beschreiben. Stattdessen könne sich eine Diskussion zu den praktischen wie epistemologischen Gemeinsamkeiten von Recht und Technik als vielversprechend erweisen.

*Lucia Scharpf (Freiburg)* referierte zu dem Titel „Technologisierung als räumliches Problem – Gedanken zur gerechten Verteilung technologiebedingter Infrastruktur. Eine Untersuchung des Planfeststellungsverfahrens auf Grundlage von Robert Alexys Diskurstheorie des Rechts“. Zunächst stellte die Vortragende den Ablauf des Planfeststellungsverfahrens und sodann Robert Alexys Diskurstheorie des Rechts vor. Alexy gehe davon aus, dass das Recht ein Sonderfall des praktischen Diskurses der Moral sei

(Sonderfallthese). Daraus ließen sich auch die Anforderungen an die Richtigkeit eines Diskurses auf das Recht anwenden. Im Falle des Planfeststellungsverfahrens müsse die hieraus resultierende Entscheidung neben der Richtigkeit zudem den Anforderungen der Zweckmäßigkeit und der Rechtssicherheit genügen. Nach Alexy sollten Diskursbedingungen als Prinzipien betrachtet werden, d. h. als Optimierungsgebote, die im rechtlichen Kontext nicht völlig verwirklicht werden können bzw. eine Modifizierung erfahren sollten. Schließend wurde Alexys Diskurstheorie anhand der intelligenten Logistik im Transportwesen exemplifiziert.

*Simon Schwichtenberg (Bremen)* ging in seinem Vortrag „Recht und Technik – hat das Recht der Technik oder die Technik dem Recht zu folgen? Eine Grundsatzfrage am aktuellen Beispiel des vernetzten und digitalisierten Automobils“ von der Prämisse aus, dass sich das Recht dem technischen Fortschritt anpasse und führte dies am Beispiel des Datenschutzrechts aus. Seiner Auffassung nach entwickelten sich Wissenschaft und Technik unabhängig von Normen und Verboten. Dieser These stellte er das Primat des Rechts von Ernst Forsthoff gegenüber, wonach technische Entwicklungen dem Recht zu folgen haben und nicht umgekehrt. Schwichtenberg betrachtete den technischen Fortschritt unter Bezugnahme auf Forsthoff kritisch, denn mit dem Fortschritt komme es zu Machtverschiebungen und Machtkonzentrationen zugunsten der Entwickler neuer Technologien. Ein weiteres Problem sei die technische Entwicklung als Endloskette: Einerseits beseitige die Technologie Probleme, schaffe aber zugleich neue Probleme und Bedürfnisse. Der Vortrag kam zu dem Ergebnis, dass die Reaktion des Rechts auf die faktische Technologieentwicklung in der Risikosteuerung und der Festlegung entsprechender Zielvorgaben zu sehen sei, um eine gleichberechtigte Wechselbeziehung zwischen Recht und Technik zu erzielen. Für das autonome Mobil habe das zur Folge, dass der Gesetzgeber die Rahmenbedingungen dieser neuen Technologie bestimmen müsse.

Den letzten Vortrag der bremischen Jahrestagung hielt *Oliver Harry Gerson (Passau)* über die „Vulnerabilität des Rechts als Folge der Technisierung – Resilienz und Demut als Wege aus der Schwindsucht“. Gerson stellte fest, dass das Recht krisenanfällig und verwundbar sei. Diese Vulnerabilität entstehe durch Unruhe des Systems, so genannten „outside noises“. Diesen Widerstreit des Rechts mit anderen, auch divergenten Interessen, erläuterte er am Beispiel der Leihmutterchaft. Im Hauptteil seines Vortrags stellte Gerson schließlich das Problem der so genannten „Smart Contracts“, der selbst vollstreckenden Verträge, dar. Durch diese technologisch induzierte Neuerung finde eine Vermischung von materiellem und prozessuellem Recht statt. Dies habe weitergehend zur Folge, dass es zu einer Änderung der Wirkung des Rechts komme, so entfiele durch fehlende Karenzzeiten dessen Befriedungswirkung, womit die „Smart Contracts“ automatisch eine Sanktionswirkung entfalten. Ein weiteres Problem sah Gerson in der Verflachung des Rechts durch die zunehmende Bildung von Spezialgebieten mit der Folge von Empathielosigkeit und Abstumpfung. Hierdurch verlöre das Recht als menschengemachtes Mittel zur Konfliktbewältigung seine gesunde Mitte und kopple sich von den Wünschen und Bedürfnissen des Individuums zunehmend ab. Die Lösung für dieses Problem könne final nur in der Resilienz und Demut des Rechts zu finden sein.



# Recht und seine Überschreitbarkeit

KAROL FELSNER / JAKOB RENDL

---

## 1. Einleitung

Wäre es nicht eine unglaubliche Erleichterung, wenn ein für alle Mal die Frage nach Gut und Böse geklärt werden könnte, weil alles was dem menschlichen Überleben abträglich ist, mathematisch erfasst und ein mögliches Optimum dessen technisch aus der Welt gebannt würde? Wie schön, wie stabil wäre dieses Gemeinwesen, in dem schlimmste Straftaten verunmöglicht würden und damit Leben gerettet, Delinquenz im Ansatz vermieden, die Möglichkeit von Rechtsbruch passé?

Möglicherweise wäre es zu stabil! Gleichzeitig ist die grundlegende Veränderung von Recht und Gesellschaft durch den Einsatz von Technik zu möglich, um sie nicht zu antizipieren und die Gründe für Bedenken auszuloten. Wir wollen deshalb vorliegend von tatsächlichen Entwicklungen ausgehend reflektieren, wohin sie im besten Falle führen. Dazu abstrahieren wir von der herkömmlichen Kritik an ihren Mängeln, etwa der nicht vorhandenen Objektivität auch selbstlernender Algorithmen, falschen Positiven bei Datenanalysen, Missbrauch und Ähnlichem. Stattdessen ziehen wir die Idee tatsächlich „guter“ Gesetze heran und fragen danach, welches Rechtsgut selbst im Falle der Existenz des „Guten“ durch dessen vollständige Implementierung gefährdet sein könnte.

