

# Betriebs Berater

BB

35 | 2020

Künstliche Intelligenz ... KSt-Option für PersG ... COVID-19 ... Betriebsübergang ... Recht ... 24.8.2020 | 75. Jg.  
Seiten 1857–1920

## DIE ERSTE SEITE

**Dr. Christian Pelke**, LL.M., RA/FAStR/FAHaGesR  
Irland und Apple vs. EU-Kommission

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen**, RA  
Definition der Künstlichen Intelligenz in der Kommissionsmitteilung COM (2020) 64 final –  
Auswirkungen auf das Vertragsrecht | 1859

**Dr. Jan-Benedikt Fischer**, RA, und **Dr. Johannes Rowold**  
Das Recht zur Bestimmung des Sonderprüfers | 1865

## STEUERRECHT

Dipl.-Finw. (FH) **David Stein**  
Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Option zur Körperschaftsbesteuerung  
von Personengesellschaften | 1879

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Gero von Glasenapp**, RA/StB  
Bilanzsteuerrechtliche Änderungen durch das Zweite Corona-Steuerhilfegesetz | 1899

## ARBEITSRECHT

**Prof. Dr. Cord Meyer**, Syndikus-RA  
Fragilität oder Effektivität im Betriebsübergangsrecht | 1908

**Mina Bettinghausen**, Syndikus-RAin  
Verfall des Urlaubsanspruchs – Hinweispflicht des Arbeitgebers auch bei  
langzeiterkrankten Mitarbeitern? | 1912

Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, RA

# Definition der Künstlichen Intelligenz in der Kommissionsmitteilung COM (2020) 64 final – Auswirkungen auf das Vertragsrecht

Die EU-Kommission hat am 19.2.2020 einen „Bericht über Auswirkungen Künstlicher Intelligenz, des Internets der Dinge und der Robotik im Hinblick auf Sicherheit und Haftung“ (COM [2020] 64 final) vorgelegt. Auch wenn in diesem Papier die sich abzeichnenden neuen Aspekte einer strikten Haftung für ein etwaiges Versagen der Künstlichen Intelligenz (KI) im Vordergrund stehen, so ist es doch von einigem Reiz, hier und jetzt der Frage nachzugehen, welche vertragsrechtlichen Auswirkungen denn aus der von der Kommission verwendeten Definition von KI und den daraus von ihr gezogenen weiteren Ableitungen festzustellen sind.

## I. Definition der Künstlichen Intelligenz – rechtsgeschäftliche Auswirkungen

Auf S. 2 dieses Papiers<sup>1</sup> legt die Kommission nunmehr erstmals den Versuch einer Definition von KI vor, welcher es verdient, auch unter vertragsrechtlichen Wertungen sorgsam unter die Lupe gelegt zu werden. Sie lautet:

„Künstliche Intelligenz, Internet der Dinge und Robotik weisen viele gemeinsame Merkmale auf. Sie können Konnektivität, Autonomie und Datenabhängigkeit miteinander verknüpfen, um Aufgaben ohne oder nur mit geringer menschlicher Steuerung oder Aufsicht auszuführen. KI-gestützte Systeme können zudem ihre Leistung verbessern, indem sie aus Erfahrungen lernen. Ihre Komplexität spiegelt sich sowohl in der Vielfalt der an der Lieferkette beteiligten Wirtschaftsakteure als auch in der Vielzahl von Komponenten, Teilen, Software, Systemen oder Dienstleistungen wider, die zusammen die neuen technologischen Ökosysteme bilden. Hinzu kommt die Offenheit für Aktualisierungen und Verbesserungen nach der Markteinführung dieser Technologien. Die enormen beteiligten Datenmengen, der Rückgriff auf Algorithmen und die Opazität der KI-Entscheidungsfindung erschweren die Vorhersage des Verhaltens eines KI-gestützten Produkts und das Verständnis der potenziellen Schadensursachen. Schließlich können Konnektivität und Offenheit KI-Produkte und IoT-Produkte anfällig für Cyberbedrohungen machen.“

### 1. Aspekt des selbständigen Lernens (Autonomie)

Dabei stützt sich die Kommission auch auf eine Definition der Künstlichen Intelligenz (KI), die eine hochrangige Expertengruppe, eingesetzt von der Kommission im Juni 2018, vorgeschlagen hatte.<sup>2</sup> Ausgangspunkt für die Arbeit dieser Gruppe war wiederum die von der Kommission vorgeschlagene Definition von KI, nämlich: „Künstliche Intelligenz (KI) bezeichnet Systeme mit einem „intelligenten“ Verhalten, die ihre Umgebung analysieren und mit einem gewissen Grad an Autonomie handeln, um bestimmte Ziele zu erreichen.“<sup>3</sup> Eine der von der Expertengruppe festgeschriebene Feststellung zielt nunmehr darauf ab, dass sich die Techniken der KI in zwei Hauptgruppen unterscheiden lassen, und zwar in die „Fähigkeiten des Schlussfolgerns

und des Lernens“.<sup>4</sup> Diese Überlegungen enden dann in einer von der Expertengruppe abschließend entwickelten Definition der KI. Sie liest sich wie folgt:

„Systeme der künstlichen Intelligenz (KI-Systeme) sind vom Menschen entwickelte Softwaresysteme (und gegebenenfalls auch Hardwaresysteme), die in Bezug auf ein komplexes Ziel auf physischer oder digitaler Ebene handeln, indem sie ihre Umgebung durch Datenerfassung wahrnehmen, die gesammelten strukturierten oder unstrukturierten Daten interpretieren, Schlussfolgerungen daraus ziehen oder die aus diesen Daten abgeleiteten Informationen verarbeiten, und über das bestmögliche Handeln zur Erreichung des vorgegebenen Ziels entscheiden. KI-Systeme können entweder symbolische Regeln verwenden oder ein numerisches Modell erlernen, und sind auch in der Lage, die Auswirkungen ihrer früheren Handlungen auf die Umgebung zu analysieren und ihr Verhalten entsprechend anzupassen“.<sup>5</sup>

Zu unterstreichen ist, dass es bei diesem definitorischen Ansatz beim Einsatz neuronaler Netze und dem damit verbundenen „maschinellen Lernen“ (Deep Learning) der KI drei Typen gibt, nämlich „überwachtes, unüberwachtes und bestärkendes Lernen“.<sup>6</sup> Unmittelbar angesprochen ist damit der Aspekt, der in der Definition der Kommission mit dem Merkmal umschrieben wird, dass die KI „aus Erfahrung lernt“, aber eben auch das Kriterium der „Autonomie“ der KI. Die von der Kommission bemühte Definition der KI erfasst dieses Merkmal allerdings mit der zusätzlichen Feststellung, dass die von der KI zu bewältigenden Aufgaben „ohne oder nur mit geringer menschlicher Steuerung oder Aufsicht auszuführen“ sind.

