
60. Assistententagung Öffentliches Recht

Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter,
Wissenschaftlichen Assistentinnen und Assistenten

Trier 2020

Der digitalisierte Staat – Chancen und Herausforderungen für den modernen Staat



Nomos

Helbing
Lichtenhahn
Verlag



60. Assistententagung Öffentliches Recht

Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter,
Wissenschaftlichen Assistentinnen und Assistenten

Der digitalisierte Staat – Chancen und Herausforderungen für den modernen Staat

Mit Beiträgen von:

Dr. Wolfgang Abromeit, Dr. Ranjana Andrea Achleitner, Alice Bertram, Nikolas Eisentraut, Roman Friedrich, Matthias Haag, Eleonora Heim, Alexander Iben, Dirk Müllmann, Dorothea Mund, Elisabeth Paar, Dirk Pohl, Lasse Ramson, Sebastian Schwab, Dr. Rike Sinder, Julia Sinnig, Dr. Berit Völmann und Dr. Stephan Wagner

Herausgegeben von:

Ruth Greve, Benjamin Gwiasda, Thomas Kemper, Joshua Moir, Sabrina Müller, Arno Schönberger, Sebastian Stöcker, Julia Wagner und Lydia Wolff



Nomos

Helbing
Lichtenhahn
Verlag



Zitiervorschlag:

Autor/in, in: Greve/Gwiasda u.a. (Hrsg.), 60. ATÖR – Der digitalisierte Staat, S. x ff.

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

ISBN 978-3-8487-6614-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-0749-7 (ePDF)

ISBN 978-3-7190-4412-1 (Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort der Herausgeber

Unaufhaltsam durchdringt der digitale Wandel alle Bereiche unseres gesellschaftlichen, politischen und wirtschaftlichen Lebens, verändert unsere Art zu denken und zu handeln, eröffnet neue Informations- und Kommunikationswege, vernetzt Menschen, Räume und ganze Volkswirtschaften weltweit, verlagert Altbekanntes aus der realen in die digitale Welt – und fordert damit auch das Recht heraus. Die digitale Transformation aus öffentlich-rechtlicher Perspektive zu vermessen, hatte sich die 60. Assistententagung, die vom 3. bis 5. März an der Universität Trier stattfand, zum Ziel gesetzt. Der daraus hervorgegangene Band versammelt Antworten auf die Frage, welche Chancen und Herausforderungen die Digitalisierung für den modernen Staat bereithält und wie unser Rechtsrahmen mit Blick auf den digitalen Wandel fortzuentwickeln ist. Dass angesichts der Vielzahl und der großen Komplexität der aufgeworfenen Fragen weder die Tagung noch der daraus entstandene Tagungsband eine abgeschlossene, vollständige Darstellung der vielfältigen öffentlich-rechtlichen Fragestellungen, die sich im Zusammenhang mit der Digitalisierung stellen, leisten kann, versteht sich von selbst. Dennoch glauben wir in sechs ausgewählten Panels, die im Tagungsband als Kapitel Wiederhall finden, unterschiedlichste Perspektiven der digitalen Transformation des Staates aufgezeigt zu haben und damit einen vertieften Einblick in die Aus- und Wechselwirkungen zwischen digitalem Umbruch und öffentlichem Recht zu geben.

Die Beiträge im Band

Im ersten Kapitel „Grundlagen von Digitalisierung und Recht“ stehen die Wechselwirkungen zwischen Recht(-swissenschaft) und digitaler Transformation im Vordergrund. Einerseits ist das Recht gefordert, den technologischen Umbrüchen zu begegnen und sie normativ einzuhegen. Andererseits müssen sich insbesondere Rechtswissenschaft und Lehre selbst in den gewandelten Rahmenbedingungen verorten. *Dr. Stephan Wagner* analysiert zunächst die Implikationen psychologischer und neurobiologischer Erkenntnisse für Recht und Rechtswissenschaft. Dabei geht er der Frage nach, ob der von den „Dual Process“-Theorien beschriebene Prozess der Attributsubstitution zu kognitiven Verzerrungen und Fehlschlüssen im

Recht des digitalisierten Staates führt. An ausgewählten Beispielen zeigt er schließlich Strategien zur Einhegung dieser kognitiven Störungen im Recht auf. *Sebastian Schwab* untersucht sodann, wie Recht und Staat in der Vergangenheit auf weitreichende technische und gesellschaftliche Veränderung reagiert haben und welche Erkenntnisse sich daraus für die digitale Transformation des Staates gewinnen lassen. *Nikolas Eisentraut* richtet den Blick nach innen und spürt der digitalen Öffnung von rechtswissenschaftlicher Forschung und Lehre hin zu einer „öffentlichen“ Wissenschaft nach. Er fragt „Wie digital ist die Rechtswissenschaft heute und wie digital sollte sie sein?“. Dabei untersucht er das Spannungsverhältnis zwischen digitaler Lehre und Forschung und der grundgesetzlich garantierten Wissenschaftsfreiheit und zeigt Möglichkeiten auf, wie sich die Rechtswissenschaft stärker in den digitalen Raum öffnen könnte.

Das zweite Kapitel „Grundrechte im digitalen Zeitalter“ beleuchtet das Verhältnis von Staat und Bürger im Lichte der digitalen Transformationen. Zunächst diskutiert *Alice Bertram*, ob die mit der Digitalisierung einhergehende Entwicklung zu immer mehr Effizienz ausschließlich positive Entwicklungen zeitigt oder, ob diesen Effizienzsteigerungen in der Abwägung mit grundrechtlich geschützten Positionen auch Grenzen geboten sind. Sodann geht *Roman Friedrich* der Frage nach, ob Grund- und Menschenrechte nicht nur Schutz vor der Digitalisierung bieten (müssen), sondern auch einen Anspruch auf Zugang und Teilhabe am digitalen Wandel vermitteln, etwa ob ein einklagbares Recht auf 5G besteht. Schließlich untersucht *Dirk Müllmann* die rechtlichen Implikationen des sogenannten Profilings. Dabei analysiert er die bestehenden Defizite des Datenschutzrechts und erörtert neue Mechanismen, mit denen das Diskriminierungspotential adressiert werden kann und besonders gefährdete gesellschaftliche Gruppen durch „herdenschützendes“ Verhalten geschützt werden können.

Das dritte Kapitel „Die Digitalisierung – Feind oder Freund der Demokratie“ reflektiert die Auswirkungen digitaler Umbrüche auf demokratische Partizipations- und Entscheidungsprozesse. Einerseits ermöglicht der digitale Wandel neue, ungekannte Möglichkeiten der Teilnahme am politischen Prozess. Andererseits ist dieser aufgrund der vielfältigen technologischen Einflüsse besonders anfällig für Manipulationen. Die Nutzung der positiven und das Einhegen der negativen Effekte des digitalen Wandels könnte zur Nagelprobe der freiheitlich demokratischen Grundordnung werden. *Alexander Iben* beleuchtet zunächst das Risikopotential sozialer Netzwerke im Zusammenhang mit politischen Willensbildungsprozessen. Er untersucht die Verpflichtung des Staates, Schutz vor Manipulationen durch sog. Fake Accounts und Co. zu bieten und entwirft ein verfassungs-

konformes Schutzkonzept. *Dorothea Mund* betrachtet das Automationspotenzial von Verwaltungsmaßnahmen und deren Grenzen. Dabei skizziert sie ein (neues) Recht auf menschliche Entscheidung und argumentiert, dass exekutive Entscheidungen zum Teil auch weiterhin dem Menschen vorbehalten oder jedenfalls einer menschlichen Überprüfung zugänglich sein sollten. Sodann widmet sich *Lasse Ramson* der Frage nach den verfassungsrechtlichen Maßstäben des E-Votings und anderer innovativer Wahltechniken. Verfassungsgerichtlich anerkannten (zu strengen) Maßstäben stellt er einen dynamischen Legitimationsmaßstab gegenüber, der den festgestellten qualitativ-quantitativen Zielkonflikt im Rahmen demokratischer Legitimation adressieren möchte.

