

Internetrecht und Digitale Gesellschaft

Band 42

Grundrechtsfähigkeit Künstlicher Intelligenz

Von

Stefan Neuhöfer



Duncker & Humblot · Berlin

STEFAN NEUHÖFER

Grundrechtsfähigkeit Künstlicher Intelligenz

Internetrecht und Digitale Gesellschaft

Herausgegeben von
Dirk Heckmann

Band 42

Grundrechtsfähigkeit Künstlicher Intelligenz

Von

Stefan Neuhöfer



Duncker & Humblot · Berlin

Die EBS Universität für Wirtschaft und Recht
hat diese Arbeit im Jahr 2022 als Dissertation angenommen.

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.

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2363-5479
ISBN 978-3-428-18689-1 (Print)
ISBN 978-3-428-58689-9 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Eine wissenschaftliche Arbeit, die ein weitgehend unbearbeitetes Terrain erkundet, ist naturgemäß mit großer Unsicherheit und mit zahlreichen Zweifeln auf Seiten des Verfassers verbunden. Dies gilt besonders für den Wissenschaftsbetrieb unter pandemischen Umständen.

Besonders danke ich deshalb meinem hochverehrten Doktorvater Prof. Dr. Michael Goldhammer, LL.M. (Michigan), der mir in jeder Phase des Projektes seine Unterstützung zuteilwerden ließ, mich bereits bei der Themenfindung tatkräftig unterstützte und auch im weiteren Verlauf stets ein offenes Ohr für meine Fragen, Ideen und Konzepte hatte. Diese Unterstützung hat erheblich zum Gelingen des Projektes beigetragen.

Auch Prof. Dr. Johannes Eichenhofer möchte ich für die Begleitung und seine Anregungen danken, insbesondere auch für die unverzügliche Erstellung des Zweitgutachtens.

Die Hanns-Seidel-Stiftung e.V. hat das Projekt mit einem großzügigen Promotionsstipendium gefördert und damit die äußeren Rahmenbedingungen für die zügige Erstellung der Arbeit geschaffen. Zudem danke ich Daniel Neubauer für seinen Beistand sowie Maximilian Auer, Julia Graf und Theresa Lechner für die gewissenhafte Durchsicht des Manuskripts.

Meine Eltern Helga und Hilmar haben durch ihre Begleitung auf meinem Lebensweg überhaupt erst die Voraussetzungen zur Promotion geschaffen, wofür ich Ihnen in tiefer Dankbarkeit verbunden bin.

Schließlich gebührt größter Dank meiner Ehefrau Dr. Anna Neuhöfer, die mich stets liebevoll umsorgt und mich bei sämtlichen Vorhaben vorbehaltlos unterstützt.

München, September 2022

Stefan Neuhöfer

Inhaltsverzeichnis

Kapitel I – Künstliche Intelligenz und Recht	13
A. Künstliche Intelligenz und Grundrechte – drei Exempel	16
I. Smart Homes und Persönlichkeitsrechte	17
II. GPT-3 und die Meinungsfreiheit	18
III. Edmond de Belamy – Kunst und geistiges Eigentum	19
B. Technische Grundlagen	21
I. Schwache (enge) KI	23
II. Starke (generelle) KI	24
III. Mensch-KI-Verbindungen	25
IV. Gegenstand der Untersuchung	26
Kapitel II – Rechts- und Grundrechtsträger	29
A. Der Mensch im Recht	31
I. Individualzentrierte Rechte	31
1. Das Narrativ der Autonomie als Fundament der Person	32
2. Subjektive Rechte und Freiheit	34
3. Relativierung oder deutscher Idealismus?	34
4. Rezeption im öffentlichen Recht	35
II. Subjekt und subjektives Recht – über das Individuum hinaus	38
1. Subjekt und Person – eine Bestandsaufnahme	38
2. Subjektives Recht	41
a) Allgemeinwohlbezug subjektiver Rechte im Unionsrecht	41
b) Subjektive Rechte und objektive Funktion im nationalen Verfassungsrecht	42
c) Konstitutionalisierung (nicht nur) des Zivilrechts	44
III. Zwischenfazit	46
B. Grundrechte jenseits des Menschen	47
I. Juristische Personen als Grundrechtsträger	49
1. Personales Substrat	49
2. Grundrechtstypische Gefährdungslage	52
3. Erratische Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	53
4. Juristische Person: Unmittelbarer Schutz ohne Eigenwert	56
II. Rechtsträger = Grundrechtsträger?	57
III. Verfestigung als Voraussetzung der Grundrechtsberechtigung?	60

