

Smart Regulation

Herausgegeben von
PATRICK C. LEYENS,
IRIS EISENBERGER
und RAINER NIEMANN

Mohr Siebeck

Smart Regulation



Smart Regulation

Vertrag, Unternehmung und Markt

Herausgegeben von

Patrick C. Leyens, Iris Eisenberger
und Rainer Niemann

Mohr Siebeck

Patrick C. Leyens ist Professor für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht an der Universität Bremen und ehrenamtlicher Professor für Law and Economics an der Erasmus Universität Rotterdam.

orcid.org/0000-0002-3543-5587

Iris Eisenberger ist Professorin für Öffentliches Recht und Europäisches Wirtschaftsrecht und Sprecherin des Profilbildenden Bereichs Smart Regulation an der Universität Graz.

orcid.org/0000-0001-9685-426X

Rainer Niemann ist Professor für Unternehmensrechnung und Steuerlehre und stellvertretender Sprecher des Profilbildenden Bereichs Smart Regulation an der Universität Graz.

orcid.org/0000-0001-9168-1144

ISBN 978-3-16-159924-8 / eISBN 978-3-16-160734-9

DOI 10.1628/978-3-16-160734-9

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC-BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>. Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von epline in Böblingen gesetzt.

Printed in Germany.

Vorwort

Im vorliegenden Sammelband finden sich die Beiträge zum Symposium „Smart Regulation: Vertrag, Unternehmung und Markt“, das am 2. Oktober 2020 an der Karl-Franzens-Universität Graz stattgefunden hat. Bei Smart Regulation geht es um die Erforschung zukunftsweisender Regulierungsansätze und -formen. Diese Forschung stellt sich den Herausforderungen und Chancen der Digitalisierung, berücksichtigt die stark angewachsenen Erkenntnisse zu menschlichem Verhalten und erschließt die vor diesem Hintergrund verbesserten Regulierungstechniken. An der Karl-Franzens-Universität Graz hat sich zu diesem Zweck der Profildbildende Bereich Smart Regulation unter Beteiligung der Rechtswissenschaftlichen, Sozial- und Wirtschaftswissenschaftlichen, Katholisch-Theologischen und Naturwissenschaftlichen Fakultät gebildet, der von Iris Eisenberger und Rainer Niemann geleitet wird. Das Symposium bildete nach zahlreichen vorangegangenen gemeinsamen Aktivitäten die erste große interdisziplinäre Konferenz des Profildbildenden Bereichs. Das Eröffnungsreferat von Niemann erklärt die Forschungsfragen von Smart Regulation und entwirft ein Mission Statement für den Profildbildenden Bereich.

Das Symposium stand im Zeichen von Vertrag, Unternehmung und Markt, also den Organisationsformen des privaten Austauschs, und wurde vom erstgenannten Herausgeber Patrick C. Leyens konzipiert. Die hier abgedruckten Beiträge sind in vier thematische Blöcke unterteilt: Digitalisierung als Herausforderung für den Verbraucherschutz, Publizität zur Steuerung sozialen Unternehmertums, automatisiertes Entscheiden zwischen Markt und Regulierung sowie Standardbildung und -durchsetzung im Unternehmensbereich. Die zu diesen Fragenkreisen erstatteten Haupt- und Korreferate aus Wissenschaft und Praxis bilden das Spektrum der am Profildbildenden Bereich beteiligten Disziplinen ab. Zusammen bieten sie eine inhaltliche und methodische Grundlage für die weitere interdisziplinäre Diskussion von Smart Regulation.

Die Herausgeber danken Birgit Tschandl, Karl-Franzens-Universität Graz, für ihren unermüdlichen Einsatz bei der Organisation des Symposiums. Für die Unterstützung bei der Erstellung des Sammelbands danken wir dem Redaktionsteam unter Leitung von Mag. iur. Stefan Heiss, Universität Bremen/Karl-Franzens-Universität Graz, und unter Mitwirkung von Thomas Kouroux, PhD, sowie Mag. iur. Julia Mandl, beide Karl-Franzens-Universität Graz.

Die für den interdisziplinären Austausch wichtige Veröffentlichung des Sammelbands sowohl als Print- als auch als Open-Access-Medium hat ein Druckkostenzuschuss der Karl-Franzens-Universität Graz ermöglicht.

Bremen/Graz, im Februar 2021

Patrick C. Leyens,
Iris Eisenberger
und Rainer Niemann

Inhalt

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	IX

I. Grundlagen

Rainer Niemann

Der Profilbildende Bereich Smart Regulation: Entwurf eines Mission Statements	3
--	---

II. Digitalisierung als Herausforderung für den Verbraucherschutz

Philipp Hacker

Digitalisierung als Herausforderung für das Verbraucherrecht: Automatisierte mentale Zustandsanalyse, Lauterkeits- und Datenschutzrecht	25
---	----

Korreferate zu Hacker

Ursula Athenstaedt

Gedankenlesende Algorithmen: Eine psychologische Betrachtung	49
--	----

Thomas Foscht

Digitalisierung und Kundenvertrauen aus Sicht des Marketings	53
--	----

Brigitta Lurger

Personalization Matters: Die systematische Einteilung der Verbraucher in Gruppen aus psychologischer und juristischer Perspektive	57
--	----

III. Publizität zur Steuerung sozialen Unternehmertums

Michael Litschka

CSR, Stakeholder-Ansatz und Ko-Regulierung: Governance wirtschaftsethisch geprägt	67
--	----

Korreferate zu Litschka

Patrick C. Leyens

Funktionen und Entwicklungschancen der CSR-Berichterstattung 75

Leopold Neuhold

CSR und soziales Unternehmertum:

Unfrisierte Bemerkungen aus wirtschaftsethischer Perspektive 87

Georg Schneider

Verhaltenssteuerung durch Unternehmenspublizität

als Beispiel für Smart Regulation 101

IV. Automatisiertes Entscheiden zwischen Markt und Regulierung

Stefan Thalmann, Jürgen Fleiß, Florian Königstorfer & Christine Malin

Automatisiertes Entscheiden mit Hilfe von künstlicher Intelligenz

braucht Erklärung! 111

Korreferate zu Thalmann/Fleiß/Königstorfer/Malin

Christian Aschauer

Automatisiertes Entscheiden und Künstliche Intelligenz (KI)

in der Schiedsgerichtsbarkeit: Zum Einsatz KI bei der

Konstituierung des Schiedsgerichts 129

Markus Langer

XAI in der Personalauswahl – ein Heilsbringer? 139

Karl Stöger

Explainability und „informed consent“ im Medizinrecht 143

V. Standardbildung und -durchsetzung im Unternehmensbereich

Ralf Ewert & Alfred Wagenhofer

Standards und deren Durchsetzung in Rechnungslegung und

Wirtschaftsprüfung aus informationsökonomischer Sicht 153

Korreferate zu Ewert/Wagenhofer

David Grünberger

Enforcement der Rechnungslegung aus Sicht der Praxis 171

Barbara Gunacker-Slawitsch

Selbstregulative Standardsetzung und kooperative Durchsetzung:
Erfahrungen und Zukunftschancen aus der Perspektive
des Abgabenvollzugs 175

Hanno Merkt

Selbstregulierung im Wirtschaftsrecht 209

Autorenverzeichnis 219

Sachverzeichnis 225

Abkürzungsverzeichnis

Abb.	Abbildung
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz, Absätze
Abschn.	Abschnitt(e)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AI	Artificial Intelligence
AIM	Affect Infusion Model
AktG	Aktiengesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az	Aktenzeichen
BAO	Bundesabgabenordnung
Bd.	Band
BEUC	Europäischer Verbraucherverband
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BMF	Bundesministerium für Finanzen
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CalPers	California Public Employees Retirement System
CEO	chief executive officer
COM	European Commission, Europäische Kommission
CSR	Corporate Social Responsibility
CT	Computertomographie
d. h.	das heißt
dAktG	deutsches Aktiengesetz
ders.	derselbe
dHGB	deutsches Handelsgesetzbuch
dies.	dieselben
DNN	Deep Neural Networks
DRSC	Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee
DSGVO	Datenschutzgrundverordnung
DSK	Datenschutzkommission

ebd.	ebenda
ECIS	European Conference on Information Systems
EDPB	Europäischer Datenschutzausschuss
EG	Europäische Gemeinschaft
EMAS	Eco Management and Audit Scheme
Erw.	Erwägungsgrund
ErwGr.	Erwägungsgrund
ESG	environment, social, governance
EStG	Einkommenssteuergesetz
et al.	et alii, und andere
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EU-GRC	Europäische Grundrechtecharta (Hacker: GRCh)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FASB	Financial Accounting Standards Board
FAT	Fair, Accountable, Transparency
f., ff.	folgende
Fn.	Fußnote(n)
FSA	Financial Services Act
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GoA	Grundsätze ordnungsmäßiger Abschlussprüfungen
GrE	Gründungserklärung
GRI	Global Reporting Initiative
HB	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
HRM	Human Resource Management
Hrsg.	Herausgeber
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Erscheinen
i. e.	im eigentlichen
i. S. d.	im Sinne der/des
i. S. v.	im Sinne von
i. Z. m.	im Zusammenhang mit
IAASB	International Auditing and Assurance and Related Services
ICC	International Chamber of Commerce
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
IFRS	International Financial Reporting System
IKS	interne Kontrollsysteme
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
IoT	Internet of Things
ISA	International Standards on Accounting

ISO	International Organization for Standardization
IT	Informationstechnologie
Kap.	Kapitel
KI	Künstliche Intelligenz
lat.	Latein
LCIA	London Court of International Arbitration
lit.	litera
m. a. W.	mit anderen Worten
m. E.	meiner Einschätzung
m. E.	meines Erachtens
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MedR	Medizinrecht
ML	Maschinelles Lernen, Machine Learning
MR	Magnetresonanz
N. Y.	New York
NaDiVeG	Nachhaltigkeits- und Diversitätsverbesserungsgesetz
NGO	non governmental organization, Nichtregierungsorganisation
Nr.	Nummer
o. Ä.	oder Ähnliches
öAktG	österreichisches Aktiengesetz
OCg	Kürzel für Entscheidungen des OGH in Klagen auf Aufhebung eines Schiedsspruchs und Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schiedsspruchs
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OGH	Oberster Gerichtshof
öUGB	österreichisches Unternehmensgesetzbuch
öZPO	österreichische Zivilprozessordnung
P2B	Platform to Business
PACC	Predictive Analytics Competence Center
PBB	Profilbildender Bereich
PwC	PricewaterhouseCoopers
RIS	Rechtsinformationssystem
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RS	Rechtssatz
Rz.	Randziffer
S.	Seite
s.	siehe
SEC	Securities and Exchange Commission
SKS	Steuerkontrollsystem
SKS-PV	Steuerkontrollsystem-Prüfungsverordnung
SMS	Short Message Service
sog.	sogenannte/r/n
SRO	Self Regulatory Organizations
tw.	teilweise

u. a.	und andere
u. ä.	und ähnliche
u. s. w.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
UGB	Unternehmensgesetzbuch
UGP-RL	Unlautere Geschäftspraktiken Richtlinie
UK	United Kingdom
UKlaG	Unterlassungsklagengesetz
UN	United Nations
US	United States
USA	United States of America; Vereinigte Staaten von Amerika
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von
v. a.	vor allem
vgl.	vergleiche
VIAC	Vienna International Arbitral Centre
VO	Verordnung
VorstAG	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung
vs.	versus
XAI	Explainable Artificial Intelligence
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZR	zivilrechtlicher Senat des Bundesgerichtshofs

I. Grundlagen

Der Profilbildende Bereich Smart Regulation

Entwurf eines Mission Statements

Rainer Niemann

I. Einleitung

Wenn sich ForscherInnen aus mehreren Wissenschaftsdisziplinen zu einer Forschungsgruppe zusammenschließen, besteht Klärungsbedarf über die Art und den Umfang der gemeinsamen Aktivitäten, da Forschungsfragen und -methoden disziplinspezifisch sind und damit recht unterschiedlich ausfallen können. Da seit Gründung des Profilbildenden Bereichs (PBB) Smart Regulation der Universität Graz am 1.1.2019 bereits rund zwei Jahre vergangen sind, sollten inzwischen erste Antworten auf die Frage nach dem gemeinsamen konzeptionellen Rahmen und damit die Grundzüge eines Mission Statements vorliegen.

Die Zusammenarbeit im Profilbildenden Bereich Smart Regulation der Universität Graz ist von dem Wunsch getragen, die Grenzen der Wissenschaftsdisziplinen zu überschreiten. So heißt es in § 1 der Gründungserklärung (im Folgenden GrE) des PBB: „Das Ziel des Profilbildenden Bereichs Smart Regulation ist es, dass Forschende der Universität Graz die interdisziplinären Forschungsfragen gemeinsam bearbeiten.“ Interdisziplinarität erfordert zunächst Multidisziplinarität, d. h. eine hinreichende Vielfalt von Wissenschaftsdisziplinen, die in einer Forschungsgruppe vertreten sind. Diese lag im PBB Smart Regulation von Anfang an vor, da bei seiner Entwicklung der ausdrückliche Wunsch bestand, die Disziplinen Betriebswirtschaft, Rechtswissenschaft, Psychologie und Ethik enger zusammenzuführen, um aktuellen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Herausforderungen – beispielsweise durch neue, datengetriebene Geschäftsmodelle – besser begegnen zu können. So verdeutlichen die aktuell 24 ordentlichen und 16 assoziierten Mitglieder des PBB Smart Regulation aus vier Fakultäten eindrucksvoll die inhaltliche Breite des Bereichs.¹

Multidisziplinarität ist notwendig, aber noch nicht hinreichend für Interdisziplinarität. Um interdisziplinäre Forschungsfragen gemeinsam erfolgreich bearbeiten zu können, bedarf es eines grundlegenden Verständnisses der Un-

¹ Die Angaben basieren auf dem Informationsstand zum 30.11.2020.

tersuchungsgegenstände und Forschungsmethoden der jeweiligen Partnerdisziplinen. Wie anhand der zahlreichen gemeinsamen Projekte und Publikationen der PBB-Mitglieder und des Entstehens mehrerer Arbeitsgruppen ersichtlich wird, ist dieses Verständnis in den vergangenen knapp zwei Jahren seit Gründung des PBB Smart Regulation durch gemeinsame Forschungs- und Lehrveranstaltungen, Vorträge und Diskussionen eindrucksvoll gewachsen.

Die Identifikation gemeinsamer Forschungsfragen und die Bildung von Arbeitsgruppen ist ein erster Schritt zur Verwirklichung von „Schwerpunktsetzung in der internationalen Spitzenforschung“, „Ausbau von Alleinstellungsmerkmalen in Österreich“ und „Internationale Exzellenz in der Forschung“ (§1 GrE). Die Erreichung dieser Ziele im Rahmen des PBB erfordert zusätzlich ein gemeinsames Verständnis darüber, was Smart Regulation inhaltlich bedeutet und welche Beiträge der Gesamtbereich und seine Arbeitsgruppen in den nächsten Jahren dazu leisten wollen. Der vorliegende Beitrag soll deshalb einen Diskussionsbeitrag zur Formulierung eines Mission Statements des PBB liefern.

II. Erhebung eines Meinungsbildes

Um einen möglichst breiten Konsens über das Mission Statement unter den Mitgliedern des PBB zu erreichen, wurde über den Sommer 2020 ein Meinungsbild erhoben, das in der Vollversammlung des PBB am 15.7.2020 angekündigt wurde. Auf die Frage nach den individuellen Inhalten und Zwecken von Smart Regulation antworteten bis zum 31.8.2020 elf PBB-Mitglieder. Da die Rückmeldungen teilweise deutlich umfangreicher waren als die erbetenen 3–5 Sätze, sind sie hier nicht im Detail wiedergegeben, sondern werden auf die nachfolgenden, in der Punktierung jeweils verkürzt dargestellten Stichworte zurückgeführt.

Besonders auffällig sind bereits die interdisziplinären Aspekte der Evidenzbasierung, wissenschaftlichen Fundierung und gesellschaftlichen Relevanz, die von allen beteiligten Disziplinen hervorgehoben wurden:

- fruchtbare, inter- oder transdisziplinäre Zusammenarbeit zu aktuellen, gesellschaftsrelevanten Themen
- intelligent, vernünftig, evidenzbasiert, wissenschaftlich fundiert, Hinterfragen intuitiver Ansätze
- theorie- und evidenzbasiert

Auch die Stichworte

- flexible Anpassung
- intendierte/nicht intendierte Wirkungen
- aktuelle Entwicklungen, d. h. Änderung von wirtschaftlichen, gesellschaftlichen oder technischen Rahmenbedingungen

- Dialog mit Regulatoren
- verschiedene Arten von Regulierung und ihre Interaktion

sind nicht einer bestimmten Wissenschaftsdisziplin zuzuordnen, sondern Teil des gemeinsamen Verständnisses von Smart Regulation. Wie in Abschnitt V.3 gezeigt wird, haben die PBB-Mitglieder hier bereits intuitiv mehrere zentrale regulierungstheoretische Elemente von Smart Regulation vorweggenommen.

Zahlreiche weitere Nennungen sind eher disziplinspezifisch. So wurden die folgenden Kostengesichtspunkte und informationsökonomischen Aspekte von der Betriebswirtschaftslehre betont:

- Effizienz, d. h. möglichst wenig Aufwand, und Optimierungsprozesse
- Anreize
- Informationsstand
- Vereinfachung von Prozessen

Die folgenden juristisch geprägten Stichworte sind offensichtlich vor allem der Rechtswissenschaft zuzuordnen:

- sachgerechter Rechtsrahmen
- Verbesserung der Qualität der Gesetzgebung
- Regulierung als unerwünschter Eingriff oder Verbesserung der Planungssicherheit

Die Aspekte

- ethischer Diskurs
- gesellschaftliche Diskussion

wurden von VertreterInnen der Ethik hervorgehoben, während

- soziale Kontrolle
- Lenkung von Individuen, Organisationen oder Gesellschaften in die gewünschte Richtung

von der Psychologie genannt wurden.

Bereits diese überblicksartige Auswertung lässt erkennen, dass der PBB bereits in der jetzigen frühen Phase seiner Tätigkeit sowohl multi- als auch interdisziplinär geprägt ist.

Auch „moderne Technologien“ wurden von mehreren Mitgliedern genannt. Insgesamt aber wird aus den Rückmeldungen ersichtlich, dass das gemeinsame Verständnis von Smart Regulation weit über die in § 3 GrE exemplarisch genannten innovativen Technologien und neuartigen Geschäftsmodelle hinausgreift. Vielmehr besteht ein Konsens darüber, dass sich der PBB technologieunabhängig mit Regulierung beschäftigt und diese Beschäftigung sowohl grundlagen- als auch anwendungsorientiert ausgestaltet sein kann.

Die Rückmeldungen der PBB-Mitglieder lassen den vorläufigen Schluss zu, dass die wörtliche Bedeutung von Smart Regulation, d. h. intelligente, effiziente, moderne Regulierung, den logischen Ausgangspunkt der Mission-Strategie

ment-Entwicklung bildet. Die regulierungstheoretische Bedeutung von Smart Regulation wurde zwar von keinem PBB-Mitglied explizit thematisiert, wird aber in Abschnitt V. dieses Beitrags aufgegriffen, um auch die regulierungstheoretische Konsistenz des herausgearbeiteten Mission Statements zu verdeutlichen.

III. Beispiele für erfolgreiche oder weniger erfolgreiche Regulierungsmaßnahmen

Um präzisere Vorstellungen vom angestrebten Ziel von Smart Regulation zu entwickeln, können Beispiele erfolgreicher oder schädlicher Regulierungsmaßnahmen aus der Vergangenheit hilfreich sein. Das erste Beispiel dient der Negativabgrenzung, um zu demonstrieren, was aus heutiger Sicht nicht als Smart Regulation angesehen werden kann. Der Red Flag Act in Großbritannien in den Jahren 1865–1896 bestimmte, dass ein Mensch mit roter Flagge vor fahrenden Dampf- oder Motorfahrzeugen vorauslaufen musste, um vor den vom Fahrzeug ausgehenden Gefahren zu warnen und bei Bedarf helfen zu können.² Unter den Rahmenbedingungen der 1860er Jahre war diese Regelung keineswegs so absurd, wie sie sich möglicherweise aus heutiger Perspektive darstellt. Vielmehr dürfte sie im Vergleich zu einem gänzlichen Verbot von motorbetriebenen Fahrzeugen das kleinere Übel gewesen sein.³ Dennoch erscheint eine derartige Vorschrift für die Regulierung moderner Technologien wie selbstfahrender Autos ungeeignet, da sie die Risiken einer Technologie stark hervorhebt, während sie die Chancen weitgehend vernachlässigt.

Nach Auffassung des PBB Smart Regulation sollten neue Technologien und Geschäftsmodelle grundsätzlich gestattet werden und florieren können, sofern ihre Risiken handhabbar erscheinen. Eine faktische Abschaffung innovativer Geschäftsmodelle infolge der Überbetonung ihrer Risiken durch den Regulierer sollte daher vermieden werden. Zugleich ist eine möglichst realistische Abwägung von Chancen und Risiken (nicht nur) neuer Technologien notwendig, um grobe „Betriebsunfälle“, die zur Schädigung von Mensch und Umwelt führen können, zu verhindern.

Nach dem historischen Beispiel des Red Flag Act, das aufzeigen sollte, was nicht als Smart Regulation betrachtet werden kann, wird zur Positivabgrenzung ein zweites Beispiel betrachtet, das beleuchten soll, welche Eigenschaften

² Vgl. *Agnew*, Steam engines on UK roads, 1862–1865: Banning orders, agricultural locomotives and the ‚red flag‘ Act, 90 *The International Journal for the History of Engineering & Technology* 53 (2020), abrufbar unter: <https://doi.org/10.1080/17581206.2020.1797447>.

³ *Agnew* (oben Fn. 2), 70, argumentiert, dass der Red Flag Act ein akzeptabler Kompromiss zwischen den Interessen der Agrarwirtschaft und potentiell gefährdeten Personen gewesen sein könnte.

von Umweltbedingungen und regulierten Aktivitäten ausschlaggebend für die Qualität und den Erfolg von Regulierung sein können. Das Alltagsbeispiel von Fahrradhelmen zeigt, dass Smart Regulation zwar oft, aber keineswegs immer mit neuen Technologien zu tun hat. Vielmehr kann auch die Regulierung von Niedrigtechnologien überraschende und scheinbar kontraintuitive Aspekte aufweisen. Zudem betrifft die Regulierung häufig eine große Vielzahl von potentiellen Adressaten.

Die Regelung von Helmpflichten im Straßenverkehr ist – wie jede sinnvolle Regulierung – kontextabhängig. Im Speziellen könnten nach Verkehrsmitteln differenzierte Helmpflichten in Betracht gezogen werden. Dabei hat eine Analyse von Kosten und Nutzen zu erfolgen. Im Wesentlichen sind also die Kosten in Gestalt verringerter (Bewegungs-)Freiheit dem Nutzen in Form des vermutlich reduzierten Verletzungsrisikos gegenüberzustellen, wobei eine Quantifizierung oder gar eine monetäre Bewertung schwierig bis unmöglich ist.⁴

Im Fall von Fußgängern ist eine Helmpflicht vor diesem Hintergrund offensichtlich nur dann akzeptabel, wenn besondere Risiken drohen, z. B. auf Baustellen, in bestimmten Werkshallen oder in militärisch geprägten Situationen, nicht dagegen bei „normaler“ Verkehrslage. Ähnliches gilt für das Autofahren, bei dem im Regelfall keine wesentliche Risikoreduzierung durch das Tragen eines Helms erzielt werden kann. Demgegenüber wird das Risiko des Motorradfahrens überwiegend als so groß angesehen, dass eine allgemeine Helmpflicht und der damit einhergehende Freiheitsverlust weitestgehend akzeptiert zu sein scheint.⁵ Im Vergleich zu diesen offensichtlichen Fällen ist das Tragen von Fahrradhelmen in Österreich nicht sehr weitgehend reguliert, da nur für RadfahrerInnen bis 12 Jahren Helmpflicht besteht, darüber wird das Tragen lediglich empfohlen.⁶

Neben der Regelung, wer wann einen Fahrradhelm zu tragen hat, könnte noch die Beschaffenheit von Fahrradhelmen regulierungsbedürftig sein. Zunächst ist technisch zu klären, mit welchen Helmspezifikationen bestimmte Schutzwirkungen erreicht werden können. In weiterer Folge ist ein möglicher Zielkonflikt zwischen Bewegungsfreiheit und Schutzwirkung zu lösen. Auch müssen Fragen der Akzeptanz bei den Regulierten geklärt werden, da sehr weitreichende Helmpflichten in Verbindung mit unbequemen (weil zu großen oder schweren) Fahrradhelmen möglicherweise ignoriert werden und die Rechtsdurchsetzung somit erschwert wird. Idealerweise sollten diese Abwägungen theorie- und evidenzbasiert erfolgen.

⁴ Für eine Diskussion der Argumente für und gegen eine Fahrradhelmpflicht vgl. z. B. Bicycle Helmet Research Foundation, *Contradictory evidence about the effectiveness of cycle helmets*, 11.11.2020, abrufbar unter: <https://www.cyclehelmets.org/1052.html>.

⁵ Vgl. § 106 Abs. 7 KFG.

⁶ Vgl. § 68 Abs. 6 StVO.

Mangels technischer Expertise beschäftigt sich der PBB Smart Regulation derzeit nicht mit der Regulierung von Helmpflichten. Im übertragenen Sinne dagegen sind die Fahrradhelm-Überlegungen sehr häufig in der Forschung des PBB anzutreffen, da in zahlreichen Kontexten eine Risikoanalyse mit Gegenüberstellung der Kosten und des Nutzens von Regulierungsmaßnahmen stattfindet und dabei auch mögliche Ausweichhandlungen der Regulierten und somit dysfunktionale Effekte der Regulierung zu antizipieren sind. Die Rolle eines „Fahrradhelms“ in Unternehmen können z. B. interne Kontrollsysteme (IKS) übernehmen, die technische und organisatorische Maßnahmen zur Einhaltung von Regeln und zur Schadensabwehr in Unternehmen festlegen. Im Hinblick auf die Steuerbefolgung bildet ein Steuerkontrollsystem einen „Fahrradhelm“ und stellt sicher, „dass die Besteuerungsgrundlagen für die jeweilige Abgabensart in der richtigen Höhe ausgewiesen und die darauf entfallenden Steuern termingerecht und in der richtigen Höhe abgeführt werden“ (§ 153b Abs 6 BAO).⁷ In anderen Forschungskontexten des PBB können auch Maßnahmen des Konsumentenschutzes, Datenschutzes o. ä. im Sinne einer Fahrradhelmfunktion interpretiert werden.

IV. Grundlegende Anforderungen an intelligente Regulierung

Das einfache und alltägliche Beispiel eines Fahrradhelms zeigt bereits grundsätzliche Anforderungen an jede Art von intelligenter Regulierung auf, die auch auf die Regulierung innovativer Technologien übertragbar sein können. Um dies zu verdeutlichen, werden diese Anforderungen im Folgenden anhand alter Technologien (Fahrradhelme) und moderner Technologien (selbstfahrende Autos⁸) erläutert und, soweit möglich, auf regulierungstheoretische Überlegungen zurückgeführt.⁹

Nur notwendige Regulierung kann intelligente Regulierung sein, d. h. es muss ein Bedarf an Regulierung oder Neu-Regulierung bestehen. Dieser ist nur dann gegeben, wenn bestimmte Aktivitäten Risiken für Mensch und/oder

⁷ Zur Modellierung von Steuerkontrollsystemen vgl. *Krenn*, The impact of taxation on managerial incentives and compensation, Diss. Univ. Graz 2017. Die Analogie von Steuerkontrollsystemen und Fahrradhelmen geht zurück auf einen Diskussionsbeitrag von *Johannes Voget*, Univ. Mannheim, beim 40th European Accounting Association Annual Congress, 11.5.2017, Valencia.

⁸ Zur Beschreibung möglicher Geschäftsmodelle im Kontext des autonomen Fahrens vgl. *Arbeitskreis Verrechnungspreise der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e. V.*, in: Krause/Pellens (Hrsg.): Betriebswirtschaftliche Implikationen der digitalen Transformation, 72 ZfbF-Sonderheft, 2018, S. 143.

⁹ Vgl. auch *Baldwin/Cave/Lodge*, Understanding Regulation, 2. Aufl., 2012, S. 26 ff. für Kriterien guter Regulierung sowie für Prinzipien regulatorischen Designs *Gunningham/Sinclair*, in: Gunningham/Grabosky (Hrsg.), Smart Regulation: Designing Environmental Policy, 1998, S. 1 ff.