Wir wollen zeigen, dass die Idee von Objektivität eine Aktualität und Strahlkraft hat, die sich in der Realität niederschlägt. So beginnt unsere Argumentation mit Erläuterungen der Fluggastdatenverwendung. Diese ist ein reales Beispiel von Datenverarbeitung, bei der bereits Aufgaben bis an die Grenzen der Rechtssetzung vom Menschen zur Technik verlagert werden, weil Algorithmen an Objektivität Menschen scheinbar so weit überlegen sind und so viel näher an (empirischer) Wahrheit. Das führt uns zu einem Gedankenexperiment Roger Brownswords, in dem die Frage gestellt wird, was denn das Problem wäre, wenn das erkannte „Gute“ nicht nur im Recht festgeschrieben, sondern technisch die Überschreitung dieser guten Regeln verunmöglicht würde. Die menschliche Handlungsfähigkeit stehe auf dem Spiel, schreibt Brownsword: Diese sei ein einheitliches Vermögen und die Kapazität zum „Guten“ könne nur entwickeln, wer auch die Möglichkeit zum „Bösen“ habe.

Könnte das durch die direkte Implementierung von Regeln in die Welt gefährdete Schutzgut der Überschreitbarkeit der Mensch selbst sein? Oder seine Würde? Vielleicht

Freiheit, oder Demokratie, Normativität, oder menschliche Aktionsweise schlechthin? Wir vollziehen Überlegungen von Hans Kelsen, Christoph Möllers und Hannah Arendt nach, die unseres Erachtens eben diesen Pufferraum zwischen Recht und menschlichen Aktivitäten betreffen. Dabei legen wir bloß schlaglichtartige Interpretationen dessen vor, was verloren zu gehen droht, wenn die Möglichkeit des Rechtsbruchs sich verengt. Der Schluss zwischen Regel und Anwendung – vielleicht schmerzfrei für einige von uns – bedeutet, so konkludieren wir, fundamentale Konsequenzen für Pluralität und Lebendigkeit gesellschaftlichen Lebens, für die Beweglichkeit von Ausschlüssen und für die Möglichkeit von in nicht-rechtskonformem Verhalten liegender Teilhabe.

## 2. Recht und Technik

Regulierung geschieht nie bloß über Rechtsnormen.<sup>1</sup> Was tatsächlich auf uns Menschen wirkt, sind oft nicht Gesetze, sondern konkretere Übersetzungen der herrschenden Vorstellungen von dem was „Richtig“ oder „Falsch“ ist. – Das moderne „Nudging“ ist nur eine reflektierte Entwicklung dessen, was in Form von architektonischen (Bodenschwellen) oder technischen (Fingerabdruckscanner), jedenfalls faktischen Barrieren jeweils Verhaltensmöglichkeiten formt.

In diesem Artikel soll es vor allem um moderne Einschränkungen der Überschreitbarkeit von Recht gehen. Sie unterscheiden sich von ihren Vorgängerinnen insbesondere durch eine gesteigerte Unsichtbarkeit, die scheinbare Regulierungsfreiheit. Hinter den breiten Straßen von Paris standen Bestrebungen von Napoleon III die leichte Verbarrikadierbarkeit der früheren kleinen Straßen – die die Französische Revolution begünstigt hatten – abzuschaffen. [Siehe dieses und weitere Beispiele bei Lessig<sup>2</sup>] Hinter den Brücken vor New York, die durch ihre niedrige Bauhöhe die Zufahrt für öffentliche Busse beschränkten, und dadurch ärmere Bevölkerungsgruppen, tendenziell Afroamerikaner, von Long Island fernhielten, stand – unter anderem – der Rassismus des Planners Robert Moses.<sup>3</sup> Jeweils wirkten erkennbare oder durch Nachforschung belegbare politische Interessen. Umso unsichtbarer der Regulierungsaspekt hinter Veränderungen der physischen Umwelt oder technischen Anwendungen ist, umso schwieriger wird Kritik daran. Was nun den Anschein von Objektivität maschineller Entscheidung, insbesondere durch selbstlernende Algorithmen, betrifft, so passiert zweierlei auf einmal: Der Regulierungsaspekt wird unsichtbar, es wird gewissermaßen lediglich Statistik gemacht und daraus werden automatisiert Schlüsse gezogen. Und aus den empirisch begründeten Kontrollregeln ergibt sich dann relativ zwangsläufig ihre unbedingte direkte Anwendung als neue „gute“ Regeln.

1 Siehe die spannenden Ausführungen zu Regulierungsweisen bei Lawrence Lessig, *Code v2*, 2006, 120 ff.

2 Vgl. Lawrence Lessig, *Code v2*, 2006, 120 ff.

3 Robert Caro, *The Power Broker: Robert Moses and the Fall of New York*, 1974, 318, zit nach Lessig, *Code v2*, 128; Siehe auch Caro, 'The Power Broker', 40 Years Later, *The New York Times* v 10.12.2014, <https://www.nytimes.com/2014/12/14/books/review/the-power-broker-40-years-later.html>.