C. Rechte der Natur – ein Vorbild für Rechte Künstlicher Intelligenz?	62
I. Die Würde der Kreatur	63
II. Menschenwürde: Inklusion oder Exklusion?	65
D. Zwischenfazit	67
Kapitel III – KI als Grundrechtsträger	69
A. Eine Grundrechtstheorie für Künstliche Intelligenz	72
I. Eigenständige Handlungen von KI in interdisziplinärer Perspektive	72
1. Handlungsfähigkeit im Netzwerk	73
2. Handlungsfähigkeit in der Maschinenethik	74
3. Gradualisierte Handlungsfähigkeit bei Rammert und Schulz-Schaeffer	76
4. Eigenständige Handlungen von KI und die Folgen im Recht	77
II. Postmoderne Rechtstheorie und Künstliche Intelligenz	79
B. Grundrechtstheoretisches Fundament	81
I. Diagnose: Komplexitätssteigerung und Gewissheitsverlust	81
II. Reaktion: Transversale Wissenserzeugung	83
III. Konsequenz: Relationale Subjekte	87
IV. Die Rolle des Rechts	90
1. Selbstreferenz	91
2. Selbstorganisation	91
3. Prozeduralisierung	94
V. Grundrechte als inpersonale Rechte	95
VI. Beispiel: Daten	97
VII. KI in der postmodernen Rechtstheorie	99
C. Dimensionen (trans-)subjektiver Rechte	100
I. Abwehrfunktion	102
II. Ausschlussfunktion	104
III. Anschlussfunktion	106
1. Produktive Ausübungsdimension – Kommunikationschancen für Dritte	107
2. Zugang für Dritte – Kompatibilisierungsdimension	108
IV. Partizipationsfunktion	109
D. (Trans-)Subjektive Rechte von KI	110
I. Transsubjektive Rechte und Kommunikationsfunktionalität der KI	111
II. Der Schluss vom Schutzbereich auf das Subjekt	112
III. KI als Wissensgenerator	116
IV. Vom Autonomierisiko zur Autonomiechance	119
1. Subjektivität und Operationalisierung im Recht	120
2. Der Grundrechtskonflikt zwischen KI und Verwender	124
a) Grundrechte als „Entdifferenzierungssperre“	127

