

Einleitung

I. Forschungsfrage und Zielsetzung

Inwieweit Recht auf einen umfassenden Vollzug abzielt, unterlag bislang kaum einer Prüfung. Die absolute Durchsetzung von Rechtsnormen galt als praktisch nicht umsetzbar und stand folglich nicht zur Debatte. Verletzungen von Rechten und Rechtsgütern sind Bestandteil der Lebens- und daher auch der Rechtsrealität. Die vollumfängliche Durchsetzung dessen, was Recht ist, durch den Gläubiger im Zivilrecht, im Strafrecht und im öffentlichen Recht durch staatliche Behörden, findet in einer Vielzahl von Fällen nicht statt. Dies liegt teilweise daran, dass der Verstoß gar nicht erst entdeckt wird, teilweise daran, dass die Durchsetzung unverhältnismäßig scheint.

Der Einsatz von Technologie eröffnet nun in vielen Lebensbereichen neue Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung. Beispiele automatisierter Rechtsdurchsetzung sind Kopiergeräte, die Geldscheine nicht kopieren, PKWs, die rote Ampeln nicht überfahren, E-Scooter, die in Fußgängerzonen die Geschwindigkeit drosseln oder Filter, die den Upload urheberrechtlich geschützter Werke auf Plattformen verhindern.¹ Die Automarke Volvo bewirbt die Unfähigkeit der neuesten Modelle, schneller als 180 Kilometer pro Stunde zu fahren, als eine Eigenschaft, die in Zukunft so selbstverständlich sein wird, wie es nun das Anlegen von Sitzgurten ist. Und doch liegt aus der Perspektive der Nutzer ein wesentlicher Unterschied darin, ob eine Verpflichtung durch Recht, gegebenenfalls unter einer Bußgeldandrohung, nicht schneller als 180 Kilometer pro Stunde zu fahren respektive Sitzgurte anzulegen, besteht, oder ob die Maximalgeschwindigkeit des PKW technisch begrenzt wird, so dass er nicht schneller fährt oder ohne angelegten Sitzgurt gar nicht erst losfährt. Eine Zwischenstufe stellt das sogenannte Nudging dar. In dem Beispiel könnte ein Nudging des Fahrers durch das Ertönen eines lauten, unangenehmen Geräuschs, wenn eine Person nicht angeschnallt ist, erfolgen. Das unangeschnallte Fahren ist hier nicht komplett ver-

¹ Weitere Beispiele des möglichen Einsatzes automatisierter Rechtsdurchsetzung bei *Kuhlmann*, in: Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, S. 117 (122); *Paschke*, MMR 2019, 563 (566).

unmöglich, jedoch deutlich unangenehm gestaltet, so dass das geforderte Verhalten naheliegt.

In den geschilderten Situationen ist nicht ausschlaggebend, ob die entsprechende Norm von dem Rechtssubjekt für sinnvoll erachtet wird oder ob der Wille dahingehend vorhanden ist, die Norm zu befolgen. Ausschlaggebend ist, dass die Freiheit zur Entscheidung über die Normbefolgung eingeschränkt wird. Die Bedeutung des Themas ist mittlerweile durch sich stetig entwickelnde technische Möglichkeiten weitreichend,² so dass diese Bearbeitung den Anspruch verfolgt, ertragreich für das gesamte Zivilrecht zu sein.