### a) Technik und Datensammlung

Ein Vertrauen in die Überlegenheit technischer Lösungen hat in den letzten Jahren verschiedene Datensammelunternehmungen begünstigt: Die Einführung der Vorratsdatenspeicherung etwa, einer Richtlinie, die dann – nach Erlass nationaler Umsetzungsgesetze – vom EuGH für unionsrechtswidrig erklärt wurde. Aber auch umfangreiche Systeme zur Datensammlung an EU-Außengrenzen (seit März 2018 inklusive SIS II Fingerabdruckidentifizierungssystem AFIS) sowie nationale Verwaltungsstrafdateien befinden sich im Ausbau. Eine nun nicht mehr ganz neue Richtlinie zur Fluggastdatenspeicherung und -verwendung verknüpft die Speicherung direkt mit der Verwendung gesammelter Daten. Die Richtlinie wurde im April 2016 vom EU-Parlament beschlossen. Drängendes Argument war dabei ihre Anti-Terror-Effektivität. (Ihr Beschluss wurde von den Anschlägen auf die Redaktion von *Charlie Hebdo* im Januar 2015 beschleunigt.<sup>4</sup>)

Gemäß der Richtlinie wird in den Mitgliedsstaaten der EU je eine Zentralstelle der nationalen Sicherheitsbehörden zur Speicherung und Verarbeitung der Fluggastdaten eingerichtet. (Im österreichischen Gesetzesentwurf zum PNR-G, sowie im deutschen FlugDaG wird jeweils das Bundeskriminalamt als solche PIU [Passenger Information Unit] vorgesehen.) Fluggesellschaften und Reisebüros haben die von ihnen erhobenen Daten dann laut Richtlinie an die Unit des jeweiligen Ankunftsstaates des betreffenden Fluges zu übermitteln. Tatsächlich sehen die nationalen Regelungen in Deutschland und Österreich je eine Übermittlung und Verarbeitung aller ankommenden sowie aller abgehenden Flüge vor, so dass es bei EU-Binnenflügen (bezüglich derer sich aus der Richtlinie selbst keinerlei Speicher- und Verarbeitungspflicht ergab) außerdem zu einer gedoppelten Verarbeitung der Daten kommt. Die Daten werden beim Bundeskriminalamt gesammelt, gespeichert (5 Jahre), verarbeitet und ausgewertet. Die Verarbeitung der Daten beinhaltet die Auswertung der PNR-Daten um Kriterien für die Durchführung von Überprüfungen von Fluggästen aufzustellen. Dies zur Ermittlung von Personen, die an einer terroristischen Straftat oder einem Akt schwerer grenzüberschreitender Kriminalität beteiligt sein könnten.

Die Vorgehensweise, solche Kriterien zu gewinnen, ist Profilerstellung. Dabei ist das Ziel nicht, gesuchte Personen zu finden, sondern zunächst ein abstraktes Profil von Terrorist\_innen und Schwerkriminellen zu skizzieren, dessen Anwendung auf die Datensätze künftiger Passagier\_innen dann vom Verhalten der zugehörigen Person unabhängig, aus den Reisedaten Verdacht schöpft oder nicht. Wie die Begründung des Entwurfs von 2011 erläuterte,

„ermöglichen PNR-Daten den Strafverfolgungsbehörden, Personen zu identifizieren, die ihnen bislang nicht „bekannt“ waren, d. h. Personen, die noch nicht im Verdacht stehen, an einer schweren oder terroristischen Straftat beteiligt zu sein, bei denen eine Datenauswertung aber

4 Vgl Karol Felsner/Raphael Bouteau, Charlie und die Einheitsfabrik, *juridikum* 2015, 140.

Anhaltspunkte dafür liefert, dass sie an einer solchen Straftat beteiligt sein könnten, und die daher von den zuständigen Behörden genauer überprüft werden sollten.“<sup>5</sup>

## b) Empirisches Recht

Das Profiling, dieses Filtern der Fluggastdaten vor der Ankunft, um „nur diejenigen Personen genauer [zu] kontrollieren, von denen – unter Berücksichtigung objektiver Prüfkriterien und der bisherigen Erfahrungen – am ehesten eine Gefahr für die Sicherheit ausgeht“<sup>6</sup>, passiert automatisch, aufgrund der mittels eines Algorithmus aus vorhergehenden Einspeisungen generierten Kriterien. Der Algorithmus analysiert, indem bei der Flugbuchung angegebene Daten mit Daten aus anderen Quellen gekreuzt und Korrelationen errechnet werden. Aus der Masse von Korrelationen werden Kriterien gebildet. Unter Anwendung dieser Kriterien werden Behördenentscheidungen vorbereitet, die etwa Kontrollen oder langfristige Überwachungsmaßnahmen von Terrorverdächtigen oder mutmaßlich illegal Migrierenden anordnen. Zwar wird die Entscheidung formal immer von einer Entscheidungsperson getroffen, da negative Folgen sich nach der Richtlinie nie allein auf Grund einer Datenauswertung ergeben dürfen. Jedoch wird die Vorauswahl ja gerade an einen Computer delegiert, weil dieser einen wesentlich größeren Überblick über die Empirie haben kann. So scheint fraglich, wie eine Entscheidungsperson, mit einem Vorschlag des Computers – aus dessen umfassenden empirischen Fundus – konfrontiert, in die Position gebracht werden soll, diesen Entscheidungsvorschlag in Zweifel zu ziehen. Die Bestimmung der Fälle, in denen eine Kontrolle oder Überwachungsmaßnahme zur Anwendung kommen soll, wird also an einen Algorithmus überantwortet. Es lässt sich in dieser Art der Regelgenerierung eine neuartige, nämlich *empirische Rechtssetzung* sehen. Die maschinell gebildeten Kriterien stellen dabei eine – scheinbar – nicht-diskriminierende, faktenbasierte und sohin „gute“, weil richtige oder „wahre“ Entscheidungsordnung dar.<sup>7</sup>

Ziel des Einsatzes der technischen Mittel ist es im Falle der Richtlinie wie etwa auch bei Predictive Policing Projekten, aus der Empirie Schlüsse auf zukünftige illegal Reisende oder zukünftige Verbrechen abzuleiten und damit Devianz im Entstehen zu verhindern. Diese Entwicklung beginnt erst; wo sie aber hinzielt, wird im nächsten Kapitel vorausgedacht. Außer dem unmöglich werdenden Rechtsbruch antizipiert Brownsword das objektiv „gute Recht“, das bei ihm von „moral saints“ erlassen wird, während die reale Spielweise dieser Idee eher in den aus den Untiefen der absoluten Empirie geschöpften objektiven Kriterien und Regeln liegen wird.