b) Grundrechte der KI als Belastung der Grundrechte des Verwenders	129
3. Subjektivität und Zugangsberechtigung der KI	131
V. Vom relationalen Subjekt zur partiellen Grundrechtsfähigkeit	135
VI. Geltendmachung der Rechte und Vertretung	137
1. Durch den Verwender	138
2. Durch Dritte	139
E. Modellierung der KI als Grundrechtsträger	141
I. Dyade und Triade als Kriterium zur Bestimmung der Akteursqualität	143
II. Dyadische Kommunikation	146
1. Abwehrdimension in zweidimensionaler Kommunikation	148
2. Anschlussfunktion und Kommunikationschancen für Dritte?	151
III. Case Study: Ambient Assisted Living	152
IV. Triadische Kommunikation: KI kommuniziert mit Dritten	154
1. Kongruenz von KI und Verwender: KI als verlängerter Arm des Verwenders	156
2. Konkurrenz von KI und Verwender: Konflikt der Grundrechte	157
3. Das transsubjektive Potential der KI	158
a) Abwehrdimension	159
aa) Liberale Grundrechtstheorie	159
bb) Postmoderne Grundrechtstheorie	161
b) Anschlussfunktion und Kommunikationschancen für Dritte durch KI . . .	162
c) Ausschluss – Operationalisierung KI-generierter Kommunikation im Recht	164
d) Grenzen der Grundrechte von KI im Fall der Kongruenz: Individuelle Rechte Dritter	166
e) Grenzen der Grundrechte von KI im Fall der Konkurrenz: Grundrechte des Verwenders	171
4. Vernetzungsrisiken	172
V. Case Study: GPT-3 – Relationale Grundrechtsträgerschaft	173
VI. Zwischenfazit	175
Kapitel IV – Welche Grundrechte sind auf KI (nicht) anwendbar?	177
A. KI und Menschenrechte	178
I. Menschenwürde und Maschinenwürde	180
1. Personenbegriff als philosophische Anfrage an das Recht	181
2. Die soziologische Deutung der Würde als Verdienst ihres Trägers	183
3. Die spezifisch rechtliche Dimension der Würde als Inklusionsanspruch (nur für Menschen	185
a) Die Konsequenz für schwache KI	187
b) „Maschinenwürde“ für eine zukünftige starke KI?	189
4. Schutzpflichten für KI als Dimension der Menschenwürdegarantie?	190

II.	Persönlichkeitsrechte	193
1.	Allgemeines Persönlichkeitsrecht	194
2.	Allgemeine Handlungsfreiheit	198
III.	Zwischenfazit – Rechtliche Grenzen der Anerkennung von KI als Grundrechtsträger	199
B.	KI in institutionellen Bereichen kollektiver Ordnung	201
I.	Eigentumsfreiheit	202
1.	Verfassungsrechtliche Direktiven	204
2.	Postmoderne Direktiven	206
3.	KI im Immaterialgüterrecht	210
4.	Prämisse zivilrechtlicher Rechtsfähigkeit	213
II.	Medien- und Pressefreiheit	214
1.	Roboterjournalismus und Content Curation – Medieninhalte ohne Grundrechtsschutz?	215
2.	Dyadische Fälle: Künstliche Intelligenz als redaktionelles Werkzeug	217
3.	Triadischer Einsatz	218
a)	KI-Kommunikation – die Eröffnung des Schutzbereiches	219
b)	Anschlussfunktion: Kommunikationschancen für Dritte	220
c)	Partizipationsfunktion – die Bewältigung neuer Risiken	225
aa)	Content Curation und Suchmaschinen	226
bb)	Roboterjournalismus – strukturelle Gefahren für Grundrechte?	227
III.	Zwischenfazit	229
C.	KI und Kommunikationsfreiheiten	230
I.	Kunsthfreiheit	231
1.	Der Wandel des Schutzbereiches in der Rechtsprechung	231
2.	Dyadische Fälle – KI als Werkzeug der Kunstschaffenden	233
3.	Triadische Fälle – künstliche Werke	235
a)	Schutzbereich der Kunstfreiheit	235
b)	KI als Subjekt	237
4.	Case Study: Edmond de Belamy	239
II.	Meinungsfreiheit	241
1.	KI als Träger der Meinungsfreiheit	243
2.	Demokratische Verwerfung und Verzerrung durch Bot-Armeen?	244
3.	Triadische Fälle und Grenzen der Meinungsfreiheit	246
4.	Case Study: Tay 2.0	248
5.	Der Konflikt: Menschliche Grundrechte gegen Grundrechte der KI	250
III.	Zwischenfazit	251
Kapitel V – Zusammenfassung und Ergebnisse		253
Exkurs: Das Verhältnis von Verfassungsrecht und Zivilrecht		259

Rückblick: KI und Grundrechte – Das Recht als Wegbereiter einer posthumanistischen Zukunft?	261
Literaturverzeichnis	263
Stichwortverzeichnis	297