Im vierten Kapitel „Gefahrenabwehr und Digitalisierung“ stehen tradierte Konzepte von Sicherheit und Ordnung auf dem Prüfstand: Hierbei werden Gefahren, aber auch Chancen durch Technisierung und Digitalisierung näher beleuchtet. Zunächst widmet sich *Dr. Rike Sinder* der Versammlungsfreiheit im digitalen Raum. Ausgehend von der These, dass Meinungskundgebungen vermehrt auch in der „Online-Welt“ stattfinden, zeigt sie Wege auf, wie das ursprünglich analog gedachte Grundrecht der Versammlungsfreiheit einem freiheitssichernden Strukturwandel unterzogen werden und auch im digitalen Raum normativ zur Geltung gebracht werden könnte. *Dirk Pohl* untersucht die rechtliche Ausgestaltung des E-Governments und plädiert für einen ganzheitlichen Ansatz. Er argumentiert, eine bloße Umwandlung einzelner Verwaltungsverfahren in ein digitales Äquivalent sei weder ausreichend noch zielführend. Nötig sei vielmehr eine neue, anschlussfähige Datenordnung, die auch im digitalen Zeitalter den Informationsfluss vom Staat in die Gesellschaft und umgekehrt sichert. Sodann erörtert *Dr. Ranjana Andrea Achleitner* die Möglichkeiten der Regulierung des digitalen Raums unter Heranziehung privater Akteure. Sie prüft, inwiefern private Internetprovider die traditionell staatliche Aufgabe der Rechtsdurchsetzung im Cyberspace übernehmen können und dürfen.

Das fünfte Kapitel „Modernisierung von Verwaltung und Justiz“ beschäftigt sich mit Zulässigkeit und Nutzung neuer Technologien in Exekutive und Judikative. Neben dem vollautomatisierten Verwaltungsverfahren stehen schließlich der Einsatz von Legal Tech und künstlicher Intelligenz in der gerichtlichen Entscheidungsfindung im Fokus dieses Kapitels. Zunächst untersucht *Dr. Berit Völzmann* die Chancen beim Einsatz von Legal Tech im Gerichtsverfahren. Hierbei beleuchtet sie, wie Legal Tech den Zugang zu Gericht fördert und damit zur Durchsetzung effektiven Rechtsschutzes verhilft. Sodann zeigt sie Weiterentwicklungsmöglichkeiten für das Rechtssystem in seiner Gesamtheit durch den Einsatz von Legal

Tech auf. *Elisabeth Paar* betrachtet den Einsatz Künstlicher Intelligenz (KI) im Gerichtsverfahren exemplarisch anhand der Aufnahme und Würdigung des Zeugenbeweises im Rahmen eines Zivilprozesses mithilfe KI-gestützter Sprachverarbeitungsprogramme und Mimikerkennungssoftware. Sie untersucht hierbei die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Einsatzes KI-basierter Systeme, insbesondere am Maßstab der richterlichen Unabhängigkeit. Sodann betrachtet *Dr. Wolfgang Abromeit* digitalisierte Verwaltungsrechtsverhältnisse und stellt die sich verändernden Rechtspflichten und Interessenlagen exemplarisch dar. Er zeigt einerseits neue Perspektiven auf die Digitalisierung konkreter Rechtsverhältnisse auf, und erörtert andererseits notwendige Veränderungen der Handlungsformen bei der Inanspruchnahme von Verwaltungsleistungen.

Das sechste Kapitel widmet sich abschließend der „Digitalisierung als internationaler Prozess“. Der digitale Wandel macht nicht an Staatsgrenzen halt. Das Globale, Grenzüberschreitende ist ihm geradezu immanent und er stellt damit auch das Völkerrecht vor zentrale neue Herausforderungen. Zunächst geht *Eleonora Heim* der Frage nach, welchen neuen Herausforderungen sich seerechtliche Regelungsregime durch den Einsatz digitaler Technologien gegenübersehen und wie diese mit bestehenden und neuen Regulierungsinstrumenten einzuhegen sind. Anhand verschiedener Fallbeispiele untersucht sie den Einsatz unbemannter Systeme auf hoher See und zeigt am Beispiel der SUA Convention Regelungslücken und mögliche Lösungsvorschläge auf. *Julia Sinnig* erörtert sodann, wie sich die Digitalisierung – und damit verbundene neue Formen der Wertschöpfung – gerecht besteuern lassen und welche Rolle dem Datenschutz dabei zu kommt. Sie lenkt den Blick dabei auf die Möglichkeit der Besteuerung digitalisierter Dienstleistungen durch ein Anknüpfen an den Bestimmungsort ebendieser. Hierbei widmet sie sich der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine solche Besteuerung im Einklang mit europäischen Datenschutzgrundsätzen möglich ist. Abschließend untersucht *Matthias Haag*, welche völkerrechtlichen Regelungen von den gefahrenabwehrrechtlichen Ermittlungsbehörden bei grenzüberschreitendem Zugriff auf Daten beachtet werden müssen. Hierbei nimmt er insbesondere sogenannte Cloud-Dienste in den Blick und analysiert, ob der Zugriff auf Daten, die auf einem Cloud-Server mit einem Standort im Ausland gespeichert und nicht öffentlich zugänglich sind, durch deutsche Ermittlungsbehörden einen Völkerrechtsverstoß begründen kann.

Der akademische Rahmen

Traditionell beinhaltet das akademische Rahmenprogramm die Treffen der Arbeitskreise verschiedener Teildisziplinen des Öffentlichen Rechts. Den Veranstalter*innen war es ein besonderes Anliegen, den Austausch innerhalb dieser Foren zu stärken und den fruchtbaren Diskussionen im eigenen Teilrechtsgebiet den notwendigen Rahmen zu bieten. Dem „Call for Arbeitskreise“ sind schließlich vier Teildisziplinen gefolgt. Unter der Leitung von *Dr. Björn Baade* fand traditionell der „Arbeitskreis der jungen Völkerrechtler*innen“ statt, der sich insbesondere die Vernetzung dieser Teildisziplin zur Aufgabe gemacht hat und einen Überblick über jüngste und künftige Aktivitäten im AjV gab. Unter der Leitung von *Samira Akbarian*, *Sven Jürgensen*, *Jan Keesen* und *Jacob Ulrich* wurde – zunächst unter dem Namen „Junge Wissenschaft im Recht der Politik“ – der Grundstein zur Etablierung eines „Teilrechtsgebiets“, für das bislang keine „Muttervereinigung“ existiert, gelegt. Nach einer anregenden Debatte um Namen und Ausrichtung dieses neuen Forums, möchte der interdisziplinär und inhaltlich offen ausgerichtete „Junge Arbeitskreis Recht und Politik“ künftig Diskussionen rund um Recht und Politik Raum geben. Ebenfalls neu gegründet wurde der von *David Hug*, *Eva Ricarda Lautsch* und *Kathrin Strauß* initiierte Arbeitskreis „Grundlagen“. Die Teilnehmer*innen hörten und diskutierten Impulsvorträge von *Dr. Yoan Hermstrüwer* (Max-Planck-Institut für Gemeinschaftsgüter in Bonn) und von *Dr. Hardy Kremer* (Head of Data Science Deloitte Germany) zum Thema „Recht als Vernunftsystem – Computer als Vernunftmaschine?“. Schließlich kam auch der Arbeitskreis „Sozialrecht“ unter der Leitung von *Dr. Andrea Kießling* wieder zur Vernetzung innerhalb der Teildisziplin zusammen.