## 2. Fehlerhaftigkeit und Opazität der Künstlichen Intelligenz

Doch die von der Expertengruppe aufgestellten „Guidelines“ stellen weiter fest, dass bei allen Formen des maschinellen Lernens einer KI „immer mit einer gewissen – wenn auch meist geringen – Fehlerquote zu rechnen ist“.<sup>7</sup> Auch greifen die Experten ihrerseits auf das von der Kommission – generell – verwendete Merkmal der „Opazität“ – also: der Undurchsichtigkeit – des Verhaltens einer KI zurück. Denn die zugrunde liegenden Algorithmen sind nicht transparent, sondern vor allem ein ganz sorgsam behütetes Geschäftsgeheimnis. Doch ordnen die Experten dieses Phänomen im Wesentlichen der „Black-Box-KI“ zu: „Einige Verfahren des maschinellen Lernens sind zwar im Hinblick auf die Genauigkeit sehr erfolgreich, aber gleichzeitig auch sehr

1 COM (2020) 64 final.

2 Ethics Guidelines for Trustworthy AI („Guidelines“).

3 Guidelines S. 1; mit dieser Konstellation befasst sich *Hacker*, NJW 2002, 2142 ff.

4 Guidelines S. 3.

5 Guidelines S. 6.

6 Guidelines S. 4.

7 Guidelines S. 4.

undurchsichtig, was die Art und Weise ihrer Entscheidungsfindung betrifft. Solche Szenarien sind mit dem Begriff ‚Black-Box-KI‘ gemeint – wenn also der Grund für bestimmte Entscheidungen nicht nachvollziehbar ist.<sup>8</sup>

Diesen Tatbestand greift die Kommission in ihrer eingangs zitierten (umfassenden) Definition der KI auch unter einem anderen Blickwinkel auf, als sie von der Schwierigkeit in der „Vorhersage des Verhaltens eines KI-gestützten Produkts“ spricht und auch davon, dass auf diese Weise „das Verständnis der potenziellen Schadensursachen“ erschwert, wenn nicht sogar verunmöglicht wird. Damit ist erkennbar zum einen eine Frage der Beweisführungslast des Geschädigten, zum anderen aber auch eine allgemeine Frage der Kausalität zwischen einer Pflichtverletzung und einem Schaden im Sinn des § 280 Abs. 1 BGB angesprochen. Davon wird noch die Rede sein.

## II. Vertragsrechtliche Grundsätze auf dem Prüfstand

Es ist nicht das Ziel dieser Abhandlung, im Rahmen des Vertragsrechts<sup>9</sup> Fragen erneut aufzugreifen, die sich aus dem hinreichend diskutierten Kreis ergeben, den man allgemein den – automatisierten – Computererklärungen zuweist.<sup>10</sup>

### 1. Rechtsgeschäftliche Willenserklärungen eines KI-gestützten Systems?

Vielmehr sollen die Sollbruchstellen näher betrachtet werden, also die Fallkonstellationen, in denen sich eine – nicht vorhersehbare – Fehlerhaftigkeit der KI-gestützten Computererklärung aus dem Befund des Deep Learning ergibt.<sup>11</sup> Dabei ist zunächst eine begriffliche Differenzierung zwischen automatisierten und autonomen agierenden Systemen angezeigt.<sup>12</sup> Legt man nämlich die von der Kommission unterbreitete Definition einer KI zugrunde, dann besteht der maßgebende Unterschied zwischen den beiden Erscheinungsformen darin, dass keine oder nur eine geringe menschliche Steuerung oder auch Aufsicht in Bezug auf das – autonome – Verhalten der KI vorliegt, so dass ihr selbsttätiges Verhalten – hier: die Abgabe einer „Willenserklärung“ – praktisch nicht oder nur in sehr geringem Maß durch menschliche Voraussicht, Aufsicht oder Intervention eingeschränkt ist.<sup>13</sup>

Es ist eben der die Autonomie der KI begründende Effekt des Deep Learning des jeweiligen Algorithmus, der sich insoweit im konkreten Verhalten der KI oft auch unabhängig von menschlicher Einflussnahme auswirkt.<sup>14</sup> Allerdings ist dem Deep Learning auch – abhängig vom Einzelfall – das Merkmal der „Opazität“ der Entscheidungsfindung der KI nach Maßgabe der Definition der Kommission zuzuweisen, wenn und soweit eine von der KI stammende „Willenserklärung“ in die Welt gesetzt worden ist. Dabei steht fest, dass das Verhalten der KI im Rahmen einer „Willenserklärung“ letztlich in ihrem konkreten „Rechtsfolgewillen“ immer weniger prognostizierbar ist.<sup>15</sup> Zudem erfassen solche KI-gestützten Erklärungen nicht nur die Beziehung Mensch – Maschine, sondern vorzüglich auch den Austausch von „Erklärungen“ im Verhältnis Maschine – Maschine.<sup>16</sup> Im Hintergrund steht stets die stupende Zunahme der Lernfähigkeit der KI, aber auch gleichzeitig ihre immer wieder festzustellende Unberechenbarkeit im Blick auf das Ergebnis,<sup>17</sup> weil dieses ja zu einem beträchtlichen Teil selbständig von der KI erweitert und auch ausgebaut wird.

Demgegenüber beruhen ein automatisiertes System und die von ihm ausgehenden Willenserklärungen auf den strikt zu beachtenden Vor-

gaben des jeweils eingesetzten Algorithmus. Hier ist eine Zurechnung der im Einzelfall abgegebenen Willenserklärung als Computererklärung zu der hinter dem automatisierten System stehenden natürlichen oder juristischen Person als Betreiber weithin unbedenklich. Das soll aber hier nicht weiter vertieft werden. Doch ist zu betonen, dass der BGH bei einer Online-Flugbuchung für einen „Mr. noch unbekannt“<sup>18</sup> mit Recht festgestellt hat: „Nicht das Computersystem, sondern die Person (oder das Unternehmen), die es als Kommunikationsmittel nutzt, gibt die Erklärung ab oder ist Empfänger der abgegebenen Erklärung. Der Inhalt der Erklärung ist mithin nicht danach zu bestimmen, wie sie das automatisierte System voraussichtlich deuten und verarbeiten wird, sondern danach, wie sie der menschliche Adressat nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte verstehen darf.“ Danach kommt es also<sup>19</sup> – bei der Auslegung einer automatisierten Willenserklärung – stets auf den Menschen an, der für die Abwicklung eines Rechtsgeschäfts und die insoweit abzugebenden Willenserklärungen Computersoftware einsetzt.<sup>20</sup>

### a) Figur des Softwareagenten<sup>21</sup>

In der Literatur wird einem Softwareagenten mit guten Gründen – KI-gestützt und entwickelt auf Grund KI-spezifischer Softwareentwicklungsprinzipien – vor allem auch das Prädikat der Autonomie<sup>22</sup> zugewiesen.<sup>23</sup> Diese Agenten nehmen selbsttätig Handlungen vor, ohne dass ihnen immer ein menschlicher Eingriff oder eine sonstige menschliche Tätigkeit zugrunde liegt.<sup>24</sup> Im Blick auf die rechtsgeschäftliche Einordnung einer Willenserklärung belegt dann das willentliche Aktivieren des Agenten nur den Handlungswillen des Nutzers.<sup>25</sup> Dieser Zeitpunkt liegt freilich zeitlich weit vor dem des einzelnen konkreten Vertragsabschlusses.<sup>26</sup> Doch der Empfänger einer Erklärung des Softwareagenten geht – wie selbstverständlich – davon aus, dass der Nutzer diesen willentlich aktiviert hat, so dass er – so die hier referierte Meinung – die vorgenommene Erklärung im Interesse des Verkehrsschutzes auch gegen sich gelten lassen muss.<sup>27</sup> Insoweit besteht offenbar in der Literatur auch eine gewisse Bereitschaft,

8 Guidelines S. 6.

9 Zu den diversen Fragen von Vertragstypen in der digitalen Welt *Kirn/Müller-Hengstenberg*, NJW 2017, 433 ff.

10 Hierzu *Faber*, in: *Sassenberg/Faber*, *Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things*, 2017, Teil 3, Rn. 13 ff.; *Kirn/Müller-Hengstenberg*, MMR 2014, 225 ff.; neuestens auch *Jakl*, MMR 2019, 711 ff. – Möglichkeiten und Grenzen der zivilrechtlichen Regulierung von KI.

11 Hierzu auch *Hacker*, NJW 2020, 2142, Rn. 35 ff.; *Borges*, NJW 2018, 977, 978.

12 *Specht/Herold*, MMR 2018, 40, 41.