Umwelt hervorrufen.¹⁰ Diese Risiken können medizinischer, physischer, finanzieller oder anderer Art sein. Fahrradfahren ist mit einem Verletzungsrisiko verbunden, das durch das Tragen eines Fahrradhelms verringert werden kann. Selbstfahrende Autos können im Falle technischen Versagens schwere Unfälle verursachen und dabei Menschen verletzen und Sachschäden hervorrufen, weshalb eine Regulierung dieser Technologie zur Risikoreduktion angezeigt sein könnte.

Aus theoretischer Hinsicht besteht Regulierungsbedarf, wenn der freie Markt nicht automatisch zu einer Lösung findet.¹¹ Marktversagen liegt beispielsweise im Fall negativer externer Effekte vor, d. h. wenn Kosten von Entscheidungen ohne angemessene Kompensation auf Unbeteiligte abgewälzt werden.¹² Weitere Ursachen von Marktversagen sind Marktmacht (z. B. von Monopolen), Informationsasymmetrien oder öffentliche Güter.¹³

Im Kontext der Fahrradhelme kann Marktversagen bei mangelnder Internalisierung der Kosten für die Behandlung von Fahrradunfällen oder bei fehlender Fähigkeit zur Einschätzung von Risiken (z. B. bei radfahrenden Kindern) vorliegen. Im Zusammenhang mit selbstfahrenden Autos dürften vergleichbare Probleme bestehen, da Hersteller und Nutzer Unbeteiligten (bewusst oder unbewusst) Risiken der Technik auferlegen könnten, die möglicherweise noch nicht vollständig bekannt sind.

(Neu-)Regulierung ist weiters häufig auf die Veränderung ökonomischer, technischer oder gesellschaftlicher Rahmenbedingungen zurückzuführen. Bei Innovationen wie selbstfahrenden Autos ist dies offensichtlich, da eine vergleichbare Technologie bislang nicht existierte und deshalb nicht reguliert war. Für eine eventuelle Regulierung oder Regulierungsänderung von Fahrradhelmen als Beispiel für altbekannte Technologien sind dagegen nicht in erster Linie Veränderungen von Wirtschaft oder Technik verantwortlich, sondern eine veränderte Risikoeinschätzung oder -bewertung in der Gesellschaft. Diese ist an der Ausweitung des Fahrradverkehrs und an der weiter verbreiteten Nutzung von Fahrradhelmen in den letzten Jahrzehnten ersichtlich. Gesellschaftlicher Wandel kann folglich bewirken, dass eine bislang bestehende oder nicht bestehende Regulierung als reformbedürftig eingestuft wird.

Trade-offs sind eine regelmäßige Begleiterscheinung der Regulierung und hängen mit der Frage nach der Notwendigkeit einer Regulierung eng zusammen. Da Regulierung zumeist mit der Einschränkung von Freiheitsrechten von

¹⁰ Vgl. auch Level Crossings (2010) Law Commission Consultation Paper No. 194; Scottish Law Commission Discussion Paper No. 143, Regulatory Theory, 19.11.2020, abrufbar unter: https://www.scotlawcom.gov.uk/files/5312/8024/5698/regulatory_theory.pdf.

¹¹ Der Regulierungsbedarf im Fall von Marktversagen ist die Grundidee der „Public Interest Theory“ der Regulierung. Vgl. *Pigou*, *The Economics of Welfare*, 4. Aufl., 1932.

¹² Vgl. z. B. *Mas-Colell/Whinston/Green*, *Microeconomic Theory*, 1995, S. 350.

¹³ Vgl. z. B. *Baldwin/Cave/Lodge* (oben Fn. 9), 2012, S. 15–24.

Individuen verbunden ist, kann sie nicht kostenlos sein, selbst wenn monetäre Kosten nicht unmittelbar ermittelt werden können. Den monetären und nicht-monetären Kosten der Regulierung ist ihr (ebenfalls monetärer und nicht-monetärer) Nutzen in Gestalt von Kostensenkungen für Umwelt und/oder Gesellschaft gegenüberzustellen.

Eine weitere zentrale Anforderung an jede Art von Regulierung ist ihre Effektivität, d. h. die grundsätzliche Eignung von Regulierungsmaßnahmen, ein gegebenes Regulierungsziel zu erreichen.¹⁴ Ausschlaggebend für die Effektivität der Regulierung ist ihre Akzeptanz bei den Regulierten und damit zusammenhängend ihre Durchsetzbarkeit.¹⁵ Regulierungsmaßnahmen, die nicht durchsetzbar sind, sind auch nicht glaubwürdig, was dazu führen kann, dass sie von Regulierten, die sich durch die Maßnahmen belastet fühlen, schlichtweg ignoriert werden, so dass das Regulierungsziel verfehlt wird. Die Regelung von Helmpflichten dürfte grundsätzlich effektiv im Sinne der Verringerung eines Verletzungsrisikos bei Fahrradunfällen sein. Ihre Durchsetzbarkeit ist ebenso wie andere Verkehrsregeln gegeben.

Das Effizienzkriterium fordert, dass ein gegebenes Regulierungsziel mit möglichst geringen Kosten erreicht werden soll.¹⁶ Da die (privaten und gesellschaftlichen) Kosten der Regulierung häufig nicht quantifizierbar sind, ist die Operationalisierbarkeit des Effizienzkriteriums nicht immer gewährleistet. Selbst wenn dies der Fall ist, kann es jedoch je nach Regulierungsziel zu Konflikten mit Verteilungszielen des Gesetzgebers bzw. Regulierers kommen.

V. Kurzüberblick über Entwicklungsstufen der Regulierungstheorie

Während bislang ein eher heuristischer Zugang zu den Anforderungen an intelligente Regulierung gewählt wurde, indem auf das Meinungsbild unter den Smart Regulation-Mitgliedern sowie auf Beispiele verwiesen wurde, nimmt dieser Abschnitt eine regulierungstheoretische Perspektive ein und gibt – selbst-

¹⁴ Vgl. z. B. *Gunningham*, Compliance, Enforcement, and Regulatory Excellence, Paper prepared for the Penn Program on Regulation's Best-in-Class Regulator Initiative, 2015.

¹⁵ Die Durchsetzung („enforcement“) von Regulierungsmaßnahmen spielt in der Regulierungstheorie eine zentrale Rolle. Vgl. z. B. *Shleifer*, Understanding Regulation, 11 *European Financial Management* 439 (2005); *Black/Baldwin*, Really Responsive Regulation, 71 *The Modern Law Review* 59 (2008); *Van Gossum/Arts/Verheyen*, From „smart regulation“ to „regulatory arrangements“, 43 *Policy Science* 245 (2010); *Gunningham*, in: *Baldwin/Cave/Lodge* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Regulation*, 2010, S. 120–145; *Gunningham/Sinclair*, in: *Drahos* (Hrsg.) *Regulatory Theory*, 2017, S. 133–148.

¹⁶ Vgl. z. B. *Baldwin/Cave/Lodge* (oben Fn. 9), 2012, S. 30ff. Dabei kann durchaus das Problem auftreten, dass gesetzgeberische Ziele nicht immer eindeutig formuliert werden oder nicht widerspruchsfrei sind.

verständlich ohne Anspruch auf Vollständigkeit – einen sehr knappen Überblick über einige wesentliche Entwicklungen der Regulierungstheorie seit den 1980er Jahren.¹⁷

1. *Command-and-Control-Regulierung*

Command-and-Control-Regulierung, die auch als konventionelle oder traditionelle Regulierung bezeichnet wird, beschreibt die Vorgabe von Regeln, Standards, Geboten und Verboten durch den Gesetzgeber oder Regulierer, die behördlich überwacht und bei Verstößen sanktioniert werden können.¹⁸ Die Durchsetzung der Regeln erfolgt mit den Mitteln des Verwaltungs- oder Strafrechts. Mit der Androhung von Sanktionen sollen die Regulierten zur Einhaltung der Regeln angehalten werden.¹⁹

Eine Stärke der traditionellen Regulierung kann in der (u. U. jedoch nur scheinbaren) Klarheit der vorgegebenen Regeln und Standards gesehen werden, da der Gesetzgeber unmissverständlich verdeutlicht, welches Verhalten der Regulierten aus seiner Sicht akzeptabel oder nicht akzeptabel ist. Bestimmte unerwünschte Verhaltensweisen können damit zuverlässig ausgeschlossen werden. Regulierungspolitisch kann Command-and-Control-Regulierung auch deshalb eingesetzt werden, um auf einen starken Staat bzw. Regulierer hinzuweisen.

Ein grundlegender Nachteil der Command-and-Control-Regulierung dürfte in ihrer Kompliziertheit und geringen Flexibilität zu sehen sein, da diese Form der Regulierung im Wesentlichen auf behördliche Verfahren angewiesen ist.²⁰ Weiters wird der Anwendungsbereich der Command-and-Control-Regulierung häufig über das sachlich gebotene Ausmaß hinaus erweitert und somit Überregulierung bewirkt, weil die Gestaltung zielgenauer Regelungen umfangreiche Fachkenntnisse und Detailinformationen erfordert, die beim Gesetzgeber nicht notwendigerweise vorliegen und dieser deshalb flächendeckend regulatorisch eingreift. Ein weiteres Problem der Command-and-Control-Regulierung besteht in der Gefahr eines im Zeitablauf entstehenden Nahe- oder gar Abhän-

¹⁷ Auf die Entwicklungen der Regulierungstheorie vor den 1980er Jahren wird hier aus Gründen der Übersichtlichkeit nicht eingegangen und auf die grundlegenden Beiträge zur Public Interest Theory von *Pigou* (oben Fn. 11), 1932 zur Contracting Theory von *Coase*, *The Problem of Social Cost*, 3 *Journal of Law and Economics* 1 (1960) und zur Capture Theory von *Stigler*, *The Theory of Economic Regulation*, 2 *Bell Journal of Economics and Management Science* 3 (1971), verwiesen. Vgl. auch *Shleifer* (oben Fn. 15), 439 ff. für einen Überblick.

¹⁸ Vgl. z. B. OECD Report, *Alternatives to Traditional Regulation*, 19.11.2020, abrufbar unter: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/42245468.pdf>; *Gunningham/Sinclair* (oben Fn. 9), 1998.

¹⁹ Für eine Beschreibung und Diskussion der „Command-and-Control-Regulierung“ vgl. z. B. *Baldwin/Cave/Lodge* (oben Fn. 9), 2012, S. 106 ff.

²⁰ Zu den Nachteilen der „Command-and-Control-Regulierung“ vgl. z. B. *Stewart*, in: *Daintith* (Hrsg.), *Law as an Instrument of Economic Policy: Comparative and Critical Approaches*, 1987, S. 97, 106 ff.; *Baldwin/Cave/Lodge* (oben Fn. 9), 2012, S. 107 ff.

gigkeitsverhältnisses zwischen Regulierungsbehörde und Regulierten, die das Ergebnis eines (zu) intensiven fachlichen Austausches, aber auch von Lobbytätigkeit im politischen Prozess sein kann.²¹ Auch ist das Effizienzkriterium bei der Command-and-Control-Regulierung oftmals nicht erfüllt, da Marktkräfte und -prozesse zur Erreichung des Regulierungsziels ungenutzt bleiben.

Trotz der u. U. weitreichenden Sanktionsmöglichkeiten der Regulierungsbehörde bei Verstößen der Regulierten gegen Regulierungsmaßnahmen ist die Durchsetzung der Command-and-Control-Regulierung keineswegs immer sichergestellt, da rechtlich und fachlich gut beratene Regulierte Anreize haben könnten, zwar den Wortlaut, aber nicht unbedingt auch den Zweck einer Vorschrift einzuhalten. Eine als überschießend empfundene Regulierung kann bei den Regulierten zudem Reaktanz auslösen.

Diese Nachteile der Command-and-Control-Regulierung, vor allem eine wahrgenommene Überregulierung, dürften ausschlaggebend gewesen sein für die Deregulierung, die in einigen (insbesondere anglo-amerikanischen) Staaten in den 1980er und 1990er Jahren stattfand.²²

2. *Responsive Regulation*

Das Konzept der „Responsive Regulation“ wurde erstmals 1992 von Ayres/Braithwaite vorgestellt.²³ Sie wird häufig im Zusammenhang mit potentiell umweltschädlichen Tätigkeiten von Unternehmen diskutiert. Die Grundidee besteht in einer Abkehr von der starren Command-and-Control-Regulierung und der Berücksichtigung unterschiedlicher Rahmenbedingungen, auf die Regulierer „responsiv“ reagieren sollten, beispielsweise im Hinblick auf unterschiedliche Marktstrukturen, Zielgrößen der Regulierten, Interessen von regulierten Unternehmen und ihren Entscheidungsträgern und Verbänden. Bei der Planung von Regulierungsmaßnahmen sollten die Reaktionen und mögliche Handlungsänderungen der Regulierten antizipiert und die Art der Maßnahmen darauf abgestimmt werden. Responsive Regulation ist folglich als interaktive Regulierung konzipiert.²⁴

Für Responsive Regulation kommen nicht nur staatliche Behörden als Regulierer in Frage; vielmehr sollte der Gesetzgeber prüfen, inwieweit er Regulierung an andere, ggf. besser geeignete privatwirtschaftliche Institutionen delegieren

²¹ Vgl. *Stigler* (oben Fn. 17); *Posner*, Theories of Economic Regulation, 5 *Bell Journal of Economics and Management Science* 335 (1974). Für praktische Beispiele vgl. *Stanley/Widwin*, Getting Regulation Right, Working Paper, University of Cambridge/Bennett Institute for Public Policy, 2018, S. 8ff.

²² Zu den Ursachen für Deregulierung vgl. z. B. *Stewart* (oben Fn. 20), 1987, S. 124ff.; oder *Ayres/Braithwaite*, Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate, 1992, S. 7ff.

²³ Vgl. *Ayres/Braithwaite* (oben Fn. 22), 1992.

²⁴ Vgl. *Ayres/Braithwaite* (oben Fn. 22), 1992, S. 5.

kann. Dies können beispielsweise Interessengruppen oder Wettbewerber regulierter Unternehmen sein. Denkbar ist auch Selbstregulierung, sofern eine regulierte Branche oder Unternehmung dazu effektiv in der Lage ist.²⁵

Kennzeichnend für Responsive Regulation ist „Responsiveness“ des Regulierers hinsichtlich der Intensität des Eingriffs in die Rechte und Freiheiten der Regulierten. Ayres/Braithwaite haben hierzu eine sog. Eskalationspyramide entwickelt, die stufenweise stärker invasive Eingriffe vorsieht, je mehr Widerstand die Regulierten dem Regulierungsziel entgegensetzen.²⁶ Als minimal-invasiver Eingriff am Boden der Regulierungspyramide kann der Regulierer die Regulierten zunächst über das Regelwerk informieren oder argumentativ davon überzeugen. Sollten die Regulierten daraufhin den Bestimmungen nicht nachkommen, wird der Regulierer eine offizielle Warnung, ggf. mit Androhung weiterer Maßnahmen, aussprechen. Als nächste Schritte kommen verwaltungsrechtliche Maßnahmen wie Bußgelder und strafrechtliche Sanktionen in Betracht. An der Spitze der Eskalationspyramide steht das vorübergehende oder endgültige Verbot der Aktivitäten der Regulierten.²⁷

Der Regulierer kann somit sowohl auf verschiedene Regelverstöße einzelner Regulierter als auch auf Verstöße unterschiedlicher Regulierter fallspezifisch reagieren und die individuell geeignetsten Maßnahmen zur Rechtsdurchsetzung anwenden. Eine an der Hartnäckigkeit und Schwere der Verstöße der Regulierten orientierte, stufenweise verschärfte Sanktionsintensität dürfte jedoch nur praktikabel sein, wenn keine Gefahr im Verzug ist. Wenn nur eine einmalige Interaktion zwischen Regulierer und Regulierten stattfindet oder wenn extreme Schäden für Mensch oder Umwelt drohen, wird ein solcher stufenweiser Reaktionsprozess zu langsam und nicht effektiv sein, so dass nur ein sofortiger massiver Eingriff des Regulierers („big stick“) das Regulierungsziel erreichen kann.²⁸ Das Ergebnis kann einer Command-and-Control-Regulierung entsprechen.

3. Smart Regulation

Die für den PBB namensgebende Theorie Smart Regulation geht auf einen Beitrag von Gunningham/Sinclair aus dem Jahr 1998 und nachfolgende Ergänzungen zurück und bildet eine Weiterentwicklung von Responsive Regulation.²⁹ Erster Anwendungsbereich von Smart Regulation war Regulierung in der Um-

²⁵ Vgl. Ayres/Braithwaite (oben Fn. 22), 1992, S. 4.

²⁶ Vgl. Ayres/Braithwaite (oben Fn. 22), 1992, S. 35ff. Vgl. auch Baldwin/Cave/Lodge (oben Fn. 9), 2012, S. 260, Gunningham/Sinclair (oben Fn. 15), 2017.

²⁷ Vgl. Ayres/Braithwaite (oben Fn. 22), 1992, S. 36. Das „Slippery Slope Framework“ der Steuerbefolgung kann als Anwendungsfall von Responsive Regulation in der Steuererhebung interpretiert werden. Vgl. Kirchler/Hoelzl/Wabl, Enforced versus voluntary tax compliance: The „slippery slope“ framework, 29 Journal of Economic Psychology 210 (2008).

²⁸ Vgl. Ayres/Braithwaite (oben Fn. 22), 1992, S. 40.

²⁹ Vgl. Gunningham/Sinclair (oben Fn. 9), 1998; Gunningham/Sinclair, Integrative regulation: A principle-based approach to environmental policy, 24 Law & Social Inquiry 853

weltpolitik.³⁰ In der Literatur wurde Smart Regulation vielfach rezipiert und fortentwickelt, so dass diese Theorie inzwischen als ein Meilenstein der Regulierungstheorie angesehen werden kann.³¹

Smart Regulation geht von der grundlegenden Anforderung aus, dass das vom Gesetzgeber vorgegebene Regulierungsziel erreicht werden soll, zugleich aber die Lasten der Regulierung für Regulierte und Regulierer möglichst gering gehalten werden. Dies entspricht der bereits eingangs erwähnten allgemeinen Forderung nach Effektivität und Effizienz der Regulierung. Da jede Regulierung mit Lasten für mindestens eine Partei verbunden ist, kann aus dem Effizienzkriterium implizit hergeleitet werden, dass nur eine notwendige Regulierung eingeführt werden sollte und dass möglichst niederschwellige Eingriffe in Freiheitsrechte der Regulierten vorgenommen werden sollten.

Die Proponenten von Smart Regulation stimmen mit Responsive-Regulation-Vertretern in der Beobachtung überein, dass häufig weder freie Märkte noch Command-and-Control-Regulierung zu optimalen Ergebnissen führen und deshalb eine intelligente(re) Regulierung benötigt wird. Ebenso übernimmt Smart Regulation in Gestalt der „Responsiveness“ das zentrale Merkmal von Responsive Regulation, d. h. die flexible Anpassung regulatorischer Maßnahmen an den Typus und das Verhalten der Regulierten. Die von Ayres/Braithwaite begründete Eskalationspyramide bildet insofern auch ein Element von Smart Regulation.

Die wesentliche Neuerung von Smart Regulation gegenüber Responsive Regulation besteht im Methodenpluralismus („Policy Mix“), d. h. in der Kombination unterschiedlicher Regulierungsmaßnahmen. Gunningham/Sinclair begründen dies damit, dass alle Maßnahmen spezifische Stärken und Schwächen aufweisen.³² So ist Command-and-Control-Regulierung zwar verlässlich, aber typischerweise unflexibel und ineffizient. Marktwirtschaftliche Instrumente dagegen, die über Preismechanismen funktionieren, sind – abgesehen von Fällen des bereits erwähnten Marktversagens – effizient, aber nicht unbedingt gleichermaßen verlässlich. Minimal-invasive Maßnahmen wie Information, Überzeugung und Selbstregulierung sind kostengünstig, können aber die Erreichung des Regulierungsziels nicht zuverlässig gewährleisten. Gunningham/Sinclair schlagen daher vor, Stärken verschiedener Maßnahmen zu nutzen und

(1999), *Gunningham/Sinclair*, Regulatory pluralism: Designing environmental policy mixes for environmental protection, 21 *Law & Policy* 49 (1999).

³⁰ Vgl. *Van Gossum/Arts/Verheyen*, „Smart regulation“: Can policy instrument design solve forest policy aims of expansion and sustainability in Flanders and the Netherlands?, 16 *Forest Policy and Economics* 23 (2009), die Smart Regulation im Hinblick auf die Regulierung der Forstwirtschaft kritisch analysieren.

³¹ Vgl. *Gunningham* (oben Fn. 15), 2010; *Baldwin/Cave/Lodge* (oben Fn. 9), 2012, S. 260. Vgl. auch die in den nachfolgenden Abschnitten dargestellten Weiterentwicklungen von Smart Regulation.

³² Vgl. *Gunningham/Sinclair* (oben Fn. 9), 1998, S. 3.

zugleich deren Schwächen zu vermeiden, indem sie auf geeignete Weise kombiniert werden.

Diese Kombination komplementärer Maßnahmen geht einher mit einer Kombination von Institutionen, die in die Regulierung eingebunden werden können.³³ Im Idealfall gelingt es, neben der traditionellen behördlichen Regulierung mehrere Institutionen entlang der Wertschöpfungskette von regulierten Unternehmen für die Regulierung nutzbar zu machen, d. h. von Handelspartnern auf dem Beschaffungsmarkt über die Finanzierungsfunktion von Unternehmen in Gestalt des Kapitalmarkts oder Versicherungen bis hin zu Handelspartnern auf den Absatzmärkten. Unter Reputationsgesichtspunkten kann auch die Zivilgesellschaft (NGOs) in die Regulierung einbezogen werden. Ebenso ist Selbstregulierung durch Branchenverbände denkbar.³⁴ Smart Regulation ist insofern als geschickte Verknüpfung formeller und informeller Maßnahmen zur Erreichung der Regulierungsziele zu interpretieren. Aus der Pyramide von Regulierungsmaßnahmen unter Responsive Regulation wird somit eine mehrdimensionale Regulierungspyramide aus Maßnahmen und Institutionen.³⁵ Anstelle der eindimensionalen Maßnahmeneskalation unter Responsive Regulation kann unter Smart Regulation ein Wechsel auf eine andere Seite der Eskalationspyramide stattfinden, wo entsprechend der neu eingebundenen Regulierungsinstitution auch andere Maßnahmen möglich und nötig werden.

Zu den Grundsätzen des Regulierungsdesigns gemäß Smart Regulation zählt neben dem Instrumentenmix, der Bevorzugung möglichst minimal-invasiver Maßnahmen, der Maßnahmeneskalation und der Einbindung dritter Institutionen auch der Grundsatz „beyond compliance“, d. h. die Schaffung von Anreizen für Regulierte, das Regulierungsziel über das Mindestmaß zur Erfüllung von Standards hinaus zu verfolgen.³⁶

Wie bereits bei Responsive Regulation sind auch unter Smart Regulation Situationen denkbar, in denen eine schrittweise Eskalation von Maßnahmen, die an das Verhalten der Regulierten angepasst sind, unpraktikabel ist, weil entweder nur eine einmalige Interaktion zwischen Regulierer und Regulierten vorliegt oder weil extreme Risiken das sofortige massive Eingreifen des Regulierers erfordern.³⁷

Ein Nachteil von Smart Regulation besteht in der praktischen Schwierigkeit der Anwendung einer mehrdimensionalen Eskalationspyramide. Aufgrund ihrer Komplexität stellt sie den Regulierer möglicherweise vor erhebliche In-

³³ Vgl. *Gunningham* (oben Fn. 15), 2010, S. 131.

³⁴ Vgl. z. B. *Gunningham/Sinclair* (oben Fn. 15), 2017, S. 134.

³⁵ Vgl. *Gunningham/Sinclair* (oben Fn. 9), 1998, S. 5; *Baldwin/Cave/Lodge* (oben Fn. 9), 2012, S. 266.

³⁶ Vgl. z. B. *Gunningham/Sinclair* (oben Fn. 15), 2017, S. 135; *Gunningham/Sinclair* (oben Fn. 9), 1998, S. 11.

³⁷ Vgl. *Gunningham/Sinclair* (oben Fn. 9), 1998, S. 7.

formations- und Koordinationsprobleme bei der Abstimmung der zu kombinierenden Regulierungsmaßnahmen und -institutionen.³⁸ Zwar ist der Policy Mix ein konstitutives Element von Smart Regulation, jedoch sollte Beliebigkeit bei der Maßnahmenkombination vermieden werden und nur solche Regulierungsmaßnahmen kombiniert werden, die einander sinnvoll ergänzen und sich nicht etwa gegenseitig abschwächen.³⁹ In diese Richtung weist auch der in der Literatur vorgebrachte Kritikpunkt der unüberschaubaren Vielzahl von Regulierungsoptionen.⁴⁰ Darüber hinaus wird auf die Einschränkungen von Smart Regulation verwiesen, die auf ggf. inkompatible Regulierungskombinationen infolge institutioneller Rahmenbedingungen wie z. B. nationaler Politikstil, Machtverhältnisse und Kompetenz von Regulierungsbehörden zurückzuführen sind.⁴¹ Ein weiteres Manko besteht in der fehlenden Erfolgssensitivität von Smart Regulation. Damit ist gemeint, dass ein intelligentes Regulierungssystem eine Selbstevaluierung beinhalten und zur ggf. notwendigen Adaptierung seiner Maßnahmen und Strategien in der Lage sein sollte.⁴² Eccles/Pointing kritisieren, dass Smart Regulation zu stark auf die Perspektive des Regulierers fokussiert ist und schlagen einen Ansatz vor, der auf dem Lebenszyklus der regulierten Unternehmen basiert.⁴³

Die hier kurz beschriebenen Kritikpunkte an Smart Regulation dienen als Ausgangspunkt für die Entwicklung weiterer Regulierungskonzepte, die im Folgenden überblicksartig dargestellt werden.⁴⁴

4. Risk-Based Regulation

Die Beobachtung, dass Risikomanagement auch in Behörden eine wachsende Rolle spielt und die damit einhergehende Entwicklung des „New Public Risk Management“ begleitete die Konzeption der Risk-Based Regulation.⁴⁵ Risiko wird hier im Sinne des Risikos verstanden, dass der Staat nicht in der Lage ist, seine Leistungen zu erbringen.⁴⁶ Das Risiko der Regulierungsbehörde, die vom Gesetzgeber gestellten Regulierungsziele nicht zu erreichen, tritt folglich neben

³⁸ Vgl. *Black/Baldwin* (oben Fn. 15), 65.

³⁹ So auch *Gunningham/Sinclair* (oben Fn. 15), 2017, S. 134, die die Vermeidung von „smorgasbordism“ fordern, d. h. der willkürlichen Anwendung möglichst vieler Maßnahmen zugleich.

⁴⁰ Vgl. *Van Gossum/Arts/Verheyen* (oben Fn. 15), 252.

⁴¹ Vgl. *Van Gossum/Arts/Verheyen* (oben Fn. 15).

⁴² Vgl. *Black/Baldwin* (oben Fn. 15), 72 ff.

⁴³ Vgl. *Eccles/Pointing*, Smart regulation, shifting architectures and changes in governance, 5 *International Journal of Law in the Built Environment* 71 (2013).

⁴⁴ Zur Kritik an Smart Regulation vgl. auch *Van Gossum/Arts/Verheyen* (oben Fn. 30), 24, die Smart Regulation nicht als kohärente Theorie, sondern als heuristischen Rahmen ansehen.

⁴⁵ Vgl. *Black*, The Emergence of Risk-Based Regulation and the New Public Risk Management in the United Kingdom, *Public Law* 2005, 512–549.