An der Tagesordnung blieb auch die Debatte um eine gendergerechte, zeitgemäße Umbenennung der „Assistententagung Öffentliches Recht“. Neben der Frage eines geschlechtergerechten Namens, wurde im Rahmen des Arbeitskreises „Gender“ auch über die Aktualität des Begriffs „Assistent“ nachgedacht. Der diesjährige Workshop konnte der Diskussion einen Raum bieten und eine Basis für künftige Entscheidungen schaffen. Das abschließend erhobene Stimmungsbarometer weist den Weg in Richtung eines geschlechtergerechten, zeitgemäßen Namens. Für ihr Engagement danken wir hierfür besonders *Isabel Lischewski*, die den Workshop vorbereitete und moderierte, sowie *Alice Bertram*, *Emily Laing*, *Aqilah Sandhu* und *Felix Würkert*.

Danksagung

Die 60. Assistententagung verdankt ihr Gelingen einer Vielzahl von Personen, ohne die ihre Verwirklichung nicht möglich gewesen wäre. Unser herzlichster Dank gilt zunächst Euch allen, die ihr dieses Buch nun in den Händen haltet. Aus fast 50 Einsendungen durften wir 18 Referent*innen auswählen, die mit ihren spannenden Beiträgen den Grundstein für unsere Tagung legten und angeregten wissenschaftlichen Austausch und intensive Diskussionen erst ermöglichten. Ebenso danken wir allen Teilnehmer*innen der Tagung, die mit spannenden Fragen, Anmerkungen und Thesen zu diesem Austausch maßgeblich beitrugen.

Unser Dank gilt außerdem den Professor*innen des Öffentlichen Rechts, die uns im Laufe des vergangenen Jahres tatkräftig unterstützten, uns stets verlässlich zur Seite standen und uns den notwendigen Freiraum gewährt haben. Ebenso danken wir dem Institut für Recht und Digitalisierung Trier (IRDT) und der Universität Trier für ihre organisatorische und finanzielle Unterstützung. Ein besonderer Dank gilt unseren Festgästen *Prof. Dr. Ingolf Pernice*, *Prof. Dr. Dirk Heckmann* und *Steve Ritter*, die den Weg nach Trier auf sich genommen haben und unsere Tagung mit ihren inspirierenden Referaten bereicherten. Ebenso danken wir unseren Vorgängerteams aus Frankfurt und Regensburg, auf deren Erfahrungsschätze und wertvolle Hinweise wir stets zurückgreifen durften. Schließlich danken wir unseren großzügigen Sponsoren und Förderern, ohne deren Zuwendungen, das vielfältige Tagungsprogramm nicht möglich gewesen wäre, und die damit einen unerlässlichen Beitrag für das Gelingen der Tagung leisteten. Ein besonderer Dank gilt *Dr. Marco Ganzhorn* und der NOMOS Verlagsgesellschaft, die die Tagung und die Entstehung des Tagungsbandes tatkräftig unterstützt haben.

Die Trierer Assistententagung wäre jedoch nicht möglich gewesen ohne die vielfältige Unterstützung durch unsere studentischen und wissenschaftlichen Hilfskräfte, freiwilligen Helfer*innen und Kolleg*innen. Ihnen gilt ein besonderes und ganz herzliches Dankeschön!

Wir werden die Tagung in guter Erinnerung behalten und hoffen, dass auch ihr gerne auf die Zeit in Trier zurückblickt.

Trier, im Mai 2020

Ruth Greve, Benjamin Gwiasda, Thomas Kemper, Joshua Moir, Sabrina Müller, Arno Schönberger, Sebastian Stöcker, Julia Wagner und Lydia Wolff

Inhalt

<i>Grundlagen von Digitalisierung und Recht</i>	15
Substituierte Attribute – Kognitive Störungen im Recht des digitalisierten Staates	17
<i>Stephan Wagner</i>	
Demokratischer Staat und Wandel. Regulierungsrecht als Projekt einer aporetischen Demokratie	39
<i>Sebastian Schwab</i>	
Die Digitalisierung von Forschung und Lehre – auf dem Weg in eine „öffentliche“ Rechtswissenschaft?	63
<i>Nikolas Eisentraut</i>	
<i>Grundrechte im digitalen Zeitalter</i>	85
Recht auf Ineffizienz – Eine Untersuchung des Verhältnisses von Grundrechten zur Effizienz	87
<i>Alice Regina Bertram</i>	
Recht auf 5G oder: Digitalisierung – Gefahr oder Grundrecht?	103
<i>Roman Friedrich</i>	
Brauchen wir ein Recht auf „digitalen Herdenschutz“? – Die Gefahren kommerziellen Profilings für die pluralistische Demokratie und gesellschaftliche Minderheiten	129
<i>Dirk Müllmann</i>	

Inhalt

Die Digitalisierung – Feind oder Freund der Demokratie 153

Staatlicher Schutz des Meinungsbildungsprozesses in sozialen Netzwerken gegen potentielle Beeinträchtigungen durch Meinungsroboter 155

Alexander Iben

Das Recht auf menschliche Entscheidung – Freiheit in Zeiten der Digitalisierung und einer automatisierten Rechtsanwendung 177

Dorothea Mund

Verfassungsmäßigkeit von Internetwahlen? Neukonzeption eines Bewertungsmaßstabs für innovative Wahlmethoden 199

Lasse Ramson

Gefahrenabwehr und Digitalisierung 221

Versammlungskörper. Zum Schutz von hybriden und *online*-Versammlungen unter dem Grundgesetz 223

Rike Sinder

Die Datenmacht des digitalen Staates: Datenformate und Datenstrukturen 245

Dirk Pohl

Rechtsdurchsetzung im digitalen Staat durch Internetprovider – Rechtspolitische Anmerkungen zur Providerhaftung im Lichte des Unionsrechts 265

Ranjana Andrea Achleitner

	<i>Inhalt</i>
<i>Modernisierung von Verwaltung und Justiz</i>	287
Digitale Rechtsmobilisierung – Effektiver Rechtsschutz durch Legal Tech?	289
<i>Berit Völzmann</i>	
Künstliche Intelligenz und richterliche Unabhängigkeit – Eine verfassungsrechtliche Standortbestimmung am Beispiel des Zeugenbeweises	311
<i>Elisabeth Paar</i>	
Digitalisierte Verwaltungsrechtsverhältnisse	333
<i>Wolfgang Abromeit</i>	
<i>Digitalisierung als internationaler Prozess</i>	353
Unbemannte Seeschifffahrt – völkerrechtliche Hürden für die Rechtsdurchsetzung	355
<i>Eleonora Heim</i>	
Besteuerung der digitalisierten Wirtschaft und Datenschutz in der Steuerverwaltung – Probleme einer destination-based corporate tax?	375
<i>Julia Sinnig</i>	
Präventive Datenerhebung in informationstechnischen Systemen bei grenzüberschreitenden Sachverhalten – aktuelle Rechtslage und Reformvorschlag	393
<i>Matthias Haag</i>	
Autorenverzeichnis	413
Herausgeberverzeichnis	417
Fördererverzeichnis	419

Grundlagen von Digitalisierung und Recht

Substituierte Attribute – Kognitive Störungen im Recht des digitalisierten Staates

Stephan Wagner

Ein von psychologischen und neurowissenschaftlichen *Dual Process*-Theorien beschriebenes Phänomen ist der übergreifende Prozess der Attributsubstitution. Dieser oft unbewusste kognitionspsychologische Vorgang kann gemessen am Maßstab der Rationalität zu kognitiven Fehlschlüssen und Verzerrungen (kognitiven Störungen) führen, die wiederum signifikant nachteilige soziale Auswirkungen haben können. Besonders einflussreich ist die Attributsubstitution bei komplexen Wertungsentscheidungen. Sie besitzt daher bereits definitionsgemäß eine erhebliche Relevanz für Rechtsetzung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft.