5 Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die Verwendung von Fluggastdatensätzen zu Zwecken der Verhütung, Aufdeckung, Aufklärung und strafrechtlichen Verfolgung von terroristischen Straftaten und schwerer Kriminalität 2011/0032 (COD) C7-0039/11 vom 2.2.2011, 5

6 S. Fn. 5.

7 Eilenberger/Felsner, Fluggastdatenverwendung. Empirische Rechtssetzung und der Mythos der Objektivität, *juridikum* 2015, 392

### 3. Gedankenexperiment: „Gutes“ Recht braucht nicht überschreitbar sein

Das Recht tritt zunächst zum einen als eine normative Ordnung auf, welche mit Zwangsgewalt durchgesetzt werden kann. Die Durchsetzung einer Vorschrift mit Zwangsgewalt zielt darauf ab, dass ein etwaiges, wiederholtes Zuwiderhandeln gegen diese Vorschrift vermieden wird. Der rechtskonforme Zustand soll durch Einschreiten der Exekutivgewalt hergestellt werden. Zum andern impliziert dieser Begriff einer Rechtsordnung aber, dass die Vorschrift und die Wirklichkeit zunächst auch noch nicht übereinstimmen können. Die Rechtsunterworfenen *sollen* eine Vorschrift befolgen – das bedeutet aber nicht, dass sie es auch je schon tun. Nur im Falle eines Zuwiderhandelns wird Zwangsgewalt eingesetzt – und zwar im Regelfall auf Basis eines geordneten Verfahrens, welches den Einsatz derselben legitimiert. Das Zusammenspiel von Norm, Sanktionsdrohung und tatsächlicher Sanktionierung geht also von einem Rechtsbegriff aus, welcher Vorschriften als überschreitbar bestimmt. Die Sanktionierung, die Herstellung des rechtskonformen Zustandes darf erst dann erfolgen, wenn festgestellt worden ist, dass tatsächlich eine (unerlaubte) Überschreitung stattgefunden hat.

Durch die Anwendung moderner technischer Vorrichtungen gibt es zunehmend die Möglichkeit, den Raum, in welchem wir uns bewegen, so zu gestalten, dass die Einhaltung von Normen die einzige Möglichkeit ist, sich in diesem Raum zu bewegen. Damit verändert sich jenes Zusammenspiel potenziell. Die zwangsweise Durchsetzung einer Vorschrift wäre nicht mehr die Sanktion für normwidriges Verhalten. Den Rechtsunterworfenen bliebe somit zwar zunächst noch überlassen, ob sie überhaupt handeln wollen – sie wären insofern frei und keiner zwangsweisen Durchsetzung unterworfen –, wenn sie aber handeln möchten, so könnte dies nur auf die vorgesehene Weise geschehen, da die Wirklichkeit an die normative Ordnung angepasst worden wäre.

Roger Brownsword, Professor für Recht am Londoner King's College, diskutiert in seinem Text „Neither East Nor West, Is Mid-West Best?“<sup>8</sup> verschiedene Dimensionen dieses Problems. [Im gesamten Kapitel beziehen sich die in eckiger Klammer stehenden Seitenzahlen auf diesen Text.] Hier möchten wir den Horizont der Überlegungen Brownswords skizzieren und in der Folge analysieren, was wir – zunächst ausgehend von Brownsword – als gefährdet betrachten. Für Brownsword bringt die moderne Technik neue Möglichkeiten der Regulierung von Staat und Gesellschaft. [17] Er kontrastiert in seinem Gedankenexperiment zwei regulative Modelle, welche jeweils durch ein bestimmtes Verhältnis zwischen der normativen Ordnung und ihrer Durchsetzung konstituiert sind und sich hinsichtlich der Intensität der technologischen Intervention unterscheiden: ein traditionelles Rechtssystem, in welchem die zwangsweise Durchsetzung der normativen Ordnung nur die angedrohte Sanktion für regelwidriges Verhalten ist, und ein Regime totaler Kontrolle. [17] Ersteres Regime ist Brownsword zufolge im Großen und Ganzen das Gesellschafts- und Rechtsmodell moderner Demokratien, welches sich auf zwei Ebenen besonders auszeichnet. [20] Zum einen gebe es einen

8 Roger Brownsword, *Neither East Nor West, Is Mid-West Best?*, *SCRIPT-ed* 3 (2006), 16–33

offenen, inklusiven und rationalen Diskurs darüber, was gut oder schlecht, richtig oder falsch sei. In diesem Diskurs haben die Bürger\_innen Mitspracherechte, um Regeln zu setzen und zu beurteilen. Zum andern haben die Bürger\_innen die Möglichkeit, frei zu entscheiden, ob sie den Regeln in ihren Handlungen entsprechen. Der Preis dafür sei, dass es letztlich eine Unsicherheit darüber gebe, ob die Regeln von allen anderen eingehalten werden. Vor diesem Hintergrund stellt Brownsword nun die Frage danach, inwieweit die dieses Modell bestimmenden Grundsätze aufgegeben werden dürfen, um mehr Sicherheit zu garantieren: Und dieses Mehr an Sicherheit scheint das – idealtypische – zweite Modell totaler Kontrolle zu geben. In seinem Text behandelt Brownsword die Frage nach der Legitimation für Eingriffe in die Freiheit aller, um potentiell kriminelle Einzelne an der Ausübung von Verbrechen zu hindern –, um damit das Leben für alle sicherer zu machen: „The question is, how far we could take such a regime [...].“ [17] Es gehe darum, den Punkt zu bestimmen, an welchem wegen ethischer Bedenken die Kontrolle zurückgenommen werden solle.