13 *Reichwald/Pfisterer*, CR 2016, 208, 210; *Specht/Herold*, MMR 2018, 40, 41.

14 Die Kommission umschreibt den Begriff der „Autonomie“ wie folgt: „Autonomie ist eines der Hauptmerkmale künstlicher Intelligenz. Auf künstlicher Intelligenz beruhende Ergebnisse können den Nutzern und gefährdeten Personen Schaden zufügen.“ – COM (2020) 64 final S. 8.

15 *Wendehorst*, NJW 2016, 2609; *Hacker*, NJW 2020, 2142, Rn. 35 – das Recht „stößt an seine Grenzen“.

16 *Faber*, in: *Sassenberg/Faber* (Fn. 10) Teil 3, Rn. 25.

17 *Bräutigam/Klindt*, NJW 2015, 1137.

18 BGH, 16.10.2012 – X ZR 37/12, K&R 2013, 113 m. K&R-Komm. *Palzer*, MMR 2013, 296, Rn. 17.

19 So auch OLG Frankfurt a. M., 20.11.2002 – 9 U 94/02, MMR 2003, 405 – für den Fall einer Anfechtung.

20 *Müller-Hengstenberg/Kirn*, MMR 2014, 307, 309.

21 Hierzu *Kirn/Müller-Hengstenberg*, MMR 2014, 225, 226.

22 *Spindler*, in: *Spindler/Schuster*, *Recht der elektronischen Medien*, 4. Aufl. 2019, vor §§ 116 ff., Rn. 10 f.

23 Hierzu auch *Denk u. a.*, NZBau 2044, 131, 132.

24 *Faber*, in: *Sassenberg/Faber* (Fn. 10) Teil 3, Rn. 28; *Kim/Müller-Hengstenberg*, MMR 2014, 225, 227.

25 *Spindler*, in: *Spindler/Schuster* (Fn. 22) vor §§ 116, Rn. 10.

26 *Faber*, in: *Sassenberg/Faber* (Fn. 10) Teil 3, Rn. 36.

27 Neuestens *Roßbach*, in: *Blaurock/Maultzsch*, *Vertrauenshaftung im digitalen Zeitalter*, 2020, S. 13 ff.; *Müller-Hengstenberg/Kirn*, MMR 2014, 307, 309; *Bräutigam/Klindt*, NJW 2015, NJW 2015, 1137, 1139.

den jeweiligen Nutzer des Systems als Herrn der automatisierten Computererklärung anzusehen und diese ihm als rechtsgeschäftlich bindende Erklärung<sup>28</sup> auch im Blick auf den Rechtsfolgewillen zuzurechnen.<sup>29</sup> Dieses Resultat wird dann allerdings nicht selten auch mit gleicher Münze auf die autonome Erklärung der KI übertragen.<sup>30</sup>

Doch genau diese Folgerung ist unter strikter Beachtung der Definition der KI, wie sie von der Kommission jetzt vorgelegt worden ist, abzulehnen. Denn eine automatisierte Computererklärung vollzieht sich auf Grund ihrer Genese vom Schöpfer her immer „bottom down“, während die auf dem Effekt des Deep Learning beruhende Autonomie der KI sich – weithin losgelöst von ihrem Schöpfer – „bottom up“ gestaltet.<sup>31</sup> Die zunehmende Lernfähigkeit der KI und die weitere – entscheidende – Feststellung der Kommission, dass weder menschliche Steuerung noch menschliche Aufsicht das Verhalten der KI bestimmen, lassen es daher nicht mehr zu, dass der Betreiber eines solchen autonomen Systems sich auch das im Einzelfall nicht vorhersehbare, weil autonom entwickelte Erklärungsverhalten der KI auch rechtsgeschäftlich zurechnen lassen muss.<sup>32</sup> Das wäre, wie noch aufzuzeigen, nichts anderes als schiere Fiktion.

Damit ist allerdings das Merkmal der „Opazität“ der Entscheidungsfindung der KI im Blick auf die regelmäßig eingesetzten großen „Datensmengen“, wie es die Kommission der KI begrifflich zuweist, noch nicht auf der Ebene der Rechtsgeschäftslehre ausgewertet. Denn wenn die Vorhersehbarkeit der Entscheidungsfindung der KI – und damit auch ihres Erklärungsverhaltens – im „Dunkelfeld“ der „Opazität“ wegen der Intransparenz der betreffenden Algorithmen erstickt wird, dann lässt sich beim besten Willen kein konkreter Rechtsfolgewille des Betreibers oder auch Nutzers der KI argumentativ noch begründen. Und auch eine jede Zurechnung solcher Erklärungen der KI im Blick auf einen handelnden, seinen rechtsgeschäftlichen Willen kundgebenden Menschen bereitet so gesehen nicht zu überwindende Schwierigkeiten.<sup>33</sup> Übernimmt man allerdings den von der Expertengruppe auch verwendeten Begriff der „Black-Box-KI“, dann erübrigen sich alle daran anknüpfenden rechtsgeschäftlichen Begründungsversuche von selbst.

### b) Regeln der Stellvertretung

Soweit in der Literatur noch als Lösungsansatz für etwaige Willenserklärungen der KI angeboten wird, für das Handeln des Softwareagenten auf die Regeln der Stellvertretung nach den §§ 164 ff. BGB zurückzugreifen,<sup>34</sup> scheitert dieser Gedanke an der unumstößlichen Tatsache,<sup>35</sup> dass dieser Softwareagent für den Betreiber oder Nutzer einer KI keine eigene – personalisierte – Willenserklärung abgibt.<sup>36</sup> Gerade in den hier zu untersuchenden problembeladenen Fällen, dass nämlich die das Verhalten des Softwareagenten steuernde KI einen nicht vorhersehbaren Fehler bei der Übermittlung einer Erklärung verursacht und damit die eingeräumte Vertretungsmacht im Sinn des § 179 BGB überschreitet, lässt diese Idee in die Irre laufen,<sup>37</sup> zumal ja der Softwareagent über keine eigene Haftungsmasse verfügt.<sup>38</sup> Dies gilt nicht minder auf der Ebene des Schadensersatzes nach den verschiedenen Varianten des § 179 Abs. 1 – Abs. 3 BGB. Auch eine analoge Anwendung der Regeln der Stellvertretung nach den §§ 164 ff. BGB führt hier nicht weiter,<sup>39</sup> scheitert dieses Ansinnen doch ebenfalls spätestens im Rahmen des § 179 BGB.<sup>40</sup>

### c) Blanketterklärungen

Des Weiteren wird in der Literatur erwogen, im Rahmen der Kommunikation zwischen Maschine und Maschine auf die Figur der –

wirksamen – Blanketterklärung des Betreibers oder Nutzers, bezogen auf den Zeitpunkt der Inbetriebnahme der KI zurückzugreifen.<sup>41</sup> Diese Rechtsfigur ist ja dadurch geprägt, dass der das Blankett Ausstellende von Rechts wegen verpflichtet ist, auch die endgültige Ausfüllung des Blanketts gegen sich gelten zu lassen, und zwar selbst dann, wenn das Ergebnis sich nicht mit seinem ursprünglichen (nicht abschließend erklärten) Willen deckt<sup>42</sup> – mit der Folge, dass an das willentliche Inverkehrbringen des Blanketts eine Rechtsscheinhaftung angeknüpft werden kann.<sup>43</sup> Eine Anfechtung nach § 119 BGB wegen eines Irrtums scheidet dann allerdings zwingend aus.<sup>44</sup>