Digitale Prozesse und Phänomene gehören zu den besonders geeigneten Kandidaten für die Attributsubstitution. Ihre technischen Substrate sind dem menschlichen Verstand nicht ohne Weiteres zugänglich, ihre Auswirkungen auf die soziale Realität vermitteln sich regelmäßig über eine erhebliche kausale, räumliche, zeitliche und soziale Distanz und Komplexität. Es besteht daher die Gefahr, dass auch ihre rechtliche Erfassung und Beurteilung kognitiven Störungen ausgesetzt ist. Im Folgenden soll diesen nach einer kurzen Einführung in die *Dual Process*-Theorien (I.) und einem Abriss ihrer rechtlichen Relevanz insbesondere in einer digitalisierten Lebenswirklichkeit (II.) an ausgewählten Beispielen nachgespürt und sollen zugleich Strategien ihrer rationalen Einhegung aufgezeigt werden (III.).¹

I. Dual Process-Theorien und Attributsubstitution

1. Dual Process-Theorien

Dual Process-Theorien über die Funktionsweise des menschlichen Gehirns können in Psychologie und Hirnforschung mittlerweile als gesichert gel-

¹ Aus Platzgründen musste der Beitrag stark gekürzt werden. Für eine ausführliche Darstellung, insbesondere der Überlegungen zu III. 2., siehe *Wagner*, RW 3/2020.

ten.² Hiernach operiert der menschliche Verstand mithilfe zweier grundverschiedener neuronaler Prozesse respektive Systeme: Einem prähistorischen, unbewussten, assoziativen, emotionalen und bildhaften „System I“ und einem evolutionsgeschichtlich neueren, bewussten, logischen, analytischen und sprachlichen „System II“.

Grob gesprochen ist System I funktionell darauf ausgerichtet, den evolutionsbiologisch verfestigten, für das Überleben eines Organismus essenziellen binären Regelmechanismus „Meiden oder Annähern“ (englisch: „Avoid or Approach“) möglichst schnell, effektiv und effizient mit Steuerungsparametern zu beliefern, während System II komplexere Fragestellungen der Lebensbewältigung auf die für intellektuell höherentwickelte Lebewesen und namentlich den Menschen typische reflektierte, analytische, logische und abstrahierende Weise bearbeitet.³ Beide Systeme operieren nicht autark, sondern sind miteinander vernetzt. Nach überwiegender Interpretation stehen sie in einer Art Hierarchieverhältnis zueinander, in dem System II grundsätzlich in der Lage ist, von System I gelieferte mentale Repräsentationen zu überprüfen, zu verwerfen und zu ersetzen. Faktisch nimmt es diese Kontrollkompetenz aufgrund beschränkter Ressourcen und Zeit jedoch nur sehr bedingt in Anspruch. So wird nach wie vor ein Großteil der menschlichen Wahrnehmungen, Entscheidungen und Verhaltensweisen im Alltag ausschließlich oder überwiegend durch System I determiniert.⁴ Auch „Experten“ jeglicher Couleur, m.a.W. also nach Selbst- und Fremdwahrnehmung analytisch, logisch und reflektiert denkende Fachleute mit in der Regel akademischer Ausbildung unterliegen in ihren einen Anspruch auf dezidierte Rationalität erhebenden Urteilen oft einem unbewussten dominierenden Einfluss von System I.⁵

Hieraus – und wohl insbesondere aus der sich mit rasantem Tempo verschärfenden Diskrepanz zwischen einer kulturell, sozial und technisch

2 Siehe hierzu im Überblick *Kahneman/Frederick*, in: Augier/March, *Models of a Man. Essays in Memory of Herbert A. Simon*, 2004, S. 411 (412 ff.); *Schweizer*, *Kognitive Täuschungen vor Gericht*, 2005, S. 44 ff.; *Greene*, in: Sinnott-Armstrong, *Moral Psychology III: The Neuroscience of Morality*, 2007, S. 35 (40 ff.); *Kahneman*, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 19 ff., 415 ff.; *Pfister/Jungermann/Fischer*, *Die Psychologie der Entscheidung: Eine Einführung*, 4. Aufl. (2017), S. 345 ff.

3 Näher *Kahneman*, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 19 ff.; *Pfister/Jungermann/Fischer*, *Die Psychologie der Entscheidung: Eine Einführung*, 4. Aufl. (2017), S. 345 f.

4 *Pfister/Jungermann/Fischer*, *Die Psychologie der Entscheidung: Eine Einführung*, 4. Aufl. (2017), S. 347.

5 *Englerth*, in: Engel u.a., *Recht und Verhalten*, 2007, S. 120 ff.; *Kahneman*, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 218 ff.; *Falk/Alles*, *ZIP* 2014, 1209 ff.

durch spezifische, aber jeweils immer nur punktuelle und selektive System II-Leistungen immer komplexer gewordenen modernen menschlichen Lebenswelt und einer aus evolutionsbiologischen Gründen noch immer maßgeblich von System I gesteuerten menschlichen Lebensbewältigung – resultieren Wahrnehmungsverzerrungen und kognitive Verarbeitungsfehler, aufgrund derer sowohl auf individueller als auch kollektiver Ebene subjektive Vorstellungswelten vielfach fehlerhaft konstruiert und irrationale Handlungsentscheidungen getroffen werden.⁶ Diese kognitiven Störungen wurden unter der Bezeichnung „Heuristics and Biases“ (deutsch in etwa: „Heuristiken und kognitive Verzerrungen“) von der experimentalpsychologischen und verhaltensökonomischen Forschung mittlerweile – bei aller (wissenschaftstheoretisch unvermeidlichen) Unsicherheit und Uneinigkeit im Detail⁷ – in der Breite empirisch sehr valide nachgewiesen und theoretisch kategorisiert, katalogisiert und systematisiert.

2. Attributsubstitution

Zumindest ein wesentlicher Teil dieser kognitiven Störungen lässt sich mithilfe des übergreifenden Prozesses der Attributsubstitution beschreiben. Dieser charakterisiert allgemein einen omnipräsenten kognitiven Vorgang, in dem schwierige, weil komplexe und/oder abstrakte Urteile bzw. einzelne ihrer Bestandteile (Attribute) durch den mentalen Rückgriff auf einfacher, direkter und/oder schneller zugängliche Repräsentanzen bzw. Assoziationen ersetzt (substituiert) werden.⁸ Beispielsweise beantworten wir die Frage, mit welcher Wahrscheinlichkeit wir durch einen Terroranschlag oder Flugzeugabsturz sterben werden, unter Rückgriff auf mental präsente (weil beispielsweise aktuell und/oder intensiv medienvermittelte) Ereignisse deutlich verzerrt gegenüber allgemeinen, aber statistisch viel hö-

6 Siehe hierzu etwa *Tversky/Kahneman*, in: dies./Slovic, *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, 1982, S. 3 ff.

7 Überblick über die Kritik am „Heuristics and Biases“-Programm, die sich zu einem nicht unerheblichen Teil und nicht ganz ohne Ironie mit dessen Hilfe erklären lässt, bei *Bröder/Hilbig*, in: *Müsseler/Rieger, Allgemeine Psychologie*, 3. Aufl. (2017), S. 619 (636).

8 Siehe *Kahneman/Frederick*, in: *Augier/March, Models of a Man. Essays in Memory of Herbert A. Simon*, 2004, S. 411 (415 ff.); *dies.*, in: *Holyoak/Morrison, The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning*, 2005, S. 267 (269); *Bröder/Hilbig*, in: *Müsseler/Rieger, Allgemeine Psychologie*, 3. Aufl. (2017), S. 619 (634).

heren Lebensrisiken⁹ oder wird die Spendenbereitschaft zugunsten von Umweltschutzprojekten ebenso durch mental präsente (weil beispielsweise aktuell und/oder intensiv medienvermittelte) Bilder oder schlicht durch die persönliche Zuneigung gegenüber bestimmten Tierarten bestimmt anstatt durch den tatsächlichen Bedarf¹⁰.