Als Anschauungsbeispiel, anhand dessen die entsprechenden Auswirkungen rechtsdurchsetzender Technologie herausgearbeitet werden, dient der Einsatz von Filtertechnologien zur Durchsetzung von Urheberrecht. Im digitalen Raum ist die Möglichkeit der vollständigen Rechtsdurchsetzung zumindest theoretisch eröffnet. Der digitale Raum ist durch technische Infrastruktur geprägt und wirkt sich dadurch in deterministischer Weise auf Nutzer solcher Infrastrukturen aus. Filtertechnologien werden von Online-Diansteanbietern in dem Dreiecksverhältnis zwischen Diansteanbietern, Rechteinhabern und Nutzern eingesetzt. Sie eignen sich aufgrund ihres Verbreitungsgrades und ihrer Etablierung besonders als Anschauungsobjekt für die Betrachtung automatisierter Rechtsdurchsetzung.³ Zudem liegt diesbezüglich umfassende Rechtsprechung vor und nunmehr führt auch der europäische Gesetzgeber faktisch automatisierte Rechtsdurchsetzung durch Filtertechnologien über Art. 17 der DSM-RL⁴ ein. Die Regelung soll durch neue Technologien eröffneten Bedrängnissen der Rechte von Urhebern wiederum durch Technologie begegnen. Gleichzeitig ist und war die Kritik an dem Einsatz von Filtertechnologien und insbesondere an der Regelung des Art. 17 DSM-RL erheblich. Aufgrund des Umfangs insbesondere der diesbezüglichen Aufsatzliteratur soll die Untersuchung des Art. 17 DSM-RL in dieser Arbeit nicht über das für die Ausführung des beispielhaften Untersuchungsgegenstandes notwendige Maß ausgeweitet werden. Der gesetzlich vorgesehene Einsatz von Technologie zur Rechtsdurchsetzung wie in Art. 17 der DSM-RL sowie dessen Umsetzung in dem Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diansteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten (Urheberrechts-Diansteanbieter-Gesetz – UrhDaG) bieten aber Anlass und Beispiel zum Überdenken

² *Paschke*, MMR 2019, 563 (566) spricht von einem „Trend zu Automatisierung von Rechtsdurchsetzung“.

³ Mit den Worten von *Tschorr*, K&R 2021, 82 (84): „Wir sind damit [mit Art. 17 DSM-RL] im Zeitalter der automatisierten Rechtsdurchsetzung angelangt“.

⁴ Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG.

rechtstheoretischer, rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Grenzen der Nutzung von Technologie zur Rechtsdurchsetzung.

Zentral beleuchtet wird im Folgenden daher, inwieweit sich die Durchsetzung des Rechts durch Technologie über spezifisch urheberrechtliche Fragen hinaus auswirkt. Denn wie *Gillespie* in Bezug auf die automatisierte Filterung sogenannter Hassrede feststellt: „[e]ven if we could effectively automate content moderation, it is not clear that we should“⁵. Die gleiche Feststellung findet sich grundlegend bereits bei *Weizenbaum*: „Die Grenzen in der Anwendung von Computern lassen sich letztlich nur als Sätze angeben, in denen das Wort ‚sollen‘ vorkommt“⁶. „Sollten“ steht dabei in Abgrenzung zu „können“.

Die Arbeit hat das Ziel die Grenzen dieses „Sollens“ auszuloten. Dabei werden schwerpunktmäßig die Auswirkungen des Faktors der Automatisierung der Rechtsdurchsetzung in deterministischen Umgebungen auf das Rechtssubjekt untersucht und die Möglichkeiten des Rechts, Schutz vor Einschränkungen zu bieten, ermittelt. Die Forschungsfrage fokussiert sich also zum einen darauf herauszufinden, wo im Kern das Problem liegt, wenn Recht vollständig automatisiert durchgesetzt wird. Zum anderen besteht sie darin herauszufinden, ob es möglich ist, Freiheitsphären für Rechtssubjekte zu definieren und zu normieren.

Die Betrachtungen dazu, wo im Kern das Problem liegt, finden sich in der Untersuchung zum Steuerungscharakter von Technologie. Die Überlegungen verfolgen den Anspruch, sich auf jegliche Form der vollständig automatisierten Rechtsdurchsetzung übertragen zu lassen. Spiegelbildlich zielen auch die dargestellten Rechtsschutzmechanismen auf einen übergeordneten Rechtsschutz über das Anschauungsbeispiel hinaus. Aufgrund der Grenzen der praktischen Umsetzung automatisierter Systeme ist es besonders wichtig zu untersuchen, welche Rolle in diesem Zusammenhang das Recht einnimmt. Es wird ein Schutzkonzept entwickelt, das auch bei neuartigen Formen der automatisierten Rechtsdurchsetzung Wirkung entfaltet.