Doch auch hier gelten unter Beachtung der Definition der KI, wie sie von der Kommission vorgestellt worden ist, die gleichen Einwände: Fehlende oder nur unzureichende menschliche Einflussnahme auf die Gestaltung der von der KI ermittelten Ergebnisse – das ist der eine Befund, der andere: Stattdessen autonomes Deep Learning und „Opazität“ der Entscheidungsfindung, einschließlich einer kaum mehr zuverlässig begründbaren Kausalität<sup>45</sup> zwischen Fehler und entstandenem Schaden. Bei einem nicht vorhersehbaren Versagen der KI läge also im Zweifel ein Blankettmissbrauch vor. Nach der Rechtsprechung des BGH kann freilich auch dieser durch den entsprechenden Beweis nach § 440 Abs. 2 ZPO entkräftet werden.<sup>46</sup> Doch das ist nicht so sehr entscheidend. Wichtig ist vielmehr zu bedenken, dass bei einem Blankettmissbrauch die Handlung des betreffenden Menschen umfassend und ganz und gar uneingeschränkt ist, so dass zum Schutz des Verkehrs auf den vom Aussteller des Blanketts herrührenden Rechtsschein zurückzugreifen ist.<sup>47</sup> Demgegenüber ist beim Einsatz einer KI – entsprechend der von der Kommission angebotenen Definition – die menschliche Einflussnahme und Aufsicht über die Verhaltensweise einer KI nicht festzustellen oder doch nur eingeschränkt gegeben.<sup>48</sup>

### d) Maß der menschlichen Einflussnahme auf das Verhalten der KI

Teilweise wird – anknüpfend an diesen Gedanken – auch erwogen, beim Einsatz eines (autonom operierenden) Softwareagenten und der entsprechenden Verwendung von KI darauf abzustellen, inwieweit der Mensch im Einzelfall ihre Funktion beeinflusst oder überwacht hat.<sup>49</sup> Ob dies ein gangbarer Weg ist, erscheint aber aus zwei entscheidenden Gründen sehr fraglich: Zum einen ist der Tatbestand der mensch-

28 Hierzu auch *Kitz*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, 50. EL, 2019, Teil 13.1, Rn. 41.

29 *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, vor § 116, Rn. 2/3.

30 *Cornelius*, MMR 2002, 353, 355; im Ergebnis auch *Faber*, in: Sassenberg/Faber (Fn. 10) Teil 3, Rn. 24 ff.; zweifelnd *Bräutigam/Klindt*, NJW 2015, 1137, 1138.

31 *Kirn/Müller-Hengstenberg*, MMR 2014, 225, 226.

32 *Spindler*, in: *Spindler/Schuster* (Fn. 22) vor §§ 116 ff., Rn. 7.

33 Vgl. auch *Taeger*, NJW 2016, 3764, 3765.

34 Vgl. *Faber*, in: Sassenberg/Faber (Fn. 10) Teil 3, Rn. 39 f.

35 *Schubert*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, BGB, § 164, Rn. 109; *Hacker*, NJW 2020, 2142, Rn. 36; *Cornelius*, MMR 2002, 353, 355.

36 *Spindler*, JZ 2016, 805, 816.

37 *Schubert*, in: MüKoBGB (Fn. 35), § 164, Rn. 109.

38 *Spindler*, in: *Spindler/Schuster* (Fn. 22), vor §§ 116 ff., Rn. 7.

39 Vgl. *Specht/Herold*, MMR 2018, 40, 43.

40 *Bräutigam/Klindt*, NJW 2015, 1137, 1138.

41 *Specht/Herold*, MMR 2018, 40, 43; *Faber*, in: Sassenberg/Faber (Fn. 10) Teil 3, Rn. 48.

42 *Einsele*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, BGB, § 126, Rn. 11.

43 *Leyens/Böttcher*, JuS 2019, 133, 136.

44 *Grapentin*, NJW 2019, 181, 185.

45 Zum Problem der Multikausalität im Rahmen der Haftung für Fehler der KI vgl. *Zech*, ZfPW 2018, 198, 207 f.

46 BGH, 17.4.1986 – III ZR 215/84, NJW 1986, 3086, 3087.

47 Mit Recht *Spindler*, in: *Spindler/Schuster* (Fn. 22), § 164, Rn. 12; kritisch auch *Nitschke/Sester*, CR 2004, 548, 550 f.

48 *Spindler*, in: *Spindler/Schuster* (Fn. 22), § 164, Rn. 12.

49 *Faber*, in: Sassenberg/Faber (Fn. 10) Teil 3, Rn. 50 ff.; auch wohl *Spindler*, in: *Spindler/Schuster* (Fn. 22), vor §§ 116 ff, Rn. 7 bei Fn. 50.

lichen Einflussnahme/Überwachung im Blick auf aktuellen Einsatz und Funktion einer KI nicht von außen erkennbar. Der hier bemühte Vertrauensschutz Dritter,<sup>50</sup> vor allem der jeweiligen Empfänger autonom gefertigter Vertragserklärungen – gerade auch im Blick auf die Rechtsfigur von Blanketterklärungen – ist schlicht nicht in der Lage, den „Grad der menschlichen Beeinflussung“<sup>51</sup> in Bezug auf die jeweilige Erklärung des Softwareagenten verbindlich festzustellen, um diese dann einem Menschen oder einer Maschine zuzurechnen.

Darauf abzustellen wäre also eine nie versiegende Quelle der Rechtsunsicherheit. Der gleiche Einwand gilt, wenn man – wie *Spindler* – die Frage aufwirft, ob denn schon jetzt – technisch gesprochen – ein „hinreichend hoher Autonomiegrad“ der jeweiligen KI zu diagnostizieren ist,<sup>52</sup> um den Rückgriff auf die Merkmale der rechtsgeschäftlichen Natur einer Willenserklärung zu sperren. Da erscheint ein Anknüpfen an die umfassende Definition der KI, wie sie die Kommission angeboten hat, vom Grundsatz her zielführender: Die Autonomie der KI ist anzuerkennen.

Gleichwohl ist gerade im Sinn einer anzustrebenden Rechtssicherheit in der Behandlung der vielfältigen Fragen der KI, die von *Spindler* ausformulierte Empfehlung zu unterstützen: Es muss letztlich Sache des Gesetzgebers sein, hier Klarheit zu schaffen. Die von der Kommission in die Debatte geworfene Definition von KI und IoT lässt indessen keinen anderen Spielraum. Es ist nicht Sache der Rechtsprechung, diesen auf Basis der geltenden Rechtsgeschäftslehre auszufüllen.<sup>53</sup>

#### e) Zwischenergebnis

Gerade weil die von der Kommission für die KI vorgelegte Definition mit Recht auf die Merkmale der „Autonomie“, aber auch der „Komplexität“ und der „Opazität“ – und damit der fehlenden Vorhersehbarkeit und Intransparenz im Verhalten der Algorithmen – abstellt, gilt es rechtstechnisch einen chirurgischen Schnitt gegenüber der Rechtsfigur der automatisierten Computererklärung durchzuführen.<sup>54</sup> Die bislang vertrauten rechtsgeschäftlichen verorteten Kategorien einer Willenserklärung als Basis eines jeden durch die Parteiautonomie begründeten Vertrages passen wegen der grundsätzlich anzuerkennenden Autonomie der KI-gestützten Systeme nicht mehr.<sup>55</sup> Solche Erklärungen sind im Kern nur noch technisch durch die KI selbsttätig veranlasste Vorgänge. Sie sind weder dem Betreiber noch dem Nutzer einer KI-gestützten Software im Rahmen eines rechtsgeschäftlich veranlassten, auf den Handlungs- und Erklärungswillen einer natürlichen Person unmittelbar zurückzuführenden Verhaltens zuzurechnen.