Kapitel I – Künstliche Intelligenz und Recht

Rechte für Maschinen oder Rechte vor Maschinen – so ließe sich die aktuelle Diskussion um die Behandlung intelligenter Maschinen in der Rechtswissenschaft zuspitzen. Das Potential Künstlicher Intelligenz (KI) als Zukunftstechnologie und „zentrale Steuerungsinstanz der kommenden Gesellschaft“¹ steht außer Frage.² Einerseits, so der Konsens der Hochrangigen Expertengruppe für Künstliche Intelligenz der EU-Kommission und der Enquete-Kommission Künstliche Intelligenz, soll der Staat gewährleisten, dass das „Eigenleben“³ der Technologie für Anwendungen in der Gesellschaft genutzt werden kann. Andererseits nehmen zahlreiche Autoren die neue Technologie als Bedrohung für die individuelle menschliche Entfaltung wahr.⁴ Regulierung soll vor den Gefahren durch den Einsatz von Künstlicher Intelligenz schützen.⁵ In jüngerer Zeit forderte unter anderem Ferdinand von Schirach sogar ausdrücklich ein Grundrecht zum Schutz vor Künstlicher Intelligenz – obwohl die Gefährdung nicht vom klassischen Gegenspieler individueller Freiheit, dem Staat, sondern typischerweise von privaten Unternehmen ausgeht.⁶

Wie soll das Recht also mit der Ambivalenz zwischen Gefahr und Nutzen, zwischen Risiko und Chance umgehen? Bedarf es eines Grundrechts zum Schutz von Menschen oder sollen Maschinen, wie sich aus rechtsphilosophischer und rechtssoziologischer Perspektive die Stimmen mehren, gar als eigenständige Träger von Rechten und Rechtspersonen anerkannt werden? Bereits an der zivilrechtlichen

¹ *Martini*, JZ 2017, 1017 (1017).

² Hochrangige Expertengruppe für Künstliche Intelligenz, Ethik-Leitlinien, S. 46 spricht von „positiven gewerblichen und gesellschaftlichen Auswirkungen“; die Entwurfsfassung wird rezipiert von *Dettlinger/Krüger*, MMR 2019, 211 (212, 213).

³ *Kirn/Müller-Hengstenberg*, MMR 2014, 225 (231).

⁴ Eingehend zum Gefahrenpotential für Grundrechte die Unterrichtung des Bundesrates durch die Europäische Kommission über das Weißbuch zur Künstlichen Intelligenz, BR-Drs. 95/20; aus jüngerer Zeit beispielsweise monographisch *Iben*, Staatlicher Schutz vor Meinungsrobotern.

⁵ In diese Richtung auch Art. 15 der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein: „Das Land gewährleistet im Rahmen seiner Kompetenzen auch den Schutz der digitalen Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger.“; umfassend zum Privatheitsschutz in der digitalen Welt *Eichenhofer*, e-Privacy; zur Diskussion der Regulierung unten, Kapitel III. E. 3. d)-e).

⁶ v. *Schirach*, Jeder Mensch, S. 19: „Jeder Mensch hat das Recht, dass ihn belastende Algorithmen transparent, überprüfbar und fair sind. Wesentliche Entscheidungen muss ein Mensch treffen.“; ähnlich *Pfeil*, InTeR 2020, 82 ff.; *Bittner/Debowski/Lorenz/Raber/Steeger/Teille*, NZV 2021 505 (508 f.); kritisch zu v. Schirach aber *Heussen*, ZRP 2021, 128 ff.; ablehnend gegenüber neuen Grundrechten des Menschen zum Schutz vor KI auch *Schröder*, JZ 2019, 953 (959).