II. Abgrenzungen und Stand der Forschung

Der Untersuchungsgegenstand „Rechtsdurchsetzung durch Technologie“ hat viele Facetten, die von der hier bearbeiteten Fragestellung abzugrenzen sind. Die Arbeit fokussiert sich auf das Zivilrecht, folglich sind strafrechtliche Normen, die eine Filterung von Inhalten notwendig machen, von der Untersuchung ausgeschlossen. Daher spielt auch die bereits in anderen Arbeiten näher in den Blick

⁵ *Gillespie*, *Big Data & Society* 2020, 1 (3).

⁶ *Weizenbaum*, *Die Macht der Computer und die Ohnmacht der Vernunft*, 1978, 300.

genommene Automatisierung durch staatliche Stellen, insbesondere die Automatisierung in der Verwaltung⁷, hier keine Rolle. Weitestgehend ausgeschlossen von der Untersuchung ist auch der Einsatz von Filtertechnologien im Äußerungsrecht. Lediglich an einzelnen Stellen, an denen sich klare Parallelen oder erhellende Gegenüberstellungen anbieten, wird dieses angeschnitten. Auch die Anforderungen des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) haben dementsprechend für die Betrachtung keine Bedeutung.

In der zivilrechtlichen Forschung ist das Thema der automatisierten Rechtsdurchsetzung bislang keiner umfassenden Bearbeitung unterzogen worden. Einzelne Aspekte, die auch Bestandteile dieser Arbeit sind, wurden allerdings bereits aufgearbeitet. Eine zentrale Monografie zum Thema Automatisierung stammt von *Kastl*. In ihrer Dissertation „Automatisierung im Internet“⁸ untersucht sie die urheber- und äußerungsrechtlichen Auswirkungen von Automatisierung im Kontext des Internets. Dabei befasst sie sich unter anderem mit der Rolle der Automatisierung im Zusammenhang des Einsatzes von Filtertechnologien zur Rechtsverletzungsverhinderung. Da es sich um eine breit angelegte Untersuchung des Gegenstandes der Automatisierung handelt, lässt die Arbeit Raum für die spezifische Untersuchung der Rechtsdurchsetzung durch Technologie. Die Dissertation „Technologie statt Vertrag?“⁹ von *Mackenrodt* geht auf das Verhältnis von technischen Beschränkungen der Verwendung einer Kaufsache zu rechtlichen Beschränkungen der Verwendung durch allgemeine Geschäftsbedingungen ein und stellt damit eine Parallele zwischen rechtlichen Regeln und technischen Regeln her. *Specht* befasst sich in ihrer Habilitationsschrift „Diktat der Technik“¹⁰ mit dem Einsatz von technischen Schutzmaßnahmen, den Grenzen des Einsatzes und den Auswirkungen des Einsatzes auf die Vertragsfreiheit, woraus Parallelen für den Einsatz von Filtertechnologien gezogen werden können. Zwei Aufsätze, die zentral für die Diskussion der Determinierung regelkonformen Verhaltens sind, seien ebenfalls erwähnt: zum einen *Rademacher* „Wenn neue Technologien altes Recht durchsetzen: Dürfen wir es unmöglich machen, rechtswidrig zu handeln?“¹¹ und zum anderen *Becker* „Von der Freiheit, rechtswidrig handeln zu können. ‚Upload-Filter‘ und technische Rechtsdurchsetzung“¹². Beide befassen sich mit der schwerpunktmäßig in Kapitel zwei dieser

⁷ Siehe hierzu zum Beispiel: *Eifert*, Electronic Government, 2006; bereits in den 1960er Jahren grundlegend: *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966.