⁴⁶ Vgl. *Black* (oben Fn. 45), 513.

die eigentlich zu regulierenden Risiken für Mensch und Umwelt, die von regulierten Unternehmen ausgehen.⁴⁷

Das Risikomanagement des Regulierers entspricht strukturell dem Vorgehen in privaten Unternehmen und enthält die Elemente Risikoidentifikation, Risikoeinschätzung, Management und Evaluierung. Von den externen Risiken, die aus den Umweltbedingungen resultieren, sind die aus der Regulierungsorganisation stammenden internen Risiken zu unterscheiden.⁴⁸

Risk-Based Regulation soll die Systematisierung von Entscheidungsprozessen des Regulierers ermöglichen. Diese um die Risiken des Regulierers erweiterte Risikobetrachtung ist insbesondere im Hinblick auf den effizienten Ressourceneinsatz des Regulierers für Überwachungs- und Durchsetzungsaktivitäten wichtig.⁴⁹ Risk-Based Regulation zwingt daher den Regulierer dazu, explizite Regulierungsziele zu definieren und Umsetzungsstrategien zu entwickeln.⁵⁰

Ein Problem von Risk-Based Regulation dürfte darin zu sehen sein, dass zwar in der Theorie eine klare Risikoorientierung des Regulierers propagiert wird, ihre Operationalisierung jedoch beispielsweise durch eingeschränkte Identifizierbarkeit und Quantifizierbarkeit von Risiken erschwert wird. Eine Priorisierung von Risiken durch den Regulierer kann daher fehlerbehaftet sein; die Konzentration auf die größten Risiken einer regulierten Branche kann dazu führen, dass kleinere, allerdings nicht vernachlässigbare Risiken nicht die erforderliche Aufmerksamkeit erhalten.⁵¹ Naturgemäß kann ein Regulierer nur bekannte Risiken in den Blick nehmen; erst in Zukunft entstehende, aber für das Regulierungsziel relevante Risiken liegen außerhalb seines Einflussbereichs.⁵²

5. Really Responsive Regulation

Really Responsive Regulation geht auf einen Beitrag von Baldwin/Black zurück und bildet wie Smart Regulation eine Weiterentwicklung von Responsive Regulation.⁵³ In Ergänzung zur ursprünglichen Konzeption von Responsive Regulation, in der der Regulierer ausschließlich responsiv auf das Befolgungsverhalten der Regulierten eingeht und notwendigenfalls personen- oder fallspezifische Maßnahmen zur Durchsetzung der Regulierung ergreift, umfasst die „Responsiveness“ von Really Responsive Regulation mehrere weitere Aspekte: Der Regulierer reagiert nicht nur auf die Einstellung („attitude“) der regulier-

⁴⁷ Vgl. Black, in: Baldwin/Cave/Lodge (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Regulation*, 2010, S. 302, 303ff.

⁴⁸ Vgl. Black (oben Fn. 45), 515.

⁴⁹ Vgl. Black (oben Fn. 45), 516. Dort werden auch praktische Beispiele für Risk-Based Regulation in Großbritannien genannt.

⁵⁰ Vgl. Black (oben Fn. 45), 521.

⁵¹ Vgl. Baldwin/Cave/Lodge (oben Fn. 9), 2012 S. 283ff.

⁵² Vgl. Black/Baldwin (oben Fn. 15), 66.

⁵³ Vgl. Black/Baldwin (oben Fn. 15); Baldwin/Cave/Lodge (oben Fn. 9), 2012, S. 269ff.

ten Unternehmung, sondern im weiteren Sinne auch auf ihr Verhalten („behavior“) und ihre Kultur („culture“). Damit sind beispielsweise die Reputation, die Marktposition, Verhaltensweisen bei der Interaktion mit dem Regulierer, aber auch interne Abläufe und Machtstrukturen im Unternehmen gemeint.⁵⁴

Neben diesen regulierungsobjektspezifischen Attributen spielen vor allem institutionelle Rahmenbedingungen eine wichtige Rolle für die „Responsiveness“. Dabei handelt es sich um die rechtliche und faktische Machtposition des Regulierers sowie die ihm zur Verfügung stehenden Ressourcen. Weiters sind die vorhandenen Regulierungsinstrumente und -strategien sowie die ihnen zugrundeliegende Logik zu berücksichtigen.⁵⁵

Mit der Forderung nach Erfolgssensitivität der Regulierung greift Really Responsive Regulation einen der oben genannten Kritikpunkte an Smart Regulation auf.⁵⁶ Der Regulierer soll zur Selbstevaluierung des Erfolgs seiner Maßnahmen in der Lage sein und aufbauend auf den Evaluierungsergebnissen eine Anpassung seiner Aufdeckungs- und Vollzugsstrategien vornehmen.⁵⁷ Idealerweise sollte der Regulierer auch responsiv auf Änderungen von Risiken, Märkten, Technologien und Eigenschaften von Regulierten reagieren.⁵⁸

Really Responsive Regulation stellt hohe Informationsanforderungen an den Regulierer, die eine Operationalisierung erschweren.⁵⁹ Zwar beschreibt das Konzept einleuchtend die Prinzipien idealer Regulierung; eine Umsetzungsstrategie wird jedoch nicht bereitgestellt. Ob ein Regulierer angesichts begrenzter personeller und materieller Ressourcen sowie der Vielfalt von regulierten Unternehmen und Sachverhalten in der Lage ist, die geforderte Vielfalt von Responsiveness-Aspekten in der täglichen Regulierungspraxis anzuwenden, ist daher offen. Auch die Evaluierung des Regulierungserfolgs dürfte sich regelmäßig schwierig gestalten, da typischerweise weder das Eintreten noch das Ausbleiben eines Schadensereignisses kausal einem bestimmten Regulierungshandeln zugeordnet werden kann.⁶⁰

Regulierungskonzepte können auch durch Kombinationen existierender Modelle weiterentwickelt werden. So bildet Really Responsive Risk-Based Regulation eine Anwendung von Really Responsive Regulation auf den risikoorientierten Regulierungsansatz.⁶¹

⁵⁴ Vgl. *Black/Baldwin* (oben Fn. 15); *Baldwin/Cave/Lodge* (oben Fn. 9), 2012, S. 269ff.

⁵⁵ Vgl. *Baldwin/Cave/Lodge* (oben Fn. 9), 2012, S. 270.

⁵⁶ Vgl. *Black/Baldwin* (oben Fn. 15), 72f.

⁵⁷ Vgl. *Baldwin/Cave/Lodge* (oben Fn. 9), 2012, S 277 ff.

⁵⁸ Vgl. *Black/Baldwin* (oben Fn. 15), 73 ff.

⁵⁹ Vgl. *Baldwin/Cave/Lodge* (oben Fn. 9), 2012, S. 271.

⁶⁰ Vgl. *Baldwin/Cave/Lodge* (oben Fn. 9), 2012, S. 279.

⁶¹ Vgl. *Black/Baldwin*, Really Responsive Risk-Based Regulation, 32 *Law & Policy* 181 (2010).

6. Regulatory Arrangement Approach

Der Regulatory Arrangement Approach adressiert die an Smart Regulation vorgebrachte Kritik der Vernachlässigung institutioneller Rahmenbedingungen, fehlender Erfolgssensitivität und geringer Adaptivität der Regulierung⁶² durch die Verknüpfung von Smart Regulation mit den politikwissenschaftlichen Konzepten des „Policy Arrangement Approach“⁶³ und des „Policy Learning Concept“.⁶⁴

Grundgedanke des Regulatory Arrangement Approach ist die Reduzierung der Anzahl der theoretisch denkbaren Regulierungsoptionen durch die Anwendung von vier „Filterschritten“, die im wesentlichen auf den nationalen Politikstil, auf vorhandene oder nicht vorhandene Kooperationsmöglichkeiten mit anderen Institutionen und Wechselwirkungen mit anderen Regierungsbehörden, -maßnahmen und -strategien abzielen, die nicht notwendigerweise kompatibel mit dem betrachteten Regulierungsfeld sind.⁶⁵ Diese institutionellen Beschränkungen können die Anzahl der effektiv verfügbaren Regulierungsmaßnahmen so weit verringern, dass die konzeptionellen Vorteile des Policy Mix von Smart Regulation nicht mehr zum Tragen kommen.⁶⁶

7. Schlussfolgerungen

Es wird deutlich, dass die von den Mitgliedern geäußerten Vorstellungen der Ziele des PBB Smart Regulation zweifelsfrei kompatibel mit modernen regulierungstheoretischen Konzepten sind. Es mag zwar nicht immer klar sein, ob es sich bei den vorgestellten Konzepten um qualitativ neuartige Regulierungsideen oder vielmehr um naheliegende, graduelle Fortschritte handelt. Zum Beispiel können die hier unter den Punkten 4. bis 6. erläuterten neueren Konzepte als Weiterentwicklungen von Responsive Regulation, Smart Regulation, Risk-Based Regulation und als Kombinationen davon erklärt werden. Für den PBB Smart Regulation ist dies jedoch unproblematisch, da von Anfang an nicht die Absicht bestand, eine bestimmte Konzeption aus der Regulierungstheorie „in Reinkultur“ zu verwenden. Zudem besteht der Anspruch des PBB nicht primär darin, Beiträge zur Regulierungstheorie zu leisten, sondern vielmehr wissenschaftsbasiert Möglichkeiten zur verbesserten angewand-

⁶² Vgl. *Van Gossum/Arts/Verheyen* (oben Fn. 15).

⁶³ Vgl. z. B. *Van Tatenhove/Leroy*, Environment and participation in a context of political modernisation, 12 *Environmental Values* 155 (2003); *Arts/Leroy/van Tatenhove*, Political modernisation and policy arrangements: A framework for understanding environmental policy change, 6 *Public Organization Review* 93 (2006).

⁶⁴ Vgl. z. B. *Argyris*, Single-loop and double-loop models in research on decision making, 21 *Administrative Science Quarterly* 363 (1976); *Fiorino*, Environmental policy as learning: A new view of an old landscape, 61 *Public Administration Review* 322 (2001).

⁶⁵ Vgl. *Van Gossum/Arts/Verheyen* (oben Fn. 15), S. 252.

⁶⁶ Vgl. *Van Gossum/Arts/Verheyen* (oben Fn. 15), S. 245.

ten Regulierung verschiedener Sachverhalte aus interdisziplinärer Perspektive auszuloten.

VI. Konkretisierung von Smart Regulation und Entwurf eines Mission Statements

Die vom PBB Smart Regulation favorisierte Smart Regulation-Idee beinhaltet sowohl Smart Regulation im ursprünglichen Sinne als auch einige der beschriebenen Fortentwicklungen. Von zentraler Bedeutung ist die aus Responsive Regulation übernommene Grundidee von stufenweise verschärften Regulierungsmaßnahmen und der Smart Regulation-typische Mix von Regulierungsmaßnahmen sowie die Einbindung unterschiedlicher Institutionen. Zusätzlich werden die folgenden Aspekte integriert, für die vordergründig eine Herangehensweise aus jeweils einer bestimmten Wissenschaftsdisziplin naheliegend erscheint, die allerdings im Zuge der interdisziplinären Zusammenarbeit im PBB auch in die anderen Disziplinen hineingetragen wird. Diese Aspekte wurden bereits in der Einleitung genannt, spielen aber auch in der Regulierungstheorie der 2000er und 2010er Jahre eine bedeutende Rolle:

- Die im Rahmen der „Risk-based Regulation“ empfohlene umfassende Berücksichtigung von Risiken auf Ebene der Regulierten, der Regulierer und der Gesellschaft wird vor allem mit einer betriebswirtschaftlichen Perspektive assoziiert, insbesondere wenn eine quantitative Risikoerfassung gefordert ist. Die betriebswirtschaftlichen Smart Regulation-Mitglieder tragen diese Perspektive in die anderen im PBB Smart Regulation vertretenen Wissenschaftszweige.
- Die vom „Regulatory Arrangement Approach“ propagierte Berücksichtigung institutioneller, insbesondere also rechtlicher und politischer Rahmenbedingungen der Regulierung ist vor allem für die Rechtswissenschaft kennzeichnend. Die im PBB Smart Regulation vertretenen JuristInnen bringen diese Sichtweise den VertreterInnen der anderen Disziplinen nahe.
- Die Berücksichtigung gesellschaftlicher Wertvorstellungen (die im weiteren Sinne auch zu den Rahmenbedingungen gezählt werden können, aber auch Risikoaspekte aufweisen) wird insbesondere EthikforscherInnen zugeschrieben. Diese bringen ethische und gesellschaftliche Aspekte in die interdisziplinären Arbeitsgruppen des PBB ein.
- Die z. B. bei der „Really Responsive Risk-based Regulation“ anzutreffende Antizipation von Wirkungen und unerwünschten Nebenwirkungen von Regulierungsmaßnahmen zählt – mit unterschiedlichen methodischen Zugängen – zum traditionellen Arbeitsgebiet sowohl der Psychologie als auch der Betriebswirtschaft.

Der Schritt von der hier beschriebenen Multidisziplinarität zur Interdisziplinarität vollzieht sich durch den regelmäßigen Dialog der Smart Regulation-Mitglieder aus unterschiedlichen Wissenschaftsdisziplinen innerhalb ihrer Arbeitsgruppen und im Gesamtbereich. Dieser interdisziplinäre Zugang zur Regulierung sollte in Zukunft ein Markenzeichen der Grazer Smart Regulation werden. Entsprechend lautet mein Vorschlag für ein Mission Statement:

Wir generieren theorie- und evidenzbasiert Wissen für Wissenschaft, Praxis und Regulierungsinstitutionen aus interdisziplinärer Perspektive, um das Regulierungsziel unter Beachtung ethischer Grundsätze möglichst effizient zu erreichen.

II. Digitalisierung als Herausforderung für den Verbraucherschutz

Digitalisierung als Herausforderung für das Verbraucherrecht

Automatisierte mentale Zustandsanalyse,
Lauterkeits- und Datenschutzrecht

Philipp Hacker

I. Einleitung: Digitale Transformation und Verbraucherrecht

Die digitale Transformation ist in vollem Gange. Sie verändert nicht nur gesellschaftliche Praktiken und marktbasierende Austauschformen, sondern zwingt auch immer wieder zu einem neuen Blick auf das Recht. Die Gesetzgeber in Deutschland und Europa sind sich der Herausforderung bewusst, die mit der Anpassung des rechtlichen Rahmens an eine zunehmend datenbasierte Wirtschaft einhergehen. Breit wird gegenwärtig auf europäischer wie auch nationaler Ebene die Notwendigkeit einer spezifischen Regulierung von künstlicher Intelligenz diskutiert,¹ ein Digital Services Act für Online-Plattformen ist vorgeschlagen² und der Entwurf zu einem Digital Finance Package, der mit einer Regulierung von Crypto-Assets einhergehen würde, bereits veröffentlicht.³

¹ Europäische Kommission, Weißbuch zur Künstlichen Intelligenz, COM(2020) 65 final; dazu etwa *Schneider/Wendehorst*, Response to the public consultation on the White Paper: On Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust, COM(2020) 65 final, Working Paper, 2020; *Graf von Westphalen*, Definition der Künstlichen Intelligenz in der Kommissionsmitteilung COM(2020) 64 final – Auswirkungen auf das Vertragsrecht, Betriebs-Berater 2020, 1859; *Hacker*, Europäische und nationale Regulierung von Künstlicher Intelligenz, Neue Juristische Wochenschrift 2020, 2142; *Unger*, Grundfragen eines Europäischen Rechtsrahmens für Künstliche Intelligenz, Zeitschrift für Rechtspolitik (im Erscheinen); ferner, auf deutscher Ebene, Bericht der Enquete-Kommission Künstliche Intelligenz, BT-Drucksache 19/23700 (2020); nunmehr auch European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act), COM(2021) 206 final.

² Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act), COM(2020) 825 final (DSA); siehe ferner Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), COM(2020) 842 final; eine Diskussion dieser Vorschläge übersteigt jedoch den Rahmen dieses Kapitels.

³ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, COM(2020) 593 final.

Auch das Urheberrecht wird gegenwärtig an den digitalen Binnenmarkt angepasst.⁴

Gemessen an der gesellschaftlichen und rechtswissenschaftlichen Diskussion sowie den gerade genannten, ambitionierten Vorhaben ist die bisherige Anpassung des *Verbraucherrechts* an digitale Austauschpraktiken jedoch eher bescheiden ausgefallen. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass viele Richtlinien und Verordnungen des unionalen Verbraucherrechts technologieneutral formuliert und daher ohne Weiteres bereits jetzt auf digitale Marktpraktiken anwendbar sind. Besonders hervorzuheben ist aus der jüngeren Gesetzgebung einerseits die Ausweitung verschiedener Instrumente und Regelungstechniken – etwa eines kaufrechtsähnlichen Gewährleistungsrechts – auf digitale Inhalte und Dienstleistungen, auch wenn Verbraucher für diese nicht monetär, sondern ökonomisch gesprochen mit ihren Daten bezahlen.⁵ Andererseits hat die ebenfalls 2019 verabschiedete Modernisierungsrichtlinie neue Informationserfordernisse eingeführt, die insbesondere vorsehen, dass bei bestimmten Formen von personalisierten Preisen auf den Umstand der Personalisierung hingewiesen werden muss.⁶ In ähnlicher Weise müssen Plattformen Informationen darüber vorhal-

⁴ Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. 2019 L130/92; dazu etwa *Leistner*, *European Copyright Licensing and Infringement Liability Under Art. 17 DSM-Directive*, 12 *Zeitschrift für Geistiges Eigentum* 123 (2020); *Stieper*, *Die Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt*, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 2019, 211.

⁵ Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. 2019 L 136/1; Art. 3 Abs. 1a der Verbraucherrechtlicherichtlinie [VRRRL], eingefügt durch Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABl. 2019 L 328/7; dazu jeweils die Referententwürfe, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, abrufbar unter: https://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_BereitstellungdigitalerInhalte.pdf;jsessionid=22AF17BC82D1C66EE71710CE0B033FEA.1_cid297?__blob=publicationFile&v=1; Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in Umsetzung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, abrufbar unter: https://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_BereitstellungdigitalerInhalte_2.pdf;jsessionid=22AF17BC82D1C66EE71710CE0B033FEA.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2.

⁶ Art. 6 Abs. 1 lit. ea VRRRL, eingefügt durch Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABl. 2019 L 328/7.

ten, wie die Rankings, die sie anbieten, zustandekommen.⁷ Der europäische Gesetzgeber hat damit im Bereich des Verbraucherrechts bislang vor allem bekannte Regelungstechniken (Informationsmodell; Gewährleistungsrecht) behutsam auf bestimmte digitale Praktiken ausgeweitet.

Demgegenüber soll dieser Beitrag aus einer interdisziplinären Perspektive der Frage nachgehen, ob für bestimmte, ökonomisch und rechtlich besonders bedeutsame Formen digitaler Marketing- und Vertragspraktiken der Rückgriff auf diese bewährten Regulierungstechniken des europäischen Verbraucherrechts die spezifischen Risiken hinreichend adressiert.⁸ Im Fokus sollen dabei, auf technischer Ebene, jüngere Entwicklungen stehen, die es zunehmend erlauben, kognitive und emotionale Zustände von Verbrauchern automatisiert auszulesen und für Marketingzwecke fruchtbar zu machen.⁹ Diese *mind-reading technologies* versprechen einerseits ein auf individuelle Zustände und Bedürfnisse abgestimmtes Konsumerlebnis, wecken andererseits jedoch Befürchtungen mit Blick auf die Konsequenzen für Privatheit und rationale oder zumindest situationsadäquate Verbraucherentscheidungen. Der Beitrag wird daher in einem ersten Schritt interdisziplinäre Perspektiven auf diese mit digitalem Marketing einhergehenden Risiken aufzeigen und dabei insbesondere das Phänomen der sog. ausbeuterischen Verträge (*exploitative contracts*) in den Blick nehmen. In einem zweiten Schritt wird dann, in aller gebotenen Kürze, danach gefragt, inwiefern das bestehende unionale Lauterkeits- und Datenschutzrecht diese Risiken sachadäquat zu adressieren vermag. Aufbauend auf dieser Analyse entwickelt der letzte Teil zukunftsorientierte Regulierungsperspektiven.

II. Interdisziplinärer Rahmen: Manipulation und *Exploitative Contracts*

Ausgangspunkt der Erwägungen ist der Umstand, dass die Analyse von großen Mengen oder neuen Formen von Verbraucherdaten zu einer Form von Informationsasymmetrie zwischen Händlern und Verbrauchern führt, die einerseits

⁷ Art. 5 Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, ABl. 2019 L 187/57; dazu etwa *Busch*, The P2B Regulation (EU) 2019/1150: Towards a „procedural turn“ in EU platform regulation?, *Journal of European Consumer and Market Law* 2020, 133. Man kann sich darüber streiten, ob es sich technisch gesehen um eine Vorschrift des Verbraucherrechts handelt; jedenfalls sind die Informationen auch Verbrauchern zugänglich und sollen diesen zugutekommen, siehe etwa den 1.–4. Erwägungsgrund; siehe ferner auch die im DSA vorgesehenen Transparenzpflichten.

⁸ Siehe zum Ganzen auch ausführlich *Hacker*, Manipulation by Algorithms, *European Law Journal* (im Erscheinen), <https://ssrn.com/abstract=3835259>. Die folgenden Ausführungen orientieren sich an diesem Beitrag.

⁹ *Burr/Cristianini*, Can machines read our minds?, 29 *Minds and Machines* 461 (2019); *McStay*, *Emotional AI*, 2018, Chapter 8.

Möglichkeiten präferenzkonformerem Konsums, andererseits aber auch Risiken der autonomiefeindlichen und potentiell für Verbraucher nutzenverringenden Manipulation mit sich bringt. Aufgabe rechtlicher Regulierung ist dann, nach Möglichkeit den Risiken so zu begegnen, dass das Potenzial digitalen Marktaustauschs, zum Beispiel in Form von *preference matching*,¹⁰ nicht zunichtegemacht wird. Dafür ist jedoch zunächst eine spezifische Konkretisierung der regulierungsrelevanten Begrifflichkeiten und Risiken vonnöten (1.). Der Sachgegenstand legt es dann nahe, insbesondere die Informatik (2.) und die Ökonomik (3.) für eine interdisziplinäre Vertiefung dieser Begriffe und Risiken heranzuziehen.

1. Begrifflichkeiten

Marketing und Verkaufsstrategien gibt es wohl schon so lange, wie Handel getrieben wird. Schon immer war ihr Ziel, Produkte in einem guten Licht dastehen zu lassen und Abnehmer zu einem Austausch zu bewegen. Unstreitig dürfte im Ausgangspunkt sein, dass in einer Marktwirtschaft nicht jede Form von Einflussnahme auf eine Kaufentscheidung als illegitime Strategie gelten kann. Die Philosophie und Rechtsphilosophie unterscheidet vielmehr die tendenziell auf Argumenten basierende, legitime Persuasion von der grundsätzlich illegitimen Manipulation.¹¹ Stark umstritten ist jedoch, wo genau die Grenze zwischen beiden Begrifflichkeiten verläuft.¹²

Nach hier vertretener Auffassung erscheint es, gerade im Kontext einer auf eigenverantwortlichen Kaufentscheidungen aufruhenden Regulierungsstrategie, sinnvoll, rechtlich relevante Manipulation dann anzunehmen, wenn die Einflussnahme die Voraussetzungen für autonomes Entscheiden verletzt.¹³ Gerald Dworkin, einer der führenden Autonomietheoretiker, sieht insbesondere den von externer Einflussnahme unabhängigen Entscheidungsprozess als notwendige Voraussetzung von Autonomie an.¹⁴ Diese Unabhängigkeit ist insbesondere verletzt, wenn die betroffenen Personen keine Möglichkeit haben, die Einflussnahme und den Entscheidungsprozess rational zu reflektieren.¹⁵ Dies wiederum

¹⁰ Vgl. *Baumann et al.*, The price of privacy, 61 *Business & Information System Engineering* 413 (2019).

¹¹ *Coons/Weber*, in: *Coons/Weber* (Hrsg.), *Manipulation: Theory and Practice*, 2014, S. 1; *Susser/Roessler/Nissenbaum*, *Online manipulation: Hidden influences in a digital world*, 4 *Georgetown Law and Technology Review* 1 (2019).

¹² Siehe nur die Beiträge in *Coons/Weber* (Hrsg.), *Manipulation: Theory and Practice*, 2014.

¹³ *Coons/Weber* (oben Fn. 11), 2014, S. 8.

¹⁴ *Dworkin*, *The Theory and Practice of Autonomy*, 1988, S. 18; siehe auch *Wood*, in: *Coons/Weber* (Hrsg.), *Manipulation: Theory and Practice*, 2014, S. 17, 36.

¹⁵ Siehe genauer *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 256 f.; *ders.*, in: *Micklitz/Sibony/Esposito* (Hrsg.), *Handbook of Consumer Research Methods*, 2018, S. 77, 95 ff.

kann nach hier vertretener Auffassung zumindest unter zwei Bedingungen bejaht werden: wenn entweder die Einflussnahme versteckt erfolgt,¹⁶ oder die spezifische Targetierung von kognitiven oder emotionalen Schwächen eine rationale Reflexion unwahrscheinlich erscheinen lässt.¹⁷ Sofern digitale Targetierung also nicht vom Verbraucher gänzlich unbemerkt abläuft – was eher unwahrscheinlich sein dürfte –, kommt es entscheidend darauf an, ob vorhersehbare Fehler des Verbrauchers Anknüpfungspunkt für die Verkaufsstrategie sind.

2. Informatik

Ein Blick auf die Informatik zeigt dabei, dass eine derartige Fokussierung algorithmischer Modelle auf Fehler von Verbrauchern zwei gänzlich unterschiedliche Ursachen haben kann. Einerseits kann die Verwendung von Modellen maschinellen Lernens dazu führen, dass diese in den untersuchten Daten Fehler der Verbraucher aufspüren, ohne dass dies vom Entwickler oder Händler so beabsichtigt wäre.¹⁸ Dies liegt daran, dass Modelle maschinellen Lernens lediglich eine Zielfunktion optimieren, die im Bereich Marketing typischerweise der Profit des Unternehmens ist.¹⁹ Stellt sich heraus, dass Verbraucher für das Unternehmen profitabler sind, wenn sie Fehler machen, so wird das Modell bei nicht weiter begrenzter Optimierung genau diese Fehler zur Grundlage von Vertragsangeboten machen.²⁰ Aufgrund der Komplexität von Modellen maschinellen Lernens werden Entwickler, Händler und Verbraucher nicht notwendig davon Kenntnis erlangen, dass statt der Präferenzen nunmehr die Fehler der Verbraucher targetiert werden.²¹

Andererseits wurden in jüngerer Vergangenheit, wie bereits eingangs kurz bemerkt, zunehmend Modelle entwickelt, die ganz gezielt und bewusst mentale Zustände von Verbrauchern durch die Analyse von Bildern oder Videos erkennen sollen.²² Insofern spricht man auch von *Emotional AI*.²³ Die Technik ist keineswegs unfehlbar, erreicht aber doch bereits zum Teil eine hohe Vorhersage-

¹⁶ *Susser/Roessler/Nissenbaum* (oben Fn. 11), 17.

¹⁷ *Noggle*, *Manipulative Actions: A Conceptual and Moral Analysis*, 33 *American Philosophical Quarterly* 43, 44 (1996); siehe auch die Nachweise in Fn. 15.

¹⁸ Siehe näher *Cronin*, *Digital Commerce, AI, and Constraining Consumer Choice*, *The Ethical Machine*, 19.03.2020, abrufbar unter: <https://ai.shorensteincenter.org/ideas/2019/4/3/digital-commerce-ai-and-constraining-consumer-choice>.

¹⁹ *Baumann et al.*, *Maximize What Matters: Predicting Customer Churn with Decision-Centric Ensemble Selection*, *Twenty-Third European Conference on Information Systems (ECIS)*, 2015, Article 15.

²⁰ Siehe nochmals Fn. 18.

²¹ Siehe etwa *Burrell*, *How the machine ,thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, 3 *Big Data & Society*, Article 2053951715622512 (2016).

²² *Burr/Cristianini* (oben Fn. 9), 461; siehe auch *Roberts/Hutcherson*, *Affect and Decision Making: Insights and Predictions from Computational Models*, 23 *Trends in Cognitive Science* 602 (2019).

²³ *McStay* (oben Fn. 9), 2018.

genauigkeit²⁴ und wird zunehmend von Marketingexperten sowohl online als auch im stationären Handel oder gar auf öffentlichen Flächen eingesetzt.²⁵ Werbeformate, zum Beispiel im Supermarkt, können dann in Echtzeit an die mentalen Zustände der jeweiligen Rezipienten angepasst werden.²⁶ Diese Technologien erlauben mithin die ganz bewusste Anpassung von Marketingstrategien an Zustände, die eine mehr oder aber auch weniger rationale Entscheidungsfindung seitens der Adressierten indizieren.

3. Ökonomik

Diese bewusste oder unbewusste Targetierung von emotionalen und kognitiven Schwächen wäre in ökonomischer Hinsicht unbedenklich, wenn die Verbraucher durch adaptive Lernstrategien ihre Schwächen situativ überwinden könnten. Eine breite, sowohl theoretisch als auch empirisch fundierte Literatur in der Ökonomik legt jedoch nahe, dass ohne gezielte Unterstützung die Überwindung der genannten Schwächen tendenziell unwahrscheinlich ist²⁷ und die Targetierung von Fehlern daher zu *exploitative contracts* führen kann.²⁸ Darunter versteht man Verträge, bei denen die Zahlungen einer Vertragspartei höher sind als die Zahlungsbereitschaft dieser Vertragspartei bei Vertragsschluss.²⁹ Solche Verträge können zum Beispiel darauf beruhen, dass die Konsumaktivität, der Nutzen des Produkts oder die Preisgestaltung bei Vertragsschluss falsch eingeschätzt wurden.³⁰ Einer solchen Fehleinschätzung liegen typischerweise kognitive Verzerrungen³¹ oder auch stärker emotionale Zustände im Moment der Entscheidungsfindung zu Grunde.³² Folge solcher Verträge ist nicht nur, dass der Vertrag für die betroffene Partei nachteilig ist; vielmehr kann infolge der Verzerrung des Konsumniveaus weg von einem sozialen Optimum auch eine Verringerung der Gesamtwohlfahrt eintreten.³³

²⁴ Burr/Cristianini (oben Fn. 9), 472f.