Dass aus diesem Grund hier allein der Gesetzgeber gefordert ist, wird überdeutlich, wenn man sich – wiederum: unter Beachtung der von der Kommission vorgegebenen Definition der KI – nunmehr auf das Gebiet der vertraglich, nicht gesetzlich begründeten Haftung für „Pflichtverletzungen“ und dadurch verursachte „Schäden“ der KI im Rahmen des allgemeinen Tatbestandes des § 280 Abs. 1 BGB begibt. Doch kann dies nur als Hilfserwägung gewertet werden: Wird nämlich – wie geschehen – der rechtsgeschäftliche Akt eines Vertrages wegen der „Autonomie“ der KI verneint, dann sind alle weiteren, vertraglich abzustützenden Erwägungen fehl am Platz.

### III. KI-Fehlverhalten und Schadensersatz nach §§ 280ff. BGB

Gelangt man also – entgegen der zuvor entwickelten Analyse – zu dem Ergebnis, dass das Verhalten der autonom operierenden KI doch

als rechtsgeschäftlich einzuordnende Willenserklärung zu werten und einer natürlichen Person oder auch einer juristischen Person im Rahmen der §§ 145 ff. BGB zuzurechnen ist, dann stellen sich im Fall eines – nicht vorhersehbaren, aber autonom veranlassten – Fehlverhaltens der KI und einem so entstandenen Schaden (außerhalb des Regimes der Produkthaftung) weitere Hürden in den Weg, die jetzt näher in Augenschein zu nehmen sind.

#### 1. Tatbestand der Pflichtverletzung

##### a) KI als Schuldner?

Die schadensersatzrechtliche Grundnorm des § 280 Abs. 1 BGB ordnet den Tatbestand einer Pflichtverletzung systembedingt dem Verhalten des „Schuldners“ zu. Diese Bezeichnung setzt aber zwingend voraus, dass zwischen diesem und seinem Gegenpart, dem Gläubiger, ein Schuldverhältnis – in der Regel als Vertrag zu kennzeichnen (Ausnahme: § 241 Abs. 2 BGB) – besteht. Erfasst wird damit die durch einen Vertrag begründete gesamte Pflichtenpalette.<sup>56</sup> Dass die KI in diesem Kontext selbst nicht als „Schuldner“ in Betracht kommen kann, liegt – ungeachtet mancher gegenläufiger Deutungsversuche, die auf die Begründung einer e-Person hinauslaufen<sup>57</sup> – auf der Hand, weil die KI – gerade wegen ihrer Autonomie – weder eine natürliche Person noch eine juristische Person des Privatrechts ist.<sup>58</sup> Auch muss im Sinn des § 276 BGB ein subjektiv vorwerfbares Verhalten in Form eines Verschuldens vorliegen, um den Tatbestand einer verschuldensabhängigen Haftung auf Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB auszulösen. Dieser Befund aber setzt zwingend voraus, dass ein solches Verhalten nur einer natürlichen Person zuzurechnen ist, wie im Übrigen aus den §§ 827, 828 BGB abzulesen ist, auf welche § 276 Abs. 1 S. 2 BGB verweist.<sup>59</sup> Die Frage der Fahrlässigkeit ist jedoch von einer Zurechnung strikt zu trennen.<sup>60</sup> Doch ist insoweit auch in diesem Zusammenhang eben entscheidend, dass die KI nicht als natürliche Person einzuordnen ist,<sup>61</sup> welche schuldhaft im Sinn eines Vertretenmüssens<sup>62</sup> handeln kann.

##### b) KI als Erfüllungsgehilfe?

Nach dem gängigen Definitionsmuster ist derjenige als Erfüllungsgehilfe nach § 278 BGB zu qualifizieren, der nach den tatsächlichen Gegebenheiten des Falls mit Wissen und Wollen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als dessen Hilfsperson tätig wird.<sup>63</sup> Unter diesen Voraussetzungen haftet der Schuldner für das Verschulden des so tätig werdenden Dritten,<sup>64</sup> ohne dass es auf ein eigenes Verschulden des Schuldners ankommt. Der gesetzgeberische Grund für diese erweiterte, vom Verschulden des Schuld-

50 *Faber*, in: Sassenberg/Faber (Fn. 10) Teil 3, Rn. 50.

51 *Faber*, in: Sassenberg/Faber (Fn. 10) Teil 3, Rn. 50.

52 *Spindler*, in: *Spindler/Schuster* (Fn. 22), vor §§ 116 ff., Rn. 7 bei Fn. 50.

53 Kritisch auch mit Recht *Grapentin*, NJW 2019, 181 – „Erosion der Vertragsgestaltungsmacht“.

54 *Möslein*, ZHR 2019, 254, 270 f.

55 *Borges*, NJW 2018, 977, 979.

56 Statt aller *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 29), § 280, Rn. 6.

57 Vgl. *Sester/Nitschke*, CR 2004, 548, 549 f.; *Specht/Herold*, MMR 2018, 40, 43 – ein Nachdenken als erforderlich ansehend; im Ergebnis Teilrechtsfähigkeit der e-Person, Parallele zum Minderjährigenrecht; vgl. auch *Müller*, InTer 2019, 1 ff.; *Wendehorst*, NJW 2016, 2069; ablehnend *Lohmann*, ZRP 2017, 168, 171.

58 Hierzu auch *Möslein*, ZHR 183 (2019), 254, 270 f.

59 *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 29), § 276, Rn. 6.

60 BGH, 10.3.1970 – VI ZR 182/68, NJW 1970, 1038.

61 Mit Recht *Müller-Hengstenberg/Kirn*, MMR 2014, 307, 311.

62 Vgl. auch *Grundmann*, in: *MüKoBGB*, 8. Aufl. 2018, BGB, § 276, Rn. 10.

63 BGH, 25.1.2017 – VIII ZR 249/15, NJW 2017, 2608, Rn. 43.

64 So auch BGH, 21.10.2009 – VIII ZR 64/09, NJW 2009, 3781, Rn. 29.

ners losgelöste Haftung besteht darin, dass ja der Schuldner durch die Einschaltung der Hilfsperson seinen Geschäfts- und Risikobereich erweitert.<sup>65</sup> Beim Einsatz technischer – auch elektronischer – Hilfsmittel haftet daher der Schuldner für deren etwaiges Versagen.<sup>66</sup> Dies gilt aber nicht, wenn und soweit eine computergestützte KI eingeschaltet wird, weil diese, wie bereits erwähnt, nicht als in einer natürlichen Person verkörperter Erfüllungsgehilfe qualifiziert werden kann.<sup>67</sup> Es fehlt der KI an der Fähigkeit schuldhaft zu handeln.<sup>68</sup>

## 2. Beweisführungslast des Geschädigten

Im Rahmen der Schadensersatzhaftung nach § 280 BGB ist es anerkannt, dass der Gläubiger die Beweislast dafür trägt, dass der Schuldner eine ihm obliegende Pflichtverletzung – objektiv betrachtet – verletzt und nach § 276 BGB auch zu vertreten hat.<sup>69</sup> In diesem Zusammenhang sind erneut einige zentrale Begriffe der von der Kommission vorgelegten Definition einer KI ins Auge zu fassen. Als erstes ist hier der Begriff der „Komplexität“ zu beleuchten.