Debatte lassen sich gegen diesen Vorschlag große Beharrungskräfte ablesen: Der Systembruch sei zu groß,⁷ die Folgen unabsehbar.⁸ Die Stellung des Menschen als Protagonist im Recht werde angetastet.⁹ Vielmehr könnten die neuen Agenten auch mittels des tradierten Instrumentariums in das Rechtssystem integriert werden.¹⁰

Noch schärfer fallen Bedenken aus, wenn man nach der Grundrechtsberechtigung Künstlicher Intelligenz fragt.¹¹ Denn hier lassen sich zusätzliche Einwände formulieren: Hat die Anerkennung der Grundrechtsfähigkeit Künstlicher Intelligenz eine Inflation von Grundrechtsträgern zur Folge?¹² Müssen grundrechtliche Belange von Menschen dann gegenüber Maschinen zurücktreten? Können Maschinen etwa zukünftig wählen? Werden wir von den „Meinungen“ eines Meeres von Bots beherrscht? Diese Bedenken sind nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen und rechtfertigen einen Abwehrreflex gegen den Gedanken neuer Grundrechtsträger, zumal die vielfältigen Herausforderungen und Beeinträchtigungen individueller Rechtspositionen durch Künstliche Intelligenz bereits in der Debatte um die Regulierung derselben zu erheblichen Problemen führen.¹³ Ist also doch die Stärkung der Rechtsposition des Menschen mittels subjektiver Rechte gegen KI der Königsweg, um der Veränderung Herr zu werden?

Degen bemerkte jüngst, die Autorität des Rechts liege abgeschlagen hinter den technischen Entwicklungen zurück.¹⁴ Er macht damit eindringlich auf die Notwendigkeit aufmerksam, technologische Innovation durch rechtliche Innovation zu begleiten. Das impliziert ein Bedürfnis, sich auch jenseits der pfadabhängigen Dogmatik eines angemessenen rechtlichen Rahmens für die disruptiven Effekte der Technologie zu vergewissern.¹⁵ Nur dann kann das Recht den gesellschaftlichen Wandel nicht nur reaktiv, sondern auch gestaltend begleiten und zur Bewältigung der

⁷ *Klingbeil*, JZ 2019, 718 (721); *Schaub*, JZ 2017, 342 (346).

⁸ *Klingbeil*, JZ 2019, 718 (721); *Mitsch*, in: Beck/Kusche/Valerius (Hrsg.), KI und Recht, 365 (365) spricht von der Öffnung der „Pandorabüchse“.

⁹ *Kirn/Müller-Hengstenberg*, MMR 2014, 307 (308).

¹⁰ *Erhardt/Mona*, in: Gless/Seelmann (Hrsg.), Intelligente Agenten und das Recht, 61 (91).

¹¹ Deutlich *Bull*, Datenschutz, S. 120, die Frage sei mit einem „klaren Nein“ zu beantworten.

¹² Zu den Herausforderungen der Subjektivierung von Rechtslagen bereits *Luhmann*, Gesellschaftsstruktur, S. 95.

¹³ Beispielsweise diskriminierendes Verhalten, mangelnde Transparenz und Fehler bei maschinellen Lernprozessen aus vorbelasteten menschlichen Daten, dazu überblicksartig *Hagendorff*, in: Rath/Krotz/Karmasin (Hrsg.), Maschinenethik, 121 ff.; aus rechtlicher Sicht *Steege*, MMR 2019, 715 ff.

¹⁴ *Degen*, NJW 2021, 1804; für das öffentliche Recht jenseits der Regulierungsdebatte lässt sich dies auch daran ablesen, dass beispielsweise bei *Hartmann*, KI & Recht kompakt, verfassungsrechtliche und öffentlich-rechtliche Fragen der Nutzung von KI überhaupt nicht thematisiert werden.

¹⁵ Zum Verhältnis von Recht und Innovation *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht, S. 23–35.

Herausforderungen beitragen.¹⁶ Dafür sind Modelle notwendig, die KI in ihren spezifischen Eigenschaften – das heißt Stärken und Schwächen – angemessen erfassen und die Entfaltung des Potentials zulassen.¹⁷ Die hiesige Untersuchung versteht sich als Beitrag hierzu und unterbreitet als Antithese zu besorgten Stimmen einen Lösungsvorschlag, die generativen Potentiale von KI stärker durch Recht zu schützen.