²⁵ McStay (oben Fn. 9), 2018, Chapter 8.

²⁶ Siehe etwa <https://eyeq.tech/core-technologies/#emotion>.

²⁷ Siehe nur Larrick, in: Koehler/Harvey (Hrsg.), Handbook on Judgment and Decision Making, 2004, S. 316, 318; Hacker (oben Fn. 15), 2017, S. 137ff.

²⁸ Kőszegi, Behavioral contract theory, 52 Journal of Economic Literature 1075, 1104–1110 (2014); Übersicht auch bei Hacker, in: Faust/Schäfer (Hrsg.), Zivilrechtliche und rechtsökonomische Probleme des Internet und der künstlichen Intelligenz, 15. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts, 2019, S. 87.

²⁹ Eliaz/Spiegler, Contracting with diversely naive agents, 73 Review of Economic Studies 689, 690 (2006).

³⁰ Hacker (oben Fn. 28), 2019, S. 91ff.

³¹ Kőszegi (oben Fn. 28) 1104; Grubb, Behavioral consumers in industrial organization: An overview, 47 Review of Industrial Organization 247 (2015).

³² Johnson/Tversky, Affect, generalization, and the perception of risk, 45 Journal of Personality and Social Psychology 20 (1983); Lerner et al., Emotion and decision making, 66 Annual Review of Psychology 799, 803 (2015).

³³ Heidhues/Kőszegi, Naivete-based discrimination, 132 Quarterly Journals of Economics 1019 (2017).

III. Rechtsgebietsübergreifender Überblick: Emotionale Targetierung

Die interdisziplinären Perspektiven zeigen, dass der Manipulation von Verbraucherentscheidungen durch aktuelle technische Entwicklungen, bewusst oder als unbewusste Nebenfolge maschinellen Lernens, Vorschub geleistet werden kann und daraus auch in ökonomischer Hinsicht individuelle und gesamtwirtschaftliche Nachteile erwachsen können. Im Folgenden wird daher anhand des Beispiels der Targetierung von Verbrauchern mithilfe von *Emotional AI* (Emotionaler KI) skizziert, welche Ressourcen das bestehende Lauterkeits- und Datenschutzrecht bereithält, um diese Risiken einzudämmen.

1. Lauterkeitsrecht

Das Lauterkeitsrecht ist auf europäischer Ebene durch die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL) geprägt, die im deutschen Recht im UWG umgesetzt wurde. Die folgenden Erwägungen widmen sich vor allem dem europäischen Sekundärrecht (zum Rechtsbruchtatbestand kurz unten, III.3.).

Es ist nicht ersichtlich, dass eine Fallgruppe aus der sogenannten schwarzen Liste (Anhang 1 der UGP-RL) unmittelbar einschlägig und der Einsatz von Emotionaler KI zu Marketingzwecken damit per se verboten wäre. In Betracht kommen zwar weiterhin Irreführungstatbestände nach Art. 6, 7 UGP-RL bei nicht hinreichender Kenntlichmachung der emotionalen Targetierung. Dies würde in der Konsequenz jedoch nur weitere Informationspflichten bedingen, deren Nutzen in einer ohnehin von Informationsüberlastung geprägten digitalen Wirtschaft mit Fug und Recht bezweifelt werden kann. Im Folgenden stehen daher substantielle Grenzen des Einsatzes von Emotionaler KI im Fokus, die sich sowohl aus den Bestimmungen über aggressive Geschäftspraktiken (Art. 8 UGP-RL) als auch der Verbrauchergeneralklausel (Art. 5 UGP-RL) ergeben können.

a) Aggressive Geschäftspraktiken

Aggressive Geschäftspraktiken zeichnen sich nach Art. 8 UGP-RL dadurch aus, dass durch den Einsatz von Belästigung, Nötigung oder unzulässiger Beeinflussung die Verbraucherentscheidung erheblich beeinträchtigt wird. In der Literatur wird vertreten, dass unerwünschte Werbung, die auf digitalem Wege in die Privatsphäre des Verbrauchers eindringt (zum Beispiel auf Smartphones), eine Belästigung darstellen kann.³⁴ Pauschal allerdings wird man dies, außerhalb der Fallgruppe des hartnäckigen und unerwünschten Ansprechens im Sinne von Nr. 26 der schwarzen Liste, nicht annehmen können.

³⁴ Helberger, in: Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice*, 2016, S. 135, 156.

Von besonderem Interesse ist daher der Begriff der unzulässigen Beeinflussung, der nach Art. 2 lit. j UGP-RL insbesondere die Ausübung von Druck auf den Verbraucher voraussetzt. Der EuGH hat in *Orange Polska* geurteilt, dass eine unzulässige Beeinflussung nahe liegen kann, wenn die Praxis „geeignet ist, den Verbraucher zu verunsichern und ihn so daran zu hindern, eine *wohlüberlegte* geschäftliche Entscheidung zu treffen.“³⁵ Teilweise wird hier angenommen, dass bereits die Nutzung von bestimmten technischen Voreinstellungen zulasten des Verbrauchers eine unzulässige Beeinflussung infolge „digitaler Asymmetrie“ sein könne.³⁶ Allerdings scheint angesichts des Wortlauts von Art. 2 lit. j UGP-RL bei einer derartig weitreichenden Interpretation Zurückhaltung angezeigt. Die Nutzung zumindest von emotionaler Targetierung vermag sich zwar psychologischer Kniffe zu bedienen, die einer „wohlüberlegten Entscheidung“ entgegenwirken, die allein jedoch für die Ausübung von *Druck* noch nicht ausreichen, solange der Verbraucher im Prinzip frei ist, das Angebot anzunehmen oder abzulehnen. Alleine eine erhöhte Anreizwirkung, basierend auf emotionaler oder andersartiger Targetierung, reicht nach hier vertretener Auffassung³⁷ für das notwendige Druckelement noch nicht aus.³⁸ Derartige Fälle sollten daher meines Erachtens besser unter der Verbrauchergeneralklausel verhandelt werden, da der entscheidende Gehalt derartiger Targetierung weniger in der Ausübung von Druck als vielmehr in der potentiellen Ausschaltung rationaler Reflexionsstrukturen begründet liegt.

b) Verbrauchergeneralklausel

Die Verbrauchergeneralklausel wiederum hat nach Art. 5 Abs. 2 UGP-RL zwei entscheidende Voraussetzungen: Die Geschäftspraxis muss der beruflichen Sorgfalt widersprechen und das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich beeinflussen.

aa) Berufliche Sorgfalt

Definiert ist die berufliche Sorgfalt in Art. 2 lit. h UGP-RL als „Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, bei denen billigerweise davon ausgegangen werden kann, dass der Gewerbetreibende sie gegenüber dem Verbraucher gemäß den anständigen Marktgepflogenheiten und/oder dem allgemeinen Grund-

³⁵ EuGH, Rs. C-628/17, *Orange Polska*, ECLI:EU:C:2019:480, Rn. 47.

³⁶ Siehe etwa *Helberger et al.*, EU Consumer Protection 2.0, Study for Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC, im Erscheinen).

³⁷ Siehe ausführlicher *Hacker* (oben Fn. 8), B. I.2.

³⁸ Siehe etwa *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 38. Aufl., 2020, § 4a UWG Rn. 1.30; *Köhler*, Kopplungsangebote neu bewertet, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2010, 177, 182; BGH, Az. I ZR 4/06, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2011, 532, Rn. 22; Az. I ZR 192/12, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2014, 686, Rn. 38.

satz von Treu und Glauben in seinem Tätigkeitsbereich anwendet“. Diese vage Formulierung gleicht selbst wiederum einer kleinen Generalklausel. Bei ihrer Konkretisierung erscheint es daher unumgänglich, auf die widerstreitenden Grundrechtspositionen der Beteiligten zu rekurrieren³⁹ und insbesondere sekundärrechtliche Ausprägungen dieser Grundrechte zu berücksichtigen.⁴⁰ Für den Fall emotionaler Targetierung bedeutet dies, dass einerseits das grundrechtlich in Art. 16 GRCh geschützte Interesse des Unternehmers an effektiver Bewerbung von Produkten, andererseits aber auch die Grundrechte auf Privatheit (Art. 7 GRCh) und Datenschutz (Art. 8 GRCh) der jeweils Betroffenen, und ihre sekundärrechtlichen Konkretisierungen in DSGVO und ePrivacy-Verordnung, berücksichtigt werden müssen.

Insbesondere der Verstoß gegen substantielle Pflichten der DSGVO dürfte daher regelmäßig auch eine Verletzung der beruflichen Sorgfalt indizieren, da Verbraucher im Rahmen der digitalen Wirtschaft eine Einhaltung der elementaren Regulierungsvorgaben der DSGVO erwarten dürfen.⁴¹ Der EuGH hat denn auch festgestellt, dass sich die Regeln der beruflichen Sorgfalt insbesondere an den legitimen Verbrauchererwartungen orientieren müssen.⁴²

Problematisch ist allenfalls, dass fraglich sein kann, ob die Analyse zum Beispiel von Gesichtsausdrücken von nicht weiter identifizierten Passanten, verbunden mit einer instantanen Ausspielung von Werbung im Supermarkt oder im öffentlichen Raum, überhaupt die Verarbeitung personenbezogener Daten mit sich bringt.⁴³ Auf Grundlage von Richtlinien der Artikel 29 Datenschutzgruppe erscheint dies zumindest sehr zweifelhaft.⁴⁴ Auch in diesem Fall ist jedoch das Recht auf Privatheit, das unabhängig von der Verarbeitung personenbezogener Daten gilt,⁴⁵ zu beachten. Ferner zeigt sich in einer jüngeren empirischen Studie, dass eine Mehrheit der Befragten auch dann eine emotionale Targetierung zu Marketingzwecken ablehnt, wenn keine persönliche Identifizierung der Betroffenen erfolgt.⁴⁶ Unter Zugrundelegung dahingehender Verbrauchererwar-

³⁹ Der 25. Erwägungsgrund der UGP-RL nimmt ausdrücklich Bezug auf die Grundrechtscharta; vgl. ferner EuGH, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98, *Océano*, ECLI:EU:C:2000:346, Rn. 22–24; *Röthel*, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 2015, S. 225, Rn. 41 ff.

⁴⁰ Vgl. *Röthel* (oben Fn. 39), 2015, S. 225, Rn. 41.

⁴¹ Siehe etwa European Commission, *Attitudes on Data Protection and Electronic Identity in the European Union*, Special Eurobarometer 359, 2011, S. 74–75, 148–149; dies., *Flash Eurobarometer 443*, 2016, S. 4f.

⁴² EuGH, Rs. C-310/15, *Deroo-Blanquart*, ECLI:EU:C:2016:633, Rn. 34.

⁴³ *Clifford*, *The Legal Limits to the Monetisation of Online Emotions*, 2019, Rn. 309–311.

⁴⁴ Article 29 Working Party, *Opinion 3/2012 on developments in biometric technologies*, WP 193, 16 (soft biometrics); dies., *Opinion 02/2012 on Facial Recognition in Online and Mobile Services*, WP 192, 4 (categorization system); siehe auch *McStay*, *Empathic media and advertising*, 3 *Big Data & Society*, Article 2053951716666868, 6–8 (2016).

⁴⁵ Siehe etwa *Hacker*, *Datenprivatrecht*, 2020, S. 118f.

⁴⁶ *McStay*, *Emotional AI, soft biometrics and the surveillance of emotional life: An unusual consensus on privacy*, 7 *Big Data & Soc’y*, Article 2053951720904386, 9 (2020).

tungen ist daher bei emotionaler Targetierung zu Marketingzwecken jedenfalls dann, wenn keine wirksame, den Anforderungen der DSGVO entsprechende Einwilligung der betroffenen Person vorliegt,⁴⁷ von einer Verletzung der beruflichen Sorgfalt regelmäßig auszugehen. Die Integration von Wertungen der DSGVO und der Privatheit in die Interpretation der UGP-RL, die der Verfasser an anderer Stelle genauer begründet hat,⁴⁸ greift damit insgesamt eine Tendenz zu einer integrierten, rechtsbereichsübergreifenden, am Kohärenzprinzip des Unionsrechts orientierten Auslegung des europäischen Rechts auf.⁴⁹

bb) Wesentliche Beeinflussung

Dies allein reicht jedoch nicht, um die Unlauterkeit einer derartigen Geschäftspraxis zu begründen. Vielmehr muss eine Eignung zur wesentlichen Beeinflussung des Verbraucherverhaltens hinzutreten (Art. 5 Abs. 2 lit. b UGP-RL). Inwieweit der unionsrechtliche Durchschnittsverbraucher allein durch die Auspielung von emotionsbasierter Werbung oder andere Möglichkeiten digitaler Beeinflussung in seinem Entscheidungsverhalten wesentlich gestört wird, vermag man schwer abzuschätzen.⁵⁰ Entscheidend dürfte jedoch sein, dass die zunehmende Personalisierung digitaler Beeinflussung beantwortet werden muss mit einer entsprechenden Verfeinerung des jeweiligen Referenzakteurs auf Verbraucherseite.⁵¹ Personalisierte Targetierung erfordert insoweit differenzierte Regulierung.

Dafür bieten Art. 5 Abs. 2 und 3 UGP-RL jeweils Anknüpfungspunkte. Denn wenn sich eine Geschäftspraxis an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern richtet, bilden nach Art. 5 Abs. 2 UGP-RL lediglich die durchschnittlichen Mitglieder dieser Gruppe den Beurteilungsmaßstab für die wesentliche Beeinflussung.⁵² Dies erfasst nach hier vertretener Auffassung die Fälle bewusster

⁴⁷ Dazu genauer *Hacker* (oben Fn. 8), B.II.1.a)ii.

⁴⁸ *Hacker* (oben Fn. 8), B.II.1.a)i.

⁴⁹ *Helberger/Zuiderveen Borgesius/Reyna*, The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law, 54 *Common Market Law Review* 1427, 1439–1443 (2017); *Costa-Cabral/Lynskey*, Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law, 54 *Common Market. Law Review* 11 (2017); *Hacker*, Teaching fairness to artificial intelligence: existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law, 55 *Common Market Law Review* 1143 (2018); *Clifford/Graeff/Valcke*, Pre-formulated Declarations of Data Subject Consent – Citizen-Consumer Empowerment and the Alignment of Data, Consumer and Competition Law Protections, 20 *German Law Journal* 679 (2019).

⁵⁰ Siehe etwa *Schebesta/Purnhagen*, The Behaviour of the Average Consumer, 41 *European Law Review* 590, 596 (2016); *Trzaskowski*, in: Micklitz/Sibony/Esposito (Hrsg.), *Research Methods in Consumer Law*, 2018, S. 316, 324.

⁵¹ Siehe etwa *Hacker* (oben Fn. 8), B.II.2.b); *Hacker*, in: Busch/de Franceschi (Hrsg.), *Data Economy and Algorithmic Regulation 2020*, S. 421, Rn. 42 ff.

⁵² *Alexander*, Grundfragen des neuen § 3 UWG, *Wettbewerb in Recht und Praxis* 2016, 411, 415.

kognitiver oder emotionaler Targetierung, etwa durch Emotionale KI. Erfolgt hingegen die spezifische Targetierung bestimmter, kognitiv oder emotional definierter Verbrauchergruppen als unbeabsichtigte Nebenfolge maschinellen Lernens, so ließe sich, bei extensiver Auslegung der Begriffe der „geistigen Gebrechen“ oder der „Leichtgläubigkeit“, eine Verengung des Maßstabs auf diese Gruppe nach Art. 5 Abs. 3 UGP-RL rechtfertigen.⁵³ Die Differenzierung zwischen diesen beiden Absätzen des Art. 5 fängt mithin die oben erläuterte Differenzierung zwischen bewusster und unbewusster Targetierung vulnerabler Gruppen ein. So kann Regulierung aus der prä-KI-Ära adaptiv und spezifisch auf die Risiken des Einsatzes von KI in der digitalen Wirtschaft zugeschnitten werden.

Eine wesentliche Beeinflussung im Sinne dieses personalisierten Maßstabs könnte dann etwa in drei Fallgruppen angenommen werden. Erstens indizieren komplexe Entscheidungssituationen eine wesentliche Beeinflussung, da empirische Studien nahelegen, dass in diesen Fällen emotionale und kognitive Schwächen nur selten durch Verbraucher überwunden werden.⁵⁴ Zweitens liegt eine wesentliche Beeinflussung nahe, wenn zu erwarten steht, dass der Verbraucher seine Entscheidung später bereuen wird. Hier kommt die oben eingeführte Figur der *exploitative contracts* ins Spiel: Bei solchen Verträgen liegt regelmäßig nahe, dass Verbraucher sie im Nachhinein bereuen werden.⁵⁵ Drittens lässt sich überlegen, ob auch solche Handlungen, die ersichtlich gegen Meta- oder langfristige Präferenzen von Verbrauchern verstoßen, eine wesentliche Beeinflussung indizieren. Angesichts der Beweisschwierigkeiten ist gerade im Bereich der wesentlichen Beeinflussung eine Umkehrung der Darlegung- oder gar Beweislast durchaus erwägenswert.⁵⁶

Damit lässt sich festhalten, dass auch der Einsatz von Emotionaler KI zu Marketingzwecken nicht in jedem Fall gegen die Verbrauchergeneralklausel verstößt. Eine derartige, differenzierte Herangehensweise erscheint auch insoweit sinnvoll, als durchaus legitime Einsatzmöglichkeiten, gerade auf der Basis von technologisch unterstützter Einwilligung,⁵⁷ denkbar sind. Immerhin etwa 8 % der Befragten sprachen sich etwa für den Einsatz solcher Strategien selbst bei

⁵³ Siehe etwa European Commission, Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, SWD(2016) 163 final, S. 43.

⁵⁴ *Forgas*, Mood and judgment: the affect infusion model (AIM), 117 *Psychology Bulletin Journal* 39 (1995); *Hacker* (oben Fn. 15), 2017, S. 137ff.

⁵⁵ Im Detail kommt es hier auf den Grund an, der zu einem *exploitative contract* führt. Bei einer reinen Änderung der Nutzenfunktion des Verbrauchers wird häufig keine Reue auftreten; siehe im Einzelnen *Hacker* (oben Fn. 28), 2019, S. 92–94. Derartige Fälle können daher lediglich durch die erste oder die dritte erfasst werden. Bei Fehlvorstellungen über die Höhe des Preises oder die Konsumaktivität (außerhalb der Änderung der Nutzenfunktion) tritt hingegen regelmäßig Reue auf.

⁵⁶ Siehe *Helberger et al.* (oben Fn. 36); *Willis*, Deception by Design, Working Paper, 2020, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3694575>, Part III.A.

⁵⁷ Siehe dazu *Hacker* (oben Fn. 45), 2020, S. 593ff.

der Möglichkeit der persönlichen Identifizierung der betroffenen Personen aus, weitere 31 % im Falle der Unmöglichkeit der Identifizierung.⁵⁸ Dies legt nahe, dass auch aus Verbrauchersicht derartige Techniken nicht uniform sanktionswürdig erscheinen, sondern das Unlauterkeitsurteil auf bestimmte Fallgruppen, die eine wesentliche Beeinflussung indizieren, beschränkt bleiben sollte – wie es das Gesetz nach hier vertretener Auslegung bereits jetzt vorsieht.

2. Datenschutzrecht

Ein zweites Rechtsgebiet, das ganz zentral rechtliche Grenzen für digitale Austauschverhältnisse mit Verbrauchern definiert, ist das unionale (und zum Teil auch mitgliedstaatliche) Datenschutzrecht.

a) Datenschutzrecht als Verbraucherrecht

Bereits daran zeigt sich, dass das Datenschutzrecht nach hier vertretener Auffassung als integraler Bestandteil eines Datenprivatrechts⁵⁹ und, soweit es auf Verbraucher Anwendung findet, auch des europäischen Verbraucherrechts gedacht werden muss. Dies ist nicht unumstritten⁶⁰ und gegenwärtig Gegenstand einer Vorlage an den EuGH.⁶¹ So findet sich in der Tat der Begriff des Verbrauchers an keiner Stelle im eigentlichen Text der DSGVO. Nichtsdestoweniger gilt die DSGVO (natürlich) auch in Verbraucherrechtsverhältnissen, ja hier liegt aufgrund der Beschränkung des Schutzes der DSGVO auf natürliche Personen (Art. 1 Abs. 1 DSGVO) nachgerade das Zentrum der datenschutzrechtlich relevanten Konstellation. Die DSGVO setzt damit längst Maßstäbe für Marktgestaltung und Marktordnung im digitalen Verbraucherrecht. Zugleich wirken Normen und Wertungen der DSGVO tief in das europäische Privat- und Verbraucherrecht hinein.⁶²

b) Datenschutzrechtliche Grenzen

Die ausführliche Behandlung der Frage, wie mit emotionaler und anderer KI-basierter Targetierung im unionalen Datenschutzrecht umzugehen ist, würde jedoch ein eigenständiges Kapitel erfordern.⁶³ An dieser Stelle muss es daher mit einem Kurzüberblick sein Bewenden haben.

⁵⁸ *McStay* (oben Fn. 46), 9.

⁵⁹ Umfassend *Hacker* (oben Fn. 45), 2020.

⁶⁰ Siehe noch unten, bei Fn. 78.

⁶¹ BGH, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2020, 896.

⁶² *Hacker* (oben Fn. 45), 2020, § 5.

⁶³ Siehe etwa *Clifford* (oben Fn. 43), 2019; *Malgieri/Niklas*, Vulnerable data subjects, 37 *Computer Law & Security Review Article 105415* (2020).

aa) Anwendbarkeit der DSGVO

Nicht immer ganz eindeutig zu bestimmen ist, ob bei emotionaler Targetierung überhaupt personenbezogene Daten im Sinne von Art. 4 Nr. 1 DSGVO verarbeitet werden und daher der Anwendungsbereich der Verordnung nach Art. 2 Abs. 1 DSGVO eröffnet ist. Dies wurde oben bereits kurz thematisiert.⁶⁴ Jedenfalls dann, wenn eine Zuordnung der Marketingstrategie zu einer eindeutig identifizierenden Kennung (E-Mail-Adresse, Name, Profil auf sozialen Medien etc.) vorgenommen wird, ist regelmäßig von einer Verarbeitung personenbezogener Daten auszugehen.⁶⁵ Dies wird im Folgenden unterstellt.

Ferner gelten die Regeln der DSGVO nach Art. 5 Abs. 2 nur für den jeweils Verantwortlichen. Dies kann gerade beim Zusammenspiel verschiedener Akteure diffizile Fragen aufwerfen, wenn etwa die eigentliche Datenanalyse cloud-basiert durch externe Dienstleister erbracht wird. Auf Grundlage der Rechtsprechung des EuGH wird man jedoch sagen können, dass jedenfalls für die ursprüngliche Erhebung und Übermittlung der Daten derjenige (gegebenenfalls gemeinsam mit anderen Unternehmen) im Sinne von Art. 4 Nr. 7 DSGVO verantwortlich ist, der Targeting-Instrumente in seinen Webauftritt einbindet oder im physischen Raum installiert und von der Analyse – wie in aller Regel – profitiert.⁶⁶

bb) Materielle Grenzen und Einfluss des Lauterkeitsrechts

Sofern die DSGVO anwendbar ist, errichtet sie über eine Reihe von Normen materielle Grenzen für KI-basierte Targetierung von Verbrauchern. Insbesondere der Schutz vulnerabler Gruppen im Datenschutzrecht hat zuletzt vermehrt Aufmerksamkeit erfahren.⁶⁷ Zu nennen sind hier insbesondere der verstärkte Schutz sensibler Daten (Art. 9 DSGVO), das Widerspruchsrecht gegen Direktwerbung (Art. 21 Abs. 2 DSGVO), das grundsätzliche Verbot automatisierter Entscheidungsfindung im Einzelfall (Art. 22 DSGVO) sowie die Notwendigkeit einer Datenschutz-Folgenabschätzung (Art. 35 DSGVO). Der 75. Erwägungsgrund der DSGVO weist insbesondere darauf hin, dass im Rahmen der allfälligen Risikoabschätzung auf die Belange schutzbedürftiger Akteure besondere Rücksicht genommen werden muss, sodass insbesondere bei kognitiver und emotionaler Targetierung regelmäßig eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchgeführt werden muss.⁶⁸

⁶⁴ Siehe Text bei Fn. 43 f.

⁶⁵ *Zuiderveen Borgesius*, Singling out people without knowing their names, 32 Computer Law & Security Review 256, 262–265 (2016).

⁶⁶ EuGH, Rs. C-40/17, Fashion ID, ECLI:EU:C:2019:629, Rn. 75.

⁶⁷ *Malgieri/Niklas* (oben Fn. 63).

⁶⁸ *Malgieri/Niklas* (oben Fn. 63), 7.

Von besonderer Relevanz ist ferner, ob für die Durchführung derartiger Marketingstrategien überhaupt ein Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 DSGVO einschlägig ist.⁶⁹ Außerhalb des Einwilligungstatbestands kommt hier insbesondere die Interessenabwägungsklausel des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO in Betracht.⁷⁰ An dieser zeigt sich einmal mehr die Verbundenheit unterschiedliche Akte des unionalen Sekundärrechts. Wenn nämlich die Datenverarbeitung zum Zwecke einer Geschäftspraxis erfolgt, die als unlauter zu bewerten ist, so muss die Abwägung zu Gunsten der betroffenen Person ausfallen, was auch die Orientierungshilfe der deutschen Datenschutzbüroen zu Recht hervorhebt.⁷¹

Umgekehrt kann die Lauterkeit der Geschäftspraxis nach hier vertretener Auffassung zumindest als Indiz gewertet werden, dass die Interessenabwägung im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO zu Gunsten des Unternehmens ausfällt.⁷² Da jedoch datenschutzrechtliche Risiken im Rahmen der lauterkeitsrechtlichen Analyse typischerweise nicht im selben Umfang oder mit demselben Gewicht in die Auslegung einbezogen werden wie im Rahmen der DSGVO, kann es hier durchaus auch zu abweichenden Beurteilungen kommen. Diese nicht-determinierende Berücksichtigung lauterkeitsrechtlicher Aspekte im Rahmen der DSGVO lässt sich auch auf das Verhältnis von UGP-RL und datenschutzrechtlichem Fairnessgebot (Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO) übertragen.⁷³ Sie folgt in der Sache der Rechtsprechung des EuGH zum Verhältnis von UGP-RL und Klauselrichtlinie.⁷⁴ Nach diesem Verständnis bieten UGP-RL, Klauselrichtlinie und DSGVO verbundene, komplementäre, aber nicht identische Fairnessstandards, die zwar die Wertungen des jeweils anderen Rechtsbereichs berücksichtigen, zugleich jedoch die Eigengesetzlichkeiten des auszulegenden Rechtsakts respektieren.

3. Unzulänglichkeiten

Das skizzierte Zusammenspiel von Lauterkeitsrecht und Datenschutzrecht ermöglicht auf den ersten Blick eine flexible und sachadäquate Bewältigung der Herausforderungen KI-basierter Marketingstrategien durch das bestehende Unionsrecht. Bei näherem Hinsehen fallen jedoch zumindest drei Unzulänglichkeiten auf. Erstens kann die Targetierung von Verbrauchern zu Zeitpunkten, in denen sie emotionale oder kognitive Schwächen aufweisen, zu einer Kon-

⁶⁹ Zur Problematik des Art. 6 Abs. 4 DSGVO, siehe etwa *Hacker* (oben Fn. 45), 2020, S. 287f.

⁷⁰ Skeptisch allerdings in vergleichbaren Situationen etwa Europäischer Datenschutzausschuss (EDPB), Guidelines 8/2020 on the targeting of social media users, 2020, Rn. 59, 71.

⁷¹ Datenschutzkommission (DSK), Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, 2019, S. 20.

⁷² Vgl. DSK (oben Fn. 71), 2019, S. 11.

⁷³ *Hacker* (oben Fn. 45), 2020, S. 151 f., 470 ff.

⁷⁴ EuGH, Rs. C-453/10, *Pereničová und Perenič*, ECLI:EU:C:2012:144, Rn. 43 f.; Rs. C-109/17, *Bankia*, ECLI:EU:C:2018:735, Rn. 49.

sumsentscheidung führen, die von rationalen Standards erheblich abweicht.⁷⁵ Dies würde, neben einer Sanktionierung durch das Lauterkeitsrecht, an sich auch die Gewährung eines Widerrufsrechts nahelegen, sofern eine Selbstkorrektur der Verbraucher nicht unwahrscheinlich ist. Im stationären Handel, in dem Emotionale KI möglicherweise in der Zukunft eine erhebliche Rolle spielen wird, existiert jedoch bislang auf unionaler Ebene kein Widerrufsrecht.