Die Kommission erklärt dazu: „Komplexität spiegelt sich sowohl in der Vielfalt der an der Lieferkette beteiligten Wirtschaftsakteure als auch in der Vielzahl von Komponenten, Teilen, Software, Systemen oder Dienstleistungen wider, die zusammen die neuen technologischen Ökosysteme bilden.“<sup>70</sup>

### a) Begriff der Komplexität

Da die so verstandene „Komplexität“ einer KI erkennbar durch die „Vielfalt“ der an der „Lieferkette beteiligten Wirtschaftsakteure“ gekennzeichnet ist, wird man wohl nicht fehlgehen, wenn man mit Zech hier im Blick auf den Nachweis einer Pflichtverletzung das Merkmal der „Multikausalität“ ins Spiel bringt.<sup>71</sup> Danach kann der Schaden bei einem – (nicht vorhersehbaren, weil autonom veranlassten) – Versagen der KI entweder durch mehrere Beteiligte, also kumulativ, zu erklären sein oder es geht darum, auf den Tatbestand der alternativen Kausalität nach § 830 Abs. 1 S. 2 BGB zurückzugreifen, um den nach § 280 Abs. 1 BGB geschuldeten Nachweis zwischen Pflichtverletzung und eingetretener Verletzung eines Rechtsguts – in der Regel wohl ein Vermögensschaden – zu führen. Doch damit nicht genug. Es kann durchaus auch so sein, dass weder die eine noch die andere Alternative mit der nach § 286 ZPO zu fordernden Gewissheit gerade wegen der „Komplexität“ der KI aufgeklärt werden kann.<sup>72</sup>

Immer geht es ja beim Versagen der KI darum, im Schadensfall herauszufinden, ob die objektive Pflichtverletzung bei demjenigen liegt, der die KI betreibt oder bei denjenigen, welche die für ihr Funktionieren notwendigen Daten geliefert und/oder diese verarbeitet haben,<sup>73</sup> oder auch beim dem jeweiligen Nutzer. Diese Konstellationen sind im Rahmen der rechtspolitischen Debatte, wie denn eine strikte, vom Verschulden losgelöste Produkthaftung für das Versagen der KI beweismäßig zu gestalten ist, bereits verschiedentlich erörtert worden.<sup>74</sup> Die hier im Vertragsrecht zu bewältigenden Fragen unterscheiden sich in der Sache jedoch nicht von denen, bei denen die zu erteilende Antwort auf eine Novellierung der gesetzlichen Haftung<sup>75</sup> – und damit auf eine Überarbeitung der Produkthaftungs-Richtlinie 85/374/EWG<sup>76</sup> – zielt. Denn immer geht es um den geforderten, vom Gläubiger zu führenden Beweis der Kausalität zwischen Pflichtverletzung/Fehler einerseits und eingetretener Rechtsgutverletzung (Schaden) andererseits, der auch im Rahmen einer vertraglich ausgerichteten Haftung nach § 280 Abs. 1 BGB eingefordert ist.<sup>77</sup> Dass die beiden Begriffe der Kausalität im Rahmen der Richtlinie autonom und damit letzt-

lich naturwissenschaftlich zu begründen sind,<sup>78</sup> während im Rahmen des § 280 BGB die Lehre von der adäquaten Kausalität herrscht,<sup>79</sup> sei der Vollständigkeit halber erwähnt, braucht aber nicht weiter vertieft zu werden.

Ob man wegen der angedeuteten tatsächlichen Beweisschwierigkeiten bei einem nicht vorhersehbaren Versagen einer KI – bedingt durch die (autonomen) Effekte eines Deep Learning – und dem so entstandenen Schaden zugunsten des Geschädigten eine Beweiserleichterung einführen soll, ist schwierig zu beantworten, doch im Zweifel zu verneinen. Denn wenn die definitorisch vorliegende „Komplexität“ der KI nicht nur auf eine „Vielfalt der Akteure“, sondern auch auf eine „Vielzahl von Komponenten, Teilen, Software, Systemen oder Dienstleistungen“ zurückzuführen ist, dann versagen angesichts einer solchen systemimmanenten „Komplexität“ und einer dadurch in vielen Fällen in Gang gesetzten Multikausalität auch alle bekannten Formen einer Beweiserleichterung, angefangen vom Indizienbeweis bis zur Beweislastumkehr.<sup>80</sup> Vielmehr ist die Beweisnot in diesen Fällen des Versagens einer KI unabweisbar, aber auch wohl unabwendbar.

### b) Aktualisierungen und Verbesserungen

Diese stupende „Komplexität“ von computergestützten KI-Systemen und die dadurch geschaffenen besonderen Schwierigkeiten einer Beweisführung im Blick auf den Tatbestand der adäquaten Kausalität wird im Ergebnis noch durch ein weiteres definitorisches Merkmal der KI gesteigert, welches die Kommission noch hinzugesetzt hat. Es ist nämlich „die Offenheit für Aktualisierungen und Verbesserungen nach der Markteinführung dieser Technologien“.<sup>81</sup>

Diese Faktoren errichten daher, ohne dass dies einer näheren Begründung bedarf, ein weiteres, schlicht nicht zu übersteigendes Hindernis für Beweisbarkeit und Aufklärbarkeit im Schadensfall, das dem Geschädigten auf die Füße fällt. Gesteigert wird dieses Beweisdilemma, weil es nach dem Definitionsmuster der Kommission nicht darauf ankommt, welcher einzelne Akteur hier der handelnde Verursacher eines Schadens ist, falls sich erst später herausstellt, dass ein Fehlverhalten der KI vorliegt, nachdem sie in den Markt eingeführt und über eine mehr oder weniger lange Zeit auch betrieben worden ist. Die daran anknüpfende Haftung ist also an den Betreiber der KI ebenso adressiert wie an den Verarbeiter der Daten, aber auch an den Nutzer. Auch dies alles begründet nachhaltig die gar nicht oder nur sehr schwer zu behebende Beweisnot des Geschädigten.

65 So bereits BGH, 8.2.1974 – V ZR 21/72, NJW 1974, 692, 693.

66 Grüneberg, in: Palandt (Fn. 29), § 278, Rn. 11.

67 Müller-Hengstenberg/Kirn, MMR 2014, 307, 311.

68 Hierzu aber auch Zech, ZfPW 2019, 198, 211 f., der den Begriff der „funktionalen Verschuldensäquivalenz“ (von Hacker geprägt) aufgreift und daher eine Analogie ins Gespräch bringen will.

69 BGH, 16.10.1984 – VI ZR 304/82, BB 1985, 887 Ls, NJW 1985, 264; Grüneberg, in: Palandt (Fn. 29), § 280, Rn. 35.

70 COM (2020) 64 final S. 2.

71 Zech, ZfPW 2019, 198, 207.

72 Zech, ZfPW 2019, 198, 208.

73 Zech, ZfPW 2019, 198, 208.

74 Umfassend Lohsse/Schulze/Staudenmayer, Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things, 2019, passim; zu diesen Fragen insbesondere auch die Beiträge von Comandé, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer, a. a. O., S. 165 ff., sowie Martin-Casals, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer, a. a. O., S. 201 ff.