⁸ *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016.

⁹ *Mackenrodt*, Technologie statt Vertrag?, 2015.

¹⁰ *Specht*, Diktat der Technik, 2019.

¹¹ *Rademacher*, JZ 2019, 702.

¹² *Becker*, ZUM 2019, 636.

Arbeit zentralen Frage der durch die Steuerungswirkung des Rechts eingeschränkten Freiheit zum Rechtsbruch und dem Paradoxon eines Rechts zum Rechtsverstoß. Durch den beschränkten Umfang der Form als Aufsatz können diese das Thema allerdings nur punktuell betrachten.

In der auf das US-amerikanische Recht bezogenen und internationalen Aufsatzliteratur finden sich etwas zahlreichere Auseinandersetzungen zu einzelnen Schwerpunkten der automatisierten Rechtsdurchsetzung in unterschiedlichen Kontexten. Eine Auseinandersetzung mit diesen findet in den entsprechenden Kapiteln statt. Erwähnt sei an dieser Stelle *Elkin-Koren*, die sich in mehreren Aufsätzen, teilweise in Zusammenarbeit mit *Perel*, insbesondere mit der Wahrung der Rechte derjenigen, die sich Systemen zur automatisierten Rechtsdurchsetzung gegenübersehen, befasst hat.¹³ Eine kritische Betrachtung dessen, dass auch durch fehlerfrei funktionierende Systeme zur Rechtsdurchsetzung Handlungsfreiräume der Rechtssubjekte eingeschränkt werden, findet dort aber kaum statt.

Die hiesige Arbeit ordnet das Thema in den rechtlichen Kontext ein, führt es anhand eines Beispiels aus und verfolgt dabei einen umfassenden lösungsorientierten Ansatz.

III. Methode und Gang der Untersuchung

Methodisch nähert die Arbeit sich dem Untersuchungsgegenstand zunächst aus einer rechtstheoretisch geprägten Perspektive. Der rechtstheoretischen Grundlage zur Seite gestellt ist eine an Verfassungsrecht und Wohlfahrtsökonomie orientierte Untersuchung. Diese stellen den Ausgangspunkt der weiteren Überlegungen dar. Die Grundlagen dienen als Bezugspunkt einer kritischen Hinterfragung von Rechtsprechung und Rechtsetzung. Die Rechtsprechung in dem Beispiel der Filtertechnologien ist stark durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) geformt und unionsrechtliche Normen prägen die aktuelle rechtliche Entwicklung. Daher spielt auch eine Auslegung des Unionsrechts eine Rolle. In der Auslegung des Schutzzumfangs bestehender Rechtsnormen wird auf die klassischen zivilrechtsdogmatischen Methoden der Auslegung nach Sinn und Zweck und Systematik zurückgegriffen. Den Abschluss bilden rechtspolitische Überlegungen.

¹³ *Elkin-Koren*, *Big Data & Society* 2020, 1; *Perel/Elkin-Koren*, *Fla. L. Rev.* 2017, 181. Speziell zu der automatisierten Durchsetzung von Urheberrecht: *Elkin-Koren*, *UCLA L. Rev.* 2017, 1082; *Perel/Elkin-Koren*, 19 *Stan. Tech. L. Rev.* 2016, 473.

Die Untersuchung beginnt in dem ersten Kapitel im Grundlagenteil mit einer Annäherung an Automatisierung im rechtlichen Kontext. Dabei wird zunächst eine Definition automatisierter Rechtsdurchsetzung erarbeitet sowie auf die mathematischen und informatischen Grundlagen und die historische Entwicklung automatisierter Rechtsdurchsetzung eingegangen. Nachdem diese Voraussetzungen etabliert wurden, folgt mit dem zweiten Kapitel im Grundlagenteil der erste Schwerpunkt der Arbeit. Dort wird herausgearbeitet, inwieweit der Steuerungscharakter von Technologie dazu führt, dass automatisierte Rechtsdurchsetzung grundsätzlich auf verfassungsrechtliche, wohlfahrtsökonomische und rechtstheoretische Bedenken stößt.

