



BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

AUS DER PRAXIS

Dr. Jakob Degen und Kristin Dortans

Arbeitsrecht skurril – Geschichten, die das Leben schreibt

ZIVILRECHT

Helena Ferber

Corporate Digital Responsibility –
Einsatz von KI in der Unternehmensleitung

ÖFFENTLICHES RECHT

Jakob S. Feddersen

Keine Steuern für Digitalkonzerne? – zur beihilfen-
rechtlichen Kontrolle von Steuervorteilen für Internetgiganten

Adrian Kaufmann

Öffentliche Blockchains im Spannungsfeld zur
datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit der DSGVO

STRAFRECHT

Jan Breede

Die einverständliche Fremdgefährdung

GRUNDLAGEN DES RECHTS

Jann Maatz

Willensfreiheit und Privatrecht

Charles E. Müller

Die Sozialbindung des Eigentums –
Rudolf von Jherings Vorarbeit für § 906 BGB

3. Jahrgang | Seiten 89–176

www.berlinerrechtszeitschrift.de

ISSN (Print) 2699-948X | ISSN (Online) 2699-2132

AUSGABE 2/2022

Helena Ferber*

Corporate Digital Responsibility – Einsatz von KI in der Unternehmensleitung

Eine künstliche Intelligenz als Vorstandsmitglied – hiermit machte im Jahr 2014 eine Aktiengesellschaft aus Hongkong Schlagzeilen. Zwar ist dies de lege lata in Deutschland nicht möglich; dem Hinzuziehen von künstlicher Intelligenz zur Unterstützung der Entscheidungsfindung steht jedoch nach deutschem Aktienrecht nichts entgegen. Mit dem Einsatz künstlicher Intelligenz geht allerdings stets ein Risiko diskriminierender Entscheidungspraktiken einher. Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, ob für den Vorstand einer Aktiengesellschaft ein Haftungsrisiko besteht, wenn die von ihm eingesetzte KI eine diskriminierende Entscheidungspraxis entwickelt.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	105
B. Grundbegriffe.....	105
I. KI.....	105
II. CDR.....	107
1. Quellen.....	107
2. Auswirkung auf die Pflichten des Vorstands ...	108
C. Einwirkung ins Aktienrecht	108
I. Gesellschaftsrechtliche Grundlagen.....	108
II. Pflichten beim Einsatz von KI	109
1. Auswahl	110
2. Einweisung	110
3. Überwachung	110
4. Umfang der CDR-Pflichten.....	113
III. Auswirkungen des <i>Artificial Intelligence Act</i>	115
D. Ergebnis	115

A. Einleitung

Künstliche Intelligenz (im Folgenden: „KI“) ist in der Lage, große Mengen von Daten auszuwerten und hierin Zusammenhänge festzustellen, welche dem Menschen in der Regel verborgen bleiben. Aufgrund der damit verbundenen Effizienzgewinne wird KI in immer mehr Unternehmen eingesetzt. Zugleich besteht aufgrund ihrer technischen Besonderheiten die Gefahr, dass diese diskriminierende Entscheidungsregeln entwickelt. In Ermangelung einer gesetzlichen Kodifizierung führte dies zum Entstehen vielfältiger Leitlinien, welche verschiedene Anforderungen an den

ethischen Einsatz von KI stellen.¹ Wie diese ethischen Vorgaben in der Unternehmensleitung umzusetzen sind, ist, da es sich hierbei nur um Zielvorgaben handelt, oftmals nur schwerlich zu ermitteln.²

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist daher die Frage, ob der Vorstand einer AG für die Folgen von Diskriminierung einer von ihm eingesetzten KI haftet. Das wäre dann der Fall, wenn die bislang entwickelten ethischen Leitlinien rechtliche Pflichten begründeten.

Zur Beantwortung dieser Frage sind zunächst die Funktionsweise von KI und das Wesen der Corporate Digital Responsibility (im Folgenden: „CDR“) näher zu beleuchten. Anschließend wird untersucht, ob die Verletzung einer CDR-Pflicht *de lege lata* für den Vorstand haftungsbewehrt ist. Hierbei beschränkt sich die Untersuchung auf das Aktienrecht, da für den Einsatz von KI in der Unternehmensleitung große Mengen an Daten erforderlich sind und gerade große Unternehmen aufgrund ihres Kapitalbedarfs regelmäßig die Rechtsform der AG wählen.³

B. Grundbegriffe

I. KI

Der gesellschaftliche Diskurs über KI wird derzeit vom Bild der allgemeinen KI geprägt: Hierbei handelt es sich um eine KI, die die Intelligenz eines Menschen vollständig simulieren kann und in allen Formen intelligenten Verhaltens mindestens ebenso gut wie ein Mensch ist.⁴ Die Entwicklung einer solchen KI ist allerdings noch eine Zukunftsvision. Nicht nur der Zeitraum, in welchem sie entwickelt werden wird, ist offen, sondern auch, ob die Entwicklung einer derartigen KI jemals möglich sein wird.⁵ Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich daher mit der Form von KI, die bereits entwickelt wurde: der sogenannten „schwachen KI“.⁶

Diese ist in der Lage, konkrete Probleme mithilfe mathematischer Methoden zu lösen und ist hierbei zur Selbstoptimierung fähig.⁷ Ihre Anwendungsfelder sind vielfältig: Die schwache KI kann beispielsweise zur Sprach- oder Gesichtserkennung eingesetzt werden, als Spamfilter oder zur vorausschauenden Instandhaltung der Maschinen in der

* Die Verfasserin studiert im achten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Universität Leipzig und ist studentische Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht und Urheberrecht (Univ.-Prof. Dr. Christian Berger). Der Beitrag beruht auf einer Zulassungseminararbeit im Seminar „Aktuelle Fragen im Europäischen Wirtschaftsrecht“. Die Themenstellung erfolgte durch Prof. Dr. Dörte Poelzig.

¹ Hickman/Petrin, Trustworthy AI and Corporate Governance: The EU's Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence from a Company Law Perspective, 6.10.2021, S. 2, <https://doi.org/10.1007/s40804-021-00224-0>, zuletzt abgerufen am 14.8.2022.

² Hickman/Petrin, (Fn. 1), S. 29; Mittelstadt, nature machine intelligence 2019 (natmachintell), 501 (503).

³ Möslein, in: Kaulartz/Braegelmann, Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, 2020, S. 509 (510).

⁴ Armour/Eidenmüller, HBLR 2020, 87 (93); Schubert, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 166 (2019), 5 (28).

⁵ Armour/Eidenmüller, HBLR 2020, 87 (93).

⁶ Savary/Reuter, in: Kaulartz/Braegelmann (Fn. 3), S. 270 (272).

⁷ Mockenhaupt, Digitalisierung und künstliche Intelligenz in der Produktion, 2021, S. 38.

Produktion.⁸ Sie ist zwar auf die Lösung eines einzelnen Aufgabentyps beschränkt, hierbei dem Menschen aber regelmäßig überlegen. Aufgrund dieser Beschränkung kann eine Bilderkennungs-KI beispielsweise nicht zur Anfertigung der Übersetzung eines Textes verwendet werden.

Um die mit dem Einsatz von KI verbundenen rechtlichen Besonderheiten im Folgenden bewerten zu können, ist zunächst die grundlegende Funktionsweise der KI und des maschinellen Lernens näher zu betrachten.

Eine nicht KI-gestützte Softwareanwendung ist deterministisch angelegt, basiert daher auf einer „wenn-dann“-Denkweise.⁹ Um sie zu programmieren, muss zunächst mathematisch ein Problem definiert werden, bevor hierfür eine Lösung modelliert werden kann. Eine KI, die auf maschinellem Lernen beruht, leitet dagegen aus einer großen Menge von Daten ein Modell der Welt ab. Sie benötigt diese großen Datenmengen, um in ihnen Muster und Regelmäßigkeiten zu erkennen und kann auch solche Aufgaben lösen, für die sie nicht explizit programmiert wurde.¹⁰

Hierin liegt allerdings auch eine der größten Gefahren von KI: Daten und die in ihnen enthaltenen Informationen sind nicht neutral.¹¹ Die durch die KI analysierten Daten können Verzerrungen aufweisen (*bias*), wodurch die Vergangenheitsdaten bisherige Diskriminierungen reproduzieren.¹² Dies kann etwa der Fall sein, wenn eine KI eingesetzt wird, um passende Bewerber für eine ausgeschriebene Stelle zu finden. Nutzt man als Trainingsdatensatz die Bewerbungen der letzten Jahre und wurden in diesem Zeitraum überwiegend Männer eingestellt, kann die KI zu dem Ergebnis kommen, dass ein mit dem weiblichen Geschlecht korrelierendes Merkmal als schlechter zu bewerten ist.¹³

Hinzu kommt das Phänomen der Rückkopplung:¹⁴ Bei einer KI, welche auf dem Prinzip des *Deep Learning* beruht (eine Kategorie des maschinellen Lernens), hat jedes von ihr generierte Ergebnis gleichzeitig wiederum Einfluss auf die Entscheidungsregel, wodurch diese Verzerrungen weiter verstärkt werden können.