75 Hierzu auch Spindler, in: BeckOGK, Stand: 1.10.2019, BGB § 823, Rn. 1005.

76 ABl. 1985 L 21, 29 ff.; Hacker, NJW 2020, 2141, Rn. 26.

77 BGH, 8.6.1989 – III ZR 63/88, NJW 1989, 2945.

78 Graf von Westphalen, in: Foerste/Graf von Westphalen, Produkthaftungs-Handbuch, 3. Aufl. 2012, § 45, Rn. 31 ff.

79 BGH, 19.10.2016 – IV ZR 521/14, NJW 2017, 263.

80 Ablehnend auch mit Recht Zech, ZfPW 2019, 198, 218.

81 COM (2020) 64 final S. 2.

### c) Opazität

Beweistechnisch stellt sich allerdings noch ein weiteres Risiko dem Geschädigten in den Weg, da die Kommission zu Recht auf die „Opazität“ der die KI steuernden Algorithmen hinweist. Sie umschreibt diesen Tatbestand wie folgt: *„In den Produktsicherheitsvorschriften der Union wird nicht ausdrücklich auf die zunehmenden Risiken eingegangen, die sich aus der Opazität von auf Algorithmen beruhenden Systemen ergeben. Daher ist es notwendig, Anforderungen an die Transparenz von Algorithmen sowie an die Robustheit, die Rechenschaftspflicht und, falls erforderlich die menschliche Aufsicht zu prüfen, die besonders für den Ex-post-Durchsetzungsmechanismus und für die Schaffung von Vertrauen in die Nutzung dieser Technologien wichtig sind. Eine Möglichkeit zur Bewältigung dieser Herausforderung könnte darin bestehen, die Entwickler der Algorithmen dazu zu verpflichten, bei Unfällen die Konstruktionsparameter und die Metadaten von Datensätzen offenzulegen.“*<sup>82</sup>

Diese Forderung ist sicherlich rechtspolitisch berechtigt. Wird sie verwirklicht, kann sie natürlich auch auf den Bereich einer vertraglich begründeten Haftung für das Versagen einer KI furchtbar gemacht werden. Doch zielt die von der Kommission angesprochene Offenlegungspflicht mitten ins Herz der „Datensammler“. Diese, vor allem aber die Hersteller einer KI betrachten nämlich durchgängig die der KI zugrunde liegenden Algorithmen als strikt zu hütendes Betriebsgeheimnis. Es verkörpert wirtschaftliche Macht. Es dürfte daher wohl kaum realistischerweise zu erwarten sein, dass sich an diesem Punkt die Kommission gegen die „Datenlobby“ durchsetzen wird.

### d) Offenheit für Cyberangriffe

Um die bei einer KI beweismäßig zu bewältigende Gemengelage von Akteuren, Komponenten, Systemen und Dienstleistungen, einschließlich von Aktualisierungen und Veränderungen nach der Markteinführung der KI noch weiter zu steigern, gilt es zu sehen, dass die Kommission ein letztes Glied in die definitorische Kette zur Charakterisierung der KI mit der Aussage einführt: *„Schließlich können Konnektivität und Offenheit KI-Produkte und IoT-Produkte anfällig für Cyberbedrohungen machen.“*<sup>83</sup> Gemeint ist damit die Verwundbarkeit der KI. Rechnet man auch diesen Aspekt zu den Wesensmerkmalen einer KI und den dann beweismäßig zu bewältigenden Haftungsfragen im Schadensfall, dann stellt sich sogleich die weitere – rechtlich zu verortende – Frage, welches Maß an Sicherheit denn der Hersteller einer KI vor ihrer Markteinführung beachten muss, um eben diese „Anfälligkeit“ für „Cyberbedrohungen“ im Rahmen der gesetzlich oder auch vertraglich geschuldeten Produktsicherheit in den Griff zu bekommen, sie zumindest auf ein vertretbares Maß zu reduzieren. Dazu gibt es bislang keine belastbaren, einschlägigen gesetzlichen oder technischen Regeln.

Die Kommission selbst bemerkt hierzu: *„Durch die Selbstlernfunktion von KI-Produkten und -Systemen könnte eine Maschine unter Umständen Entscheidungen treffen, die von denen abweichen, die von den Herstellern ursprünglich beabsichtigt waren und folglich von den Nutzern erwartet werden. Dies wirft Fragen hinsichtlich der menschlichen Kontrolle auf, da der Mensch entscheiden können sollte, wie und ob er Entscheidungen an KI-Produkte und -Systeme delegiert, um die von ihm gewählten Ziele zu erreichen.“*<sup>84</sup>

Dann folgt der für die hier anzustellenden Erwägungen entscheidende Satz: *„In den bestehenden Produktsicherheitsvorschriften der Union wird*

*auf die menschliche Aufsicht im Zusammenhang mit selbstlernenden KI-Produkten und -Systemen nicht ausdrücklich eingegangen.“*<sup>85</sup>

Da es sich bei einer KI – auch dies ist definitorisch bedingt – zudem immer um „enorme beteiligte Datenmengen“,<sup>86</sup> aber eben auch um den dadurch noch gesteigerten Tatbestand der „Opazität“<sup>87</sup> handelt, wird es wohl nur sehr schwer möglich sein, hier in absehbarer Zeit festen Boden unter die Füße zu bekommen. Freilich könnte man – rechtstechnisch gesehen – an eine Parallele denken, welche der BGH im Rahmen des Zahlungsdiensterechts entwickelt hat, um die Transaktionen mit Hilfe von Kredit- und Debitkarten gegenüber dem Risiko allfälliger Ausspähungen und Missbrauchsfälle so sicher wie möglich zu machen und so den Schutz des Zahlungsdienstnutzers zu gewährleisten. Der BGH fordert insoweit seit einigen Jahren die „praktische Unüberwindbarkeit“ des von den Banken „eingesetzten Sicherungsverfahrens“, um den Missbrauch, etwa auch beim Online-Banking – vor allem im Blick auf das Eingreifen des Anscheinsbeweises – zum Nachteil der Banken in die Schranken zu weisen.<sup>88</sup>

Doch ob man bei allen Systemen der KI von einem solch hohen Sicherheitsstandard ausgehen muss, könnte zweifelhaft erscheinen. Denn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – und der der Zumutbarkeit – zwischen Gefahrenabwehr und Risiko steht hier Pate. Das ist in der Sache die gleiche Konstellation, welche sich nach der Rechtsprechung des BGH im Bereich der Konstruktionshaftung aus der Kosten-Nutzen-Analyse nach § 823 Abs. 1 BGB ableiten lässt.<sup>89</sup>

## 3. Verschulden

Überwindet man die bislang aufgezeigten Schwierigkeiten, um das geltende Vertragsrecht den neuen Herausforderungen der autonom operierenden KI anzupassen, dann stellen sich auf der Ebene des Verschuldens nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB die Fragen der Vorhersehbarkeit<sup>90</sup> sowie die der Vermeidbarkeit.<sup>91</sup> Bedenkt man, dass die Kommission die KI als „autonom“ qualifiziert, so spricht alles dafür, dass bei einem nicht vom Hersteller induzierten Versagen die Merkmale der fehlenden Vorhersehbarkeit ebenso gegeben sind wie die der mangelnden Vermeidbarkeit, so dass der nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zentrale Begriffe des Vertretenmüssens in Form eines Vorwurfs der Fahrlässigkeit ausscheidet.

## 4. Ausweg

Angesichts dieser Dilemmata spricht wohl einiges dafür, im Blick auf den vertraglichen Aspekt einer Haftung für das Versagen einer KI auf den Lösungsansatz zurückzugreifen, den die Kommission im Zusammenhang mit einem neuen gesetzlichen Haftungsregime für die Haftung beim Versagen der KI in den Blick genommen hat. Es ist der Gedanke der gesetzlichen Pflichtversicherung.<sup>92</sup> Diese müsste dann auch – die Abschätzung dieser Risiko ist freilich mangels zureichender statistischer Daten kaum zu erwarten – die aus § 280 Abs. 1 BGB resul-

82 COM (2020) 64 final S. 11.

83 COM (2020) 64 final S. 2.

84 COM (2020) 64 final S. 9.

85 COM (2020) 64 final S. 9.

86 COM (2020) 64 final S. 2.

87 COM (2020) 64 final S. 2.

88 BGH, 26.1.2016 – XI ZR 91/14, K&R 2016, 418, NJW 2016, 2024.

89 BGH, 16.6.2009 – VI ZR 107/08, BB 2009, 1884 m. BB-Komm. Burckhardt, NJW 2009, 2952, Rn. 18; Foerste, in: Foerste/Graf von Westphalen (Fn. 78) § 24, Rn. 61.