Zweitens bestehen erhebliche Schwierigkeiten im Bereich der Rechtsdurchsetzung.⁷⁶ Dies beginnt in rechtstatsächlicher Hinsicht mit der Komplexität und Opazität der eingesetzten algorithmischen Modelle.⁷⁷ Verstärkt wird dieser Missstand durch jüngere Entwicklungen in der Auslegung der nationalen und unionalen Sanktionsbestimmungen. So ist gegenwärtig heftig umstritten, ob die zur Durchsetzung des Lauterkeitsrechts berufenen Entitäten (§ 8 Abs. 3 UWG), insbesondere Mitbewerber und Verbraucherverbände, klagebefugt sind, wenn sie sich primär auf die Verletzung von Datenschutzrecht stützen.⁷⁸ Dies kann nach deutschem Recht, neben den obigen Ausführungen zur beruflichen Sorgfalt,⁷⁹ insbesondere im Rahmen des Rechtsbruchtatbestandes des § 3a UWG oder bei Klage nach § 2 Abs. 2 Nr. 11 UKlaG der Fall sein. Der BGH hat dem EuGH bekanntlich im Mai 2020 die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob das Sanktionenkapitel der DSGVO, in dem Mitbewerber und Verbraucherverbände nicht genannt werden, einer derartigen Klagebefugnis entgegensteht.⁸⁰ Umgekehrt sind die primär zur Durchsetzung des Datenschutzrechts vorgesehenen Datenschutzaufsichtsbehörden tendenziell strukturell überlastet.⁸¹ Bei Ver-

⁷⁵ *Calo*, Digital Market Manipulation, 82 The George Washington Law Review 995 (2014).

⁷⁶ *Helberger et al.* (oben Fn. 36).

⁷⁷ *Burrell*, (oben Fn. 21); *Cronin* (oben Fn. 18).

⁷⁸ Siehe zu diesem Streit einerseits *Köhler*, Durchsetzung der DSGVO mittels UWG und UKlaG?, Wettbewerb in Recht und Praxis 2018, 1269; *ders.*, Datenschutz – eine neue Aufgabe für das Wettbewerbsrecht?, Zeitschrift für Datenschutz 2019, 285; andererseits *Uebele*, Datenschutzrecht vor Zivilgerichten. Die Durchsetzung des Datenschutzrechts über UWG und UKlaG auf dem Prüfstand von Rechtsprechung und Gesetzgeber, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2019, 694; *Wolff*, UWG und DSGVO: Zwei separate Kreise? Qualifizierung von Datenschutzbestimmungen der DSGVO als Marktverhaltensregelungen i. S. v. § 3a UWG, Zeitschrift für Datenschutz 2018, 248; differenzierend *Ohly*, UWG-Rechtsschutz bei Verstößen gegen die Datenschutz-Grundverordnung?, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2019, 686.

⁷⁹ Da in diesem Fall eine wesentliche Beeinflussung der Verbraucher nach Maßgabe der UGP-RL hinzukommen muss, besteht nach hier vertretener Auffassung eine Klagebefugnis zum Beispiel nach § 8 Abs. 3 UWG auch dann, wenn der EuGH diese für den Fall des Rechtsbruchtatbestandes oder des UKlaG ablehnen sollte. Denn dann liegt der Verletzung des UWG eine (zumindest auch) genuin lauterkeitsrechtliche Bewertung zu Grunde, sodass nicht lediglich eine Verletzung der DSGVO mit anderen Mitteln durchgesetzt wird.

⁸⁰ BGH, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2020, 896; siehe auch Text bei Fn. 61.

⁸¹ *Schulzki-Haddouti*, Implodierende Aufsichtsbehörden, PinG-Blog, 29.03.2019, abrufbar unter: <https://www.pingdigital.de/blog/2019/03/29/implodierende-aufsichtsbehoerden/1626>; andeutend *Ohly* (oben Fn. 78), 690.

brauchern selbst herrscht die bekannte, aus Apathie und Klagerisiken gespeiste Zurückhaltung bei der Durchsetzung von Ansprüchen aus der DSGVO. Es steht kaum zu erwarten, dass die nun vorgeschlagenen Individualansprüche von Verbrauchern bei lauterkeitsrechtlichen Gesetzesverletzungen diesen Befund signifikant korrigieren werden.

Drittens steht und fällt die Anwendbarkeit der DSGVO, und damit auch ihre Ausstrahlungswirkung auf die UGP-RL, mit der Verarbeitung personenbezogener Daten.⁸² Wie gesehen, ist keineswegs gesichert, ob in den Fällen instantaner Ausbildung von Werbung gegenüber nicht weiter identifizierten Personen ein hinreichender Personenbezug festgestellt werden kann.

IV. Regulierungsperspektiven

Aus diesen Limitationen des bestehenden Rechts erwächst die Notwendigkeit, verstärkt über Reformperspektiven zu diskutieren. Der letzte Teil dieses Beitrags skizziert dafür drei Denkanstöße, die den drei genannten Unzulänglichkeiten entgegenwirken sollen.

1. Widerrufsrecht

Zunächst erscheint es sinnvoll, angesichts der zunehmend komplexen, KI-basierten Einflussnahme auf Konsumentscheidungen ein Widerrufsrecht bei Verträgen, die auf kognitive oder emotionale Targetierung zurückgehen, anzuerkennen.⁸³ Dies würde bedeuten, dass insbesondere, über die geltenden Vorschriften der Verbraucherrechtlinie hinaus, auch Transaktionen im stationären Handel insoweit erfasst würden. Gegenüber einer durchaus für einzelne Fallgestaltungen auch denkbaren Rückabwicklung über die culpa in contrahendo⁸⁴ oder über eine Unwirksamkeit wegen Sittenwidrigkeit⁸⁵ hätte dies den großen Vorteil, dass kein Streit über die einzelnen Voraussetzungen dieser Rechtsfiguren geführt werden müsste.

Die kognitiven Probleme, die mit der Gewährung eines Widerrufsrechts grundsätzlich einhergehen (Prokrastination; Informationsüberlastung; Unkenntnis; *endowment effect*), sind allerdings aus der Verhaltensforschung wohlbekannt.⁸⁶ Hinzu kommt, dass nicht alle Schwächen und Fehler, auf welche sich

⁸² Siehe etwa European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, Handbook on European data protection law, 2018, S. 83 ff.

⁸³ Siehe in diese Richtung auch *Wagner/Eidenmüller*, Down by Algorithms: Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences, 86 The University of Chicago Law Review 581, 597 (2019).

⁸⁴ *Hacker* (oben Fn. 15), 2017, S. 653 ff., besonders 661 ff.

⁸⁵ *Hacker* (oben Fn. 15), 2017, S. 669 ff., 700 ff.

⁸⁶ *Luzak*, To withdraw or not to withdraw?, 37 Journal of Consumer Policy 91, 100 (2014);

KI-basierte Targetierung bewusst oder unbewusst stützen kann, wie von selbst innerhalb der Widerrufsfrist verschwinden werden.⁸⁷ Gerade bei emotionaler Targetierung erscheint es jedoch durchaus realistisch, da starke Emotionen typischerweise mit der Zeit – jedenfalls innerhalb von 14 Tagen – nachlassen⁸⁸ und durch Targetierung veranlasste Impulskäufe so rückabgewickelt werden können. Dies deckt sich im Wesentlichen mit der bereits oben genannten Fallgruppe, in welcher Verbraucher ihre Entscheidung bereuen.⁸⁹ Die doppelte Erfassung dieser Fallgruppe, durch ein Widerrufsrecht und die UGP-RL, erscheint allerdings insoweit sinnvoll, als einerseits Widerrufsrechte, wie bemerkt, nur einen unvollkommenen Schutz vor fehlerhaften Entscheidungen bieten, andererseits die Durchsetzung der UGP-RL, wie gesehen, vor erheblichen Herausforderungen steht. Widerrufsrechte müssen insoweit jedenfalls salient kommuniziert werden.⁹⁰

2. *Non-Manipulation by Design*

Jenseits der hergebrachten, in ihrer Wirkung jedoch beschränkten Instrumente des Verbraucherrechts – Informationen und Widerrufsrechte – erscheint es angebracht, über neue Wege nachzudenken, auf denen die unlautere Manipulation von Verbraucherentscheidungen bereits *ex ante* verhindert werden kann.⁹¹ Dies würde die manifesten Probleme der Rechtsdurchsetzung zumindest erheblich verringern. Nach hier vertretener Auffassung bietet es sich insbesondere an, den Rechtsgedanken von Art. 25 und 35 DSGVO auf die UGP-RL zu übertragen. Während diese Vorschriften im Rahmen des Datenschutzrechts nun verbindlich *data protection by design* und proaktive Modellüberprüfungen bei besonders hohen Risiken für die betroffenen Personen eingeführt haben,⁹² fehlt eine entsprechende Vorschrift im Lauterkeitsrecht, die *non-manipulation by design* als verbindlichen Grundsatz aufstellen würde. Eine Ausarbeitung der genauen

Lurger et al., Consumer Decisions Under High Information Load: How Can Legal Rules Improve Search Behavior and Decision Quality? Working Paper, 2016, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=2731655>; siehe auch Lurger, in: Nessel et al. (Hrsg.), *Multiperspektivische Verbraucherforschung*, 2018, S. 113; ausführlich Hacker (oben Fn. 15), 2017, S. 532 ff.

⁸⁷ Siehe etwa Larrick (oben Fn. 27), 2004, S. 316; Hacker (oben Fn. 28), 2019, S. 108.

⁸⁸ Lerner et al. (oben Fn. 32), 811.

⁸⁹ Siehe oben, Text bei Fn. 55.

⁹⁰ Lurger et al. (oben Fn. 86), 2016; Hacker (oben Fn. 15), 2017, S. 561, allgemeiner S. 444 ff.

⁹¹ Siehe dazu auch bereits Hacker (oben Fn. 28), 2019, S. 109–113.

⁹² Siehe dazu etwa Hansen, in: Lehmann et al. (Hrsg.), *Privacy and Identity Management. Facing up to Next Steps*, 2016, S. 27; Bygrave, *Data protection by design and by default: deciphering the EU's legislative requirements*, 4 *Oslo Law Review* 105 (2017); Danezis et al., *Privacy and Data Protection by Design – from policy to engineering*, ENISA Report, 2014; Bieker et al., *A process for data protection impact assessment under the European general data protection regulation*, Annual Privacy Forum, 2016; Kaminski/Gianclaudio, *Multi-layered explanations from algorithmic impact assessments in the GDPR*, Proceedings of the 2020 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency, 2020.

Konturen einer solchen Vorschrift muss weiteren Publikationen vorbehalten bleiben. Zentrale Idee wäre jedoch, im Wege risikobasierter Regulierung Unternehmen zu verpflichten, die von ihnen eingesetzten algorithmischen Modelle auf die Konformität mit den Anforderungen des EU-Lauterkeitsrechts testen zu lassen.⁹³ Dies würde letztlich auf eine Auditierungspflicht hinauslaufen, deren Tiefe sich nach den konkreten, mit dem Modell einhergehenden Risiken bemessen würde.⁹⁴

Problematisch erscheint hier allerdings insbesondere, inwiefern die Generalklausel der UGP-RL einer Abbildung und damit Auditierung auf Modellebene zugänglich ist.⁹⁵ Im Anti-Diskriminierungsrecht wurden etwa in den vergangenen Jahren eine Reihe von Metriken entwickelt, die eine Einhaltung diskriminierungsrechtlicher Standards auf Modellebene gewährleisten sollen.⁹⁶ Dies ist jedoch insbesondere deshalb möglich, weil das Anti-Diskriminierungsrecht schon immer mit einem (auch statistischen) Vergleich von Gruppen operiert,⁹⁷ der verhältnismäßig gut jedenfalls in erster Näherung in mathematischen Strukturen gespiegelt werden kann, die dann wiederum Randbedingungen für das algorithmische Modell abgeben.⁹⁸ Auch für die Einhaltung datenschutz- oder AGB-rechtlicher Standards kommen vermehrt Prüfalgorithmen zum Einsatz.⁹⁹ Das Lauterkeitsrecht mit seiner offeneren Abwägung stellt die Modellierung hier jedoch vor noch größere Herausforderungen.

Eine Lösung müsste sich meines Erachtens an zwei Richtlinien orientieren. Erstens müssten Fallgruppen etabliert werden, die mit hinreichender Sicherheit unter der UGP-RL legal oder aber illegal sind. Eine kontextbasierte Rest-

⁹³ Auch für US-Firmen gilt, wenn sie in Europa tätig werden, regelmäßig nach dem Marktortprinzip EU-Recht, siehe zum Lauterkeitsrecht *Drexler*, in: Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Aufl., 2018, Internationales Wirtschaftsrecht Teil 9. Internationales Wettbewerbs- und Kartellrecht, Internationales Lauterkeitsrecht Rn. 2; *Lurger/Melcher*, Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, 2020 Rn. 761; zum Wirtschaftsrecht allgemein *Maier*, Marktortanknüpfung im internationalen Kartelldeliktsrecht, 2011; aber auch *Engel*, Internationales Kapitalmarktdeliktsrecht, 2019, S. 220.

⁹⁴ Siehe auch *Selbst*, Disparate impact in big data policing, 52 Georgia Law Review 109, 168–193 (2017); *Veale/Binns*, Fairer machine learning in the real world: Mitigating discrimination without collecting sensitive data, 4 Big Data & Society, Article 2053951717743530 (2017).

⁹⁵ Siehe etwa *Benzmüller/Fuenmayor/Lomfeld*, Encoding legal balancing: automating an abstract ethico-legal value ontology in preference logic, arXiv preprint arXiv:2006.12789 (2020).

⁹⁶ Überblick bei *Dunkelau/Leuschel*, Fairness-Aware Machine Learning, Working Paper, 2019; *Pessach/Shmueli*, Algorithmic Fairness, arXiv preprint arXiv:2001.09784 (2020).

⁹⁷ *Hacker* (oben Fn. 49), 1153.

⁹⁸ *Zehlike et al.*, Matching code and law: achieving algorithmic fairness with optimal transport, 34 Data Mining & Knowledge Discovery 163 (2020); siehe aber auch *Wachter/Mittelstadt/Russell*, Why Fairness Cannot Be Automated: Bridging the Gap Between EU Non-Discrimination Law and AI, Stand: 03.03.2020, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3547922>.

⁹⁹ *Hacker* (oben Fn. 45), 2020, S. 566 ff.

unsicherheit und Unschärfe wird sich dabei nicht vermeiden lassen, schon allein deshalb, weil eine per se-Unlauterkeit laut dem EuGH bekanntermaßen nur der schwarzen Liste zukommt.¹⁰⁰ Nichtsdestoweniger wird das hergebrachte Konzept der Konkretisierung von Generalklauseln mithilfe von Fallgruppen auch im Rahmen des Lauterkeitsrechts angewandt.¹⁰¹ In einem zweiten Schritt müssten dann Metriken etabliert werden, welche diese Fallgruppen mathematisch zumindest näherungsweise abbilden. Im Bereich der kognitiven oder emotionalen Targetierung können sich derartige Metriken am Vergleich von unterschiedlichen Gruppen orientieren, etwa derjenigen mit starken negativen Emotionen gegenüber dem Rest der Verbraucher. Unter Einsatz von bekannten Maßen aus dem Bereich der algorithmischen Fairness (z. B. disparity measure)¹⁰² ließen sich dann Schwellen definieren, die eine untere Schranke für die unterschiedliche Behandlung dieser Gruppen abgeben. Das Resultat wäre, dass das Modell im Durchschnitt Verbraucher mit starken negativen Emotionen nicht signifikant anders behandelt als andere Verbraucher, sodass diesbezüglich auch keine Ausnutzung von situationsbedingten Schwächen erfolgt. Die damit einhergehenden Detailfragen, auch im Bereich des Datenschutzes,¹⁰³ machen hier weitere Forschung unumgänglich. Zumindest konzeptuell lässt sich damit jedoch das Problem der mangelnden Rechtsdurchsetzung, besonders bei der unbewussten Targetierung durch Modelle maschinellen Lernens, erheblich verringern.

3. *Privatheits-Grundverordnung?*

Schließlich ist nicht zu übersehen, dass in einer ganzen Reihe von Bereichen die Beschränkung der DSGVO auf personenbezogene Daten Unsicherheit über ihre Anwendbarkeit und damit die zentralen rechtlichen Rahmenbedingungen aufkommen lässt.¹⁰⁴ Im Fall der emotionalen Targetierung besteht jedoch auch unabhängig von der Frage des Personenbezugs ein unabweisliches Interesse an der Berücksichtigung von legitimen Forderungen nach Privatheit.¹⁰⁵ Letztlich gilt es hier, ein abgestimmtes Regime von Privatheit jenseits von personaler Identifizierbarkeit aufzustellen. Dies kann zunächst einmal, *de lege lata*, rekurrieren auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das freilich gänzlich mitgliedstaatlich

¹⁰⁰ Siehe den 17. Erwägungsgrund der UGP-RL und EuGH, Rs. C-628/17, Orange Polska, ECLI:EU:C:2019:480, Rn. 25.

¹⁰¹ Siehe etwa EuGH, Rs. C-628/17, Orange Polska, ECLI:EU:C:2019:480, Rn. 49.

¹⁰² *Yang et al.*, A nutritional label for rankings, Proceedings of the 2018 international conference on management of data, 2018, 1773.

¹⁰³ Siehe etwa Art. 9 DSGVO.

¹⁰⁴ Dies ist neben dem Bereich der Erfassung biometrischer Merkmale von nicht weiter identifizierten Personen (s. Fn. 44) insbesondere auch bei KI-Trainingsdaten zu konstatieren, siehe *Hacker*, A Legal Framework for AI Training Data, Law, Innovation and Technology (im Erscheinen), abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3556598>; siehe nunmehr auch Art. 10 und 52 Abs. 2 des Artificial Intelligence Act.

¹⁰⁵ *McStay* (oben Fn. 46).

geprägt ist, und an Diskussionen etwa zum Einsatz von Bodyscannern in Flughäfen anknüpfen.¹⁰⁶

Gegenüber der DSGVO hat das allgemeine Persönlichkeitsrecht den Vorteil, dass es, wie auch die ePrivacy-Richtlinie,¹⁰⁷ auch dann anwendbar ist, wenn keine personenbezogenen Daten verarbeitet werden.¹⁰⁸ Allerdings sind die Vorgaben zugleich noch weniger präzise als diejenigen der DSGVO. Zwar lässt sich hier auf eine lange Rechtsprechungstradition zurückgreifen.¹⁰⁹ Es fehlen aber insbesondere die konkreten Vorgaben, welche die DSGVO im Bereich der Organisation der unternehmensinternen Compliance vorhält (Art. 23 ff. DSGVO). Materiell ist im deutschen Recht etwa regelmäßig eine umfassende Interessenabwägung anzustellen,¹¹⁰ die mit Blick auf den Argumentationshaushalt durchaus mit der Interessenabwägungsklausel der DSGVO vergleichbar ist. Auch wenn hier vieles auf den Einzelfall ankommen wird, so ließe sich dennoch argumentieren, dass im Grundsatz der Einsatz von Technologien, die automatisiert mentale Zustände auslesen, gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht verstößt, wenn nicht eine Einwilligung der betroffenen Person vorliegt. Deren Interessen werden nicht nur durch die genannten empirischen Untersuchungen gestärkt, wonach eine Mehrheit derartige Strategien jedenfalls im Bereich des Marketing ablehnt. Vor allem erscheint der Zugriff auf mentale Zustände einem Eingriff in die Intimsphäre vergleichbar, selbst wenn die Person nicht im Einzelnen identifizierbar ist. Denn es gibt nach hier vertretener Auffassung ein signifikantes und schützenswertes Interesse Einzelner daran, nicht einer automatisierten Analyse innerster Zustände – gleichsam des *forum internum* – ausgesetzt zu sein. Selbst bei Nicht-Identifizierbarkeit der einzelnen Person würde dies das Verhältnis des Individuums zum öffentlichen und privaten Raum, in dem derartige Techniken eingesetzt werden, radikal verändern.¹¹¹ Chilling-Effekte lägen dann nahe.¹¹² Wenn schon Cookies lediglich einwilligungsbasiert gesetzt werden dürfen,¹¹³ muss dies *a fortiori* für die Auslesung mentaler Zustände gelten. Dass für eine

¹⁰⁶ Busche, Der Einsatz von Bodyscannern an deutschen Flughäfen, Die öffentliche Verwaltung 2011, 225, 229 ff.; Gellert/Gutwirth, The Legal Construction of Privacy and Data Protection, 29 Computer Law & Security Review 522, 527 (2013); Mironenko, Body scanners versus privacy and data protection, 27 Computer Law & Security Review 232, 237–240 (2011).

¹⁰⁷ Siehe oben, Fn. 45.

¹⁰⁸ Vgl. die Nachweise in Fn. 106.

¹⁰⁹ Siehe etwa Rixecker, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl., 2018, BGB nach § 12 Rn. 189 ff.

¹¹⁰ Siehe nur Rixecker, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl., 2018, BGB nach § 12 Rn. 169 ff.

¹¹¹ McStay (oben Fn. 44), 6.

¹¹² Siehe etwa Hermstrüwer/Dickert, Sharing is daring: An experiment on consent, chilling effects and a salient privacy nudge, 51 International Review of Law & Economics 38 (2017).

¹¹³ EuGH, Rs. C-673/17, Planet49, ECLI:EU:C:2019:801; BGH, GRUR 2020, 891 (Cookie-Einwilligung II).

adäquate Einwilligungspraxis dann ebenfalls neue Wege beschritten werden müssen, versteht sich von selbst.¹¹⁴ Eine Option besteht etwa darin, dass eine Einwilligung auf der Grundlage von nutzerbasierten Voreinstellungen automatisiert erteilt wird, etwa durch semi-autonome Privatsphäre-Assistenten.¹¹⁵ Zu den regulatorischen Rahmenbedingungen derartiger Assistenten besteht noch erheblicher Forschungsbedarf,¹¹⁶ auch wenn Prototypen bereits in der Erprobung sind.¹¹⁷

Eine einheitliche europäische Regelung könnte hier Rechtssicherheit bringen und zugleich durch die Beseitigung eines regulatorischen Flickenteppichs der Förderung des Binnenmarkts dienen. Daran müssten letztlich auch die Anbieter derartiger Technologien Interesse haben. Eine Möglichkeit läge daher in einer europäischen Privatheits-Grundverordnung, gestützt auf Art. 114 AEUV,¹¹⁸ die den Einsatz und Handel mit besonders privatheitsinvasiven Verfahren und Technologien unabhängig von der Eingriffsschwelle des Personenbezugs der jeweils verarbeiteten Daten regelt. Eine solche Verordnung müsste auch über den Anwendungsbereich der von der Kommission vorgeschlagenen ePrivacy-Verordnung mit der dortigen Fixierung auf den Zugriff auf „Endeinrichtungen“ (Art. 8) hinausgehen,¹¹⁹ da der menschliche Körper schlicht nicht unter diesen Begriff subsumiert werden kann. Hier könnten dann auch regulatorische Vorschläge zu einem *blacklisting* von bestimmten, KI-basierten Praktiken aufgenommen und weiterentwickelt werden, die bislang im Kontext einer möglichen KI-Regulierung auf unionaler Ebene verhandelt werden.¹²⁰ Zugleich wäre es meines Erachtens wünschenswert, neben möglichen schwarzen Listen auch weiße Listen zu etablieren, die Unternehmen in Bereichen signifikanter Rechtsunsicherheit einen schützenden Hafen bieten können (*safe harbors*).¹²¹ So ließe sich womöglich erhöhte Rechtssicherheit mit Anreizen für sozial wünschenswerte Innovation kombinieren. Hinzukommen müsste schließlich ein Abschnitt, der die wesentlichen Neuerungen der DSGVO im Bereich der unternehmens-

¹¹⁴ Hacker (oben Fn. 45), 2020, S. 578 ff.

¹¹⁵ Siehe dazu Hacker (oben Fn. 45), 2020, S. 593 ff.

¹¹⁶ Siehe etwa Gal/Elkin-Koren, Algorithmic Consumers, 30 Harvard Journal of Law & Technology 309 (2016).

¹¹⁷ Siehe etwa Das et al., Personalized privacy assistants for the internet of things: providing users with notice and choice, 17 IEEE Pervasive Computing 3, 35 (2018).

¹¹⁸ Siehe Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation), COM(2017) 10 final, S. 4 f.; die Einschlägigkeit von Art. 114 AEUV müsste im Einzelnen näher untersucht werden, vgl. etwa Terhechte, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 1. Aufl., 2017, AEUV Art. 114 Rn. 54.

¹¹⁹ Siehe die vorangegangene Fn.

¹²⁰ Schneider/Wendehorst, (oben Fn. 1), 9.

¹²¹ Siehe etwa Hacker (oben Fn. 1), 2142, Rn. 9.

internen Compliancevorgaben und der Co-Regulierung widerspiegelt.¹²² Dies entspräche einem Regulierungskonzept, das zumindest *auch* auf die Eigeninitiative der regulierten Akteure setzt und zugleich proaktiv illegitime Praktiken zu unterbinden versucht,¹²³ statt Betroffene lediglich reaktiv mit Ansprüchen zu versehen, deren Durchsetzung häufig zweifelhaft ist.

V. Zusammenfassung

Auf europäischer Ebene befasst sich gegenwärtig eine Reihe von Gesetzgebungsinitiativen mit der Anpassung des Regulierungsrahmens an die digitale Transformation. Der vorliegende Beitrag musste schon aus Platzgründen eine Auswahl vornehmen und fokussierte sich mit den *mind-reading technologies* und emotionaler Targetierung auf ein Phänomen, das prädestiniert dafür ist, aus unterschiedlichen interdisziplinären Perspektiven untersucht zu werden. Der Blick auf die Informatik und die Ökonomik zeigt, dass der Einsatz maschinellen Lernens in Marketingstrategien dazu führen kann (aber nicht muss), dass individuelle Fehler von Verbrauchern, gezielt oder als Nebenfolge maschineller Optimierung, Marketingstrategien und Vertragsangeboten zu Grunde gelegt werden. Dadurch können *exploitative contracts* entstehen, die mittlerweile in der ökonomischen Literatur sowohl theoretisch als auch empirisch gut untersucht sind. Diese bringen nicht nur Nachteile für die jeweils betroffenen Verbraucher, sondern auch, in bestimmten Konstellationen, für die volkswirtschaftliche Gesamtwohlfahrt mit sich.

Der bestehende europäische Rechtsrahmen bietet allerdings durchaus Ansatzpunkte, um im Bereich digitalen Marketings Strategien, die zu einer besseren Befriedigung von Verbraucherinteressen führen, von jenen zu scheiden, die erwartbarer Weise primär Nachteile für Verbraucher generieren. Im Bereich des Lauterkeitsrechts definiert die Verbrauchergeneralklausel einen flexiblen Rechtsstandard, der auch neueste Varianten KI-basierter Targetierung einzufangen vermag. Das Datenschutzrecht wiederum setzt der diesen Techniken zu Grunde liegenden Verarbeitung personenbezogener Daten ebenfalls durchaus substantielle Grenzen. Problematisch ist allerdings insbesondere dreierlei: dass der Anwendungsbereich von Widerrufsrechten nicht mit den neuen Formen von exogenen Präferenzänderungen übereinstimmt; dass die Durchsetzung des

¹²² Siehe zur Co-Regulierung bei der DSGVO etwa *Hacker* (oben Fn. 45), 2020, S. 300ff.; *Jones/Kaminski*, An American's Guide to the GDPR, 98 *Denver Law Review* (2020, im Erscheinen).

¹²³ Siehe zu derartigen Ansätzen etwa *Bartle/Vass*, Self-regulation and the regulatory state: A survey of policy and practice, Centre for the Study of Regulated Industries, University of Bath School of Management, Research Report, 2005, S. 17, 33; *Marsden*, Internet Co-Regulation, 2001, S. 54; *Leyens*, Comply or Explain im Europäischen Privatrecht, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2016, 388.

rechtlichen Rahmens an rechtstatsächlichen und rechtsdogmatischen Hindernissen zu scheitern droht; und dass schließlich erhebliche Teile des unionalen Regulierungsrahmens nicht mehr greifen, wenn kein hinreichender Personenbezug der Daten festgestellt werden kann.