Diese Überlegungen stellen den Ausgangspunkt für eine Untersuchung des Beispiels von Filtertechnologien im Urheberrecht im zweiten Teil der Arbeit dar. Der Einstieg in die Untersuchung des Beispiels erfolgt in Kapitel drei über die Darlegung der Konstellation, in der diese eingesetzt werden. Die relevanten Akteure werden dabei vorgestellt: Diensteanbieter beziehungsweise Plattformbetreiber und deren Plattformen, Rechteinhaber und Nutzer. Im Anschluss wird auf die technischen Grundlagen und die Grenzen von Filtertechnologien eingegangen. Anhand des Beispiels wird in Kapitel vier weiter ausgeführt, welche Rolle Filtertechnologien in dem Dreiecksverhältnis zwischen Rechteinhabern, Diensteanbietern und Nutzern spielen und wie Rechtsprechung und Gesetzgebung den Einsatz von Filtertechnologien bewerten.

Der dritte Teil der Arbeit stellt den zweiten Schwerpunkt der Untersuchung dar. Die Kapitel fünf und sechs befassen sich mit dem rechtlichen Schutz von Nutzern vor aus dem Einsatz von Filtertechnologien für sie erwachsenden negativen Folgen. In Kapitel fünf wird die geltende Rechtslage untersucht. Dabei ist der Fokus innerhalb des Kapitels zweigeteilt. Zunächst werden in Bezug auf das Beispiel der Filtertechnologien Schutzmechanismen dargestellt, die bei Fehlleistungen der Technologie greifen. In einem zweiten Teil des Kapitels wird dann untersucht, welche Rechtsnormen unabhängig von Fehlleistungen der Technologie auf einen allgemeinen Schutz von Nutzern im Zusammenhang mit dem Einsatz von automatisierten Systemen zur Rechtsdurchsetzung greifen. In Kapitel sechs wird erörtert, ob und wie das Recht Freiheiten von Nutzern vor einer Determinierung von Handlungsmöglichkeiten durch Technologie in Zukunft sichern kann. Abschließend werden die wesentlichen Erkenntnisse der Untersuchung zusammengefasst.

Erster Teil:

Grundlagen

Kapitel 1:

Automatisierung als Schnittstelle von Technologie und Recht

Automatisierte Systeme zur Rechtsdurchsetzung bewegen sich an der Schnittstelle von Technologie und Recht. Die Erläuterung der mathematischen und informatischen Voraussetzungen und Grenzen der Automatisierung ist notwendig, um deren Auswirkungen auf rechtliche Fragestellungen zu durchdringen. Zunächst wird das Verständnis automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung eingegrenzt (I.) und anschließend die Entwicklung des Diskurses um Formalisierung und Logik im Recht, welcher zunächst unabhängig von der Frage der Automatisierung stattfand, dargelegt (II.). Darauf folgend werden die Grundlagen der Formalisierung als Voraussetzung der Automatisierung dargestellt (III.), um abschließend auf die Automatisierung als den auf die Formalisierung folgenden Schritt einzugehen (IV.).

I. Verständnis automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung

Bei automatisierten Systemen zur Rechtsdurchsetzung geht es um Systeme zur technischen Durchsetzung von Rechtsnormen im digitalen Umfeld. Digitale Infrastrukturen, wie Inhalte- und Social-Media-Plattformen werden in der Regel von privaten Unternehmen betrieben. Dies führt dazu, dass eben diese privaten Plattformbetreiber die Einhaltung von Rechtsnormen bei der Nutzung der Plattform durchsetzen. Indem die Funktionen der Plattform und damit der Aktionsraum der Nutzer durch den Plattformbetreiber definiert wird, kann dieser auch die Einhaltung von Rechtsnormen durch die von ihm geschaffene Infrastruktur automatisiert durchsetzen. Im Grunde werden automatisierte Rechtsfindung und Verhaltenssteuerung durch Architektur oder Infrastruktur¹ zusammengeführt.