Beim Modell totaler Kontrolle handelt es sich um ein Gedankenexperiment. Während ein traditionelles Rechtssystem Situationen bloß normativ reguliert und damit abweichendes Verhalten – sei es gewolltes Zuwiderhandeln oder ein Unfall – zulässt, konstituiert das System totaler Kontrolle überhaupt erst die Situation. Es gibt eine das jeweilige individuelle Verhalten bedingende und ihm vorhergehende (tatsächliche) Vorrichtung, welche sicherstellt, dass nur auf eine bestimmte Art und Weise überhaupt gehandelt werden kann. Risikomanagement wird Brownsword zufolge mittels „technological design“ gehandhabt. [18] Die Normen werden in die Welt eingeschrieben und sind nicht mehr normativ situationsregulativ, sondern faktisch situationskonstitutiv.<sup>9</sup> Damit ändert sich auch wesentlich die Art und Weise, wie Rechtsunterworfenen der normativen Ordnung gegenüberstehen. Die normative Ordnung verwandelt sich von einer – soziologisch wie auch immer näher zu begreifenden – dem Menschen abstrakt gegenüberstehenden Ordnung zu einer Barriere. Wird der Mensch im ersten Fall als Wesen, welches Entscheidungen über die Einhaltung des Gesollten treffen kann, gleichwohl aber unter dessen verbindlichen Anspruch steht, angesprochen, sieht sich der Mensch im letzteren Fall mit einem physischen Faktum konfrontiert, welches ihn nicht mehr als freies, geistiges Wesen anspricht. Dass es sich hierbei nicht mehr um eine Norm, sondern einen physischen Gegenstand handelt, nicht mehr um ein Sollen, sondern ein Sein, hat Konsequenzen, welche wir im nun folgenden Abschnitt erläutern möchten.

9 Der bekannte „gelbe Streifen“ in U-Bahn-Bahnhöfen kann als sinnlich wahrnehmbares Zeichen für eine Vorschrift aufgefasst werden. Vorrichtungen, welche bei vollautomatischen U-Bahnen in den Stationen zum Einsatz kommen und dem Wartenden faktisch vorgeben, wann er einen Bereich betreten kann und wann nicht, sind mehr als bloß sinnlich wahrnehmbare Zeichen. Sie regeln nicht bloß eine Situation, sie stellen sie her, konstituieren sie.

### a) Handlungsfähigkeit

Die in unserem Text vorgestellten Reflexionen über das Recht und seine Überschreitbarkeit betreffen vor allem die Rolle, welche der Mensch – als Individuum und als Teil einer Gemeinschaft mit anderen Menschen – in jenem Raum spielen kann und soll, in welchem er sich bewegt. Ausgehend von Brownsword kann das Schutzgut darin gesehen werden, dass der Mensch ein Wesen ist, welches gute Entscheidungen aus guten Gründen treffen kann. [16] Der Mensch habe die Fähigkeit, eine Entscheidung zu treffen, die sich als mit bestimmten Wertvorstellungen übereinstimmend herausstellen könne, er sei „a person with the capacity for moral choice“. [16] Der Mensch könne richtige Entscheidungen treffen und verfüge über eine eigene, authentische Stimme („a genuine voice“ [28]). Die Ausübung genau dieser von Brownsword als spezifisch menschlich bestimmten Kapazität ist es aber, die durch das *technological design* ausgehöhlt wird, denn diese Kapazität schließt auch das Vermögen ein, sich zum Nicht-Gesollten zu entscheiden – also „das Böse“ zu tun. Wenngleich die Einschreibung der Norm in die Wirklichkeit zunächst auf die Unterbindung der Ausführung von Unrecht und die Abwehr seiner Folgen abzielt, wird leicht übersehen, dass eine Beschneidung stets das Vermögen des Menschen als Ganzes betrifft. Sich zwischen „gutem“ oder „bösem“ Handeln entscheiden zu können – also die menschliche Freiheit –, kann nicht anders denn als ein einheitliches menschliches Vermögen begriffen werden. Dies versteht Brownsword unter „real choice“ [18]. Die Einwilligung des Individuums, der normativen Ordnung gemäß zu handeln, kann sinnvoll nur dann gedacht werden, wenn es das Vermögen hat, nicht einzuwilligen, also das Vermögen, die Norm zu überschreiten. Andernfalls hätte der Mensch keine wirkliche Rolle mehr zu spielen. Recht als überschreitbares Recht, dessen zwangsweise Durchsetzung nur durch ein geregeltes Verfahren legitimiert werden kann, entspricht dem anthropologischen Grundkonsens, dass – wie groß äußere Einflüsse auch immer sein mögen – der Mensch ein Wesen ist, das sich entscheiden kann – kurz: ein Wesen ist, das frei ist:

„To have any chance to cultivate the required virtue [...], there has to be a real opportunity to inflict real harm on fellow agents. In short, [...] agents will not learn to do right for the right reason unless they can also do wrong.“ [27]

Die traditionellen Rechtssysteme seien dadurch ausgezeichnet, dass die Individuen die Möglichkeit zur Selbstregulierung und die eigene Entscheidung unter der eigenen Kontrolle haben. [25, 31] Selbstregulierung besagt für Brownsword, selbst das Richtige aus den richtigen Gründen zu tun. [27] Es bedürfe hierzu weniger der Einführung eines Regimes intensiver Kontrolle, als vielmehr der Gewährleistung von Rahmenbedingungen, welche eben die Ausübung und nicht die Beschneidung der Freiheit zum Zweck haben. [25]

Es geht Brownsword zunächst also um die Frage, inwieweit ein legitimer Gebrauch von Techniken zur Regulierung von Verhalten gemacht werden kann, ohne dass gewisse wesentliche Grundzüge einer Gesellschaft verloren gehen. Diese wesentlichen Grundzüge waren zum einen die Möglichkeit, dass die Menschen eine *echte* Entscheidung

treffen können, wie sie sich verhalten möchten, zum anderen die Möglichkeit, sich zu einer gegebenen normativen Ordnung auch *echt* verhalten zu können – d. h., auf Basis der eigenen, individuellen Entscheidung den Normen im Handeln zu entsprechen oder nicht. Hinsichtlich des Eingriffes durch technologische Intervention in die Wirklichkeit können Brownsword zufolge Intensitätsgrade unterschieden werden. So könnte zum ersten durch technologische Intervention die Möglichkeit jeglicher Untat, jeglichen normwidrigen Verhaltens unterbunden werden. Zum zweiten könnte ein Regulierungssystem etabliert werden, welches zwar normwidriges Verhalten nicht prinzipiell und ex ante unmöglich macht, jedoch die Ausforschung und Dingfestmachung der übertretenden Person sicherstellt. Die dritte Möglichkeit wäre, den\_ die einmal gefasste\_n Übertreter\_in von weiteren Übertretungen abzuhalten („agents will be disabled from doing wrong again“ [21]). Um die allgemeine Fragestellung, inwieweit sich eine offene Gesellschaft der Möglichkeiten technikbasierter Steuerung bedienen kann, zu beantworten, skizziert Brownsword zwei denkbare Szenarien.