Für die Anpassung des unionalen Verbraucherrechts an die Herausforderungen der Digitalisierung gibt es keine Patentlösung. Vielmehr werden unterschiedliche Instrumente intelligent kombiniert werden und ineinandergreifen müssen. Auf Basis der hier untersuchten Phänomene und diagnostizierten Unzulänglichkeiten unterbreitet dieser Beitrag drei Vorschläge: erstens die Erweiterung des Widerrufsrechts auf Varianten kognitiver und emotionaler Targetierung auch im stationären Handel; zweitens die Übertragung des Rechtsgedankens von *data protection by design*, Art. 25 DSGVO, auf eine entsprechende, neu zu schaffende Vorschrift in der UGP-RL zu *non-manipulation by design*; und drittens die Entwicklung eines einheitlichen unionalen Rechtsrahmens für die automatisierte Analyse mentaler und körperlicher Zustände, die aus dem Analyseraster der DSGVO hinauszufallen drohen. Die gegenwärtige Diskussion über eine umfassende KI-Regulierung auf europäischer Ebene macht zumindest Hoffnung, dass derartigen Reformprojekten nicht notwendig dasselbe Schicksal wie der lange Zeit festgefahrenen ePrivacy-Verordnung beschieden sein muss.¹²⁴ Zugleich bleibt beachtenswert, dass auch auf Basis des geltenden Rechts bereits eine Reihe von Herausforderungen, welche die neueste Generation digitaler Technologien für das Verbraucherrecht bereithält, wenn schon nicht abschließend gemeistert, so doch zumindest signifikant abgemildert werden können.

¹²⁴ Siehe nunmehr aber den Kompromissvorschlag der deutschen Ratspräsidentschaft vom 4.11.20: Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications), Interinstitutional File: 2017/0003(COD).

Gedankenlesende Algorithmen

Eine psychologische Betrachtung

Ursula Athenstaedt

In seinem Referat berichtete Herr Hacker über Technologien, die vermeintlich unsere Gedanken lesen können und somit mit unglaublichen Möglichkeiten der Manipulation und Kontrolle unseres Verhaltens ausgestattet wurden. Das ist für PsychologInnen ein sehr spannendes Thema, vor allem wenn man bedenkt, dass die psychologische Forschung von ihrem Anbeginn an bestrebt war, menschliches Verhalten, die Gedanken und das Erleben schlechthin zu verstehen und eventuell auch vorhersagen zu können. Hier scheinen uns die angesprochenen Algorithmen in kürzester Zeit überholt zu haben. Dies ist bis zu einem gewissen Grad eine Tatsache und wir müssen uns dieser Tatsache stellen.

Wie kann man sich die Funktionsweise von Algorithmen vorstellen? Diese Frage kann die Autorin nur in Relation zur psychologischen Methodenlehre beantworten. Ein wesentlicher Bereich psychologischer Methodik ist die Messung und Diagnostik von menschlichen Charakteristika. Die Psychologie hat Messinstrumente wie Fragebögen oder Tests entwickelt, mit deren Hilfe verschiedene menschliche Eigenschaften, wie Intelligenz, Einstellungen oder Selbstwert und vieles mehr erfasst werden können. Grob gesagt funktionieren diese Tests so, dass Individuen viele Aufgaben, Fragen etc. bearbeiten und man aus der Fülle der Antworten auf die Ausprägung der zu messenden Eigenschaft bei einem Individuum schließen kann. Wie gut das funktioniert, hängt einerseits von der Güte der Aufgaben ab. Ist eine Eigenschaft nicht so leicht zu erkennen, werden mehrere Aufgaben zu besseren Ergebnissen führen. Andererseits kann die Güte der Aufgaben nicht erkannt werden, wenn diese nur an wenigen Personen ausprobiert wurden. Hier wird eine repräsentative Stichprobe benötigt, also eine Erprobung an vielen Individuen. Eine derartige Messung wird noch immer nicht fehlerlos sein. Menschen sind nicht leicht zu vermessen. Wir arbeiten immer mit Wahrscheinlichkeiten und sind im Allgemeinen froh, wenn wir den Messfehler eingrenzen können und z. B. mit 95 % Wahrscheinlichkeit eine Aussage treffen können.

Aus einer vereinfachenden Sicht kann man sagen, dass internetbasierte Algorithmen ähnlich funktionieren. Nur haben sie einen sehr gewichtigen Vorteil: Sie

bekommen eine unglaubliche Menge an Informationen von den NutzerInnen. Jede Internetabfrage, jede gelesene Seite, jedes Like, jedes hochgeladene Foto etc. ist wie ein Item eines Tests. Menschen geben an, wo ihre Interessen liegen, wen oder was sie mögen bzw. nicht mögen, wohin sie reisen, wie sie aussehen und vieles mehr. Hinzu kommt, dass die Stichprobe, die diesen Technologien zur Verfügung steht, unglaublich groß ist. Es ist möglich, auf die Daten von Millionen von Individuen zuzugreifen. Laien würden wahrscheinlich vermuten, dass man es mit einem Informationschaos zu tun hat, aus dem man nichts Vernünftiges herauslesen kann. Aber genau an dieser Stelle kommen Algorithmen ins Spiel, indem sie Struktur in die Daten bringen. Informationen von NutzerInnen, die gemeinsam ein bestimmtes Personencharakteristikum als Basis haben, werden zusammengefasst und ermöglichen Schlüsse auf eben dieses Charakteristikum einer Person.

Kann man mittels dieser Technologien von einem „Gedankenlesen“ sprechen? Das ist wohl ein zu starker Anspruch und bestimmt nicht möglich. In vielerlei Hinsicht sind die Tools dennoch so ausgerichtet, dass sie versuchen, Menschen von ihnen abhängig zu machen. Sie nützen psychologische Erkenntnisse, die aufzeigen, dass Menschen generell die Neigung haben, Grundbedürfnisse zu befriedigen, wie z. B. das Bedürfnis der Zugehörigkeit, nach Anerkennung, nach Selbstbestätigung etc. Viele durch Algorithmen gesteuerte Abläufe sind so gestaltet, dass Menschen immer wieder belohnt werden und dass sie sich eingebunden fühlen bzw. dass ihre Neugier befriedigt wird. Das Ziel ist wahrscheinlich, Menschen „bei der Stange“ zu halten und sie dazu zu bringen, sich Werbungen anzuschauen oder bestimmte Dinge zu konsumieren. Unter dem Strich geht es um Geld!

Was können die Algorithmen? Burr und Cristianini (2019)¹ nennen vier mögliche Anwendungen: 1) Diagnostik: das Einholen von Informationen zu einer Person (z. B. vor einem Bewerbungsgespräch oder bevor man einem Kreditvertrag anbietet). 2) Verhaltensvorhersage: Bestimmung von Kaufpräferenzen einer Person mit dem Ziel, entsprechende Angebote bereitzustellen, die verlockend sind (z. B. wird eine Person eher nach einem guten Hotel suchen oder eher nach einem Campingplatz?). 3) Manipulation von Individuen. 4) Kontrolle: Regelung von „günstigen“ Bedingungen (z. B. wird darauf geachtet, dass Menschen gut gestimmt sind bzw. sich geschätzt fühlen). Nach Meinung der Autorin ist es notwendig, darauf hinzuweisen, dass vor allem die letzten beiden Anwendungen auch in die Richtung gehen können, dass ganze Gesellschaften gelenkt werden, z. B. indem Polarisierungen verstärkt werden. Das kann im schlimmsten Fall einen Kriegausbruch begünstigen, Demokratien schwächen etc.

¹ Burr/Christanini, Can machines read our minds? *Minds and Machines*, 461–494 (2019), abrufbar unter: <https://doi.org/10.1007/s11023-019-09497-4>.

Der Abschluss dieses Beitrages soll einen Zusammenhang zum Forschungsinteresse der Autorin herstellen, das in der Zusammenarbeit mit KollegInnen aus den Wissenschaftsdisziplinen Psychologie und Rechtswissenschaft bei der Untersuchung von Konsumententscheidungen liegt.² Das Team hat sich zur Aufgabe gestellt, Entscheidungen von KonsumentInnen beim Online-Einkauf oder im Zusammenhang mit energiebewusstem Verhalten zu untersuchen. Eine erste Studie etwa verfolgte die Fragestellung, wie gut Entscheidungen von KonsumentInnen relativiert zu ihren Bedürfnissen sind, wenn sie einen Mobilfunkvertrag im Internet abschließen wollen.³ Mittels Clusteranalysen des Suchverhaltens der Untersuchungsteilnehmenden konnte zwischen drei unterschiedlichen Konsumgruppen differenziert werden. Eine Gruppe war eindeutig effizienter als die anderen beiden. Die Gruppe zeichnete sich dadurch aus, dass sie weder zu viel noch zu wenig Information berücksichtigte, dies allerdings auf sehr fokussierte und effektive Art. Die anderen beiden Gruppen schauten sich entweder zu wenige Informationen an oder sogar zu viele. Letzteres kann ungünstig sein, wenn man sich nicht auf die richtige Information konzentriert. Die erfolgreiche Gruppe dagegen schien eher systematisch vorzugehen. Insgesamt ist allerdings zu sagen, dass in dieser Studie nur ca. 50 % eine für ihre Bedürfnisse gute Entscheidung treffen konnten. Dieses Ergebnis zeigt auf, dass eine große Anzahl an KonsumentInnen Probleme hat, mit der Fülle an verfügbarer Information zurecht zu kommen. In zwei weiteren Studien hat das Forschungsteam untersucht, inwieweit es etwas bringt, wenn man Tools anbietet, die KonsumentInnen bei ihrer Entscheidung helfen.⁴ Eines dieser Tools war ein Tarifkalkulator, der so funktioniert, dass man die Parameter des eigenen Nutzungsverhalten eingibt (z. B. wie viele Minuten telefoniert man pro Monat, wie viele SMS verschickt man bzw. wie viel Internetdatenvolumen verbraucht man?). Der Kalkulator gibt dann eine Liste mit den am geeignetsten erscheinenden Produkten an.

Interessanterweise konnte in diesen Studien festgestellt werden, dass etliche Untersuchungsteilnehmende die Unterstützung nicht genutzt haben. Dies war aber nicht für alle von Nachteil. Wesentlich war hier eine Personeneigenschaft, die man „Need for Cognition“ (Kognitionsbedürfnis) nennt. Personen, die ein ausgeprägtes Bedürfnis nach Kognition haben, denken gerne über Probleme nach, auch wenn das aufwändiger ist bzw. Zeit kostet. Personen, mit weniger ausgeprägtem Bedürfnis, neigen eher zu oberflächlichem Denken und entschei-

² Siehe <https://consumer-law-and-psychology.uni-graz.at/de/>.

³ *Vogrincic-Haselbacher/Krueger/Lurger/Dinslaken/Anslinger/Caks/Florack/Brohmer/Athenstaedt*, Not too much and not too little: Information processing for a good purchase decision, *Frontiers in Psychology*, 2021, abrufbar unter <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2021.642641>.

⁴ *Dinslaken/Vogrincic-Haselbacher/Lurger/Caks/Corcoran/Krueger/Athenstaedt*, Consumer decisions in the Austrian mobile phone market: Can decisions aids improve decision quality? (submitted for publication).

den eventuell aus dem Bauch heraus oder auf Basis von einfachen Faustregeln (Heuristiken). Genau diese Personen konnten in unserer Studie von der angebotenen Unterstützung profitieren. Personen mit hohem Kognitionsbedürfnis haben sich allerdings immer relativ gut entschieden, unabhängig davon, ob ihnen eine Unterstützung angeboten wurde oder nicht.

Diese Ergebnisse legen nahe, dass nicht alle Menschen im selben Maße die Manipulation von klugen Maschinen erleben und bewerten werden. Einige werden Manipulation schätzen, andere werden sich unwohl fühlen und sich dagegen sträuben. Dies ist eindeutig ein großes Forschungsfeld für verschiedene Wissenschaftsbereiche.

Abschließend lassen sich folgende Punkte aus den vorangegangenen Ausführungen ableiten. Wir müssen uns der Existenz von Algorithmen stellen, die riesige Datenmengen verarbeiten können. Wie immer gibt es zwei Seiten. Die negative Seite ist, dass die Entwickler und Anwender dieser Tools diese für ihre Zwecke oft missbrauchen. Das birgt viel Gefahr in sich, eventuell sogar für die gesamte Menschheit. Hier braucht es dringend einen gesetzlichen Rahmen, was einen wesentlichen Punkt im Beitrag von Herrn Hacker darstellt. Von Seiten der Psychologie kann man der Thematik allerdings auch positive Aspekte abgewinnen. Die Erkenntnisse, die auf Basis von Algorithmen gewonnen werden können, sind eine wesentliche Informationsquelle, deren wissenschaftliche Bedeutung nicht von der Hand zu weisen ist. Es scheint, dass dies zumindest in psychologischer Forschung zu wenig Beachtung findet. Es ist an der Zeit, dass ForscherInnen die Möglichkeiten, die sich durch die neuen Techniken zeigen, verstärkt zu nutzen beginnen. Dies muss unter Einhaltung aller ethischen Standards passieren. Keineswegs sollte man hinnehmen, dass die Techniken nur dazu dienen, dass Menschen benutzt werden.

Digitalisierung und Kundenvertrauen aus Sicht des Marketings

Thomas Foscht

Sich in einem interdisziplinären Kontext zu bewegen, stellt meist eine Herausforderung dar. Ein solches Vorhaben bietet allerdings auch die Möglichkeit, Schnittstellen zu anderen Disziplinen zu identifizieren und darzustellen. Im konkreten Fall soll eine Brücke zwischen drei Disziplinen geschlagen werden, die in sich sehr heterogen und vielfältig sind. Dieses Koreferat ergänzt die Sichtweisen der Rechtswissenschaften sowie der Psychologie um die Perspektive der Betriebswirtschaftslehre bzw. insbesondere des Marketings. In Bezug auf den Begriff Marketing existiert im Allgemeinen ein sehr unterschiedliches Verständnis. Hierbei sind Missverständnisse und/oder Vorurteile an der Tagesordnung. Um eine einheitliche Basis zu schaffen, soll der Terminus kurz erläutert und abgegrenzt werden. Im Wesentlichen geht es beim Marketing darum, ein Unternehmen markt- und kundenorientiert zu führen.¹ Konsequenterweise stehen damit (potenzielle) Kunden im Mittelpunkt aller Unternehmensbemühungen, weshalb eine saloppe Definition des Begriffs lautet: „Marketing bedeutet Denken mit dem Kopf des Kunden“. Was angesichts dieser Erklärung vielleicht überrascht ist, dass Aspekte wie Werbung/Kommunikation oder auch Verkauf nicht explizit genannt werden. Entgegen dem allgemeinen (Miss-) Verständnis von Marketing, stellt sogar das Gegenteil das eigentliche Ziel dar. Peter Drucker, ein US-Ökonom mit österreichischen Wurzeln, erklärte dies folgendermaßen: Das Ziel von Marketing ist es, Werbung und (aggressiven) Verkauf überflüssig zu machen. Auch Drucker greift damit den Gedanken der Kundenorientierung auf, indem er ausführt, dass sich Produkte und Dienstleistungen von selbst („wie die warmen Semmeln“) verkaufen, wenn sie die Bedürfnisse der Kunden entsprechend erfüllen.

Auf Basis dieses Ziels lassen sich weitere Marketing-Ziele definieren. Als übergeordnetes Ziel werden der Aufbau und die Pflege einer Marke betrachtet. In diesem Zusammenhang gilt es, die Marke von Markenzeichen abzugrenzen. Während die Marke die Gesamtheit aller Aktivitäten und „Touchpoints“ (sämt-

¹ Foscht/Swoboda/Schramm-Klein, Käuferverhalten: Grundlagen – Perspektiven – Anwendungen, 2017.

liche Berührungspunkte, die der Kunde mit der Marke hat) darstellt, beziehen sich Markenzeichen auf die unmittelbar sichtbaren Aspekte (z. B. das Logo), die in der Regel auch rechtlich geschützt werden können. Häufig wird in diesem Zusammenhang die Analogie zu einem Eisberg hergestellt: Was von der Marke sichtbar ist, ist – im Sinne der Spitze des Eisbergs – das Markenzeichen. Ein großer Teil des Eisbergs bleibt allerdings unsichtbar.

Vor dem Hintergrund, dass zwischen Unternehmen bzw. der Marke und den Kunden eine stabile Beziehung aufgebaut werden soll, rückt das Konstrukt des Vertrauens in den Mittelpunkt der Betrachtung. Auch wenn die Notwendigkeit eines Vertrauensaufbaus gut nachvollziehbar ist, bleibt es häufig unklar, wie dieser Aufbau erfolgen kann. Vertrauen kann nur im Rahmen von Lernprozessen über die Zeit entstehen. Im Wesentlichen geht es (nur) darum, dass Marken, die Versprechen, die sie kommunizieren, auch einhalten. Werden über einen längeren Zeitraum die Erwartungen der Kunden erfüllt, entsteht ein immer stabileres Vertrauen. Allerdings gilt zu beachten, dass ein über Jahre aufgebautes Vertrauen durch eine einzige Fehlleistung in kürzester Zeit wieder zerstört werden kann. Dies zeigt, dass Vertrauen für Unternehmen ein höchst sensibles Gut darstellt, das nur (ehrlich) erarbeitet und nicht erkauft werden kann.²

Betrachtet man aktuelle Entwicklungen im Rahmen der Digitalisierung und die damit einhergehenden Herausforderungen für den Verbraucherschutz im historischen Kontext, dann zeigt sich, dass viele Entwicklungen bereits in der Vergangenheit aufgetreten sind und heute lediglich in neuer Form und in neuer Dimension auftreten.

Unabhängig von der Digitalisierungsentwicklung, gab und gibt es gute (und empathische) VerkäuferInnen, die den Kunden sozusagen die Wünsche von den Augen ablesen. So werden dem Käufer eines Anzugs das passende Hemd und die entsprechende Krawatte angeboten. Diese für uns naheliegenden Empfehlungen werden von KundInnen nicht infrage gestellt, sondern vielmehr als hilfreich empfunden und führen letztendlich zu einer höheren Kundenzufriedenheit und unter Umständen zu Zusatzkäufen. Auch in Online-Shops werden mittlerweile ähnliche Empfehlungen präsentiert. Allerdings werden diese nicht vom Verkaufspersonal, sondern von Systemen, die auf Basis vorhandener Daten Verhalten prognostizieren und nach ausgewählten Parametern optimieren, offeriert. Auch diese Empfehlungen werden von vielen Kunden geschätzt und führen zu einer höheren Zufriedenheit.³

Letztendlich geht es darum, den Kunden als Partner und nicht als Gegner oder Melkkuh zu betrachten. Auch wenn einzelne Unternehmen nach wie vor

² Foscht/Lin/Eisingerich, Blinds up or down? The influence of transparency, future orientation and CSR on sustainable and responsible behavior, 52 *European Journal of Marketing* 476 (2018).

³ Swoboda/Foscht/Schramm-Klein, *Handelsmanagement: Offline-, Online- und Omnichannel-Handel*, 4. Aufl., 2019.

mit den Grundideen des Marketings unvereinbare Praktiken anwenden, sei darauf verwiesen, dass diese u. U. geeignet sein mögen, um kurzfristig Gewinne zu lukrieren, sie sind aber sicher kein Geschäftsmodell für die Zukunft. Kunden lassen sich nicht auf Dauer „über den Tisch ziehen“ und kommunizieren Enttäuschungen über Unternehmen, Marken oder Services bereitwillig auf Diskussions- und Beurteilungsplattformen. Die Digitalisierung schafft damit einerseits neue Möglichkeiten, Verhalten zu erkennen, zu interpretieren und darauf gezielt einzugehen, andererseits aber auch eine neue Transparenz.

Abschließend sollte man sich im Kontext des Verbraucherschutzes die Frage stellen, ob denn nur Kunden oder vielleicht auch Unternehmen, geschützt werden müssen. Seit geraumer Zeit versucht der Versand- bzw. Onlinehandel, Maßnahmen zu ergreifen, um beispielsweise hohe Retouren oder Phänomenen wie dem Wardrobing (getragene Kleidungsstücke werden wieder zurückgesandt) entgegenzuwirken. Eine weitere Herausforderung stellen negative Bewertungen oder gar herabwürdigende Kommentare dar, die von Kunden verfasst werden, ohne dass das Unternehmen eine Möglichkeit hat, darauf zu reagieren. In diesem Kontext werden in den nächsten Jahren – analog zu ähnlich gelagerten Sachverhalten (Stichwort: Fake News) – Diskussionen geführt werden müssen, um Ansatzpunkte für eine potenzielle Regulierung zu identifizieren.

Personalization Matters

Die systematische Einteilung der Verbraucher in Gruppen
aus psychologischer und juristischer Perspektive

Brigitta Lurger

Ich möchte mit einer kurzen Anmerkung zum Titel des Beitrags von Hacker beginnen: An der gewählten Thematik ist das Ineinandergreifen verschiedener Rechtsgebiete besonders spannend, wie auch der Autor in seinem Beitrag eindrücklich beweist: Schutz von *Privacy* trifft auf Datenschutz und unlautere Geschäftspraktiken (Lauterkeitsrecht). Ich möchte dabei noch zwei Elemente ergänzen: Vertragsrecht (insbesondere die Kontrolle missbräuchlicher Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen) und die Problematik der Marktdominanz einer Anbieterin (also Wettbewerbsrecht). Denn je dominanter eine Anbieterin ist, d. h. je weniger die Verbraucherin auf andere Angebote ausweichen kann, desto eher ist eine bedenkliche Geschäftspraxis oder Vertragsklausel „unlauter“ (im Sinne des Lauterkeitsrechts) oder „missbräuchlich“ (im Sinne des AGB-Rechts).

Der Hauptpunkt meines Beitrags betrifft die Differenzierung verschiedener Verbrauchergruppen aus psychologischer und aus juristischer Sicht.

Die Unterscheidung verschiedener Gruppen hat zwei Seiten, die zugleich auch den zwei hauptsächlichen Anwendungen von Verhaltenspsychologie (*behavioral psychology* oder *behavioral science*) in Wirtschaft und Recht entsprechen.

a) Als Unternehmen kann man die Psychologie als empirische Wissenschaft dazu benutzen, die eigenen Produkte noch besser und gewinnbringender an die KonsumentInnen zu verkaufen. Auf der Grundlage der Ergebnisse empirisch-psychologischer Forschungen zur beschränkten Rationalität oder *bounded rationality* sprechen die Unternehmen die VerbraucherInnen durch emotionale und „menschliche“ Botschaften direkter und persönlicher und damit effektiver an, als sie es mit einem Verbraucher als reiner „homo oeconomicus“ machen würden – also mit einem vollständig rationalen und informierten Wirtschaftsakteur, der der Verbraucher ja bekanntlich nicht ist. Menschen entscheiden eben auch nach Gefühlen, haben Wahrnehmungsverzerrungen (*biases*), Gerechtigkeitssinn und lieben Shortcuts und Zeitersparnis. Das ist die unternehmerische

Nutzung der Psychologie. Die juristische Hauptfrage dabei lautet: Inwieweit soll die Nutzung von Emotionalität, *biases* und ähnlichen „Schwächen“ der VerbraucherInnen durch die Unternehmen zulässig sein und warum und wie stellt man fest, was zulässig ist oder eben nicht?

b) Die andere Seite ist die der staatlichen Regulierung: Auch der Staat kann und sollte in der Verfolgung seiner Gemeinwohlziele und des Ziels des Individualschutzes von KonsumentInnen berücksichtigen, was die Psychologie über die Menschen weiß. Das ist die Seite, mit der wir uns in dem Grazer interdisziplinären Team CLP,¹ das von Ursula Athenstaedt und mir geleitet wird, beschäftigen. Die zentrale Frage lautet hier: Wie kann man staatliche Regulierung noch ergonomischer also menschengerechter machen, damit sie effektiver in ihrer Zielverwirklichung ist. Oder mit anderen Worten: Wie kann man VerbraucherInnen mit rechtlichen Instrumenten am besten schützen? Welche Maßnahmen wirken in der empirisch untersuchten Rechtsrealität und welche wirken nicht? Das ist die staatlich-regulatorische Nutzung der Psychologie, mit der sich auch die Forschungsrichtungen der *behavioral law and economics*² und die *regulatory theory* beschäftigen.³

Das Spannende erscheint mir nun zu sein, dass beide Seiten (Unternehmen und Staat) zum gleichen Schluss gekommen sind: Um das Verhalten der KonsumentInnen effektiver beeinflussen zu können, darf man sie nicht alle gleich ansprechen, sondern man muss sie in Gruppen unterteilen. Das wussten die Unternehmen zuerst und sie konnten diese Erkenntnisse auch bereits sehr wirkungsvoll zu ihren Gunsten in der Praxis umsetzen, wie der Beitrag von Hacker eindrücklich zeigt. Aber auch auf staatlich-regulatorischer Seite führen die aktuellen Forschungen zu dieser Erkenntnis: Empirische Studien, wie auch die von uns im CLP-Projekt durchgeführten, zeigen, dass es zumindest zwei oder drei Gruppen von VerbraucherInnen gibt, die ziemlich unterschiedlich auf verschiedene staatliche Eigenschutzangebote (= rechtlich vorgeschriebene Instrumente, die VerbraucherInnen helfen sollen, sich selber zu schützen, wie beispielsweise

¹ Contract Decisions of Consumers Between Law and Psychology, abrufbar unter: <https://consumer-law-and-psychology.uni-graz.at/de/>.

² *Jolls/Sunstein/Thaler*, A Behavioral Approach to Law and Economics, 50 *Stanford Law Review* 471 (1998); Sunstein (Hrsg.), *Behavioral Law and Economics*, 2000; *Korobkin/Ulen*, Law and Behavioral Science. Removing the Rationality Assumption, 88 *California Law Review* 1051 (2000); *Jolls/Sunstein*, Debiasing Through Law, 35 *Journal of Legal Studies* 199 (2006); *Sunstein*, Empirically Informed Regulation, 78 *University of Chicago Law Review* 1349 (2011); *Korobkin*, What Comes After the Victory for Behavioral Law and Economics, 2011 *University of Illinois Law Review* 1653 (2011); *Bar-Gill*, The Behavioral Economics of Consumer Contracts, 92 *Minnesota Law Review* 749 (2008); *Bar-Gill*, Seduction by Contract: Law, Economics, and Psychology in Consumer Markets, 2012; *Tor*, The Methodology of the Behavioral Analysis of Law, 4 *Haifa Law Review* 237 (2008); *Tor*, in: Mathis (Hrsg.), *European Perspectives on Behavioral Law and Economics*, 2015, S. 17.

³ *Lurger*, Empiricism and Private Law: Behavioral Research as Part of a Legal-Empirical Governance Analysis and a Form of New Legal Realism, *Austrian Law Journal* 2014, 20.

Informationen) reagieren und die deswegen auch unterschiedliche Schutzinstrumente benötigen und vom Staat zur Verfügung gestellt bekommen sollten. Pointiert könnte man sagen: Das Gruppendenken hat auf beiden Seiten Zukunft oder „*personalization matters*“.

Das führt mich zu der *juristischen* Beurteilung der Verbraucher-Gruppierung:

a) Von Unternehmerseite: Innerhalb der hier im Beitrag von Hacker thematisierten „negativen Manipulation“ oder der „*exploitative contracts*“, die nicht nur aus ökonomischer, sondern auch aus juristischer Sicht für das Individual- und das Gemeinwohl schädlich sind und daher unterbunden werden sollten, ist nur *eine* Thematik durch die Besonderheiten des Internet und der Digitalisierung wirklich neu: Die „Personalisierung“ von Werbung und Angeboten oder wohl präziser: die Unterteilung in Gruppen nach individuellen Merkmalen der VerbraucherInnen. Das ist erst jetzt im Internet auf breiter Basis möglich. Früher gab es das nur in eingeschränktem Maße: z. B. bei Versicherungen, die Kunden für unterschiedlich riskant einstufen oder bei Banken in der Kapitalanlage. Mit den aktuellen digitalen Möglichkeiten kann praktisch jeder Unternehmer verschiedenste Gruppendifferenzierungen umsetzen, aus denen er sich mehr Umsatz und Gewinn verspricht. Und damit entstehen ganz neue Fragen und Herausforderungen für das Recht: nämlich die Einordnung dieser „Personalisierung“ in die Diskriminierungsverbote, in die Maßstäbe von Sittenwidrigkeit, Missbräuchlichkeit, Fairness, Lauterkeit und den Schutz von Privacy. Diese Fragen stellen sich jedoch nicht bei allen sonstigen Formen von „Manipulationen“, die eben nicht zwischen Gruppen von VerbraucherInnen differenzieren. Denn Letztere gab es schon immer, sie wurden bereits umfassend von Gesetzgebung, Rechtsprechung und wissenschaftlicher Literatur behandelt. Das Internet ist für sie nur ein neues Gewand, ändert aber nichts an der Substanz ihrer Problematik.

b) Auf der Seite der persönlichen Differenzierung unter VerbraucherInnen in der staatlichen Regulierung finden wir mindestens ebenso spannende Fragen vor: Ben-Shahar und andere sehen schon die *Zeit des „personalized law“* gekommen, also von rechtlichen Regeln, auch im Verbraucherschutz, die von Individuum zu Individuum verschieden sind.⁴ Er beschäftigt sich nicht einmal mehr mit Gruppenbildungen. Solche oder ähnliche Individualisierung im Verbraucherschutz erscheint mir doch deutlich zu weit gegriffen. Das kann man keinem Unternehmen zumuten. Die Gruppenbildung in der Verbraucherschutzregulierung hingegen erscheint mir angesichts der empirischen Befunde – wie ich sie oben bereits erwähnt habe – aber auf breiter Basis (und nicht wie jetzt nur im Ausnahmefall) wirklich erforderlich. Die spannende Frage hier ist: Wie überführe ich die Differenzierungsmerkmale, die wir aus den empirischen Studien

⁴ *Ben-Shahar/Porat*, Personalizing Mandatory Rules in Contract Law, 86 University of Chicago Law Review 255 (2019); *Ben-Shahar/Porat*, Personalized Law, 2020.

gewinnen können, in rechtlich akzeptable und praktikable Unterscheidungen über? Wo setzen wir an und wo nicht? Können also z. B. Bildung, Einkommen, Intelligenzquotient usw. relevant sein oder nicht? Anhand von welchen leicht eruierten Merkmalen kann man in der regulatorischen Praxis und in der Rechtsanwendung etwa den aus psychologischer Sicht offenbar wesentlichen „*need for cognition*“ (das Bedürfnis oder der Hang zu komplexerer kognitiver Verarbeitung) bestimmen? Ein einfacher Ausweg aus diesem praktischen und rechtlichen „Differenzierungsdilemma“ könnte darin liegen, alle Schutzangebote – also diejenigen für die Schlauköpfe und die für die „entspannteren“ oder flüchtigeren KonsumentInnen – auf einmal, d. h. für alle zur Verfügung zu stellen: Jeder nimmt sich dann hoffentlich das, was ihm oder ihr am besten zur richtigen Entscheidung verhilft.