Darüber hinaus sind die Entscheidungsregeln, welche die KI aufstellt, für den Menschen im Regelfall nicht nachvollziehbar: Basiert eine KI auf einem neuronalen Netz, kann der Benutzer lediglich auf die *Input-* und die *Outputebene* zugreifen. Die dazwischenliegenden Schichten, in welchen

die Rechenleistung der KI vollbracht wird, sind praktisch nicht zugänglich, weshalb sie mit einer Blackbox¹⁵ vergleichbar ist.¹⁶ Obgleich bereits an *explainable KI* geforscht wird, welche die dazwischenliegenden Schichten der neuronalen Netze dem Menschen verständlich machen kann, befindet sich die Forschung auf diesem Gebiet noch in einem Frühstadium.¹⁷

Zuletzt kann noch eine Gefahr in dem Umstand gesehen werden, dass KI nicht in der Lage ist, Kausalität zu erkennen. Ihre Erkenntnisse beschränken sich stets auf Korrelationen. Insbesondere wenn dies mit einem Rauschen in Daten (also für die Entscheidungsfindung irrelevanten Informationen) zusammentrifft, entstehen fehlerhafte Korrelationen und die KI legt hierdurch ihrer Bewertung ein fehlerhaftes Modell zugrunde.¹⁸

Die Formen von Diskriminierung, die aufgrund dieser Schwächen entstehen können, sind vielfältig. Der bereits beschriebene Fall einer Diskriminierung im Bewerbungsverfahren aufgrund eines Datensets bestehend aus den Daten von mehrheitlich männlichen Mitarbeitern kann auch zu mittelbar diskriminierenden Entscheidungsregeln führen. So könnte aus diesem Datenset eine Regel entwickelt werden, dass eine lange, ununterbrochene Tätigkeit beim vorherigen Arbeitnehmer positiv zu bewerten ist. Frauen weisen jedoch statistisch gesehen aufgrund von Schwangerschaften häufiger Unterbrechungen in ihrer beruflichen Laufbahn auf als Männer, wodurch dieses scheinbar objektive Kriterium mittelbar diskriminierend ist.¹⁹

Auch in anderen Einsatzgebieten von KI wird die Gefahr schlechter Trainingsdaten deutlich. Sprachverarbeitende KI, deren Trainingsdaten beleidigende Inhalte aufwies, hat bereits mehrmals diese Beleidigungen gegenüber Nutzern reproduziert.²⁰ Weist ein Trainingsdatensatz zudem zu wenig (sprachliche) Variation auf, kann dies zu einer Diskriminierung aufgrund von Herkunft oder des Bildungsgrads führen.²¹ So stellte sich heraus, dass die KI, die die Gemeinde Amsterdam für die Behandlung von Beschwerden von Bürgern nutzte, Beschwerden aus dem wohlhabenden Stadtteil Amsterdam-Zuid besser verarbeiten konnte als Klagen aus dem ärmeren Stadtteil Amsterdam-Noord. Der eingesetzte Algorithmus gewichtete das Wort „Beschwerde“ (häufiger genutzt in Zuid) stärker als die

⁸ Bitcom, Digitalisierung gestalten mit dem Periodensystem der Künstlichen Intelligenz, 2018, S. 18, 26, 48, 49, 69, <https://www.bitkom.org/Bitkom/Publikationen/Digitalisierung-gestalten-mit-dem-Periodensystem-der-Kuenstlichen-Intelligenz>, zuletzt abgerufen am 14.8.2022.

⁹ Noack, in: FS Windbichler, 2020, S. 947.

¹⁰ Noack (Fn. 9), S. 948; Armour/Eidenmüller, HBLR 2020, 87 (94).

¹¹ D'Ignazio/Klein, Introduction: Why Data Science Needs Feminism. In: Data Feminism, 16.03.2020, <https://data-feminism.mitpress.mit.edu/pub/rrfa9szd>, zuletzt abgerufen am 14.8.2022.

¹² Vollhardt et al., in: Künstliche Intelligenz – Mit Algorithmen zum wirtschaftlichen Erfolg, 2. Aufl. 2019, S. 123.

¹³ Zweig, Ein Algorithmus hat kein Taktgefühl, 2019, S. 232.

¹⁴ Eberl, Aus Politik und Zeitgeschichte 6–8/2018, 8 (10); Van Bruggen/Beckers, Tijdschrift voor Toezicht 2020, 95 (99).

¹⁵ Als Blackbox werden Systeme bezeichnet, bei denen nur das äußere Verhalten (Input, Output) betrachtet wird.

¹⁶ Linardatos, ZIP 2019, 504.

¹⁷ Linardatos, ZIP 2019, 504 (505).

¹⁸ Zweig (Fn. 13), S. 87, vergleicht Rauschen in Daten mit dem Rauschen bei schlechtem Radioempfang; Freyler, NZA 2020, 284 (286); Körner (Fn. 3), S. 44 (45).

¹⁹ Lammerant/Blok/De Hert, Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten 2018, 3 (10).

²⁰ Spangenberg, ZfV 2022, 350 (351).

²¹ Spangenberg, ZfV 2022, 350 (352).

Nutzung des Ausdrucks „Es sieht hier aus wie in einem Saustall“ (häufiger genutzt in Noord).²²

Die Schwächen von KI bergen daher die Gefahr, dass durch ihren Einsatz bestehende Diskriminierungsmuster repliziert und neue, noch nicht absehbare Diskriminierungen geschaffen werden.

II. CDR

CDR beschäftigt sich unter anderem mit der Vermeidung derartiger negativer Auswirkungen von KI. Sie ist ein Querschnittsbereich aus gesellschaftlichen, ethischen und ökonomischen Themen und hat die unternehmerische Verantwortung für Daten und ihre Verarbeitung zum Gegenstand.²³

Bislang hat CDR weder eine Legaldefinition noch eine einheitliche Definition durch die Literatur erfahren. Ihr Kerngedanke liegt allerdings in einer grundsätzlich freiwilligen Selbstverpflichtung der Unternehmen, die Digitalisierung zur Verwirklichung gesamtgesellschaftlicher Ziele zu nutzen.²⁴ Dies beruht auf der Überlegung, dass das Vertrauen von Kunden und Stakeholdern wesentlich für die Wettbewerbsfähigkeit eines Unternehmens und somit auch für dessen wirtschaftlichen Erfolg ist.²⁵ Diese Definition wird der folgenden Arbeit zugrunde gelegt.

Dabei ist CDR nicht allein auf Fragen der Nutzung von KI beschränkt: Sie umfasst alle Aspekte der verantwortungsbewussten Digitalisierung und kann damit von Fragen der Verwertung des Abfalls elektronischer Geräte bis hin zu Fragen der Datensicherheit oder Roboterethik reichen.²⁶

Mit der Betonung der unternehmerischen Verantwortung für gesellschaftliche Entwicklungen ähnelt CDR der *Corporate Social Responsibility* (im Folgenden: „CSR“), welche die Auswirkungen des Handelns des Unternehmens auf die Gesellschaft betrachtet.²⁷ Zwar weisen beide durch die Betrachtung der unternehmerischen Verantwortung eine gemeinsame Schnittmenge auf. Der exponentiell wachsende technische Fortschritt, die Formbarkeit der digitalen Technologien und ihre Allgegenwärtigkeit legen jedoch nahe, CDR isoliert von CSR zu betrachten.²⁸

1. Quellen

Auf nationaler Ebene wurde im Jahr 2018 die „CDR-Initiative“ ins Leben gerufen, welche derzeit Leitlinien über unternehmerische Verantwortung im Rahmen der Digitalisierung erarbeitet.²⁹ Auf dem Teilgebiet des verantwortungsbewussten Einsatzes von KI haben dagegen bereits mehr als 80 verschiedene Initiativen, welche von supranationalen Organisationen bis hin zu Unternehmen und Zusammenschlüssen von Stakeholdern reichen, Leitlinien über den verantwortungsvollen Einsatz von KI entworfen.³⁰ Eine der prominentesten Ausarbeitungen ist hierbei die der Hochrangigen Expertengruppe für Künstliche Intelligenz, einem durch die EU-Kommission eingesetzten Gremium, das diese bei der Umsetzung der Strategie „Künstliche Intelligenz für Europa“ unterstützen soll.³¹ Im Rahmen dessen wurden von der Expertengruppe die Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI erarbeitet, welche sieben Kernanforderungen für die Verwirklichung einer vertrauenswürdigen KI enthalten und in prozedurale und materielle Anforderungen eingeteilt werden können.³² Zu den prozeduralen Anforderungen zählen der Vorrang des menschlichen Handelns und menschlicher Aufsicht, technische Robustheit und Sicherheit, Transparenz und Rechenschaftspflicht. Zu den materiellen Anforderungen zählen Datenschutz und Datenqualitätsmanagement, Vielfalt, Nichtdiskriminierung und Fairness sowie gesellschaftliches und ökologisches Wohlergehen.