Das erste Szenario, welches Brownsword auch Panoptikumstrategie nennt, setzt dem Einsatz von Technologien Grenzen. Dieser sollte auf die Feststellung von normwidrigem Verhalten, der Auffindung des\_r Normbrecher\_in beschränkt werden. Die normwidrige Tat bleibt also möglich, jedoch muss jede\_r damit rechnen, in diesem Falle aufgespürt und vor Gericht gebracht zu werden. Das heißt, Technologien werden nicht dafür verwendet, ein bestimmtes unerwünschtes Verhalten ex ante zu verunmöglichen. Insgesamt bliebe hier also die Freiheit des\_r Einzelnen, sich für oder gegen normiertes Verhalten zu entscheiden, gewahrt. Gleichzeitig würde jedoch das Drohpotential enorm gesteigert und es bestünde die Gefahr, dass das gesollte Verhalten nur wegen der angedrohten negativen Konsequenzen gesetzt würde. Für Brownsword aber ist es essentiell, dass das richtige Verhalten auch aus den richtigen Gründen gesetzt wird. Also selbst dann, wenn die normative Ordnung mit einer (hypothetisch) wirklich guten Ordnung zusammenfällt, soll die Einwilligung nicht auf der Angst, sondern auf der subjektiven Einsicht beruhen. Mit Kant gesprochen, wäre das (bloß) legale Verhalten zwar weitgehend sichergestellt, die moralische Qualität desselben aber würde dadurch nicht gesteigert. Es würde sich Brownsword zufolge nur ein gradueller Unterschied zur Situation vor der Verwendung der optimierten Überwachungsinstrumente ergeben. Denn schon vor deren Einsatz beruhe das regelkonforme Verhalten zum Großteil auf der Angst vor Aufdeckung und Bestrafung von Abweichungen. Ferner würde der Raum für moralische Lernprozesse eingeschränkter, da die Reflexion auf die Prinzipien des Handelns eine weitaus geringere Rolle spielen würde. Erst wo das Panoptikum sein Auge schließen würde, würde eine von Lohn und Strafe unabhängige Bestimmung der Handlungen stattfinden. Brownswords Einschätzung nach vermag der eingeschränkte Einsatz von Technologien außerdem auch keineswegs die Sicherheitslage zu verbessern.

Diesem Bedürfnis nach mehr Sicherheit antwortet das zweite Szenario. Die Anwendung von Technologien würde hier nicht mehr auf einen Bereich des Regulierungsprozesses eingeschränkt (etwa die Aufdeckung von Straftaten und Auffindung der\_s Täter\_in\_s). Allerdings findet der Einsatz doch eine dreifache Beschränkung. Wenngleich also Verunmöglichung von unerwünschtem Verhalten erlaubt ist, sollte dies nur hinsichtlich

desjenigen Verhaltens vorgenommen werden, welches die fundamentalen Interessen der Bürgerinnen bedroht. [22] Insgesamt zielt dieses Szenario auf Möglichkeiten ab, die Rahmenbedingungen gesellschaftlichen Miteinanders so zu gestalten, dass der Grad an Sicherheit gewährleistet wird, der für einen gelingenden Lebensvollzug unverzichtbar ist. [23] Er soll also auf den ersten antworten und dessen Defizite in dieser Hinsicht ausgleichen: Schwere Verbrechen würden ex ante verhindert. Kriminalität würde nur noch in Form von „Kleinkriminalität“ vorkommen. Das von Brownsword hervorgehobene, spezifisch menschliche Vermögen, das Richtige aus den richtigen (d. h. als richtig eingesehenen) Gründen zu tun, würde in seiner Ausübung sich ebenso nur auf diesen Bereich beziehen. In Ansehung schwerer Verbrechen aber gäbe es diese Möglichkeit nicht. Hier würde der Befriedigung des Sicherheitsbedürfnisses ein größerer Stellenwert als der Ausübung der Fähigkeit zu moralischem Handeln eingeräumt. Es gäbe also hier keine echte Entscheidung. Die Verpflichtung zu einem Verhalten wäre sohin keine Selbstverpflichtung mehr.

Brownsword betont, dass im Vordergrund der Reflexion über Regulierungsmodelle die Erkenntnis stehen müsste, dass Akteur\_innen, die das Richtige aus den richtigen Gründen tun, sich selbst regulieren. [25] Gegenseitiger Respekt sei unmittelbarer Ausfluss derjenigen rationalen Grundprinzipien, welche den\_die Akteur\_in selbst als Person konstituieren. Und diese Achtung sei eine Form von Regulierung, welche das Sicherheitsbedürfnis befriedigen könne und darüber hinaus einen Wert an sich selbst ausmachen würde – ganz im Gegensatz zu mehr oder minder ausgeprägten technologischen Systemen. Daher schließt Brownsword:

„If so, extreme caution needs to be exercised before a technical fix is used to deprive an agent of doing x, where x is what that agent in good faith judges to be morally required. In other words, the principal objection to the second proposal is, that its ex ante interventions might encroach too severely on the functioning of agent morality.“