Unter Rechtsdurchsetzung wird die Sicherung des Geltungsanspruchs einer Rechtsnorm durch die Gerichtsbarkeit und durch Behörden, aber auch durch Private, verstanden.² Diese Sicherung des Geltungsanspruchs der Rechtsnorm wird

¹ Siehe hierzu unter Kapitel 2, I. 2.

² Hierzu auch *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2019, Rn. 58.

im digitalen Raum zu großen Teilen auf private Akteure, in der Regel Plattformbetreiber, ausgelagert. Die Plattformbetreiber setzen Systeme zur automatisierten Rechtsdurchsetzung teilweise aus eigenem Interesse ein, um die verfügbaren Inhalte zu steuern und so bestimmte Zielgruppen anzusprechen, zu großen Teilen aber auch aufgrund der durch die Rechtsprechung und nunmehr auch durch die DSM-RL beziehungsweise das UrhDaG auferlegten Verpflichtung hierzu. Das heißt im hiesigen Zusammenhang erfolgt die Rechtsdurchsetzung nur mittelbar von staatlicher Seite und wird durch private Plattformbetreiber vorgenommen.³

Auch der Begriff der Automatisierung ist im Zusammenhang der automatisierten Rechtsdurchsetzung näher zu beleuchten. Automatisierung wird durch *Kastl* definiert als „die Verselbständigung bestimmter technischer Prozesse“.⁴ In Rechtsvorschriften finden sich der Begriff „Automatisierung“ oder Umschreibungen der Automatisierung immer wieder. Eine Legaldefinition sucht man im deutschen Recht allerdings vergeblich,⁵ was aufgrund der begrifflichen Weite auch wenig erstaunt. Die Begriffe „automatisch“ oder „automatisiert“ werden in unterschiedlichen Gesetzen verwendet. So erfolgt deren Nennung zum Beispiel in der DSGVO⁶ in den Erwägungsgründen 15, 63, 71, in Art. 2 DSGVO in Bezug auf den Anwendungsbereich, in Art. 4 Nr. 2 DSGVO in der Definition von „Verarbeitung“, in Art. 13 und 15 DSGVO hinsichtlich des Auskunftsrechts und der Auskunftspflicht, in Art. 21 Abs. 5 DSGVO in Bezug auf das Widerspruchsrecht, das mithilfe „automatisierter Verfahren“ ausgeübt werden soll, in Art. 22 DSGVO betreffend auf automatisierter Verarbeitung beruhender Entscheidungen und in Art. 35 Abs. 3 lit. a DSGVO hinsichtlich der Datenschutz-Folgenabschätzung.⁷ Auffällig ist, dass in den Definitionen in Art. 4 DSGVO „automatisiert“ nicht weiter definiert wird. Besonders überrascht dies, da in Art. 4 der DSGVO ansonsten die im Gesetz verwendeten Begriffe umfassend definiert sind. Offenbar wird ein eindeutiges begriffliches Verständnis vorausgesetzt.⁸ In Art. 11 der Richtlinie zum Datenschutz in Strafsachen⁹ wird die Begrifflichkeit ebenfalls hinsichtlich

³ Freilich bleibt die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Rechtsweges hiergegen.

⁴ *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 43.

⁵ Vgl. auch *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 65.

⁶ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG.

⁷ Vergleichbare Normen waren teilweise bereits in der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (alt) enthalten.

⁸ Hierzu siehe unter Kapitel 5, II. 1. zu Art. 22 DSGVO. In der Diskussion um den Anwendungsbereich der Norm wird deutlich, dass die Definition des Begriffs „automatisiert“ nicht eindeutig ist.

⁹ Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016