Die europäischen Ethik-Leitlinien sind zwar rechtlich unverbindlich, stimmen jedoch in wesentlichen Grundzügen mit allen anderen bislang erarbeiteten Leitlinien überein, was ihre breite Anerkennung verstärkt. Im Rahmen dieser Arbeit werden sie daher als Maßstab für eine vertrauenswürdige KI herangezogen.

Besondere Aufmerksamkeit wird im Folgenden dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewidmet, da beim Einsatz von KI nicht nur eine besonders große Diskriminierungsgefahr besteht, sondern dieses Kriterium in allen bisher erarbeiteten Richtlinien zum ethischen Einsatz von KI einhellige Zustimmung findet.³³

²² Bastiaans/Barkhuysen/Jak, Overheid en Aansprakelijkheid 2020, 74 (76).

²³ Möslin, in: FS Hopt, 2020, S. 805.

²⁴ Thorun/Kettner/Merck, Ethik in der Digitalisierung 2018, S. 1, <https://library.fes.de/pdf-files/wiso/14691.pdf>, zuletzt abgerufen am 14.8.2022.

²⁵ Dörr, Praxisleitfaden Corporate Digital Responsibility 2020, S. 40.

²⁶ Herden et al., Sustainability Management Forum 29 (2021), 13 (18).

²⁷ European Commission, A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility, COM (2011) 681 v. 25.10.2011, S. 7 f.

²⁸ Lobschat et al., Journal of Business Research 2021, 875 (876).

²⁹ Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, Corporate Digital Responsibility (CDR) Initiative, <https://cdr-initiative.de/>, zuletzt abgerufen am 14.8.2022.

³⁰ Mittelstadt, natmachintell 2019, 501.

³¹ Pressebericht der EU-Kommission, Mitgliedstaaten und Kommission arbeiten gemeinsam an Förderung künstlicher Intelligenz „Made in Europe“, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_18_6689, zuletzt abgerufen am 14.8.2022.

³² Unabhängige hochrangige Expertengruppe für künstliche Intelligenz, Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI, 8.4.2019, S. 10, <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>, zuletzt abgerufen am 14.8.2022; Aufteilung nach: Möslin (Fn. 23), S. 816.

³³ Fjeld et al., Principled Artificial Intelligence: Mapping Consensus in Ethical and Rights-based Approaches to Principles for AI, 15.01.2020, S. 5, <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:42160420>, zuletzt abgerufen am 14.8.2022.

2. Auswirkung auf die Pflichten des Vorstands

CDR wird zwar als eine freiwillige unternehmerische Selbstverpflichtung verstanden, welche über die gesetzlichen Pflichten hinausgeht, und auch die Ethik-Leitlinien betonen ihren unverbindlichen Charakter.³⁴ Nichtsdestotrotz bestehen Überschneidungen zwischen CDR und dem geltenden Recht, welche zu Rechtspflichten des Vorstands im Rahmen des Einsatzes von KI führen können.

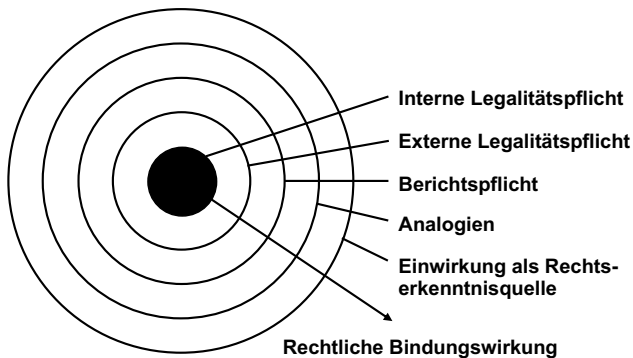


Abbildung 1: Einwirkung von CDR in das Aktienrecht

So kann der Vorstand beispielsweise bei der Einstellung neuer Mitarbeiter eine Organisationspflichtverletzung gem. § 5 AGG begehen, indem er zur Bewerberauswahl eine KI-basierte Spracherkennungssoftware einsetzt, welche Menschen mit einem Akzent oder einer Sprachbehinderung benachteiligt. Nimmt die KI die Bewerberauswahl selbstständig vor, kommt darüber hinaus ein Verstoß gegen Art. 22 DSGVO in Betracht.³⁵

Im Rahmen der internen Legalitätspflicht ist der Vorstand verpflichtet, Aufsichtsrat und Hauptversammlung Bericht zu erstatten (§ 90 AktG) beziehungsweise Auskunft zu erteilen (§ 131 AktG). Dies ist eine bereits bestehende Pflicht zum Vorrang menschlicher Aufsicht sowie zur Transparenz- und Rechenschaftspflicht beim Einsatz von KI.

Zudem kann die Überschneidung von CDR und CSR dazu führen, dass CDR-Bemühungen des Unternehmens auch Teil des nichtfinanziellen Lageberichts gem. § 289c HGB sein können. So hat die Gesellschaft beispielsweise gem. § 289c Abs. 2 Nr. 2 HGB über Maßnahmen, welche zum Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer beitragen, zu berichten. Da zur CDR auch die Prävention gesundheitlicher und insbesondere psychischer Folgen, die durch einen ständigen Medienkonsum und die ständige Erreichbarkeit im digitalen Zeitalter erwachsen, gehören, können CDR-bezogene Gesundheitspräventionsmaßnahmen somit auch Teil des nicht-finanziellen Berichts der AG sein.³⁶

Zudem kann eine Pflicht des Vorstands zur Wahrung gewisser Organisationsstandards beim Einsatz der KI durch Analogien zu Normen entstehen, welche den Einsatz von Algorithmen bereits regulieren: Zur Umsetzung des Gedankens der technischen Robustheit und Sicherheit kann beispielsweise eine Analogie zu § 80 Abs. 2 WpHG erwogen werden. Hiernach würden den Vorstand Organisationspflichten im Bereich von Notfallvorkehrungen in einem Fall der Störung der KI treffen.³⁷

Zuletzt ist zu betrachten, ob und in welchem Umfang Prinzipien der Ethik-Leitlinien zu einer Rechtspflicht des Vorstands führen können. Dies wird für das Merkmal der Nichtdiskriminierung anhand des folgenden fiktiven Falls untersucht.

C. Einwirkung ins Aktienrecht

I. Gesellschaftsrechtliche Grundlagen

Der Vorstand der X-AG lässt sich bei richtungsweisenden Investitionsentscheidungen von einer KI beraten. Diese beginnt eine Entscheidungsregel zu entwickeln, nach welcher Mitglieder marginalisierter Gruppen schlechter bewertet werden.³⁸ Eine international beachtete Zeitung deckt dies auf. Hierdurch entsteht der X-AG kausal ein zu beziffernder Schaden durch den eingetretenen Reputationsverlust.

Zunächst ist festzustellen, ob und wie die X-AG die KI in der Unternehmensleitung einsetzen durfte. Selbst Teil des Vorstands kann die KI nicht werden, da nach § 76 Abs. 3 S. 1 AktG nur natürliche und unbeschränkt geschäftsfähige Personen Mitglieder des Vorstands werden können. Inwieweit sie jedoch durch den Vorstand in der Unternehmensleitung eingesetzt werden darf, bestimmt dagegen § 76 Abs. 1 AktG: Da der Vorstand das Unternehmen in eigener Verantwortung leitet, sind Leitungsaufgaben nicht der Delegation an nachgeordnete Mitarbeiter zugänglich.³⁹ Da eine KI ebenso wie ein Mitarbeiter autonome Entscheidungen trifft, ist die Übertragung einer Aufgabe auf eine KI der Aufgabenübertragung an einen nachgeordneten Mitarbeiter vergleichbar.⁴⁰ Hieraus folgt, dass der Vorstand Leitungsaufgaben nicht an die KI delegieren darf.

Der Begriff der Unternehmensleitung ist zwar nicht legaldefiniert, wird aber gemeinhin als die strategische Führung des Unternehmens verstanden.⁴¹ Hierzu gehören auch richtungsweisende Investitionsentscheidungen wie die der X-AG aus dem oben genannten Beispiel. Da der Vorstand die Masse an Aufgaben, welche hiermit einhergehen, nicht alleine bewältigen kann, gilt das Delegationsverbot nicht umfassend: Die Vorbereitung und die Ausführung der

³⁴ Unabhängige hochrangige Expertengruppe für künstliche Intelligenz, (Fn. 32), S. 8.

³⁵ Dzida/Groh, NJW 2018, 1917 (1920).