Brownsword streicht in der Folge heraus, dass es für die Kultivierung der moralischen Handlungsfähigkeit im Menschen entscheidend ist, dass eine Wahl zwischen Gut und Böse besteht. Die Entscheidung für das Gesollte soll in Ansehung der Möglichkeit geschehen, auch das Nichtgesollte tun zu können. Die menschliche Freiheit ist, so kann dieser Gedanke weiter ausformuliert werden, ein zweiseitiges Vermögen, sie ist, mit Schelling gesprochen, ein Vermögen zum Guten und zum Bösen und sollte in dieser Ambivalenz ernst genommen werden. Die Überlegungen zum Übereinstimmung zwischen der normativen Ordnung und der Verhaltenswirklichkeit lassen sich mit den Worten von Lawrence Lessig pointiert zusammenfassen: Zwischen einer Norm und dem gewünschten Verhalten steht immer ein Mensch, der erwägt und entscheidet, die Regel zu befolgen oder nicht.<sup>10</sup>

10 Vgl Lawrence Lessig, *The Zones of Cyberspace*, in *Stanford Law Review* 1996, 1403

b) Brownsword und „the Kantian View of the Cultivation of the Moral Agency“

Brownsword verweist im Rahmen seiner Überlegungen auf die philosophische Tradition, in welcher seine Grundüberzeugungen stehen, „the Kantian view of the cultivation of moral agency“ [19]. Im Folgenden möchten wir einen kurzen Blick darauf werfen, wie Auswirkungen der Einschreibung von Normen in die Wirklichkeit anhand der Kantischen Konzeption von positiver und negativer Freiheit erfasst werden können. Auch wenn in Zusammenhang mit Brownswords Bezugnahme auf Kant auf Spannungen im Kantischen Werk selbst hingewiesen werden muss.<sup>11</sup>

Das autonome Subjekt, das Subjekt, das sich dadurch auszeichnet, dass es sich das Gesetz seines Handelns selbst zu geben vermag, gerät vor dem Hintergrund der dargelegten Tendenzen zunehmend in eine prekäre Lage. Eine durch technologische Interventionen veränderte Umwelt hat, wie dargelegt, Wirkungen auf die Ausübung dieser Fähigkeit, verunmöglicht sie vielleicht sogar. Wird in der Autonomiefähigkeit das Spezifische der menschlichen Würde gesehen, so muss es zu denken geben, wenn genau diese Autonomie auf dem Spiel steht. Und in dem von Brownsword ersonnenen Modell totaler Kontrolle zeichnet sich genau dies ab: Die Frage, um welche sich Kant zufolge die praktische Philosophie ansiedelt – „Was soll ich tun?“ –, ist für Handelnde hier immer schon beantwortet. Gegenstand autonomer Entscheidungen aber ist die Antwort auf diese Grundfrage der praktischen Philosophie. Kann die durch die technologisch veränderte Wirklichkeit immer schon gegebene Antwort diejenigen Merkmale aufweisen, welche sie Kant zufolge aufweisen können muss – nämlich die Merkmale der Allgemeinheit und der Notwendigkeit, also der unbedingten Verpflichtung?

Die Orientierung an empirischer Wirklichkeit kann diese Unbedingtheit der Prinzipien des Handelns niemals an die Hand geben, da sie stets kontingent und veränderlich ist. Würde ein\_e Akteur\_in ihre\_seine Haltung und die Prinzipien ihrer\_seiner Handlungen aus der Erfahrung schöpfen, wäre sie\_er zudem fremdbestimmt, also hetero- und nicht autonomes Subjekt. Die Prinzipien seines Handelns kämen nicht aus ihm selbst. Der Begriff der Autonomie besagt nichts anderes, als dass Handlungen unabhängig von der empirischen Wirklichkeit, d. h. unabhängig von der Erfahrung, bestimmt werden und das Subjekt sich das Gesetz seines Handelns selbst gibt. Dass der Mensch dazu in der Lage ist, unabhängig von äußeren Motiven eine Reflexion über die Prinzipien seines Handelns anzustellen, darin besteht die negative Freiheit.<sup>12</sup> Wenn äußere Motive auch

11 Aus moralphilosophischer Perspektive ist für Kant auch das positive Recht jener Sphäre zuzuordnen, von welcher in der Reflexion auf das moralische Handeln abgesehen werden soll. Die Erlassung eines Gesetzes verbürgt noch nicht, dass es auch inhaltlich gerecht ist. Doch die Frage, wie sich Individuen verhalten sollen, die in einem Staate leben, der offensichtlich ungerechte Gesetze erlässt, scheint nicht voll zu Ende gedacht zu sein bzw. könnte als nicht umfassend befriedigend angesehen werden. So legt Kant in der Schrift *Über den Gemeinspruch* dar, dass sich so etwas wie Widerstandsrechte letztlich auf Steuerverweigerung oder die Ausübung der „Freiheit der Feder“ beschränken. Siehe Immanuel Kant, *Über den Gemeinspruch, Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik* (hg. von Karl Vorländer), 1913, 102.

12 Immanuel Kant, *Kritik der praktischen Vernunft, Werke* (hg. von Wilhelm Weischedel), Bd. 4, 1956, 144 (A 59)

noch so heftig auf das Subjekt eindringen und zu einem gewissen Verhalten nötigen, so steht es doch letztlich immer noch bei der handelnden Person darüber zu entscheiden, ob sie diese sie nötigende Wirklichkeit zum Motiv ihres Handelns erhebt oder nicht, dieser Nötigung nachgibt oder nicht. Die positive Freiheit besteht darin, sich (eben unter Absehung von der nötigenden empirischen Wirklichkeit) das Gesetz seines Handelns selbst zu geben, sie besteht in der Selbstgesetzgebung der praktischen Vernunft.

Die technischen Eingriffe in die Wirklichkeit erlauben es nun, dass genau jene essentielle Fähigkeit beschnitten wird. Dem Menschen wird es verunmöglicht, seiner Einsicht zu folgen, wenn diese von den Vorgaben der technologischen Intervention abweicht. Der Mensch kann sich selbst nicht mehr auf das von ihm als gut Erkannte unbedingt verpflichten, sondern es ist nun eine Barriere, welche ihn unbedingt verpflichtet. Es könnte an dieser Stelle eingewandt werden, dass dadurch, dass eine Rechtsordnung nicht mehr in Form eines Sollens auftritt, sondern in Gestalt einer Barriere, die Möglichkeit der Ausübung der positiven Freiheit immer noch aufrecht bleiben würde, schließlich werde ja nicht das Denken abgeschafft. Doch welche Bedeutung hätte diese „Möglichkeit“ angesichts einer Wirklichkeit, die nicht mehr auf diese Freiheit hin offen ist?