90 BGH, 14.3.2006 – X ZR 46/04, NJW-RR 2006, 965, Rn. 12; Grüneberg, in: Palandt (Fn. 29), § 276, Rn. 20.

91 BGH, 31.10.2006 – VI ZR 223/05, NJW 2007, 762, Rn. 11 – Limonadenflasche.

92 COM (2020) 64 final S. 19.

tierenden Schadensersatzrisiken erfassen, also in erster Linie die des Vermögensschadens. Dabei steht natürlich das Schreckgespenst im Vordergrund, das den Namen „Datenverlust“ trägt und ein immenses Risiko birgt.

#### IV. Fazit

Unter strenger Beachtung der Begriffsmerkmale der KI, welche die Kommission soeben in ihrer Mitteilung COM (2020) 64 final der Öffentlichkeit vorgestellt hat, bleibt wohl im gesamten Bereich des geltenden Vertragsrechts nur die Forderung, dass der Gesetzgeber eingreifen muss. Denn die tradierten Konzepte des Vertragsrechts versagen wegen der anerkannten und auch anzuerkennenden Autonomie der KI, ihrer Komplexität und auch ihrer Opazität, angefangen von der rechtsgeschäftlich verorteten, einer Person zuzurechnenden Willenserklärung bis hin zu Ansprüchen auf Ersatz des

Schadens. Diesen steht vor allem die den Geschädigten treffende Beweisführungslast für das Tatbestandselement der Kausalität im Rahmen des § 280 Abs. 1 BGB im Weg, weil bei einem – autonomen und daher nicht vorhersehbaren – Versagen der KI und einem dadurch verursachten Schaden die Erklärbarkeit und auch die Aufklärbarkeit des tatsächlichen Geschehens in der Regel nicht möglich ist.

**Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen**, RA, seit 1998 Lehrbeauftragter, seit 2004 Honorarprofessor der Universität Bielefeld. Mitglied des Herausgeberbeirats von ZIP, EWIR, Schriftleiter der IWRZ sowie im Beirat des BB im Ressort Wirtschaftsrecht.



Dr. Jan-Benedikt Fischer, RA, und Dr. Johannes Rowold

# Das Recht zur Bestimmung des Sonderprüfers

**Die Bestellung des aktienrechtlichen Sonderprüfers erfolgt grundsätzlich durch die Hauptversammlung. Dabei wird diese in dem Bestellungsbeschluss regelmäßig die Person des Sonderprüfers konkret bestimmen. Oftmals wird darüber hinaus ein Ersatzprüfer benannt werden, falls der erstbenannte Sonderprüfer den Sonderprüfungsauftrag nicht annimmt. Vereinzelt finden sich in der Praxis jedoch auch Sonderprüfungsanträge, welche das Recht eines Dritten, d.h. einer außerhalb der Gesellschaft stehenden Person, vorsehen, die Person eines Ersatzprüfers zu bestimmen. Der Beitrag untersucht die Zulässigkeit eines solchen Drittbestimmungsrechts, sowohl betreffend den Erstprüfer als auch betreffend den Ersatzprüfer, und gibt Hinweise für die Praxis.**

## I. Einleitung

Gemäß § 142 Abs. 1 S. 1 AktG kann die Hauptversammlung zur Prüfung von Vorgängen bei der Gründung oder der Geschäftsführung, namentlich auch bei Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und Kapitalherabsetzung, Sonderprüfer<sup>1</sup> bestellen. Die aktienrechtliche Sonderprüfung ist ein wichtiges Instrument zur Überwachung der Geschäftsleitung.<sup>2</sup> Hintergrund ist, dass die Publizitätspflichten sowie das Recht auf Auskunft in der Hauptversammlung naturgemäß beschränkt sind. Entsprechend besteht aus Aktionärsicht häufig nur über die Sonderprüfung die Möglichkeit, die Untersuchung bestimmter unternehmensinterner Vorgänge zu veranlassen.

Daraus folgt, dass eine etwaige Einflussnahme der Geschäftsleitung auf die Sonderprüfung soweit wie möglich ausgeschlossen werden muss. Um dies zu gewährleisten, fordert eine überwiegende Meinung, dass die Bestellung und Bestimmung (*Bestimmung* im Sinne einer konkreten Benennung) des Sonderprüfers ausschließlich durch die

Hauptversammlung zu erfolgen habe; die Delegierung des Rechts, den Sonderprüfer zu bestellen und zu bestimmen soll unzulässig sein.<sup>3</sup> Unzweifelhaft kann die *Bestellung* des Sonderprüfers als ureigene Kompetenz der Hauptversammlung nicht auf ein anderes Organ oder Dritte übertragen werden.<sup>4</sup> Ferner leuchtet unmittelbar ein, dass auch die *Bestimmung* der Person des Sonderprüfers jedenfalls einem Mitglied des Vorstands oder Aufsichtsrats nicht übertragen werden kann. Schon das Stimmverbot des § 142 Abs. 1 S. 2 AktG für Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats zeigt deutlich, dass deren Sonderinteressen keinen Einfluss auf die Sonderprüfung haben soll.<sup>5</sup> Unklar ist jedoch, ob dieses Delegationsverbot auch darüber hinaus reicht. So wird es in der Literatur vereinzelt für zulässig erachtet, die *Bestimmung des Sonderprüfers* einem außerhalb der Gesellschaft stehenden *Dritten* zu überlassen.<sup>6</sup> Beispiele solcher Drittbestimmungsrechte finden sich auch in der Hauptversammlungspraxis, so etwa ein Drittbestimmungsrecht zugunsten des Präsidenten des OLG Naumburg,<sup>7</sup> der

1 Der Beitrag folgt hinsichtlich Bezeichnung und Genus dem Wortlaut des Gesetzes. Auf eine genderneutrale Bezeichnung ist allein aus Gründen der Lesbarkeit verzichtet worden, Einschränkungen sind hiermit nicht bezweckt.  
 2 Vgl. statt vieler *Mock*, in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 142, Rn. 6.  
 3 OLG Hamm, 1.9.2010 – I-8 U 118/09, AG 2012, 90, 92; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 142, Rn. 10; *Mock*, in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 142, Rn. 94; *Grigoleit/Rachlitz*, in: Grigoleit, AktG, 2. Aufl. 2020, § 142, Rn. 43; *Hirschmann*, in: Hölter, AktG, 3. Aufl. 2017, § 142, Rn. 22; *Arnold*, in: MüKo-AktG, 4. Aufl. 2018, § 142, Rn. 47, 49; *Spindler*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 142, Rn. 26; *Verse/Gaschler*, in: GK-AktG, 5. Aufl. 2020, § 142, Rn. 81; *Leuering*, in: Semler/Volhard/Reichert, ArbeitsHdb. HV, 4. Aufl., § 18, Rn. 80; *Rieckers/Vetter*, in: KK-AktG, 3. Aufl. 2015, § 142, Rn. 150.  
 4 Vgl. OLG Hamm, 1.9.2010 – I-8 U 118/09, AG 2012, 90, 92.  
 5 Vgl. OLG Hamm, 1.9.2010 – I-8 U 118/09, AG 2012, 90, 92.  
 6 Explizit zur Zulässigkeit ohne nähere Begründung *Leinekugel*, GmbH 2008, 632, 633, Fn. 13; *Ball/Haager*, Aktienrechtliche Sonderprüfungen, 2007, S. 44 f.  
 7 Tagesordnungsergänzung der Halloren Schokoladenfabrik Aktiengesellschaft vom August 2018, unter [https://www.halloren.de/upload/Ergaenzung\\_TOP\\_9\\_Katjes\\_21\\_GmbH\\_NEU.pdf](https://www.halloren.de/upload/Ergaenzung_TOP_9_Katjes_21_GmbH_NEU.pdf) (Abruf: 3.8.2020).