³⁶ Herden et al., Sustainability Management Forum 29 (2021), 13 (20).

³⁷ Möslein (Fn. 3) S. 815.

³⁸ Vgl. Fallbeispiel bei Möslein, RD 2020, 34 (36).

³⁹ Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 76 Rn. 8; Weber, in: Hölters, AktG, 4. Aufl. 2022, § 76 Rn. 12.

⁴⁰ Lücke, BB 2019, 1986 (1993); Weber/Kiefner/Jobst, NZG 2018, 1131 (1132); Zetzsche, AG 2019, 1 (7).

⁴¹ Spindler, in: MüKo-AktG, 5. Aufl. 2019, § 76 Rn. 15.

Leitungsaufgaben darf er delegieren, solange er die Letztentscheidungskompetenz hierüber beibehält.⁴² Für den Einsatz der KI in der Unternehmensleitung im Beispielsfall bedeutet dies das Folgende: Bei einer Investitionsentscheidung darf der Vorstand zur Vorbereitung seiner Entscheidung eine KI heranziehen, welche die für die Entscheidung erforderlichen Daten auswertet und ihm einen Entscheidungsvorschlag unterbreitet. Um seine Letztentscheidungsverantwortung beizubehalten, muss der Vorstand über den Vorschlag jedoch „wohlerwogen und in eigener Verantwortung“⁴³ entscheiden.

Ein (rechtlich bindender) Automatismus, wonach der Vorstand den Entscheidungsvorschlag der KI übernehmen muss, wäre mit dem Erfordernis der Letztentscheidungskompetenz dagegen nicht vereinbar.⁴⁴ Nutzt der Vorstand zur (erlaubten) Entscheidungsfindung eine KI, ergibt sich jedoch eine Besonderheit: Im Gegensatz zu einem Menschen, an den die Vorbereitung einer Leitungsentscheidung anerkanntermaßen delegiert werden kann, vermag es KI, menschliche Entscheidungen zu beeinflussen, da sie den Anschein von Objektivität erweckt.⁴⁵ Hinzu kommt, dass die KI in der Herleitung ihrer Entscheidungen einer Blackbox ähnelt. Dies ist die menschliche Entscheidungsfindung in gewissem Umfang zwar auch, rechtliche Instrumente wie Richtlinien, innerhalb derer sich ihre Entscheidungen bewegen müssen oder Abberufungsklauseln zeigen im Falle von KI jedoch keine Wirkung.⁴⁶ Um sich die Letztentscheidungskompetenz beizubehalten, muss der Vorstand daher um diese Risiken wissen und ein grundlegendes Technikverständnis aufweisen, insbesondere muss er die Grenzen und die Fehlbarkeit der KI kennen.⁴⁷

Tritt nun beim Einsatz der KI zur Vorbereitung einer Leitungsentscheidung ein Schaden ein, haftet die KI aufgrund ihrer mangelnden Rechtsfähigkeit nicht selbst.⁴⁸ Stattdessen ist zu erwägen, ob das Handeln der KI dem Vorstand gem. § 278 BGB zugerechnet werden kann oder dieser gem. § 831 BGB in Anspruch genommen werden kann. Allerdings wird der Delegat nicht als Erfüllungs- bzw. Verrichtungshelfer des Vorstands, sondern der Gesellschaft tätig.⁴⁹ Eine Zurechnung bzw. Inanspruchnahme des Vorstands im Rahmen von § 278 bzw. § 831 BGB scheidet daher aus.⁵⁰

Stattdessen könnte eine Haftung des Vorstands nach § 93 Abs. 2 AktG erwogen werden. Hierbei handelt es sich um

eine Innenhaftung des Vorstands gegenüber der Gesellschaft. Der Anspruch wird daher nicht von durch die KI möglicherweise Geschädigten geltend gemacht; vielmehr handelt es sich um einen Anspruch der Gesellschaft gegen die jeweiligen Vorstandsmitglieder.

Der Aufsichtsrat ist nicht nur zuständig für die Geltendmachung des Anspruchs, § 112 AktG; er ist hierzu auch verpflichtet, wenn die Durchsetzung des Anspruchs erfolgversprechend ist und keine gewichtigen Gründe des Gesellschaftswohls der Geltendmachung entgegenstehen.⁵¹

Für das Bestehen eines Anspruchs aus § 93 Abs. 2 AktG ist zunächst eine Pflichtverletzung des Vorstands erforderlich.⁵² Eine solche liegt vor, wenn der Vorstand durch den Einsatz von KI entweder gegen eine gesetzlich ausdrücklich geregelte Vorstandspflicht verstößt oder – wenn keine spezialgesetzliche Pflicht einschlägig ist – gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG bei seiner Aufgabenwahrnehmung nicht die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers walten lässt. Hierzu gehört insbesondere die Pflicht, sich gesetzestreu zu verhalten (Legalitätspflicht).⁵³ Zuletzt ist für die Bewertung, ob es sich bei dem Verhalten des Vorstands um eine Pflichtverletzung handelt, zu beachten, dass ihm gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG grundsätzlich ein breites Ermessen zukommt. Eine Pflichtverletzung liegt daher nur vor, wenn er die Grenzen des Ermessens überschreitet beziehungsweise eine Legalitätspflicht verletzt; diese ist von seinem Ermessen nicht mit umfasst.⁵⁴ Somit ist zu untersuchen, ob der Vorstand pflichtwidrig handelt, wenn eine von ihm eingesetzte KI eine diskriminierende Entscheidungsregel etabliert.

II. Pflichten beim Einsatz von KI

Eine Pflichtverletzung des Vorstands könnte in der Ausgestaltung der Aufgabenübertragung an die KI begründet liegen. Mit der Delegation wandelt sich nämlich die Aufgabenerfüllungspflicht des Vorstands in eine residuale Beaufsichtigungspflicht des Delegaten.⁵⁵ Diese in Anlehnung an §§ 831, 823 BGB entwickelten Pflichten bestehen darin, einen geeigneten Delegaten auszuwählen (*cura in eligendo*), diesen in die Aufgabe einzuweisen (*cura in instruendo*) und anschließend zu überwachen (*cura in custodiendo*).⁵⁶

Bei der Übertragung einer Aufgabe an eine KI handelt es sich im Gegensatz zu der Aufgabendelegation an einen Mitarbeiter, für welche diese Grundsätze entwickelt

⁴² Henze, BB 2000, 209 (210); Fleischer, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 8 Rn. 27.

⁴³ Möslein, (Fn. 3), S. 512.

⁴⁴ Möslein, RDt 2020, 34 (37).

⁴⁵ Klar, BB 2019, 2243 (2249).

⁴⁶ Noack (Fn. 10), S. 950; Möslein (Fn. 3), S. 512.

⁴⁷ Möslein, ZIP 2018, 204 (209).

⁴⁸ Möslein, ZIP 2018, 204 (210); Die Rechtsfähigkeit der KI ist jedoch umstritten. Für eine Teilrechtsfähigkeit Teubner, AcP 218 (2018), 155 (204); Sprecht/Herold, MMR 2018, 40 (43); Schirmer, JZ 2016, 660 (663); ablehnend Riehm, RDt 2020, 42.

⁴⁹ Fleischer, AG 2003, 291 (292).

⁵⁰ Möslein, RDt 2020, 34 (38).

⁵¹ Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, § 21 Rn. 97; BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926.

⁵² Koch, Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2021, § 30 Rn. 22.

⁵³ Harnos/Rudzio, JuS 2010, 104 (106).

⁵⁴ Harnos/Rudzio, JuS 2010, 104 (106).

⁵⁵ Becker/Pordzik, ZIPW 2020, 334 (348).

⁵⁶ BGHZ 127, 336 = NJW 1995, 326; Fleischer, ZIP 2003, 1 (9).

wurden, um ein neues Phänomen. Dementsprechend existiert bislang keine (höchst-)richterliche Rechtsprechung, die die an den Vorstand gestellten Anforderungen bei der Delegation von Aufgaben an eine KI konkretisiert.⁵⁷ Somit ist eine Anwendung der bisher durch Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze zu erwägen und im Lichte der Besonderheiten von KI zu betrachten. Darüber hinaus ist zu erwägen, ob und wie das Prinzip der Nichtdiskriminierung auf diese Pflichten einwirken kann.