Zwei weitere Punkte zur staatlichen Unterscheidung verschiedener Verbrauchergruppen erscheinen mir wichtig zu sein:

Empirische Untersuchungen von Luguri und Strahilevitz zeigen,⁵ dass sog. „*dark patterns*“ – i. e. ihr Wort für Online-Manipulation von VerbraucherInnen – wenn sie „mild“ sind, die Gruppe der schwächeren VerbraucherInnen besonders schädigen, nicht jedoch die schlaueren. Starke Manipulationen hingegen zeigen keine so großen Gruppenunterschiede, d. h. sie wirken sich in beiden Gruppen ähnlich schädlich aus. Das könnte ein aus der Empirie gewonnener zusätzlicher Grund sein, auch gegen solche „milden“ Manipulationen von staatlicher Seite vorzugehen. Es hat sich nämlich auch generell gezeigt, dass der einheitliche Verbraucherschutz der EU, der sich am relativ fitten und schlauen „Durchschnittsverbraucher“ orientiert, viel stärker den intelligenten VerbraucherInnen hilft als den schwächeren. Es ist daher an der Zeit zu überlegen, wie man auch diese schwächeren VerbraucherInnen, die es überall – nicht nur in Sondersituationen – gibt, durch das Recht besser schützen kann. Ein Schwächerschutz, der gerade die in großen Zahlen vorhandenen Schwachen unter den Schwächeren ausschließt, wird seiner Aufgabe nur äußerst mangelhaft gerecht.

Der gegenwärtig zu stark an der schlauen Verbraucherin orientierte EU-Verbraucherschutz verstärkt auch das schon aus dem Markt bekannte Phänomen: *The poor pay more*.⁶ Daher wäre es wichtig, die gesetzliche Differenzierung zwischen den mindestens zwei Verbrauchergruppen (schlau auf der einen Seite und flüchtig/schwach/*vulnerable* auf der anderen Seite) u. a. auch dazu zu nutzen, diesen Effekt tendenziell umzukehren: Die Angebote, die jetzt durch die Marktentwicklung (differenzierende Unternehmer) und den falsch kalibrierten staatlichen Verbraucherschutz für schwache VerbraucherInnen teurer sind als für schlauere – *the poor pay more* – sollten durch die neue Differenzierung in der

⁵ Luguri/Strahilevitz, Shining a Light on Dark Patterns, Journal of Legal Analysis 12 (2020), abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3431205 (forthcoming).

⁶ Caplovitz, The Poor Pay More: Consumer Practices of Low Income Families, 1967.

Verbraucherschutzgesetzgebung nach Möglichkeit für schwache VerbraucherInnen billiger werden. Wie genau das funktionieren könnte, ist natürlich ein Thema für sich, auf das ich hier nicht näher eingehen kann.

Der abschließende Teil meines Beitrags bezieht sich auf die *Lösungsvorschläge*, die zu Ende des Beitrags von Hacker vorgestellt wurden: Transparenz, Nicht-Manipulation durch Design, und das Recht auf Unsichtbarkeit. *Bottom Line* meiner Stellungnahme dazu ist: Zustimmungslösungen mit noch mehr Informationen funktionieren im Internet nicht, daher plädiere ich für klare Verbote oder Erlaubnisse.

Transparenz: Der Vorschlag einer Informationspflicht über sonst versteckt bleibende Manipulation erinnert an die Funktionsweise der sog. „*nudges*“⁷ aus der *behavioral law and economics* Forschung und Literatur und an den „*Libertarian Paternalism*“ von Cass Sunstein u. a.⁸ Klärt man über *nudges* und Manipulationen auf, verlieren diese an Wirksamkeit. Nur wer im Verborgenen, Unbewussten oder Halbbewussten *nudged* oder manipuliert, erreicht mit wenig Mühe viel.⁹ Bei wirklich handfesten Manipulationen kann man annehmen, dass selbst sehr flüchtige KonsumentInnen diese bei erfolgreicher Aufklärung darüber ablehnen würden. Auf den ersten Blick wirkt dieses Instrument daher vielversprechend. Auf den zweiten Blick würde ich aber sagen: Man sollte für Fragen der Missbräuchlichkeit, Sittenwidrigkeit und Unfairness in einer Situation der *information overload*, die im Internet regelmäßig vorhanden ist, eher nicht auf die Zustimmung der VerbraucherInnen nach Aufklärung setzen. Denn sie werden, um Zeit zu sparen, allem zustimmen, ohne es zu lesen.¹⁰

VerbraucherInnen werden im Internet bereits mindestens mit folgenden Informationen bzw. Zustimmungserfordernissen zu diesen konfrontiert: vorvertragliche Informationen, allgemeine Geschäftsbedingungen, Datenschutzinformation. In Zukunft könnten noch weitere im Zusammenhang mit dem neuen EU-Gewährleistungsrecht (Abweichungen von der objektiven Qualität) hinzutreten. Daher gibt es keinen Raum mehr für zusätzliche Verbraucherinformationen, -Optionen und -Zustimmungen. Ich denke, wir sollten bei Manipulationen eine klare gesetzliche zwingende Linie ziehen: Diese Manipulation ist noch erlaubt und diese nicht mehr. Ich denke nicht, dass sich das US-amerika-

⁷ Thaler/Sunstein, *Nudges: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, 2008.

⁸ Thaler/Sunstein, *Libertarian Paternalism*, 93 *The American Economic Review* 175 (2003); Sunstein/Thaler, *Libertarian Paternalism is not an Oxymoron*, 70 *University of Chicago Law Review* 1159 (2003); Thaler/Sunstein, *Preferences, Paternalism, and Liberty*, 59 *Philosophy Supplement* 233 (2009); Sunstein, *The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism*, 122 *Yale Law Journal* 1826 (2013).

⁹ Lurjer (oben Fn. 3), 30f.

¹⁰ Ben-Shahar/Schneider, *More Than You Wanted To Know: The Failure of Mandated Disclosure*, 2014; Bakos/Marotta-Wurgler/Trossen, *Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard-Form Contracts*, 43 *The Journal of Legal Studies* 1 (2014).

nische Modell des Selbstschutzes für Fragen der Fairness von AGB oder von manipulativen Geschäftspraktiken bewährt hat. Die EU geht da bisher bewusst und zu Recht einen anderen Weg: insbesondere in der AGB-Kontrolle und in der Gewährleistung bei diversen Verbraucherverträgen. Dass wir auch die ohnedies schon bestehende oben erwähnte *information overload* im EU-Verbraucherschutzrecht – möglicherweise gruppenbezogen – abbauen müssen und dazu aus der empirisch-psychologischen Forschung wertvollen Input erhalten können, steht auf einem anderen Blatt und ist nicht Thema dieses Beitrags.¹¹

Non-Manipulation by Design: Ich möchte an dieser Stelle an den Parallellfall der AGB-Kontrolle erinnern. Auch diese kann man automatisieren. Es erscheint mir wichtig, auch bei dieser Idee nicht in ein Modell der Selbstregulierung des Marktes abzugleiten. Denn wer soll dann entscheiden, ob das verwendete Design richtig und effektiv Unfairness ausfiltert? Die erwähnte einschlägige Literatur? Die UnternehmerInnen, die KonsumentInnen? Es sind verschiedene Anwendungsformen zu unterscheiden: Software-Assistenten können zunächst einmal von den VerbraucherInnen eingesetzt werden, um Verträge oder Angebote mit manipulativen Praktiken und unfairen Inhalten herauszufiltern. Dieser Einsatz dient dem Selbstschutz, staatliche Regulierung muss nicht vorhanden sein, oder umgekehrt: Weil kein staatlicher Regulierungsschutz vorhanden ist, müssen sich die VerbraucherInnen auf dem Markt selbst schützen, bestenfalls mit hochwertiger Assistenz-Software. Der Einsatz von Algorithmen durch die UnternehmerInnen mit dem Ziel der Sicherstellung von *Non-Manipulation* kann auf Freiwilligkeit beruhen, oder besser, wie von Hacker vorgeschlagen, auf lauterkeitsrechtlichem Zwang.

Wichtig ist hier aber die Frage der inhaltlichen Trennlinie zwischen erlaubter und unerlaubter unternehmerischer Beeinflussung oder Vertragsklausel: Es reicht nicht aus, bloß eine Software zum AGB-Check oder *Non-Manipulation-Check* zu haben, diese muss auch inhaltlich die richtigen Ergebnisse produzieren. Und diese Trennlinie zwischen Richtig und Falsch, Erlaubt und Unerlaubt muss zwingend vom Staat vorgegeben und auch effektiv durchgesetzt werden. Jedes Design ist einer Überprüfung durch Gerichte oder Verwaltungsbehörden bzw. durch kollektiven Rechtsschutz zu unterziehen. Jeder muss so ein Design vorweisen, das erfordert auch das Lauterkeitsrecht, und der inhaltliche Standard des Designs muss staatlicher kollektiver Kontrolle unterliegen. Ob dazu das gegenwärtige Lauterkeitsrecht der EU mit den angeschlossenen Durchsetzungsmechanismen geeignet ist, einer Reform bedarf oder überhaupt durch weitere Regulierungsmaßnahmen ergänzt werden müsste, ist eine spannende Frage, die uns noch weiter beschäftigen wird. Gerade bei der nach Gruppen differenzierenden Manipulation durch UnternehmerInnen scheinen inhaltliche

¹¹ Lurger, *Psychology meets Law: In Search of New Tools for Consumers Self-Protection*, *Netherlands Journal of Consumer Law* 2017, 248; Lurger, in: Nessel/Tröger/Fridrich/Hübner (Hrsg.), *Multiperspektivische Verbraucherschutzforschung. Ansätze und Perspektiven*, 2018, S. 113.

Standards und Leitfäden bislang zu fehlen. Und wenn wir sie entwickelt haben werden, müssen wir überlegen, wie wir sie effektiv umsetzen können und damit die schwachen Verbrauchergruppen tatsächlich (in der Rechtsrealität empirisch nachprüfbar) schützen.

Privacy-Recht auf Unsichtbarkeit: Mir erscheint das Argument, dass *mind reading* durch Video-Kameras und Gefühls-KI, die zur Personalisierung von Angeboten führt, von 10 % der VerbraucherInnen in einem bestimmten Setting als wünschenswert bezeichnet wurde, nur wenig tragfähig für den Schluss zu sein, man müsse solches *mind reading* zumindest über eine Zustimmungsregel ermöglichen. Und selbst wenn das Argument tragfähig wäre: Eine Zustimmungslösung wird nicht funktionieren: Ich verweise auf die oben erwähnte Vielzahl an wertlosen Zustimmungen zu Datenverarbeitung und AGB-Verwendung. In unserem täglichen Online-Leben geben wir unsere Zustimmung zu allem, um möglichst schnell an unsere kleinen Alltagsziele zu gelangen: die neuesten Corona-Zahlen zu erhalten, eine Zeitung zu lesen, ein Produkt zu kaufen, eine App herunterzuladen usw. Ich bin auch hier für eine eindeutige gesetzliche Lösung: „Das ist verboten oder eben nicht.“ In diesem Fall neige ich eher ersterem Urteil zu. Die nähere Begründung würde in diesem Rahmen aber zu weit führen.

III. Publizität zur Steuerung sozialen Unternehmertums

CSR, Stakeholder-Ansatz und Ko-Regulierung

Governance wirtschaftsethisch geprägt

Michael Litschka

I. Theoriehintergrund der CSR – Selbstbindung durch Publizität?

In der wirtschaftsethischen Literatur wird hinsichtlich der sozialen Verantwortung und Steuerung von Unternehmen zwischen verschiedenen Begriffen differenziert. Corporate Governance wird dabei als System verstanden, „by which companies are strategically directed, integratively managed and holistically controlled in an entrepreneurial and ethical way in accordance with a particular context“,¹ womit v. a. Fragen der Legalität und Legitimität angesprochen sind. Hard und soft law spielen hier eine Rolle, etwa bei den „OECD Principles of Corporate Governance“ (1999, 2004), dem „Sarbanes-Oxley Act“ (2002) oder dem „Dodd-Frank Act“ (2010), im deutschsprachigen Raum z. B. beim „Österreichischen Corporate Governance Kodex“ und dem „Deutschen Corporate Governance Kodex“.² Aus verhaltensökonomischer Sicht steht das principal-agent-Problem und das individuelle (ManagerInnen-)Verhalten im Zentrum. Man möchte also einerseits verhindern, dass die Führungskräfte ihren Informationsvorsprung gegenüber den (v. a.) Shareholdern ausnutzen, andererseits durch die meist angenommene motivationale Wirkung von Regularien des soft law eine ethisch fundierte Einstellung der ManagerInnen zu ihren Aufgaben erreichen (etwa auch um Korruption einzudämmen).

In der Corporate Social Responsibility (CSR)-Diskussion wird dagegen das Verhältnis der Organisation zur Gesellschaft thematisiert, v. a. in Zeiten des Rückzugs des Staates aus einigen Feldern sozialer Verantwortung und des Wunsches der Gesellschaft, nicht der Markt, sondern große korporative Akteure mögen diese Lücke füllen.³ Das „Grünbuch CSR“ der EU-Kommission

¹ *Hilb*, Integrierte Corporate Governance. Ein neues Konzept der Unternehmensführung und Erfolgskontrolle, 2006, S. 10.

² Im Unternehmensbereich sind hier auch Stock-options Programme und deren mögliche negative Anreizwirkungen zu nennen.

³ *Roberts*, in: J. Allouche (Hrsg.), Corporate social responsibility. Vol. 1: Concepts, accountability and reporting, 2006, S. 3.

(2001) betonte dabei die freiwillige Übernahme dieser Verantwortung und den Einbezug sozialer und ökologischer Prinzipien in die Unternehmensstrategien⁴. Die ISO Norm 26000 (2010) und das so genannte „social reporting“ als „triple-bottom-line reporting“ waren Versuche der Operationalisierung für die Unternehmensgovernance.⁵ Eine allgemeine Systematik der Begriffe (inkl. des hier nicht weiter verfolgten Konzepts des Corporate Citizenship) bietet folgende Grafik:

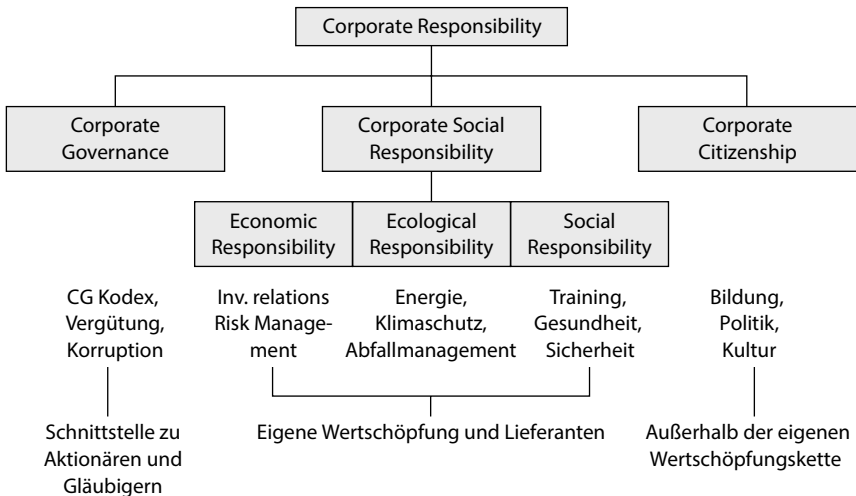


Abb. 1⁶

Wir können und sollten die mannigfachen Anstrengungen, die viele Unternehmen seither getroffen haben, nicht unterschätzen oder gar kleinreden; es ist aber angesichts vieler beobachtbarer Entwicklungen (bspw. Klimawandel, Digitalisierung/Mediatisierung, Disruptionen am Arbeitsmarkt) debattierbar, ob die in vielen (Publizitäts-)Regeln inhärent vorausgesetzte Freiwilligkeit für gesellschaftliche Ziele ausreichen kann, und das v. a. aus zwei Gründen: erstens gibt es aus wirtschaftsethischer Sicht (s. gleich in Kap. II) Bedenken hinsichtlich einer nicht ausreichend fundierten Legitimität der Unternehmensstrategie qua CSR-Aktivitäten; zweitens sind aus verhaltens- und institutionenökonomischer

⁴ J. Allouche (Hrsg.), Corporate social responsibility. Vol. 1: Concepts, accountability and reporting, 2006.

⁵ Cooper, Corporate social performance: A stakeholder approach, 2004. Weitere Beispiele sind der Global Compact der UN, die GRI (Global Reporting Initiative) oder das „Sustainability Reporting“.

⁶ Adaptiert nach Tokarski, Ethik und Entrepreneurship: Eine theoretische sowie empirische Analyse junger Unternehmen im Rahmen einer Unternehmensethikforschung, 2008, S. 152.

Sicht verschiedene Anreizwirkungen mitzudenken, die womöglich für andere Regulierungsformen sprechen. Kap. III deutet dies für den Anwendungsfall der digitalen Plattformunternehmen (etwa Alphabet/Google, Facebook, Amazon, Uber, AirBnB etc.) an.

II. Die Kritik an CSR: Stakeholder-Approach als normatives Fundament

Die Wirtschaftsethik kritisiert das CSR-Konzept von verschiedenen Seiten. R. E. Freeman, der 1984 mit „Strategic Management: A Stakeholder Approach“ einen zunächst eher strategisch geprägten (also am Unternehmenserfolg anknüpfenden) Stakeholder-Ansatz (Stakeholder sind Personen oder Gruppen, die einen Anspruch/ein Interesse auf/an organisationale[n] Entscheidungen haben, weil sie von diesen beeinflusst werden) verfolgte, sieht heute v. a. die „Greenwashing“-Problematik vieler CSR-Maßnahmen kritisch. Zudem wird der sozialen Verantwortung eines Unternehmens entlang der Wertschöpfungskette zu spät Rechnung getragen, wenn es darum geht, die möglichen negativen Auswirkungen der ökonomischen Entscheidungen einzudämmen, statt schon zuvor die basalen Produktionsweisen und Strategien zu legitimieren.⁷ CSR wird so zu einem „Zusatz“ zu gewinnmaximierenden Strategien, statt soziale und ethische Fragen in die Unternehmensstrategien zu integrieren, was die so genannte „separation fallacy“, also die virtuelle und fehlgeleitete Trennung von „Business“ und „Ethics“ herbeiführt.⁸ CSR in einem Shareholder-Verständnis heißt: „Claims are recognized in proportion to stakeholders’ power, that is, their power to influence the bottom line of the company“.⁹

Da CSR in diesem eingeschränkten Verständnis eigentlich Teil des Shareholder-Paradigmas ist, der dem „Business Case for CSR“ das Wort redet,¹⁰ und da auch oft¹¹ die dem Konzept zugrundeliegende Freiwilligkeit kritisiert wird, befürworten viele Wirtschafts- und UnternehmensethikerInnen einen Stakeholder-Approach als steuernde (Governance-)Maßnahme und philosophisches Grundverständnis des Kerns marktwirtschaftlichen Unternehmertums. Nicht der „instrumentelle“ Wert der Stakeholder für den Unternehmenserfolg, sondern das intrinsische Verständnis, dass Organisationen Wert für ihre Stakeholder schaffen sollen, steht im Zentrum dieses Ansatzes und ein „stakeholder

⁷ Freeman/Harrison/Wicks/Parmar/De Colle, Stakeholder theory: The state of the art, 2010, S. 42.

⁸ Freeman/Harrison/Wicks/Parmar/De Colle (oben Fn. 7), 2010, S. 241.

⁹ Thielemann/Wettstein, The Case against the Business Case and the Idea of ‚Earned Reputation‘, 2008, S. 31.

¹⁰ Thielemann/Wettstein (oben Fn. 9), 2008.

¹¹ Etwa in Wieland, in: Behrent/Wieland (Hrsg.), Corporate Citizenship und strategische Unternehmenskommunikation in der Praxis, 2003, S. 13.

approach to business is about creating as much value as possible for stakeholders, without resorting to trade-offs“.¹² Eine Priorisierung zwischen unterschiedlichen Ansprüchen ist dann nicht mehr nach Macht und finanziellem Einfluss, sondern nur nach ethischer Legitimation möglich. In der Literatur wird von einer „convergent stakeholder theory“¹³ gesprochen, die den deskriptiven, normativen und instrumentellen Part des Ansatzes vereinen möchte, also zeigen, dass Stakeholder Management in der Praxis sehr wohl unternommen wird, dass es sinnvoll für den Unternehmenserfolg sein kann (aber nicht muss), es zu versuchen und dass es ethisch gut begründbar ist. Für diesen normativen Part stehen einige Theorien der angewandten Ethik zur Verfügung und wurden auch bereits durchdekliniert, so etwa Kantianische Ansätze (Stakeholder als Ziele, nicht Mittel), vertragstheoretische Ansätze (Unternehmen als Netzwerk von Verträgen), diskursethische Ansätze (Stakeholder müssen befähigt werden, ihre Ansprüche als freie und gleiche Personen vor einer prinzipiell unbegrenzten Öffentlichkeit zu legitimieren), Sozialvertragsansätze (Stakeholder und Organisationen stimmen einer Kooperation zum gegenseitigen Vorteil zu), liberale Ansätze (persönliche Freiheiten und Austausch auf Märkten) oder Gerechtigkeitsansätze (bspw. Gerechtigkeit als Fairness).¹⁴

III. Anwendungsfall wirtschaftsethisch geprägter Governance: Ko-Regulierung digitaler Plattformunternehmen

In der Medienwirtschaft erleben wir seit längerem eine stark steigende Bedeutung digitaler Plattformen, die meist mittels Algorithmen-gesteuerter Geschäftsmodelle immer größere Marktanteile an ihrem jeweiligen zweiseitigen oder mehrseitigen Markt erlangen und dabei folgende ökonomische Effekte nutzen:¹⁵

- Die Skalierbarkeit ihrer Geschäftsprozesse ermöglicht rasches Up- und Downsizing.
- Die Verfügbarkeit oft riesiger Datenmengen erlaubt Big Data-Analysen und die damit verbundenen Möglichkeiten zum Microtargeting oder der Geschäftsstrategieentwicklung.

¹² Freeman/Harrison/Wicks/Parmar/De Colle (oben Fn. 7), 2010, S. 28.

¹³ Donaldson/Preston, The Stakeholder Theory of the Corporation: Concepts, Evidence, and Implications, 20 Academy of Management Review 65 (1995); Jones/Wicks/Freeman, in: Bowie (Hrsg.), The Blackwell Guide to Business Ethics, 2002, S. 19–37.

¹⁴ Wichtig ist, den (optimalerweise im Unternehmen operationalisierten) Stakeholder-Ansatz nicht über Gebühr auf Themen der Makroebene (bspw. Menschenrechtsverletzungen) auszudehnen, sondern ihn als organisationsethisches Modell zu betrachten (Phillips, Stakeholder theory and organizational ethics, 2003); wenn makro- oder sozialetische Theorien eine Rolle spielen, dann zur Legitimation des Ansatzes (des „normative core“).

¹⁵ S. z. B. Engelhardt/Wangler/Wischmann, Begleitforschung Autonomik für Industrie 4.0. Eigenschaften und Erfolgsfaktoren digitaler Plattformen, 2017, S. 11–15.

- Die niedrigen Transaktionskosten erleichtern Auffinden, Bewirtschaften und Halten der GeschäftspartnerInnen/KundInnen.
- Die Netzwerkeffekte machen ein Wachstum ab Erreichen einer kritischen Menge quasi unabdingbar.

In Kombination führen diese Effekte oftmals zu einer Konzentration verschiedener Medienmärkte, wie am Beispiel Suchmaschinenmarkt oder Markt für soziale Netzwerke gut ersichtlich ist. Wir sehen eine „Ökonomisierung“,¹⁶ bzw. „Kommerzialisierung“¹⁷ der Medienlandschaft; in Verbindung mit der zielgenauen Ansprache des Publikums per „Microtargeting“ spricht Ruß-Mohl¹⁸ von einer (dem Qualitätsjournalismus nicht zuträglichen) Tendenz zur „Klick-Ökonomie“, also dem kurzfristigen Heischen nach Aufmerksamkeit per „Klick“.

Diese medienökonomisch gut untersuchten Phänomene eröffnen wichtige ethische Fragen, zunächst zu den Plattformunternehmen selbst (sozusagen als unternehmensethische Problematik, aber auch bezüglich gesellschaftlicher Auswirkungen der Unternehmensstrategien), als auch zu bestimmten technologisch geprägten Möglichkeiten dieser Plattformen wie etwa algorithmische Prozesse und Entscheidungen.

Zunächst wird oft auf die möglicherweise demokratiezersetzende Tendenz der auf Plattformen stattfindenden Kommunikation verwiesen. Hate Speech, Fake News und die Frage, wo kritischer und transparenter Qualitätsjournalismus stattfinden soll, wenn sich nicht professionell ausgebildete BürgerjournalistInnen und „Producer“ auf den Plattformen als NachrichtenproduzentInnen gerieren, bleiben aktuelle Fragestellungen; auch die immer wieder kritisierten versuchten Wahlbeeinflussungen über Plattformen (durch Fake News und Deep fakes) fallen unter diese Thematik. Im Bereich der Privacy-Debatte geht es einerseits um mehr oder weniger freiwillig veröffentlichte private Daten durch die RezipientInnen, aber auch um die von einigen Plattformunternehmen vorgenommene „Kommodifizierung“ offener Daten („open data“) hinsichtlich einer finanziellen Verwertung.¹⁹ Hier sind wiederum Konzentrationstendenzen zu beobachten (die Daten werden zu „Clubgütern“) und die Distinktion private vs. offene Daten fällt zunehmend schwer. Ein weiterer Punkt betrifft eine mögliche Homogenisierung der NutzerInnen und eine (sich selbst verstärkende) Selbstselektion der RezipientInnen hinsichtlich politischer Information, Konsumverhalten u. ä. (s. Echokammer- und Filterblaseneffekte).

¹⁶ Hardy, *Critical Political Economy of The Media*, 2014.

¹⁷ Hepp/Hjarvard/Lundby, *Mediatization: theorizing the interplay between media, culture and society*, 37 *Media, Culture & Society* 314 (2015).

¹⁸ Ruß-Mohl, *Journalismus und Gemeinwohl in der Desinformationsökonomie*, *Communicatio Socialis* 2017, 50.

¹⁹ Litschka/Pellegrini, *Considerations on the governance of open data – an institutional economic perspective*, 9 *International Journal of Intellectual Property Rights* 247 (2019).

Technologisch ergeben sich durch die Nutzung von Algorithmen komplett neue Möglichkeiten der Datennutzung und RezipientInnenbindung, z. B., wenn man an „lock-in-Effekte“ durch den Netzwerkeffekt, hohe Usability und Bequemlichkeit der Plattformnutzung denkt. Eine wichtige ethische Frage betrifft hier eine mögliche Verhaltenssteuerung durch Algorithmen im Sinne einer self-fulfilling prophecy. Beispiele wie Chinas Social Credit System oder der Algorithmus des österreichischen Arbeitsmarktservice werfen Bedenken dahingehend auf, dass Verhalten vornormiert wird und Individuen vorausseilenden Gehorsam zeigen, um die Entscheidungen des Algorithmus positiv zu beeinflussen.