Der Mensch steht Kant zufolge als Freiheitswesen und als Handelnder unter einem unbedingten Anspruch. Unter diesem unbedingten Anspruch zu stehen und ihm entsprechen zu können, darin liegt die Würde des Menschen. Freilich ist der Mensch ein Wesen, das immer auch anders handeln kann, als es soll. In seinem Falle stimmen der Wille und das von der praktischen Vernunft vorgestellte Gesetz meist nicht vollständig überein. Nichtsdestotrotz liegt hier auch Brownswords Argument: Die Sicherheit in einer offenen Gesellschaft wird gewährleistet von der Selbstregulierung der Menschen, die in Ausübung ihrer Fähigkeit zu moralischem Handeln sich gegenseitig Achtung und Respekt erweisen.

#### 4. Überschreitbarkeit von Recht

Das „demokratische“ – jedenfalls das auf allgemeine Teilhabe gerichtete – Gemeinwesen bedient sich als Steuerungselement des Rechts vielleicht gerade, weil Gesetze gebrochen werden können. Der grundsätzlich ordnende Charakter von Recht oder Regeln und die häufigen Sanktionen bei Abweichungen verstellen den Blick hierauf mitunter. Doch vermag ein Gemeinwesen Teilhabe-Möglichkeiten dadurch zu sichern, dass Recht eine in dem Sinne der Brüchigkeit unvollkommene Wirkung aufweist. So können sich auf einer ersten Teilhabeebene viele Menschen an der Rechtssetzung beteiligen; dafür steht in der parlamentarischen Demokratie die Mehrheit der gewählten Vertreter\_innen. Ein zweiter Teil gesellschaftlicher Teilhabe findet sodann auf der Ebene statt, auf der Handlungen mit Rechtsvorschriften interferieren. Hier können gewollt oder ungewollt Rechtsbrüche stattfinden oder auch rechtskonformes Verhalten an den Tag gelegt werden, dies je wiederum auf Grund der Regel oder zufällig, aus ganz anderen Gründen, vielleicht auch grundlos. Die politische Entscheidung für ein System, das

tatsächliche Teilhabe von Menschen zum Ziel hat, jedenfalls, bedingt eine Begrenztheit des legitimen Zwangs und des Automatismus mit dem Regeln umgesetzt werden dürfen. Umso besser, richtiger oder wichtiger Gesetze zu sein scheinen, umso mehr politische Ambitionen werden darauf gerichtet, ihre Befolgung zu sichern und andere, aktuell als schlecht erkannte Verhaltensweisen auszuschließen. Insbesondere der objektive Glanz automatisierter Prozesse – aber auch schon jener wissenschaftlicher Fundierung und rational-fixierter Vorgehensweisen<sup>13</sup> – verleitet dazu, über jene Prinzipien des Rechts hinauswachsen zu wollen, die in seiner Relativität gründen. Technische Zugangssperren, wie mit Finger- oder Iris-scannern ausgestattete Schleusen um Räume zu sichern, aber auch Datenbanken um spezifischere Kontrollen an Flughäfen zu gewährleisten, wie auch physische Barrieren, die das Schwarzfahren oder das Unfall- oder Attentatsrisiko im öffentlichen Verkehr vermindern sollen, sind Manifestationen der Bestrebung, Vorschrift und Verhalten näher aneinander zu bringen oder rechtlichen Regeln gar vollkommene Anwendung zu sichern.

#### a) Überschreitbarkeit und Demokratie

Hans Kelsen schrieb vor einem von absoluten Prinzipien, von Naturrecht und von göttlichen Vorgaben befreiten Hintergrund. Und so kam er in seinem Text von 1920, „Vom Wesen und Wert der Demokratie“<sup>14</sup> [Im gesamten Kapitel beziehen sich die in eckiger Klammer stehenden Seitenzahlen auf diesen Text.] zu einer Erkenntnis, die ihn nicht nur Recht und Moral trennen ließ, sondern konstatieren, dass das Wesentliche der Demokratie ihr Relativismus sei. Im Ideal nämlich sei sie überhaupt führerlos. Gemäß antiken Erzählungen sei ein Genie in der Polis zwar verehrt worden; weil es so jemanden aber in der Demokratie nicht geben durfte, sei ihm das Haupt gesalbt und bekränzt und es dann über die Grenze geleitet worden. [29] Aus der Begrenztheit menschlicher Erkenntnis ergibt sich die Relativität des positiven Rechts, das eben keinen moralischen Anspruch stellt und das, weil auch die Minderheit jederzeit zur Mehrheit soll werden können, stets nur durch eine Zwangsordnung verwirklicht werden darf, die diese letztere Möglichkeit offenhält, gewissermaßen ein Bewusstsein des nie absoluten Rechts oder Unrechts in sich aus- und sich aufgrund dessen zurückhält.

Technische und gesellschaftliche Entwicklungen, die heute die Idee einer errechenbaren Wahrheit fördern, könnten Kelsens Prämisse der menschlichen Begrenztheit überkommen. Der Mangel des nach-naturrechtlichen, von jeweiligen repräsentierten Mehrheiten geschaffenen Rechts scheint durch *empirisches Recht* schließlich beseitigt werden zu können. Die Abwesenheit jeglichen politischen Ideals von absoluter Gültigkeit hatte Relativität und daraus folgend Instabilität mit sich gebracht. Das Kelsenianische Recht ist veränderlich und ständig umkämpft; es ist nur solange es geschrieben ist.

13 Hierzu etwa Harcourt, *Punitive Preventive Justice: A Critique*, Chicago University of Chicago Public Law Working Paper No 386, 2012.

14 Hans Kelsen, *Vom Wesen der Demokratie*, 1920.