1. Auswahl

Die Auswahlpflicht beschreibt den Verhaltensmaßstab des Vorstands, welcher vor der erstmaligen Übertragung einer Aufgabe im Rahmen der Delegation anzulegen ist.⁵⁸ Ein Delegat muss die für die Aufgaben erforderlichen Qualifikationen aufweisen und geeignet sein, die jeweiligen Aufgaben zu erfüllen.⁵⁹ Dabei gilt: Je komplexer die Aufgabe, umso höher ist der Sorgfaltsmaßstab bei der Auswahl des Delegaten.⁶⁰

Für die Auswahl der KI lässt sich daraus schließen, dass sie ebenso wie ein Mitarbeiter geeignet sein muss, die ihr zugedachte Aufgabe zu erfüllen. Darüber hinaus besteht jedoch derzeit kein einheitlicher Prüfungsmaßstab oder ein Prüfsiegel, welches der KI eine bestimmte Qualität attestiert.⁶¹ Zudem ist die Zweckmäßigkeit eines „Algorithmen-TÜVs“ zu bezweifeln, da KI sich gerade durch die stetige Änderung ihrer Entscheidungsregeln auszeichnet.⁶²

Stattdessen kann erwogen werden, bei der Auswahl auf die Fachkompetenz der Programmierer der KI und die Frage, ob sich diese in der Programmierung niedergeschlagen hat, abzustellen.⁶³ Da bereits bei der Programmierung diskriminierende Grundannahmen getroffen werden können, sollte der Vorstand sich bei der Auswahl der KI über die der Programmierung zugrunde gelegten Entscheidungsregeln informieren und diese kritisch hinterfragen.

2. Einweisung

Delegiert der Vorstand eine Aufgabe an einen menschlichen Delegaten, ist er verpflichtet, ihn in seinen Aufgabenbereich einzuweisen und ihm die entsprechende Aufgabe zu erläutern. Delegaten müssen hierbei auf besondere Gefahrenquellen hingewiesen werden und für drohende Gesetzesverletzungen sensibilisiert werden.⁶⁴

Auch bei der KI muss zumindest der bestehende Rechtsrahmen in die Programmierung implementiert und dieser dem aktuellen Stand angepasst werden.⁶⁵

Die Einweisung der KI durch die Bereitstellung der Daten ist die entscheidende Periode, in welcher durch menschlichen Einfluss determiniert wird, ob die KI diskriminierende Entscheidungsmuster annehmen wird. Denn nicht alleine die Nutzung von Datensätzen, welche bereits getroffene, voreingenommene Entscheidungen widerspiegeln (*pre-existing bias*), kann zu Diskriminierungen führen.⁶⁶ Auch die Auswahl der Datensätze und die Erhebung der in diesen Datensätzen verwendeten Daten sind nicht neutral.⁶⁷ Sind Daten darüber hinaus fehlerhaft, weisen sie Doppelungen auf oder sind sie inkonsistent, kann die KI auf Grundlage einer mathematisch richtigen Methode aufgrund der fehlerhaften Daten zu einem nur scheinbar richtigen, diskriminierenden Ergebnis bei der Datenauswertung kommen.⁶⁸

Zwar bestehen bereits Anwendungen, welche Verzerrungen in den für die KI genutzten Daten messen können und diese anschließend korrigieren; allerdings stehen Fairness und Genauigkeit des algorithmischen Modells in einem Zielkonflikt, weshalb es an dem Nutzer ist, den Zielkonflikt aufzulösen.⁶⁹ Solange diese Tools nicht verbreitet sind, kann es kaum zur Einweisungspflicht des Vorstands bei der Verwendung einer KI gehören, ein solches Tool zu nutzen.⁷⁰

Im Rahmen der Einweisungspflichten besteht damit ein Zielkonflikt: Einerseits sind für maschinelles Lernen große Mengen an Daten erforderlich, um verwertbare Ergebnisse erzielen zu können. Gerade auch in Hinblick auf § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, wonach unternehmerische Entscheidungen auf Grundlage einer sorgfältig ermittelten Grundlage getroffen werden müssen, ist allerdings auch die Validität der verwendeten Daten von größtem Belang. Diese ist immerhin nicht nur für die Diskriminierungsfreiheit, sondern auch für die schlichte Richtigkeit der ermittelten Ergebnisse erforderlich. Eine tiefgehende Überprüfung dieser Daten würde allerdings gleichzeitig wieder die Effizienzgewinne, welche durch den KI-Einsatz erreicht werden können, zunichtemachen. Insofern dürfen die Anforderungen an die Qualität der genutzten Daten wiederum nicht überspannt werden.

3. Überwachung

Zuletzt trifft den Vorstand im Falle der Delegation die Pflicht, den Delegaten ordnungsgemäß zu überwachen.

⁵⁷ Lücke, BB 2019, 1986 (1992).

⁵⁸ Fleischer, in: BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 93 Rn. 135.

⁵⁹ Schulze, NJW 2014, 3484 (3487).

⁶⁰ Fleischer (Fn. 58), § 93 Rn. 135.

⁶¹ Becker/Pordzik, ZIPW 2020, 334 (349).

⁶² Möslein, ZIP 2018, 204 (212).

⁶³ Becker/Pordzik, ZIPW 2020, 334 (349).

⁶⁴ Fleischer (Fn. 58), § 93 Rn. 136.

⁶⁵ Becker/Pordzik, ZIPW 2020, 334 (350).

⁶⁶ Mockenhaupt, (Fn. 7) S. 80.

⁶⁷ Stevens, CR 2020, 74.

⁶⁸ Hoeren, MMR 2016, 8 (11); Weber/Kiefner/Jobst, NZG 2018, 1131 (1133).

⁶⁹ Chowdhury/Mulani, Auditing Algorithms for bias, <https://hbr.org/2018/10/auditing-algorithms-for-bias>, zuletzt abgerufen am 14.8.2022.

⁷⁰ Hickman/Petrin, (Fn. 1), S. 14.

In Bezug auf die Nutzung von Technik im Unternehmen ist bereits anerkannt, dass die Überwachungsaufgabe des Vorstands jedenfalls die Erreichung und Sicherstellung der IT-Sicherheit umfasst.⁷¹ Dies kann zwar auch ein Aspekt verantwortungsbewusster Digitalisierung und damit CDR sein, umfasst jedoch nicht die Diskriminierungsfreiheit von KI. Daher ist fraglich, ob die durch die Ethik-Leitlinien konkretisierten CDR-Pflichten Überwachungspflichten des Vorstands hinsichtlich diskriminierender KI auslösen können.

Mit der Delegation wandelt sich die Pflicht des Vorstands, sich gesetzestreu zu verhalten, in die Pflicht, die Rechtmäßigkeit des Verhaltens des Delegaten zu überwachen.⁷² Der Vorstand der X-AG aus dem Fallbeispiel handelt daher nur pflichtwidrig, wenn er überhaupt die Pflicht hatte, die KI auf Diskriminierungsfreiheit zu überprüfen.

a) Pflicht zur Überwachung der Diskriminierungsfreiheit

aa) Gesetzesverstoß

Eine Überwachungspflicht im Rahmen der Legalitätskontrollpflicht liegt zweifellos vor, wenn die diskriminierende Entscheidungsregel der KI einen Gesetzesverstoß darstellt. Als normative Anknüpfungspunkte kommen hierbei § 19 Abs. 1 AGG, § 53a und Art. 13 Abs. 2 lit. f, 14 Abs. 2 lit. 7, 22 Abs. 1 DSGVO in Betracht.

(1) § 19 Abs. 1 AGG

Eine Verletzung von § 19 Abs. 1 AGG, dem zivilrechtlichen Gleichbehandlungsgebot, scheidet im Beispielfall bereits an der Eröffnung des Anwendungsbereichs. Dieser richtet sich nach den §§ 2 Abs. 1 Nr. 8, 19 Abs. 1 AGG und setzt zunächst voraus, dass es sich um eine Benachteiligung bei dem Zugang zu Gütern oder Dienstleistungen handelt, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Dabei setzt das Merkmal „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ voraus, dass das Angebot zum Vertragsschluss öffentlich gemacht wird.⁷³ Dies ist bei unternehmerischen Investitionsentscheidungen typischerweise nicht der Fall, so dass der Anwendungsbereich des AGG nicht eröffnet ist.

(2) § 53a AktG

Das Aktienrecht statuiert in § 53a AktG zwar ein Gleichbehandlungsrecht, dieses gilt dem Wortlaut nach nur unter den Aktionären der Gesellschaft. Daher führt eine diskriminierende KI-Entscheidung auch nicht zu einer Verletzung des aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes

und begründet damit keine Pflicht zur Diskriminierungsfreiheit der KI.