Gegenstand der Attributsubstitution sind insbesondere komplexe Wertungs- und Abwägungsentscheidungen.¹¹ Kognitive Störungen, die sich als Ergebnis einer Attributsubstitution präsentieren, liegen insofern unter bestimmten kritischen Umständen, die sich jeweils spezifisch für deren Trägerheuristiken ergeben, umso näher, je abstrakter respektive distanzierter und statistisch ungewisser sich für die Entscheidung relevante Attribute präsentieren, je komplexer und inkommensurabler sich die zu beurteilenden Abwägungsrelationen sowie je entscheidungsaufwändiger sich die vorzunehmenden Abwägungen damit insgesamt gestalten. In der neueren Forschung rückt mehr und mehr in den Mittelpunkt, wie stark diese durch oft unbewusst oder jedenfalls unreflektiert bleibende Emotionen und Affekte beeinflusst werden, die als Auslöser oder Träger der Attributsubstitution fungieren.¹²

II. Rechtliche Relevanz

1. Allgemein

Die unter dem Dach der *Dual Process*-Theorien angesammelten Forschungsergebnisse betreffen menschliches Wahrnehmen, Urteilen und Entscheiden im Allgemeinen, haben aber wie dieses insgesamt einen ausgeprägten sozialen und zugleich sozialnormativen Bezug. Forschungszweige wie die Sozial- und Moralpsychologie oder die Verhaltensökonomie be-

9 Slovic/Fischhoff/Lichtenstein, in: Kahneman/Slovic/Tversky, Judgment under uncertainty: Heuristics and biases, 1982, S. 463 (466 ff.); Kahneman, Thinking, Fast and Slow, 2012, S. 138, 144, 322 f.; Bröder/Hilbig, in: Müsseler/Rieger, Allgemeine Psychologie, 3. Aufl. (2017), S. 619 (635).

10 Desvousges u.a., in: Hausman, Contingent Valuation: A Critical Assessment, 1993, S. 91 ff.; Kahneman, Thinking, Fast and Slow, 2012, S. 93, 98 f.

11 Siehe Kahneman/Frederick, in: Augier/March, Models of a Man. Essays in Memory of Herbert A. Simon, 2004, S. 411 (416 f.).

12 Siehe etwa Haidt, Psychological Review 108 (2001), 814 ff.; Greene, in: Sinnott-Armstrong, Moral Psychology III: The Neuroscience of Morality, 2007, S. 35 (40 f., 46, 59 ff.); Kahneman, Thinking, Fast and Slow, 2012, S. 12, 103 f., 138 ff.

schäftigen sich daher seit einiger Zeit intensiv mit dem Einfluss der aus *Dual Process*-Theorien ableitbaren Heuristiken und kognitiven Störungen auf sozialnormative Phänomene, Prozesse und Systeme.¹³ Das Recht als dominantes sozialnormatives Steuerungssystem ist von diesem Einfluss nicht ausgenommen, sondern dürfte ihm im Gegenteil grundsätzlich genauso unterliegen wie alle anderen sozialnormativen Systeme auch.¹⁴

In der insofern folgerichtigen, allerdings noch überschaubaren juristischen Rezeption der *Dual Process*-Theorien im deutschen Sprachraum steht bislang der Einfluss von Heuristiken und kognitiven Störungen auf das Gerichtsverfahren im Vordergrund.¹⁵ Neuerdings erfolgt eine Beschäftigung mit den *Dual Process*-Theorien aus spezifisch juristischer Perspektive zudem insbesondere im Zusammenhang mit dem verhaltensökonomischen *Nudging*-Ansatz, der sich deren Erkenntnisse zunutze macht, um arbiträre Entscheidungsarchitekturen zugunsten individueller wie kollektiver Nutzenmaximierung zu verändern, und sich hierzu auch der Mittel des (dispositiven) Rechts bedient respektive bedienen möchte.¹⁶

Bislang wenig bis gar nicht untersucht wurden allerdings hierzulande die Auswirkungen der im Rahmen der *Dual Process*-Theorien beschriebenen Heuristiken und kognitiven Störungen auf Inhalt, Binnenstruktur und Grundlagen des Rechts, m.a.W. also auf den Normkörper des materiellen Rechts und die ihn tragenden Strukturprinzipien selbst. Da es sich bei diesem aber um nichts anderes handelt als um ein spezifisch elaboriertes und explizit sozialnormatives, hochkomplexes, ja emergentes System unzähliger individueller wie kollektiver menschlicher Entscheidungen, Urteile und Wahrnehmungen, liegt die Vermutung nahe, auch in ihm jeden-

13 Siehe hierzu etwa *Haidt*, *Psychological Review* 108 (2001), 814 ff.; *ders.*, *The Righteous Mind*, 2012; *Sunstein*, *Behavioral and Brain Sciences* 28 (2005), 531 ff.; *Greene*, in: *Sinnott-Armstrong*, *Moral Psychology III: The Neuroscience of Morality*, 2007, S. 35 ff.; *ders.*, *Moral Tribes*, 2014; *Ariely*, *Predictably Irrational*, 2008.

14 Siehe hierzu insbesondere *Jolls/Sunstein/Thaler*, *Stanford Law Review* 50 (1998), 1471 ff.; *Sunstein*, *Behavioral and Brain Sciences* 28 (2005), 531 ff.; *ders.*, *Vermont Law Review* 33 (2009), 405 ff.; *Schweizer*, *Kognitive Täuschungen vor Gericht*, 2005, S. 1 ff., 35 ff.; *Engel u.a.*, *Recht und Verhalten*, 2007.

15 Hierzu *Schweizer*, *Kognitive Täuschungen vor Gericht*, 2005; *Steinbeck/Lachenmayer*, *NJW* 2014, 2086 ff.; *Boehme-Neßler*, *Rechtswissenschaft* 5 (2014), 189 (201 ff.); *Risse*, *NJW* 2018, 2848 ff.; *Stöhr*, in: *Fritsche u.a.*, *Unsicherheiten des Rechts*, *ARSP-Beiheft* 162 (2020), S. 295 ff.

16 Hierzu *Kirchhof*, *ZRP* 2015, 136 ff.; *Seckelmann/Lamping*, *DÖV* 2016, 189 ff.; *Purnhagen/Reisch*, *ZEuP* 2016, 629 ff.; *Weber/Schäfer*, *Der Staat* 56 (2017), 561 ff.; *Honer*, *DÖV* 2019, 940 ff.; *Gerg*, *Nudging*, 2019.

falls punktuell, möglicherweise aber auch strukturell auf den Einfluss kognitiver Störungen zu stoßen.

2. *Attributsubstitution und rechtlich relevante Abwägungen*

Als ein strukturell bedeutsamer Aspekt könnte sich insbesondere der Einfluss der Attributsubstitution auf rechtlich relevante Abwägungen erweisen. Diese finden sich einerseits auf sämtlichen Ebenen des Rechtssetzungs- und Rechtsanwendungsprozesses und befinden sich als komplexe normative Wertungs- und Abwägungsentscheidungen andererseits im gewissermaßen natürlichen Einflussbereich der Attributsubstitution.¹⁷ Einfallstore für mit ihr einhergehende, auf diesem Wege möglicherweise verrechtlichte kognitive Störungen liegen vermittelt über den demokratischen Willensbildungsprozess¹⁸ und rechtspolitische Abwägungen auf Ebene des Gesetzeserlasses und öffnen sich auf Ebene der Rechtsanwendung insbesondere in den abwägungsoffenen Tatbeständen des einfachen Rechts sowie im Rahmen der teleologischen Auslegung. Schließlich ist namentlich die auf komplexen Wertungsentscheidungen und Güterabwägungen beruhende Grundrechtsanwendung für einen potenziellen Einfluss der Attributsubstitution prädestiniert.

3. *Spezifische Störungsanfälligkeit von Recht im digitalisierten Staat*

Die kognitive und damit zugleich auch rechtliche Verarbeitung der sozialen Auswirkungen digitaler Prozesse und Phänomene erweist sich *prima vista* als besonders anfällig für die Attributsubstitution. Digitalisierung übersetzt *per definitionem* konkrete Vorgänge und Instanzen der realen Erfahrungswelt in wert- und zeitdiskrete und damit notwendig abstrakte Repräsentationen, die sodann in komplexen Rechenprozessen verarbeitet werden. Die rechtlich relevanten Vorgänge befinden sich in dieser künstlich geschaffenen, im Übrigen auch über die technische Infrastruktur kausal, räumlich, zeitlich und sozial vermittelten Distanz jenseits der natürlichen Erfahrungswelt und sind dem über Jahrmillionen Evolution auf diese

17 Siehe *Kahneman/Frederick*, in: Augier/March, *Models of a Man. Essays in Memory of Herbert A. Simon*, 2004, S. 411 (416 f.).