Der vorliegenden Arbeit liegt dabei die These zugrunde, dass KI in spezifischen Konstellationen als Träger von Grundrechten in Betracht kommt. Dadurch können die Stärken der Technologie zum Vorteil aller, also nicht nur der Verwender, sondern auch Dritter, genutzt werden.¹⁸ Die zunehmende Leistungskraft von KI hat einen „blinden Fleck“¹⁹ in Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik zur Folge, der durch die unmittelbare Berechtigung in Grundrechten zu schließen ist, wie es bereits Kersten anhand verschiedener Gefährdungslagen vorgeschlagen hat.²⁰

Die Entfaltung der maßgeblichen Erwägungen erfolgt in drei Schritten. Zunächst sind die voraussetzungsvollen Prämissen, die gemeinhin der Grundrechtsberechtigung zugrunde liegen (auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts) und daraus resultierende Folgen für das Recht kritisch zu würdigen. Sollten autonome Menschen als exklusive Instanz und gedanklicher Ausgangspunkt sämtlicher Rechtsträger gelten? Wie ist das Verhältnis von juristischen Personen zu dahinterstehenden Menschen? Die insoweit gewonnenen Erkenntnisse fließen in einem zweiten Schritt in ein grundrechtstheoretisches Fundament ein, von dem aus die Arbeit einen Versuch unternimmt, Konstellationen der Berechtigung in einem Konzept zu modellieren. Dabei finden auch Forschungsergebnisse aus Nachbardisziplinen Berücksichtigung, insbesondere der Soziologie und der Philosophie.

¹⁶ *St. Augsberg*, VVDStRL 77 (2018), 7 (43).

¹⁷ *St. Augsberg*, VVDStRL 77 (2018), 7 (44); kritisch zu Analogien mit Menschen beispielsweise auch *Beck*, AJP 2017, 183 (186).

¹⁸ Ablehnend gegenüber neuen Zurechnungssubjekten *Spranger/Wegmann*, in: Beck (Hrsg.), *Jenseits von Mensch und Maschine*, 105 (109); aus ethischer Perspektive fordert Seng praktikable Umgangsweisen um sicherzustellen, dass KI nicht nur ökonomischen, sondern vor allem humanen Interessen dient, *Seng*, in: Bendel (Hrsg.), *Handbuch Maschinenethik*, 185 (200).

¹⁹ *Ingold*, *Der Staat* 53 (2014), 193 (207).

²⁰ Kersten unterscheidet zwischen originären, akzessorischen und institutionellen Gefährdungslagen, die jeweils an der spezifischen Art der Verwendung von KI ansetzen, *Kersten*, JZ 2015, 1 (8); *ders.*, in: Manzeschke/Karsch (Hrsg.), *Roboter, Computer und Hybride*, 89 (99); *ders.*, ZfRSoz 2017, 8 ff.; *ders.*, FS Lehner, 437 ff.; ansonsten wird die Frage der Grundrechtsfähigkeit häufig als Annex zur einfachen Rechtsfähigkeit behandelt, etwa monografisch bei *Mayinger*, *Die künstliche Person*, S. 233–238; *Kleiner*, *Die elektronische Person*, S. 215–217; weiter vorangeschritten ist die Debatte im angloamerikanischen Raum, wo zuerst Solum die Idee der Personalität und Grundrechtsfähigkeit Künstlicher Intelligenz formuliert hat, *Solum*, 70 N.C.L. Rev. 1231 ff. (1992); später wurde der Gedanke häufiger aufgegriffen, zum Beispiel *Calverley*, 22 AI & Society, 523 ff. (2008); angedeutet wird die grundrechtliche Thematik bei *Muckel*, VVDStRL 79 (2020), 245 (269).