(3) Art. 13 Abs. 2 lit. f, 14 Abs. 1 lit. g, 22 Abs. 1 DSGVO

Möglicherweise verstößt die durch die KI getroffene Investitionsentscheidung gegen das in der DSGVO normierte Verbot der ausschließlich automatisierten Entscheidungsfindung (Art. 22 Abs. 1 DSGVO) beziehungsweise das daran anknüpfende Auskunftsrecht der Betroffenen über die bei der Datenverarbeitung involvierte Logik (Art. 13 Abs. 2 lit. f, 14 Abs. 2 lit. g DSGVO). Dies setzt jedoch voraus, dass die Investitionsentscheidung tatsächlich automatisiert getroffen wird. Eine automatisierte Entscheidung liegt vor, wenn die Entscheidung nicht nochmals von einem Menschen überprüft und sich so gewissermaßen zu eigen gemacht wird.⁷⁴ Ließe ein Vorstand eine Leitungsentscheidung auf Grundlage einer automatisierten Entscheidungsfindung treffen, verstieße er gegen § 76 Abs. 1 AktG. Nutzt er die KI dagegen nur zur Unterstützung der Leitungsentscheidung, handelt es sich um keine automatisierte Entscheidungsfindung, so dass bereits Art. 22 Abs. 1 DSGVO nicht einschlägig ist. Somit stellt eine derartige diskriminierende Entscheidungsregel keinen Gesetzesverstoß im Sinne der DSGVO dar.

bb) Verstoß gegen unternehmensinterne CDR-Richtlinie

Hätte die X-AG unternehmensinterne Leitlinien, welche diskriminierende Entscheidungsregeln von KI verbieten, könnten diese eine Pflicht des Vorstands zur Verhinderung diskriminierender KI begründen.

G5 des DCGK statuiert, dass der Vorstand neben der Einhaltung von Gesetzen auch für die Einhaltung der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen hat. Dies kann dahingehend verstanden werden, dass zur Legalitätspflicht sowie zur Legalitätspflicht auch die ethischen Unternehmensleitlinien gehören.⁷⁵ Allerdings handelt es sich bei dem DCGK um kein Gesetzesrecht; der Vorstand ist lediglich im Rahmen von § 161 Abs. 1 AktG dazu verpflichtet, eine Erklärung abzugeben, ob er den Empfehlungen des Kodex entsprochen hat und entspricht.⁷⁶ Daher erweitert der DCGK die Legalitätspflichten des Unternehmens nicht. Der Vorstand ist nur zur Durchsetzung der internen Richtlinien verpflichtet, wenn sich in einer derartigen Richtlinie eine gesetzliche Regelung widerspiegelt oder das Aufstellen und Einhalten dieser Pflichten durch das Gesetz vorgeschrieben ist.⁷⁷ Weder die Diskriminierungsfreiheit der KI (jedenfalls außerhalb des AGG) noch die Qualität der Daten, welche einer KI für die Entscheidungsfindung zur

⁷¹ Sattler, BB 2018, 2243 (2247).

⁷² Holle, Legalitätskontrolle im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht, 2014, S. 60.

⁷³ BT-Drucks. 16/1780, S. 32.

⁷⁴ Von Lewinski, in: BeckOK DatenschutzR, 39. Ed. 2021, Art 22 DSGVO Rn. 23.

⁷⁵ Spießhofer, NZG 2018, 441 (442); Hoffmann-Becking, in: Hoffmann-Becking, Münchner HdB GesR IV, 5. Aufl. 2020, § 25 Rn. 32.

⁷⁶ Vetter, in: Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl. 2021, § 161 AktG Rn. 9.

⁷⁷ Walden, NZG 2020, 50 (54); Kremer, in: Deutscher Corporate Governance Kodex Kommentar, 8. Aufl. 2021, G5 Rn. 48.

Verfügung gestellt werden müssen, haben bislang eine gesetzliche Regelung erfahren. Folglich begründet eine unternehmensinterne CDR-Richtlinie keine haftungsbewehrte Pflicht des Vorstands zur Überwachung, ob die KI eine diskriminierende Entscheidungsregel aufweist.

cc) Leitbild des ehrenwerten Kaufmanns

Eine Überwachungspflicht des Vorstands auf Diskriminierungsfreiheit der eingesetzten KI könnte sich aus dem in der Präambel des DCGK statuierten Leitbild des ehrenwerten Kaufmanns ergeben. Der Vorstand handelt nach dem Leitbild des ehrenwerten Kaufmanns, wenn er sein Handeln nicht nur an der Legalitätspflicht ausrichtet, sondern auch ethisch fundiert und eigenverantwortlich handelt.

Die Diskriminierungsfreiheit von KI ist aufgrund ihrer breiten Anerkennung als eine solche ethische Regel zu betrachten. Fraglich ist allerdings, ob das Leitbild tatsächlich rechtlich bindende Pflichten für den Vorstand auslösen kann: Der DCGK stellt - sofern er nicht gesetzliche Regelungen wiedergibt - lediglich Empfehlungen oder Anregungen auf, welche durch eine besondere sprachliche Formulierung kenntlich gemacht werden („soll“ für Empfehlungen; „sollte/kann“ für Anregungen).⁷⁸ Weder ist die Nichtdiskriminierung bei Investitionsentscheidungen eine gesetzliche Pflicht noch ist der Grundsatz als Empfehlung formuliert, dass wenigstens die Wirkung des § 161 AktG (*comply or explain*) eintreten würde. Daher geht keinerlei rechtliche Pflicht mit der Statuierung des Leitbildes des ehrenwerten Kaufmanns im DCGK einher. Es stellt daher keinen Anknüpfungspunkt für eine Rechtspflicht zur Sicherstellung der Nichtdiskriminierung bei algorithmischen Entscheidungen dar.

dd) Ausweitung der Legalitätspflicht auf anerkannte Grundsätze der Geschäftsmoral

Umfasst die Legalitätspflicht und damit auch die Legalitätsüberwachungspflicht auch anerkannte Grundsätze der Geschäftsmoral, könnte die Verwendung einer mit diskriminierenden Prinzipien operierenden KI eine haftungsbegründende Pflichtverletzung darstellen. Aufgrund des Grades der Anerkennung einer ethischen Pflicht zu nicht-diskriminierender KI kann dies als ein allgemeiner Grundsatz der Geschäftsmoral betrachtet werden.⁷⁹ Allerdings ist, ebenso wie bei der Ausweitung der Legalitätspflicht auf das Leitbild des ehrenwerten Kaufmanns, fraglich, ob der Vorstand auch zur Einhaltung und Überwachung der anerkannten Grundsätze der Geschäftsmoral verpflichtet ist.⁸⁰ Dagegen spricht zunächst das systematische Argument, dass

ethische Grundsätze grundsätzlich nur im Rahmen der Generalklauseln im Privatrecht Rechtswirkung erlangen.⁸¹ Darüber hinaus stünde die Erweiterung der Legalitätspflicht im Widerspruch zu dem allgemeinen aktienrechtlichen Bedürfnis nach Rechtssicherheit.⁸² Das Merkmal des anerkannten Grundsatzes der Geschäftsmoral ist ein äußerst diffuses Kriterium, welches diesem Bedürfnis nicht zuträglich ist.⁸³

Folglich werden aufgrund der mangelnden Verpflichtung zur Wahrung der anerkannten Grundsätze der Geschäftsmoral CDR-Pflichten auch nicht auf diesem Wege zu Rechtspflichten.

ee) § 91 Abs. 2 AktG

Anknüpfungspunkt für die Pflicht des Vorstands der X-AG, die in der Unternehmensleitung eingesetzte KI auf Diskriminierungsfreiheit zu überwachen, könnte jedoch § 91 Abs. 2 AktG sein. Danach ist der Vorstand verpflichtet, ein Überwachungssystem einzurichten, welches Entwicklungen, die den Fortbestand der Gesellschaft gefährden, frühzeitig erkennt.

Aus der systematischen Stellung des § 91 AktG, der die Pflicht zur Buchführung regelt, wird zwar teils geschlossen, dass sich die in Absatz 2 geregelte Pflicht primär auf die Finanzbuchhaltung bezieht.⁸⁴ Eine solche Beschränkung lässt sich dem Wortlaut jedoch nicht entnehmen, so dass sie als eine allgemeine Verpflichtung zu verstehen ist, unternehmensgefährdenden Risiken vorzubeugen. In Bezug auf die rechtlichen Pflichten beim Einsatz von KI wird hieraus geschlossen, dass der Vorstand verpflichtet ist, technikimmanenten Risiken angemessen zu begegnen.⁸⁵

Die Etablierung einer diskriminierenden Entscheidungsregel ist, wie bereits dargelegt, ein typisches, der KI immanentes Risiko. Allerdings ist höchst fraglich, ob diskriminierende Entscheidungen tatsächlich als „den Bestand der Gesellschaft gefährdend“ eingestuft werden können.

Möslein schlägt dennoch vor, zur Konkretisierung der Pflichten, wie etwa der Pflicht, technikimmanenten Risiken angemessen zu begegnen, ethische Leitlinien betreffend den Einsatz von KI heranzuziehen.⁸⁶ Hieraus könnte eine Pflicht zur Überwachung der KI im Hinblick auf diskriminierende Entscheidungsregeln abzuleiten sein.

Insbesondere die Pflicht zur Nichtdiskriminierung ist beim Einsatz von KI zwar eine supranational anerkannte ethische Pflicht; diese hat bislang jedoch noch keinerlei positivrechtliche Verankerung gefunden. Hierbei handelt es sich um *soft law*, welchem keinerlei Befassungs- und Befol-

⁷⁸ Drygala/Staake/Szalai (Fn. 52), § 21 Rn. 18.