18 Siehe hierzu etwa *Kuran/Sunstein*, *Stanford Law Review* 51 (1999), 683 ff.; *Engelth*, in: Engel u.a., *Recht und Verhalten*, 2007, S. 105, 121.

fixierten menschlichen Verstand nur schwer zugänglich. Ihre automatisiert erfolgenden Rückwirkungen auf die reale Welt gehen zugleich mit einem menschlichen Kontrollverlust einher, der jedoch, jedenfalls solange noch keine „echte“, vollständig autonom handelnde künstliche Intelligenz entwickelt ist, nur zu einer Kontrollverlagerung auf andere, wiederum von der sozialen Lebenswirklichkeit kausal, räumlich, zeitlich und sozial distanzierte menschliche Verhaltensweisen, nämlich das Programmieren und Implementieren von Programmcode und Algorithmen führt, welche im Alltag nicht als solche sichtbar und erlebbar sind sowie ohne besonderes Fachwissen auch nicht konkret nachvollzogen werden können.

Während Digitalisierung damit auf der einen Seite ein erhebliches Potential für eine erhöhte Steuerungs- sowie Operationalisierungsfähigkeit und -genauigkeit des Rechts einschließlich rechtlich relevanter Abwägungen birgt, gehen mit ihr unter dem Blickwinkel der *Dual Process*-Theorien insbesondere hinsichtlich der Bildung rechtlich relevanter Abwägungspositionen und -relationen auch digitalisierungsspezifische Gefahren einher. Geht man nämlich mit der psychologischen Forschung davon aus, dass auch die (scheinbar) von System II dominierten sprachlichen, analytischen, logischen und prognostischen Prozesse zwar unerschwert, aber breitflächig von System I-Heuristiken beeinflusst werden,¹⁹ so liegt die Vermutung nahe, dass diese auf einer abstrakten, sozial distanzierten Ebene im Vergleich schlechter funktionieren und zu schlechteren Resultaten führen als auf der konkret-personalen Handlungsebene, auf der und für die sie sich evolutionsgeschichtlich entwickelt haben.

III. Beispiele

Mit der Vorratsdatenspeicherung (1.) und den Dilemma-Situationen des autonomen Fahrens (2.) sollen im Folgenden zwei Beispiele erörtert werden, hinsichtlich derer sich Hinweise auf ein durch digitalisierungsspezifische Umstände verstärktes Wirken der Attributsubstitution aufseiten von Gesetzgeber, Rechtsprechung und/oder Rechtswissenschaft sowie eine hierdurch (potenziell) verzerrte Rechtslage ergeben.

19 Siehe hierzu etwa *Kahneman/Frederick*, in: Augier/March, *Models of a Man. Essays in Memory of Herbert A. Simon*, 2004, S. 411 (416 f., 420 f.); *Falk/Alles*, ZIP 2014, 1209 ff.

1. Vorratsdatenspeicherung

Geradezu mit Händen zu greifen ist das Wirken der Attributsubstitution und die mit ihr einhergehende Irrationalität in den Urteilen von Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof zur Vorratsdatenspeicherung. Das dort entscheidungstragende – nach eigenem Bekunden „diffuse“ – „Gefühl des ständigen Überwachtwerdens“²⁰ ist ein irrationaler Affekt, der sich mit den *Dual Process*-Theorien präzise analysieren lässt. Die Gerichte scheuen jedoch nicht davor zurück, die eigene Irrationalität, den sie tragenden diffusen emotionalen Affekt zum grundrechtlichen Schutzgut zu (v)erklären. Die hierdurch verursachten grundrechtsdogmatischen sowie rechtstatsächlichen Friktionen sind erheblich.

a) *Abwesenheit eines Gefühls des ständigen Überwachtwerdens als grundrechtliches Schutzgut*

Das Gefühl des ständigen Überwachtwerdens bzw. genauer: dessen Abwesenheit ist zunächst ein prinzipiell legitimes grundrechtliches Schutzgut, das sich als Komponente eines allgemeineren Freiheitsgefühls darstellen dürfte und in seiner spezifischen Ausprägung grundrechtsdogmatisch dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zuordnen lässt.²¹ In diesem Sinne ist es zunächst folgerichtig, dass Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof es als Gegenstand des mit der Vorratsdatenspeicherung bewirkten Grundrechtseingriffs prüfen. Diesem stehen wiederum materielle Sicherheitsinteressen gegenüber, die mit dem Freiheitsinteresse im Rahmen einer grundrechtlichen Abwägung in einen verfassungsgemäßen Ausgleich zu bringen sind. So wird etwa die Aufklärung schwerer Straftaten aus dem Bereich der organisierten Kriminalität oder der Kinderpornographie erschwert, so eine Vorratsdatenspeicherung nicht oder nur eingeschränkt zugelassen wird. Die grundrechtliche Abwägung wird indessen dadurch prädeterminiert, dass das Gewicht des Grundrechtseingriffs von beiden Gerichten auf „besonders schwer“ tariert wird.²²

20 Siehe BVerfGE 125, 260 (335); EuGH, NJW 2014, 2169 (2170).

21 Siehe hierzu auch BVerfGE 113, 29 (46) sowie bereits *Wagner*, in: Fritsche u.a., *Unsicherheiten des Rechts*, ARSP-Beiheft 162 (2020), S. 89 (94 ff.).

22 BVerfGE 125, 260 (318) und in der Folge EuGH, NJW 2014, 2169 (2170).

b) Kognitive Verzerrung durch Attributsubstitution

Im Folgenden kann nicht umfassend und abschließend zu allen grundrechtlich hochdiffizilen Problemen der Vorratsdatenspeicherung Stellung genommen, sondern lediglich die vermutete kognitive Verzerrung identifiziert werden. Diese betrifft die Intensität des Grundrechtseingriffs durch die gesetzliche Anordnung der Vorratsspeicherungspflicht. Dieser ist materiell betrachtet nämlich entgegen der Auffassung von Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof eben nicht „besonders schwer“²³, sondern besitzt trotz seiner Breitenwirkung als solcher ein deutlich geringeres und bestenfalls mittleres Gewicht. Zur juristischen Präzision gehört insoweit nämlich zunächst die Erkenntnis, dass es sich in Bezug auf die Kommunikationsteilnehmer um einen mittelbaren Grundrechtseingriff handelt²⁴ und dass dieser von der eventuell möglichen, in Relation zur Gesamtheit der Betroffenen aber höchst unwahrscheinlichen Abfrage der Daten durch staatliche Organe zu unterscheiden ist.²⁵ Letztere stellt ohne Frage einen gravierenden Grundrechtseingriff dar, unterliegt aber – jedenfalls nach der (ehemaligen) deutschen Umsetzungsregelung – ganz anderen, nämlich viel strengeren und im Ergebnis jedenfalls angemessen gestaltbaren Voraussetzungen.²⁶ Im Gegensatz dazu handelt es sich bei der bloßen Speicherung jedenfalls der Verkehrsdaten bei privaten Telekommunikationsanbietern materiell betrachtet um einen Vorgang, der zu Abrechnungszwecken massenhaft sowie mit Kenntnis und Einwilligung der Bürger geschieht bzw. zumindest bis vor nicht allzu langer Zeit massenhaft und nahezu flächendeckend geschehen ist.²⁷ Er wird vom Gesetzgeber in den §§ 96, 97 TKG durch das wirtschaftliche Interesse der Telekommunikationsanbieter legitimiert, bei dem es sich zwar fraglos keineswegs um ein unerhebliches, aber sicher nicht um ein Interesse handelt, das einen *besonders schweren* (materiellen) Grundrechtseingriff rechtfertigen kann. Im Vergleich dazu ist die gesetzlich verpflichtende Vorratsdatenspeicherung zwar möglicherweise graduell intensiver, da sie ausnahmslos und umfassend angelegt ist.