⁷⁹ Möslein, RD 2020, 34 (41).

⁸⁰ Fleischer (Fn. 42), § 7 Rn. 15.

⁸¹ Fleischer, ZIP 2005, 141 (144).

⁸² Fleischer, AG 2017, 509 (516).

⁸³ Gaul, AG 2018, 505 (509).

⁸⁴ Hoffmann/Schieffer, NZG 2017, 401 (402).

⁸⁵ Noack (Fn. 10), S. 951; Zetzsche, AG 2019, 1 (7).

⁸⁶ Möslein, (Fn. 3), S. 517.

gungswirkung zukommt.⁸⁷ Zudem handelt es sich bei der Nichtdiskriminierung um ein äußerst diffuses Kriterium. Eine entsprechende Pflicht wäre daher notwendigerweise mit Rechtsunsicherheit verbunden. Somit sprechen die besseren Argumente gegen eine Überwachungspflicht in Bezug auf diskriminierende Entscheidungsregeln von KI im Rahmen von § 91 Abs. 2 AktG. Im Falle einer zunehmenden Verrechtlichung dieser Pflicht könnte dies jedoch gegenteilig zu bewerten sein.

ff) Unternehmensreputation

Als letzter Anknüpfungspunkt für die Begründung einer Überwachungspflicht kommt die Unternehmensreputation in Betracht.

Wie bereits festgestellt, trifft den Vorstand zwar keine Pflicht, die Einhaltung von anerkannten Grundsätzen der Geschäftsmoral zu überwachen. Ein Verstoß gegen die CDR in Form des unethischen Einsatzes von KI durch die Etablierung einer diskriminierenden Entscheidungsregel könnte allerdings zu einer Haftung des Vorstands führen, wenn dieser keine hinreichenden Maßnahmen zur Abwendung eines hierdurch entstehenden Reputationsschadens für das Unternehmen ergriffen hat.

Da die Unternehmensreputation schätzungsweise 60 % des Unternehmenswerts ausmacht, gehört es gem. § 76 Abs. 1 AktG zur Leitungspflicht des Vorstands einen Reputationsverlust zu verhindern.⁸⁸ Diese kann nachhaltig geschädigt werden, wenn das Unternehmen durch besonders unethisches Verhalten auffällt.

Die Entstehung einer haftungsbegründenden Überwachungspflicht zur Sicherung der Unternehmensreputation kann mit der Begründung abgelehnt werden, dass die Legalitätspflicht des Vorstands nicht über den gesetzlichen Standard hinausgeht.⁸⁹ Stellte man auf die Reputation ab, würde diese als Vehikel genutzt, um ethische Pflichten zu Legalitätspflichten zu erheben.⁹⁰ Auch der Rechtssicherheit ist jedenfalls, führt man diese als Argument gegen die Erweiterung der Legalitätspflicht auf anerkannte Grundsätze der Geschäftsmoral an, nicht gedient.⁹¹

Für die Begründung einer haftungsbewehrten Überwachungspflicht spricht allerdings, dass es im Gegensatz zu den anerkannten Grundsätzen der Geschäftsmoral gerade einen rechtlichen Anknüpfungspunkt für die Wahrung der Unternehmensreputation gibt, § 76 Abs. 1 AktG. Darüber hinaus werden durch die Anknüpfung an die Unternehmensreputation ethische Grundsätze gerade nicht zu Legalitätsgrundsätzen erhoben: Trifft der Vorstand eine

unternehmerische Entscheidung, welche möglicherweise der Reputation schadet, ist es ihm nicht automatisch, wie im Rahmen der Legalitätspflicht, verwehrt, dagegen zu verstoßen. Er muss lediglich Chancen und Risiken abwägen und die Entscheidung auf einer hinreichenden Informationsgrundlage treffen, § 93 Abs. 1 S. 2 2 AktG.⁹² Eine Legalitätspflichtverletzung ohne Ermessensspielraum stellt eine derartige Entscheidung erst dar, wenn er die bestehenden Risiken gar nicht erst beachtet.

Somit trifft den Vorstand der X-AG im dargestellten Beispiel die Pflicht, Risiken für die Unternehmensreputation zu erkennen und zu überwachen. Unethische Entscheidungsregeln einer KI können bei hinreichender Publizität der Reputation des Unternehmens schaden.

b) Zwischenergebnis

Somit wirkt CDR nicht unmittelbar selbst pflichtbegründend. Sie kann allerdings im Rahmen der Pflicht des Vorstands zur Wahrung der Unternehmensreputation beim Einsatz von KI in der Unternehmensleitung mittelbar eine Pflicht begründen, wenn eine diskriminierende Entscheidungsregel zu entstehen droht und diese der Reputation des Unternehmens schaden kann.

Ob die CDR-Pflichten zur Nichtdiskriminierung sich direkt auf die Überwachungspflicht des Vorstands nach § 91 Abs. 2 AktG auswirken, diese also erweitern, ist derzeit noch nicht absehbar.

4. Umfang der CDR-Pflichten

a) Auswahl und Einweisung

Im Rahmen der Delegation kommt dem Vorstand jedoch, solange keine gesetzlichen Pflichten normiert sind, Ermessen zu.⁹³ Das bedeutet, dass eine Pflichtverletzung im Bereich der Auswahl und Einweisung der KI erst vorliegt, wenn der Vorstand die Grenzen seines breiten Ermessens durch unverantwortliches und nicht mehr am Unternehmenswohl orientiertes Handeln überspannt.⁹⁴ Der Vorstand der X-AG hätte eindeutig pflichtwidrig gehandelt, hätte er der KI nur offensichtlich verzerrte Daten zur Verfügung gestellt. Zudem wäre in diesem Fall zu bezweifeln, ob Leitungsentscheidungen, welche er auf Grundlage von aus diesen Daten getroffenen Handlungsempfehlungen trifft, auf einer angemessenen Informationsgrundlage beruhen, § 93 Abs 1 S. 2 AktG.

Für eine nähere Bestimmung der Ermessensgrenzen des Vorstands bedarf es jedoch entweder der Entwicklung eines allgemeinen Pflichtenstandards durch die Verbreitung der

⁸⁷ Möllers, Juristische Methodenlehre, 2017, § 3 Rn. 18.

⁸⁸ Fleischer, DB 2017, 2015 (2020); Seibt, DB 2015, 171 (172); Weber Shandwick, The Company Behind the Brand: In Reputation We Trust, 2012, S. 18, https://www.webershandwick.com/uploads/news/files/InRepWeTrust_ExecutiveSummary.pdf, zuletzt abgerufen am 14.8.2022.

⁸⁹ Seibt, DB 2015, 171 (175).

⁹⁰ Gaul, AG 2018, 505 (510).

⁹¹ Gaul, AG 2018, 505 (509).

⁹² Fleischer (Fn. 58), § 93 Rn. 32.

⁹³ Möslein, ZIP 2018, 204 (211).

⁹⁴ Walden, NZG 2020, 50 (58).

Nutzung von KI oder der Kodifizierung von Verhaltenspflichten des Vorstands bei Auswahl und Einweisung von KI.

b) Überwachung

Das zu einem Reputationsschaden führende Verhalten der KI führt nicht automatisch zu einer Pflichtverletzung des Vorstands: Vielmehr müsste er hierfür auch seine Überwachungspflicht verletzt haben.

Bei der Feststellung der Pflichtverletzung ist zu beachten, dass die Maßnahmen, welche er zur Überwachung des Delegaten trifft, in seinem Ermessen stehen.⁹⁵ Da den Vorstand bei einer Delegation der Vorbereitung einer Leitungsentscheidung an eine KI im Vergleich zu der Delegation an Mitarbeiter keine weitreichenderen Überwachungspflichten treffen, muss er sie laufend, aber nicht umfassend kontrollieren.⁹⁶ Die Intensität der Pflicht bemisst sich des Weiteren nach den Umständen des Einzelfalls und hängt insbesondere von der Art der übertragenen Aufgabe, ihrer Bedeutung, der Größe des Unternehmens und der gesetzlichen Regulierungsdichte ab.⁹⁷ Die Grenze der Überwachungspflicht liegt in der objektiven Zumutbarkeit für ein Unternehmen.⁹⁸

Daher ist zu konstatieren, dass die Überwachungspflicht des Vorstands umso höher ist, je risikobehafteter die Delegation an die KI ist. Dies kann durch den den Ethik-Leitlinien der EU zugrundeliegenden risikobasierten Ansatz konkretisiert werden: Demnach steigen die Anforderungen an die Regulierung der KI, je wahrscheinlicher der Eintritt eines Risikos ist und je schwerer dessen Folgen wiegen.⁹⁹ Angewandt auf die für die Überwachung der KI in der Unternehmensleitung erforderlichen Maßnahmen kann hieraus das Folgende geschlossen werden:

Die Überwachungspflichten des Vorstands gestalten sich umso intensiver, je mehr Parameter, welche zu einer Diskriminierung führen können, in den Trainingsdatensätzen der KI enthalten sind. Auch kann eine Differenzierung der Überwachungsintensität anhand der Art der KI erfolgen: Wird eine KI in ihrem Lernprozess durch einen Menschen begleitet und anhand von gelabelten Daten trainiert (*supervised learning*), wird aufgrund der menschlichen Begleitung im Rahmen der Einweisung eine geringere Überwachung erforderlich sein. Höher wird diese bei einer KI ausfallen müssen, welche auf *deep learning* beruht. Diese leitet ihre Entscheidungsregel aus einer großen Masse von Daten selbstständig ab; die Kontrolle der Daten ist aufgrund der Menge minder intensiv möglich, was wiederum eine verstärkte Überwachung der von ihr ermittelten Ergebnisse erforderlich macht.

Für den Vorstand der X-AG bedeutet dies, dass ihm zwar entsprechend der Feststellung im vorhergehenden Abschnitt hinsichtlich der Frage des „Ob“ der Überwachung von Reputationsrisiken gem. § 76 Abs. 1 AktG kein Ermessen zukommt (Legalitätspflicht) - hinsichtlich der Frage, wie er die Überwachung ausgestaltet, dagegen schon. Ein Vorstand handelt daher beim Einsatz von KI pflichtwidrig, wenn diese eine diskriminierende Entscheidungsregel entwickelt und er keinerlei Präventionsmaßnahmen ergriffen hat. Diese Maßnahmen müssen einerseits in der Lage sein, diskriminierende Entscheidungstendenzen zu detektieren und andererseits die Möglichkeit bieten, Folgen für die Unternehmensreputation zu evaluieren.

Hinsichtlich der Ausgestaltung der Überwachung kommt dem Vorstand jedoch Ermessen zu; daher kann aus dem bisher Gesagten nur geschlossen werden, dass ihm im Rahmen bestehender Überwachungsmaßnahmen beim Einsatz von auf *deep learning* basierender KI höhere Überwachungspflichten aufzuerlegen sind als beim Einsatz von auf *supervised learning* basierender KI. Wie er diese Überwachung jedoch konkret auszugestalten hat und wo hierbei die Grenzen seines Ermessens zu ziehen sind, ist derzeit noch nicht abzusehen. Dem könnte durch eine Kodifizierung von Überwachungspflichten abgeholfen werden, da diese hierdurch zu Legalitätspflichten würden und ihre Befolgung somit nicht mehr in seinem Ermessen stehen würde.

c) Zwischenergebnis

Somit ist die CDR-Pflicht zur Nutzung einer diskriminierungsfreien KI nicht vollständig rechtlich unverbindlich. Bei der Delegation der Vorbereitung einer Leitungsentscheidung kann sie an die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl und Einweisung der KI anknüpfen. Eine rechtliche Verdichtung erfährt sie durch die Pflicht des Vorstands zum Reputationsmanagement (§ 76 Abs. 1 AktG). Somit kann bereits *de lege lata* eine diskriminierende Entscheidungspraktik einer in der Unternehmensleitung eingesetzten KI zur Haftung des Vorstands gem. § 93 Abs. 2 AktG führen.

Dennoch zeichnen sich derzeit noch keine konkretisierten Einzelpflichten ab, welche der Vorstand zur Vermeidung einer diskriminierenden KI in der Unternehmensleitung treffen kann und zur Haftungsvermeidung treffen muss. Da das Prinzip der Nichtdiskriminierung beim Einsatz von KI im *ius non scriptum* jedoch breite Anerkennung genießt, führt dieser Kontrast durch die unklaren Auswirkungen dieser Pflicht auf § 91 Abs. 2 AktG zu Rechtsunsicherheit.

⁹⁵ Hölters (Fn. 39), § 93 Rn. 92.

⁹⁶ Schulze, NJW 2014, 3484 (2487); Fleischer (Fn. 58), § 93 Rn. 137.

⁹⁷ Fleischer (Fn. 59), § 93 Rn. 135.

⁹⁸ Becker/Pordzik, ZfPW 2020, 334 (351).

⁹⁹ Heinicke/Döveling, Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, 2020, S. 59 (73).

III. Auswirkungen des *Artificial Intelligence Act*

Abschließend ist der Blick auf den Vorschlag der EU-Kommission für einen *Artificial Intelligence Act* zu richten. Die Verordnung könnte die weltweit erste gesetzliche Regulierung von künstlicher Intelligenz darstellen und ist ein Teil der europäischen KI-Strategie.

Hierdurch soll ein einheitlicher Rechtsrahmen für KI geschaffen werden, welcher in Einklang mit den Werten der Europäischen Union steht.¹⁰⁰ Zudem soll durch die Verordnung Rechtssicherheit für den Gebrauch von KI geschaffen werden.¹⁰¹

Hierfür bedient sie sich, ebenso wie die Ethikleitlinien, eines risikobasierten Ansatzes. Das hat zur Folge, dass eine stärkere Regulierung für die jeweilige KI-Anwendung vorgesehen ist, je höher die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung eines mit der Nutzung der KI verbundenen Risikos ist und je schwerer die antizipierten Folgen des Risikoeintritts wiegen.¹⁰²

Der Einsatz von KI in der Unternehmensleitung fällt nach dem Entwurf unter die Regeln für eine KI mit einem geringen Risiko. Nach Art. 52 Abs. 1 des Entwurfs muss daher lediglich gegenüber den Nutzern transparent gemacht werden, dass es sich bei ihr um eine KI handelt. Die Transparenzpflicht entfällt, wenn dies aus den Umständen des Einzelfalls erkennbar ist. Dies wird bei einem KI-Einsatz in der Unternehmensleitung der Fall sein. Hieraus wird sich daher kein Haftungsrisiko für den Vorstand ergeben.

Zwar sieht Art. 69 des Entwurfs auch vor, dass Kommission und Mitgliedsstaaten die Ausweitung freiwilliger Verhaltenskodizes fördern, welche das Finden technischer Lösungen und Anpassungen der im Vorschlag entworfenen Regeln für Hochrisiko-KI auf risikoärmer eingestufte KI fördern sollen. Hierzu können etwa Regelungen über die Qualität der verwendeten Trainings-, Validierungs- und Testdatensätze zählen (Art. 10 des Entwurfs). Dies wird zur

Etablierung von allgemein anerkannten Verhaltenspflichten beim Einsatz von KI in der Unternehmensleitung beitragen können. Allerdings werden die entstehenden Kodizes für die sie anwendenden Unternehmen nicht haftungsbewehrt sein. Daher ist noch nicht abzusehen, ob sie die derzeit bestehende Rechtsunsicherheit beheben können.

D. Ergebnis

Das Aktienrecht ist somit grundsätzlich offen für CDR-Pflichten, welche die Pflicht des Vorstands zur Auswahl, Einweisung und Überwachung der KI konkretisieren und im Falle ihrer Nichtbeachtung zu einer Haftung führen können. Diese bleibt *de lege lata* jedoch auf eindeutige Ermessensüberschreitungen begrenzt, da sich bislang weder einzelne Sorgfaltspflichten hinreichend verdichtet haben noch Vorstandspflichten für den Einsatz von KI in der Unternehmensleitung verrechtlicht wurden.

Zwar fungiert die Pflicht des Vorstands zur Wahrung der Unternehmensreputation aus § 76 Abs. 1 AktG als Anknüpfungspunkt im Rahmen der Legalitätspflicht des Vorstands. Jedoch kommt auch hier dem Vorstand bei der Wahl der Überwachungsmaßnahmen zur Abwendung eines Reputationsschadens Ermessen zu. Spezifische Einzelpflichten könnten durch den Erlass von Normen über die Pflichten des Vorstandes beim Einsatz von KI begründet werden. Zwar wagt die EU-Kommission derzeit einen Vorstoß zur weltweit ersten Regulierung des Einsatzes von KI. Diese wird jedoch keine neuen Pflichten des Vorstands für den Einsatz von KI zur Unterstützung bei Leitungsaufgaben begründen.

Somit bleibt die Herausforderung bestehen, Verhaltensstandards für den Einsatz von KI in der Unternehmensleitung zu entwickeln, welche einerseits nicht technikavers sind und einen sinnvollen technischen Fortschritt behindern, andererseits aber den KI-immanenten Risiken Rechnung tragen.

¹⁰⁰ European Commission, Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act), COM (2021) 206 final v. 21.4.2021, S. 1.

¹⁰¹ European Commission, Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act), COM (2021) 206 final v. 21.4.2021, S. 1, 17.

¹⁰² European Commission, Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act), COM (2021) 206 final v. 21.4.2021, S. 7.