23 BVerfGE 125, 260 (318); ebenso EuGH, NJW 2014, 2169 (2170). Wie hier aber die Sondervoten der Richter Schluckebier, BVerfGE 125, 260 (365 ff.) und Eichberger, BVerfGE 125, 260 (380 f.).

24 Anders BVerfGE 125, 260 (311).

25 Dies eben nicht beachtend BVerfGE 125, 260 (319).

26 Dazu BVerfGE 125, 260 (328 ff.).

27 Siehe Sondervotum des Richters Schluckebier, BVerfGE 125, 260 (371 f.).

Sie wird dadurch aber noch nicht zu einem materiell besonders schweren Eingriff.²⁸

Gerade weil die Speicherung von Daten auf Servern der Telekommunikationsanbieter ein distanzierteres und mental nur schwer zugängliches Phänomen ist und hieran anknüpfende Gefährdungen materieller Interessen zunächst nur abstrakt und verknüpft über weitere Kausalketten denkbar sowie im Übrigen statistisch höchst unwahrscheinlich sind, handelt es sich bei ihr um einen Kandidaten für die Attributsubstitution. Kognitiv-emotional unmittelbar präsent ist demgegenüber der tatsächliche Abruf der Daten durch staatliche Organe, die reale, Kenntnisnahme oder jedenfalls Verarbeitung der Daten voraussetzende staatliche Überwachung und das damit verknüpfte bedrohliche Gefühl, die daher als Substitut fungieren. Dieses Bild zeichnen omnipräsente Beispiele aus medial vermittelter Realität und fiktionaler Kunst so durchdringend und mit so großer Schärfe, dass diese Assoziation unweigerlich hervorgerufen werden dürfte. Bezeichnenderweise rekurren Bundesverfassungsgericht und ihm folgend Europäischer Gerichtshof daher gerade im Zusammenhang mit der Imponderabilität des Grundrechtseingriffs auf das Gefühl des ständigen Überwachtwerdens.²⁹ Dieses Gefühl ist – wie es das Bundesverfassungsgericht selbst einräumt – „diffus“ und statistisch betrachtet höchst irrational. Die Annahme, der Staat würde die auf dem Server eines Telekommunikationsanbieters gespeicherten Verkehrsdaten eines statistisch „normalen“, d.h. in diesem Zusammenhang: nicht unter dem konkreten Tat- oder Begehungsverdacht einer schweren Straftat stehenden Bürgers zur Kenntnis nehmen oder verarbeiten, ist bei Lichte betrachtet, d.h. bei Außerachtlassung unglücklicher und statistisch kaum signifikanter Umstände realitätsfremd (und wäre im konkreten Tat- oder Begehungsverdacht einer schweren Straftat stehenden Bürgern im Übrigen zuzumuten). Aber auch die Unterstellung, ein solches Gefühl sei in der Bevölkerung verbreitet, dürfte materiell betrachtet kontrafaktisch, jedenfalls aber empirisch nicht belegt sein.³⁰ Wie der allgemeine Umgang mit persönlichen Daten beispielsweise in sozialen Netzwerken zeigt, dürfte die Sensibilitätsschwelle in der Bevölkerung hier tatsächlich deutlich höher liegen.³¹

28 Wie hier die Sondervoten der Richter Schluckebier, BVerfGE 125, 260 (365 f.) und Eichberger, BVerfGE 125, 260 (380).

29 BVerfGE 125, 260 (320, 335); EuGH, NJW 2014, 2169 (2170).

30 So auch das Sondervotum des Richters Eichberger, BVerfGE 125, 260 (380 f.).

31 Siehe dazu *Kühling/Martini*, EuZW 2016, 448 (450); *di Fabio*, Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen, 2016, S. 25.

Die Attributsubstitution lässt sich schließlich nicht zuletzt in der begrifflichen Maßlosigkeit identifizieren, die der Vergleich mit tatsächlich *besonders schweren* Eingriffen in Fernmeldegeheimnis oder Recht auf informationelle Selbstbestimmung wie Telekommunikationsüberwachungen oder Online-Durchsuchungen offenbart.³² Jeder Versuch, letztere auf einer mit den Urteilen zur Vorratsdatenspeicherung scheinbar neu kalibrierten Eingriffsskala unter Verwendung von dann notwendig exzessiven Superlativen begrifflich einigermaßen präzise einzuordnen, müsste unweigerlich ins Absurde abgleiten. Dieser Verlust rationaler Maßstäbe dürfte sich letztlich nur mit der irrationalen Angst vor dem tatsächlichen Überwachtwerden, mit der Substituierung von Speicherung durch Abruf erklären lassen. Dies dürfte zusammengenommen einen ausreichenden Beleg dafür geben, dass in den hier behandelten Urteilen das mit der Speicherung der Verkehrsdaten verbundene grundrechtliche Gefährdungspotential durch ein auf die Abfrage dieser Daten durch den Staat bezogenes Freiheitsbedrohungsgefühl substituiert wurde.

2. Autonomes Fahren (Dilemma-Situationen)

Auch in der rechtswissenschaftlichen Diskussion über die Dilemma-Situationen³³ des (voll)autonomen Fahrens finden sich Hinweise auf ein Wirken der Attributsubstitution.

a) Diskrepante strafrechtliche Bewertung

Die in der öffentlichen und wissenschaftlichen Diskussion prototypische Dilemma-Situation soll hier auf das folgende Szenario zugespitzt werden:

Eine Gruppe spielender Kinder im Alter von sechs bis acht Jahren rennt achtlos auf eine Straße. Das autonom gesteuerte Fahrzeug des X

32 Siehe hierzu auch das Sondervotum des Richters Schluckebier, BVerfGE 125, 260 (367).

33 Hiermit beschäftigen sich etwa *Hilgendorf*, in: 53. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2015, S. 55 (68 ff.); *Weber*, NZV 2016, 249 ff.; *Engländer*, ZIS 2016, 608 ff.; *Sander/Hollering*, NStZ 2017, 193 (201 ff.); *Wagner*, AcP 217 (2017), 707 (740 ff.); die Beiträge von *Joerden*, *Schuster*, *Beck* und *Hilgendorf*, in: ders., *Autonome Systeme und neue Mobilität*, 2017, S. 143 ff.; *Hörnle/Woblers*, GA 165 (2018), 12 ff.; *Steege*, NZV 2019, 459 (460 ff.); *Freise*, VersR 2019, 65 (77 ff.); Ethik-Kommission Automatisiertes und Vernetztes Fahren, 2017, S. 11 (Nr. 8 und 9), 16 ff.

kann nicht mehr bremsen, um einen mit einiger Sicherheit für mindestens drei Kinder tödlichen Unfall zu vermeiden. Das einzig mögliche Ausweichmanöver würde einen 89-jährigen erfassen, der am Straßenrand spazieren geht, und diesen mit ebensolcher Sicherheit tödlich verletzen.³⁴

Von Interesse ist im vorliegenden Zusammenhang insbesondere der Vergleich der Strafbarkeit des Nutzers eines autonom gesteuerten Fahrzeugs mit der eines menschlichen Fahrers in der geschilderten Dilemma-Situation, in der jeweils die Ausweichoption mit der Folge einer letalen Verletzung des 89-jährigen gewählt wird. In beiden Fällen steht (nahezu) unstrittig fest, dass Fahrer respektive Nutzer jedenfalls den Tatbestand des § 222 StGB (fahrlässige Tötung), je nach Lage der Dinge gegebenenfalls auch des § 212 StGB (vorsätzliche Tötung) oder sogar des § 211 StGB (Mord) verwirklichen.³⁵ Die Tatbestandsverwirklichung ist grundsätzlich auch rechtswidrig und schuldhaft, da keine gesetzlichen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe eingreifen. Möglich ist damit lediglich eine Entschuldigung aufgrund übergesetzlichen entschuldigenden Notstands, welche für einen menschlichen Fahrer ganz überwiegend angenommen oder jedenfalls in Erwägung gezogen wird,³⁶ während sie für den Nutzer eines autonomen Fahrzeugs nach nahezu allgemeiner Auffassung nicht in Betracht kommen soll.³⁷ Gleiches gilt für den Hersteller des autonomen Fahrzeugs respektive den Programmierer des entsprechenden Algorithmus.³⁸ Begründet wird dies mit dem straf- und verfassungsrechtlichen Dogma der Unabwägbarkeit von Menschenleben, welches einer Abwägung von Menschenleben sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht entgegenste-

34 Beispiel nach *Sander/Hollering*, NStZ 2017, 193 (201).

35 Siehe *Weber*, NZV 2016, 249 (250 ff.); *Sander/Hollering*, NStZ 2017, 193 (202 f.). Zu den Einzelheiten siehe ferner *Wagner*, RW 3/2020.

36 So von *Sander/Hollering*, NStZ 2017, 193 (202); *Joerden*, in: Hilgendorf, *Autonome Systeme und neue Mobilität*, 2017, S. 73 (85 ff.); *Engländer*, ZIS 2016, 608 (610); *Hörnle/Woblers*, GA 165 (2018), 12 (15 ff.); ebenso Ethik-Kommission *Automatisiertes und Vernetztes Fahren*, 2017, S. 11 (Nr. 8 und 9).

37 *Sander/Hollering*, NStZ 2017, 193 (203); *Joerden*, in: Hilgendorf, *Autonome Systeme und neue Mobilität*, 2017, S. 73 (85 ff.); Ethik-Kommission *Automatisiertes und Vernetztes Fahren*, 2017, S. 11 (Nr. 8 und 9). Unklar *Engländer*, ZIS 2016, 608 (614 f.).

38 *Sander/Hollering*, NStZ 2017, 193 (202 f.); *Joerden*, in: Hilgendorf, *Autonome Systeme und neue Mobilität*, 2017, S. 73 (85 ff.); *Hörnle/Woblers*, GA 165 (2018), 12 (23 f.).

he.³⁹ Sofern die offenkundige Diskrepanz in der strafrechtlichen Bewertung des Handelns der Akteure bemerkt wird, wird darauf verwiesen, dass ein menschlicher Fahrer sich in einer akuten und extremen psychischen Drucksituation befinde, während Programmierer und Hersteller im Vorfeld mit ausreichend Distanz zum Geschehen gewissermaßen normsetzend tätig würden, was ihnen den „psychischen Druck“ nehme.⁴⁰

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist die Rechtswidrigkeit, nicht aber die Strafbarkeit der Handlung geboten und sind keine Unterschiede zwischen den Akteuren feststellbar.⁴¹

b) Kognitive Störung durch Attributsubstitution

Die hinsichtlich der Anwendbarkeit des übergesetzlichen entschuldigenden Notstands offenkundig bestehende Diskrepanz zwischen menschlichem und autonomem Fahren dürfte sich stattdessen wesentlich mithilfe der Attributsubstitution erklären lassen. Genau genommen umgreift die Figur des übergesetzlichen entschuldigenden Notstands juristisch eines der Hauptforschungsfelder der auf Basis der *Dual Process*-Theorien stehenden empirischen Moralpsychologie, die sich in den vergangenen Jahrzehnten namentlich an diversen Konstellationen und subtilen Variationen des „Weichensteller-Falls“ experimentell abgearbeitet und theoretisch ausgeformt hat.⁴² Die dort mit großer Deutlichkeit zutage geförderte Anfälligkeit der relevanten Abwägungs- und Entscheidungsprozesse für die Attributsubstitution dürfte entsprechend der eingangs dieses Beitrags geäußerten Hypothese im Rahmen des durch digitalisierte Entscheidungsroutrinen gesteuerten autonomen Fahrens noch einmal gesteigert oder jedenfalls spezifiziert werden.

39 *Sander/Hollering*, NStZ 2017, 193 (202); Ethik-Kommission Automatisiertes und Vernetztes Fahren, 2017, S. 11 (Nr. 8 und 9).

40 *Joerden*, in: Hilgendorf, Autonome Systeme und neue Mobilität, 2017, S. 73 (86 f.); Ethik-Kommission Automatisiertes und Vernetztes Fahren, 2017, S. 11 (Nr. 8 und 9).

41 Für eine ausführliche Analyse der verfassungsrechtlichen Rechtslage siehe *Wagner*, RW 3/2020. Vgl. ferner nur BVerfGE 115, 118 (152 f., 157 ff.).

42 Näher *Greene*, in: Sinnott-Armstrong, Moral Psychology III: The Neuroscience of Morality, 2007, S. 35 (41 ff.); *ders.*, Moral Tribes, 2014, S. 113 ff., 213 ff.

aa) Attributsubstitution durch Illusion einer Tun-Unterlassen-Differenz und deontologischen Impuls

Kandidaten für die Attributsubstitution sind vorliegend die (digitalisierungsspezifisch imaginierte) Illusion einer Tun-Unterlassen-Differenz (1) und der – hier sogenannte, ebenfalls digitalisierungsspezifisch verzerrte – deontologische Impuls (2).

(1) Die Tun-Unterlassen-Differenz gehört zu den überkommenen Dogmen des Allgemeinen Strafrechts.⁴³ Nach ihr ist ein aktives Tun grundsätzlich strafwürdiger als ein bloßes Unterlassen, was in § 13 StGB (Erfordernis einer Garantenpflicht, Strafmilderungsmöglichkeit nach § 13 Abs. 2 StGB) auch seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat. Die Tun-Unterlassen-Differenz beruht prinzipiell auf guten Gründen.⁴⁴ Diese laufen allerdings gegen Null in Fallkonstellationen wie der vorliegenden Dilemma-Situation, in denen bei gegebener Garantenpflicht lediglich zwei klar definierte Entscheidungsoptionen bestehen.⁴⁵ Hier führt das Dogma dazu, dass das Tun – hier: das Ausweichen – ohne Rücksicht auf das materielle Verhältnis der kollidierenden Rechtsgüter gleichsam automatisch inkriminiert wird, während das Unterlassen – hier: das Überfahren der Kinder – ausnahmslos als nicht strafwürdig qualifiziert wird. Ein solcher absoluter Vorrang des Handlungsverbots lässt sich jedoch normativ nicht rechtfertigen. Es ist nämlich bei psychologisch und neurowissenschaftlich informierter Betrachtung lediglich die über die Attributsubstitution vermittelte Illusion einer Tun-Unterlassen-Differenz, die einen scheinbar strikten Vorrang des Handlungsverbots vorgibt. Menschliche Gehirne sind aus verschiedenen, genauer: sensorischen, motorischen und kognitiven Gründen vorrangig auf eine kognitiv-emotionale Überprüfung und Bewertung von Handlungen programmiert.⁴⁶ Dies ist jedoch lediglich ein – wenn man so will – prozeduraler Vorrang, aus dem kein materieller wertungsmäßiger Vorrang folgt. Gleichwohl kann insbesondere ein emotional stark negativ ausfallendes Ergebnis der prozedural vorrangigen Handlungsprüfung – wie vorlie-

43 Joerden, in: Hilgendorf, *Autonome Systeme und neue Mobilität*, 2017, S. 73 (80 f.).

44 Siehe hierzu *Frister*, *Strafrecht AT*, 8. Aufl. (2018), Kap. 22 Rn. 1 ff., 11 ff.; *Greene*, *Moral Tribes*, 2014, S. 250.

45 Im Ergebnis ebenso *Jakobs*, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, S. 36 ff.; *Hörnle*, in: *FS Herzberg*, 2008, S. 555 (563); *Paeffgen/Zabel*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, *NK-StGB I*, 5. Aufl. (2017), Vorb. zu §§ 32 ff. Rn. 171.

46 Näher *Greene*, *Moral Tribes*, 2014, S. 241 ff.