Somit müssen wir uns auch hier die Frage stellen, ob die bislang von Plattformen unternommenen (meist freiwilligen) Anstrengungen hinsichtlich CSR ausreichen, umso mehr, als diese sich nach wie vor als Technologieunternehmen und nicht als Medienunternehmen betrachten und sich so der medienrechtlichen (und medienethischen) Governance entziehen. Angesichts der oben angeführten wirtschaftsethischen Argumente spricht einiges dafür, auch hier einen Stakeholder-orientierten Steuerungsansatz zu wählen, der auf Ko-Regulierung beruht. Insbesondere aus der Rolle von Plattformen, die Content produzieren und (informative, unterhaltende und werbliche) Öffentlichkeit herstellen, resultiert eine gesellschaftliche Privilegierung. Damit ist aber eben auch eine Gemeinwohlorientierung impliziert und eine besondere Verantwortung der Plattformen begründet. Diese Verantwortung ist nicht völlig an den Staat, den Markt oder auch das Management (oder die JournalistInnen) delegierbar, sondern sie ist im Rahmen unternehmensethischer Prozesse wahrzunehmen, die man aber nicht komplett der Freiwilligkeit überlassen sollte. Aus institutionenökonomischer (und in weiterer Folge institutionenethischer) Sicht gilt es, die geeigneten normativen Grundlagen und Anreizsysteme zu finden, die den Plattformen ein ethisch gut begründetes Stakeholder-Management System ermöglichen, ohne den starken Eingriff einer Fremdregulierung durch immer neue (Medien-)Gesetze zu benötigen. Dazu können hier nur erste Hinweise auf drei Ebenen gegeben werden:

- Normenebene: Im Sinne des Stakeholder-Ansatzes kann Publizität nicht nur die einseitige Erfüllung bestimmter Publizitätsregeln meinen, sondern muss eine transparente 2-Wege-Kommunikation mit den Stakeholdern ermöglichen.²⁰ Angesichts der oben beschriebenen aktuellen ethischen Problemfelder gerade bei Algorithmen-basierten Geschäftsmodellen bekommt Transparenz eine erhöhte Relevanz. Auf Legitimität (nicht nur Legalität) beruhende Stakeholder Partizipationsprozesse führen in weiterer Folge zu der Art von „Publizität“, die Philosophen wie Habermas²¹, Sen²² oder

²⁰ Morsing/Schultz, in: Zakhem/Palmer/Stoll (Hrsg.), Stakeholder Theory: Essential Readings in Ethical Leadership and Management, 2008, S. 247.

²¹ Habermas, Erläuterungen zur Diskursethik, 1991.

²² Sen, Die Idee der Gerechtigkeit, 2010.

Rawls²³ meinen: den Austausch von Argumenten freier und gleicher Personen und Legitimation der Argumente vor einer prinzipiell unbegrenzten Öffentlichkeit. Dass reine Indikatorensysteme wie die GRI mit ihrem Fokus auf triple-bottom-line reporting hier nur einen Anfang des Prozesses darstellen, sollte offensichtlich sein.

- Ko-Regulierung in der Medienrahmenordnung/Wirtschaftspolitik: Anreizsysteme der Medienrahmenordnung wie die Frage der Subventionierung bestimmter (auch digitaler) Medien, der möglichen Besteuerung von Medien- und Werbegütern („Digitalsteuer“) oder der Konzentration im Mediensektor sind neu zu denken. Alleine der Einbezug der Plattformunternehmen in die Governance von „Medienunternehmen“ (statt sie als reine Technologieunternehmen zu behandeln) würde hier einen großen Schritt bedeuten und den Stakeholder-Gedanken in dieser Branche erleichtern.
- Ko-Regulierung auf der Mesoebene der Organisation: die Koppelung mancher Fördermaßnahmen (bspw. Presseförderung) an die Organisation von Ethik in Medienunternehmen (Nachweis eines Stakeholder-Managements, Ethik-Kodizes, Ethik Hotlines, Mitgliedschaft in Selbstregulierungsinstitutionen wie dem Presserat, etc.) wäre ein weiterer Anreiz zur Inklusion ethischen Managements in Plattformen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Gedanke der Ko-Regulierung in verschiedenen Governance-Systemen und insbesondere bei der Steuerung von Plattformunternehmen in der Lage sein kann, ökonomische Anreizsysteme und ethische Fundierung zu vereinen und eine verbreitete Anwendung dieser Regulierungsform einige im Beitrag angesprochenen Problemlagen möglicherweise effektiver adressieren würde, als bisherige auf Freiwilligkeit oder Gesetzgebung beruhende Governance-Mechanismen.

²³ Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1979.

Funktionen und Entwicklungschancen der CSR-Berichterstattung

Patrick C. Leyens

I. Soziales Unternehmertum durch Publizitätsregeln

In der Europäischen Union gilt seit der Richtlinie über Corporate Social Responsibility von 2014 die Pflicht, über nichtfinanzielle Aspekte der Unternehmensführung zu berichten (CSR-Berichterstattung).¹ Die Publizitätspflicht richtet sich an große Kapitalgesellschaften, die zu den Unternehmen von öffentlichem Interesse zählen und mindestens 500 Mitarbeiter beschäftigen.² Zu berichten ist über die Auswirkungen der wirtschaftlichen Tätigkeit mindestens in Bezug auf Umwelt-, Sozial- und Arbeitnehmerbelange, die Achtung der Menschenrechte und die Bekämpfung von Korruption und Bestechung. Diese Liste an Belangen ist ausweislich des Richtlinien texts nicht erschöpfend, schafft aber eine Annäherung an die soziale Verantwortung von Unternehmen und wird der Verwendung dieses Begriffs im Folgenden zugrunde liegen.

In der Zeit seit Erlass der CSR-Richtlinie hat sich die soziale Verantwortung zu einem der wichtigsten Themen der internationalen unternehmensrechtlichen Diskussion entwickelt und stellt die Geschäftsleiter und ihre Überwacher vor neue Herausforderungen.³ Ursächlich hierfür ist zum einen die gestiegene öffentliche Aufmerksamkeit, zum anderen die durch institutionelle Investoren vorangetriebene ESG-Bewegung (environment, social, governance). Gerade die im Fokus der öffentlichen Aufmerksamkeit stehenden kapitalmarktorientierten Unternehmen können sich dem Druck der Investoren auf eine auch Nachhaltigkeitsziele berücksichtigende Unternehmensstrategie nicht entziehen. An diesen Marktdruck kann eine moderne Gesetzgebung i. S. v. Smart Regulation anknüpfen.

¹ Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen, ABl. L 330 v. 15.11.2014, S. 1.

² Zur Umsetzung durch §243b öUGB und §289b dHGB.

³ *Hopt/Leyens*, in: Afsharipour/Gelter (Hrsg.), *Research Handbook Comparative Corporate Governance*, 2021 i. E., S. 116, 133 ff., abrufbar als ECGI-Working Paper unter: <https://ssrn.com/abstract=3804717>.

Die facettenreichen Ansätze von Smart Regulation werden im vorliegenden Sammelband an anderer Stelle erschlossen.⁴ Publizitätspflichten zählen zum Instrumentenkasten von Smart Regulation, wenn oder weil sie dazu beitragen, private Austauschprozesse für die Verhaltenssteuerung nutzbar zu machen.⁵ Mit Blick auf die hier besprochene soziale Verantwortung der Unternehmen liegt dem die Überlegung zugrunde, dass sich vermittelt durch Angebot und Nachfrage, also durch den Marktmechanismus, unternehmerische Verhaltensweisen herausbilden, die von der Mehrheit der Marktteilnehmer als überzeugend empfunden werden. Der Rückgriff auf den Marktmechanismus führt im Idealfall zu einem selbstdurchsetzenden Steuerungssystem, das hohe Befolungsraten hervorbringt und dabei keine oder bloß geringe regulatorische Kosten verursacht. Gegenüber direkten Verhaltensvorgaben kann sich die gezielte Nutzung des Marktmechanismus nicht zuletzt bei fehlendem staatlichem Ordnungswissen als überlegen erweisen.⁶ Dieser zuletzt genannte Aspekt betrifft vor allem den Umgang mit Zielkonflikten der sozialen Verantwortung, darunter beispielsweise die Entscheidung zwischen Umweltschutz und Arbeitsplatzerhalt in klimarelevanten Industrien. Wird auf Publizitätspflichten gesetzt und von direkten Verhaltensvorgaben abgesehen, bleibt es bei privaten Entscheidungen über den Umgang mit solchen oder ähnlichen Konflikten. Die Unternehmenspublizität schafft hierbei die Grundlage für informierte Märkte und bildet damit den Konnex zwischen privatem Austausch und Unternehmensverhalten.

Die durch Publizitätspflichten gestärkte Funktionsweise informierter Märkte ließe sich in Anlehnung an die von Michael Litschka gewählte Formulierung als „Austausch von Argumenten freier und gleicher Personen“ verstehen.⁷ Die zu erhoffenden Erträge eines solchen Austauschs hängen allerdings von zwei Voraussetzungen ab, zum einen von der Bereitschaft zum Eintritt in den Austausch, zum anderen davon, ob der Austausch Anreize zu Verhaltensänderungen hervorbringt. Bei Fehlen einer dieser Voraussetzungen bedarf es direkter Regulierung, was bei den von Michael Litschka behandelten Industrien und ihren Sachfragen zu berücksichtigen wäre.⁸

Bereits aus dem bis hierher unternommenen Versuch einer Themenannäherung deutet sich die Komplexität des Steuerungsinstruments der Publizitätspflicht an. Im Folgenden ist dem weiter nachzugehen, und zwar zunächst mit

⁴ Siehe das Eröffnungsreferat zu Anfang dieses Sammelbands von *Niemann*, Der Profilbildende Bereich Smart Regulation: Entwurf eines Mission Statements, S. 3.

⁵ Grundlegend *Merkt*, Unternehmenspublizität: Offenlegung von Unternehmensdaten als Korrelat der Marktteilnahme, 2001, S. 207 ff., 332 ff.

⁶ *Leyens*, Informationsintermediäre des Kapitalmarkts: Private Marktzugangskontrolle durch Abschlussprüfung, Bonitätsrating und Finanzanalyse, 2017, S. 224 ff., 233, 307.

⁷ *Litschka*, CSR, Stakeholder-Ansatz und Ko-Regulierung: Governance wirtschaftsethisch geprägt, S. 67, 70 ff. (in diesem Sammelband).

⁸ Gleichsinnig *Schneider*, Verhaltenssteuerung durch Unternehmenspublizität als Beispiel für Smart Regulation, S. 101, 105 (in diesem Sammelband).

Blick auf die Grundsatzfragen und Entwicklungen in der internationalen Diskussion, die das Spektrum möglicher regulatorischer Maßnahmen zur Stärkung der sozialen unternehmerischen Verantwortung aufzeigen (II.). Sodann sind die in der Europäischen Union geltenden Regeln der CSR-Berichterstattung auf ihre Leistungsfähigkeit und Fortentwicklungsmöglichkeiten zu untersuchen (III.). Zum Schluss sind offene Zukunftsfragen anzusprechen, darunter insbesondere die nach der Sicherstellung ordnungsgemäßer Unternehmenspublizität (IV.).

II. CSR-Berichterstattung im Spiegel der internationalen Diskussion

1. Gesetzliche Verankerung von Sozialzielen (*stakeholder value vs. shareholder value*)

Das im grenzüberschreitenden Wettbewerb der Unternehmen deutlichste Signal einer Berücksichtigung von Sozialzielen vermag eine Rechtsordnung durch materiellrechtliche Verhaltensvorgaben zu setzen. Um die Einbeziehung von Sozialzielen in den Unternehmenszweck und damit in die Geschäftsleiterpflichten wird nicht erst in jüngerer Zeit, sondern bereits seit dem Übergang vom staatlichen Konzessionssystem auf die private Unternehmensgründung im 19. Jahrhundert gerungen.⁹ Herausgebildet haben sich zwei gegenpolige Ansätze: An einem Ende steht die herkömmlich dem von Delaware dominierten US-amerikanischen Gesellschaftsrecht zugeschriebene Ausrichtung des Unternehmenszwecks auf die Aktionärsinteressen (*shareholder value*). Der viel zitierte Satz von Milton Friedman von 1970 bringt dies auf den Punkt: „the social responsibility of business is to increase its profits“.¹⁰ Seiner sozialen Verantwortung wird ein Unternehmen hiernach am besten gerecht, wenn es sich in einem fairen Wettbewerb und unter Einhaltung gesetzlicher Vorgaben gegenüber anderen Unternehmen durchsetzt. Mit der Ausrichtung an den Anteilseignerinteressen trägt das Unternehmen seiner sozialen Verantwortung Rechnung, weil der Erfolg im Wettbewerb um die effiziente Nutzung der Produktionsmittel nicht nur für das einzelne Unternehmen und seine Eigner,

⁹ *Habersack*, Gemeinwohlbindung und Unternehmensrecht, Archiv für die civilistische Praxis 220 (2020), 594, 603. Rechtsvergleichend *Fleischer*, Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper No. 561/2021, 21.01.2021, Abschn. II.1. und III., abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3770656>.

¹⁰ *Friedman*, The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits, N. Y. Times Magazine, 13.09.1970: „[T]here is one and only one social responsibility of business – to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition without deception or fraud.“

sondern für die gesamte Volkswirtschaft den größten Zuwachs an Wohlstand verspricht.¹¹

Am anderen Ende findet sich die in Kontinentaleuropa bevorzugte Einbeziehung der Interessen weiterer Bezugsgruppen (stakeholder value). Das österreichische Aktienrecht formuliert aus, was im deutschen Recht ohne ausdrückliche Regelung anerkannt ist: Es geht um „das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses“.¹² Im Vereinigten Königreich wurde durch die Gesellschaftsrechtsreform von 2006 eine gleichsinnige Formulierung in den Companies Act eingefügt. Die Berücksichtigung der Interessen weiterer Bezugsgruppen wird dort allerdings gerade nicht als Zurückdrängung der Aktionärsinteressen, sondern vielmehr als moderne Weiterentwicklung des Unternehmensinteresses verstanden (enlightened shareholder value).¹³ Zugrunde liegt die gleichermaßen das österreichische und deutsche Rechtsverständnis anleitende Überzeugung, nach der unternehmerischer Erfolg nur bei hinreichender Berücksichtigung der Interessen weiterer Bezugsgruppen sicherzustellen ist.¹⁴

Bei näherem Besehen erweisen sich die Unterschiede zwischen den vorgestellten Ansätzen des shareholder value und stakeholder value als gering. Der Einsatz von Ressourcen für soziale Zwecke ist auch bei strenger Bindung an die Anteilseignerinteressen nicht nur zulässig, sondern verpflichtend, wenn das Unternehmen auf Zugewinne bei seiner Reputation angewiesen ist. Umgekehrt sind selbst dramatische Arbeitsplatzverluste infolge der Schließung von Produktionsstätten auch bei Einbeziehung der Interessen von Arbeitnehmern und weiterer Bezugsgruppen in das Unternehmensziel in Kauf zu nehmen, wenn nur auf diese Weise die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens sicherzustellen ist.

Das eigentliche Problem betrifft die nicht vollständig auflösbaren Zielkonflikte. Mit solchen Konflikten ist insbesondere bei abweichenden Zeithorizon-

¹¹ *Enriques*, Missing in Today's Shareholder Value Maximization Credo: The Shareholders, Promarket 22.09.2020, abrufbar unter: <https://promarket.org/2020/09/22/milton-friedman-value-maximization-credo-is-missing-the-shareholders/>.

¹² §70 Abs.1 öAktG. Demgegenüber ohne Nennung der Bezugsgruppen §76 Abs.1 dAktG: „Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten.“

¹³ Section 172 Companies Act 2006: „A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to – (a) the likely consequences of any decision in the long term, (b) the interests of the company's employees, (c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others, (d) the impact of the company's operations on the community and the environment, (e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and (f) the need to act fairly as between members of the company.“

¹⁴ *Cheffins/Williams*, Team Production Theory Across the Waves, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 2/2021, 18.12.2020, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3751392>. Zu Österreich *Kals*, in: Münchner Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Aufl., 2019, §76 Rn. 161; zu Deutschland *Spindler*, in: ebd., Rn. 64 ff.

ten zu rechnen, beispielsweise wenn ein kurzfristig gewinnversprechender Einsatz klimaschädlicher Technologien zu langfristigen Beeinträchtigungen der Umwelt führt. Von einer gesetzlichen Verankerung des Sozialziels in der Beschreibung der Geschäftsleiterpflichten ist für die Lösung solcher Konflikte allerdings schon deshalb wenig zu erhoffen, weil sich aus der Normierung von Zielen noch keine Anleitung dazu ergibt, welches von mehreren Interessen im spezifischen Einzelfall Vorrang genießen soll. Auflösen lassen sich Zielkonflikte dieser Art letztlich nur durch direkte Verhaltensregeln, im angeführten Beispiel also durch regulatorische Emissionsgrenzen oder Regeln mit vergleichbarer Wirkung.

Auf Stand der Forschung besteht die rechtspraktisch so bedeutsame wie gefährliche Wirkung eines an mehreren Bezugsgruppen ausgerichteten Unternehmensinteresses in der Abschirmung der Geschäftsleiter vor dem Partikularinteresse der Aktionäre. Das Ziel, die Geschäftsleiter insbesondere vor Aktionärsklagen zu schützen, bildete einen der gedanklichen Ausgangspunkte für die Bezugsgruppen-Gesetzgebung in US-amerikanischen Bundesstaaten wie New York¹⁵ um die 1990er-Jahre (constituency statutes).¹⁶ Für das in der Sache dem österreichischen Ansatz folgende deutsche Aktiengesetz wird ebenfalls von einer Abschirmungswirkung zugunsten der Geschäftsleiter ausgegangen.¹⁷

Bei einer im Übrigen funktionstüchtigen Corporate Governance mit sinnvoll austarierten Vergütungssystemen und vor allem Abberufungsregeln wird sich ein dem Rentabilitätsziel zuwiderlaufendes Geschäftsleiterverhalten allerdings nicht dauerhaft durchsetzen können. In Wettbewerbsmärkten verschwinden schwache Unternehmen vom Markt.¹⁸ Damit ist festzuhalten, dass von gesetzlichen Vorgaben zur Berücksichtigung von Sozialzielen keine Signalwirkung ausgeht, in Folge derer sich die Aufgaben der Unternehmenspublizität erledigen würden.

¹⁵ § 717(b) New York Business Corporation Law: „[...] a director shall be entitled to consider, without limitation, (1) both the long-term and the short-term interests of the corporation and its shareholders and (2) the effects that the corporation's actions may have in the short-term or in the long-term upon any of the following: (i) the prospects for potential growth, development, productivity and profitability of the corporation; (ii) [...] employees; (iii) [...] retired employees and other beneficiaries [...]; (iv) the corporation's customers and creditors; and (v) the ability [...] to provide [...] goods, services, employment opportunities and employment benefits and otherwise to contribute to the communities in which it does business.“

¹⁶ Zu Hintergrund und Bewertung *Romano*, A Guide to Takeovers: Theory, Evidence, and Regulation, 9 Yale Journal of Regulation 119, 171 (1992).

¹⁷ *Habersack* (oben Fn. 9), 623.

¹⁸ *Davies*, Introduction to Company Law, 3. Aufl., 2020, S. 333 in Auseinandersetzung mit der konzeptionell entgegengesetzten Position von *Mayer*, Prosperity, 2018, S. 31.

2. Publizität satzungsmäßiger Unternehmensziele (Loi PACTE, Frankreich 2019)

Vor diesem Hintergrund ist es wenig überraschend, dass auch die Erfahrungen mit der Publizität von Satzungsregeln enttäuschend ausfallen.¹⁹ Das französische Recht schreibt seit der PACTE-Reform²⁰ von 2019 zum einen die Unternehmensführung unter Berücksichtigung sozialer und ökologischer Aspekte vor (*intérêt social*).²¹ Zum anderen sind Unternehmen dazu aufgerufen, in ihre öffentlich verfügbaren Satzungen eine die soziale Verantwortung berücksichtigende Unternehmenszielbeschreibung aufzunehmen. Diese Zielbeschreibung möchte der französische Gesetzgeber als Daseinsberechtigung (*raison d'être*) des Unternehmens verstanden wissen.²² Gedacht ist an Grundsätze, denen sich das Unternehmen über die Verwirklichung der Anteilseignerinteressen hinaus verpflichtet sieht und zu deren Förderung es Ressourcen aufzuwenden gedenkt.

Beispielsweise der Lebensmittelhersteller Carrefour will sich laut Satzungspräambel einer „Umstellung der Ernährung für alle“ widmen.²³ Aussagen zum Umgang mit widerstreitenden Interessen, also beispielsweise den zur Finanzierung besserer Produkte denkbaren Lohnsenkungen zulasten der Arbeitnehmerschaft oder Preiserhöhungen auf Kosten der Kunden finden sich erwartungsgemäß nicht. Der Ölkonzern Total sieht seinen *raison d'être* darin, „so vielen Menschen wie möglich erschwinglichere, besser verfügbare und sauberere Energie zu bieten.“²⁴ Über den Umgang mit den gerade bei einem Energieunternehmen offensichtlichen Zielkonflikten sagen solche Proklamationen nichts aus.

Insgesamt legen die Erfahrungen in Frankreich den Schluss nahe, dass von einer Verpflichtung zur Verankerung von Sozialzielen in der Unternehmenssatzung und der Offenlegung der Satzung kaum eine Verbesserung der Entscheidungsgrundlage für die Marktteilnehmer zu erhoffen ist.²⁵

¹⁹ Deckert, in: FS Hopt 2020, S. 151.

²⁰ Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises, loi relative à la croissance et la transformation des entreprises, Journal Officiel Lois et Décrets Nr. 0119, 23.05.2019.

²¹ Art. 1833 Abs. 2 Code Civil: „La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.“

²² Art. 1835 Satz 3 Code Civil: „Les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité.“

²³ „Notre mission est de proposer à nos clients des services, des produits et une alimentation de qualité et accessibles à tous à travers l'ensemble des canaux de distribution. [...] nous avons pour ambition d'être leader de la transition alimentaire pour tous.“; Carrefour, Statuts, 29.06.2020, abrufbar unter: <https://www.carrefour.com/sites/default/files/2020-07/20200506%20-%20Statuts%20modifiés%2029%2006%202020.pdf>.

²⁴ „Sa raison d'être est de fournir au plus grand nombre une énergie plus abordable, plus disponible et plus propre.“; abrufbar unter: <https://www.sustainable-performance.total.com/fr/notre-vision/devenir-la-major-de-l-energie-responsable>.

²⁵ Pietrancosta, Intérêt social et raison d'être: Considérations sur deux dispositions clés de la loi PACTE amendant le droit commun des sociétés, Annales des Mines – Réalités Indus-

3. Öffentliche Selbstverpflichtungen (US Business Roundtable 2019)

Befeuert wurde die international geführte Diskussion um die Steigerung der sozialen Verantwortung der Unternehmen durch eine im Jahr 2019 unter dem Dach des einflussreichen Business Roundtable veröffentlichte Grundsatzerklärung der US-amerikanischen Wirtschaft. Das Statement on the Purpose of a Corporation wurde von 181 CEOs führender US-amerikanischer Unternehmen unterzeichnet und ist als Selbstverpflichtung gegenüber der Öffentlichkeit aufgemacht.²⁶ Nach dem Text der Erklärung legen die Unterzeichner ein Bekenntnis zum sozialen Unternehmertum ab. Konkret verpflichten sie sich zur Wahrung der Interessen ihrer Kunden, Arbeitnehmer, Lieferanten, der Gemeinde am Sitzort des Unternehmens und – bloß als letztes angefügt – der Langfristinteressen von Aktionären.²⁷

Um das zutreffende Verständnis der (rechtlichen) Bedeutung von öffentlichen Selbstverpflichtungen wird diesseits wie jenseits des Atlantiks gerungen.²⁸ Soweit es die genannte Erklärung der US-amerikanischen CEOs anbelangt, ist zunächst festzustellen, dass Geschäftsleiter in der Pflicht stehen, das Unternehmensinteresse zu verwirklichen, nicht aber, es zu definieren. Eine rechtlich bindende Ausrichtung auf die Interessen anderer Bezugsgruppen als der Aktionäre vermag das Statement on the Purpose of a Corporation schon deshalb nicht hervorzubringen, weil die Unternehmen der meisten Unterzeichner im US-amerikanischen Bundesstaat Delaware inkorporiert sind und sich der dort besonders stark ausgeprägten Verpflichtung auf die Anteilseignerinteressen nicht eigenmächtig entziehen können.²⁹

Die tieferliegenden Zweifel an der Aussagekraft der Erklärung werden durch eine Studie genährt, der zufolge sich die meisten der unterzeichnenden Vorstandsvorsitzenden nicht zuvor mit ihrem jeweiligen Verwaltungsrat abgestimmt und sich außerdem in Widerspruch zu den vom Verwaltungsrat ver-

trielles, Nov. 2019, S. 55, 58 mit weiteren Beispielen; *Viandier*, La raison d'être d'une société (C. civ. Article 1835), Bulletin Rapide Droit des Affaires, 10/2019, S. 30.

²⁶ Business Roundtable, Statement on the Purpose of a Corporation, 19.08.2019, abrufbar unter: <https://opportunity.businessroundtable.org/ourcommitment/>.

²⁷ „We commit to: Delivering value to our customers. [...] Investing in our employees. [...] Dealing fairly and ethically with our suppliers. [...] Supporting the communities in which we work. [...] Generating long-term value for shareholders, who provide the capital that allows companies to invest, grow and innovate.“ Business Roundtable (oben Fn. 26).

²⁸ Zu den Grundsatzfragen *Leyens*, Selbstbindungen an untergesetzliche Verhaltensregeln: Gesetz, Vertrag, Verband, Publizität und Aufsichtsrecht, Archiv für die civilistische Praxis 215 (2015), 611, 631.

²⁹ *Strine*, The Dangers of Denial: The Need for a Clear-Eyed Understanding of the Power and Accountability Structure Established by the Delaware General Corporation Law, 50 Wake Forest Law Review 761, 768 (2015): „directors must make stockholder welfare their sole end, and that other interests may be taken into consideration only as a means of promoting stockholder welfare.“ Zum Zeitpunkt, als der Business Roundtable die Erklärung veröffentlichte, war Strine Delaware Chief Justice.

abschiedeten Grundsätzen der Unternehmensführung und -überwachung (corporate governance guidelines) gesetzt haben sollen.³⁰ Mittlerweile verfestigt sich der Eindruck, dass die Erklärung keine größere Berücksichtigung von Sozialzielen verspricht oder versprechen kann als ohnehin nach dem Ansatz des shareholder value erforderlich.³¹

III. Weiterentwicklung der CSR-Berichterstattung

1. Verhaltenssteuernde Wirkungen

Auf dieser Grundlage ist zu den in der Europäischen Union geltenden Publizitätspflichten vorzudringen. Anders als die in vorangegangenen Abschnitten beschriebene Offenlegung übergreifender Unternehmensziele geht es bei der CSR-Berichterstattung um die vom betreffenden Unternehmen angewandten Konzepte und konkreten Umsetzungsmaßnahmen, deren Wirkungen überprüfbar sind oder zumindest sein sollen. Die Publizitätspflicht begründet keinen Zwang zu einem bestimmten Verhalten, sondern lediglich zur Offenlegung des in der Vergangenheit gewählten und künftig in Aussicht genommenen Verhaltens. Dadurch entsteht ein gewisser Zwang zur Auseinandersetzung mit der unternehmerischen Verantwortung für Sozialziele und dem selbstgewählten Vorgehen. Von Steuerungswirkungen ist insbesondere dann auszugehen, wenn sich die offengelegten Informationen auf die Bereitschaft von Investoren oder Kreditgebern zur Bereitstellung von Kapital auswirken.

Über 60 % der Anteile an den großen börsennotierten Unternehmen in Österreich und Deutschland werden heute von institutionellen Investoren wie Fondsgesellschaften gehalten, von denen manche spürbaren Druck auf die Einhaltung von Sozialzielen ausüben.³² Gut bekannt sind die offenen Briefe von Larry Fink, dem Gründer, Verwaltungsrats- und Geschäftsführungsvorsitzenden des Marktführers BlackRock, in dem er die Vorstände dazu auffordert, Un-

³⁰ *Bebchuk/Tallarita*, ‚Stakeholder‘ Capitalism Seems Mostly for Show, Wall Street Journal, 06.08.2020, abrufbar unter: <https://www.wsj.com/articles/stakeholder-capitalism-seems-mostly-for-show-11596755220>; *dies.*, The Illusory Promise of Stakeholder Governance, 106 Cornell Law Review 91 (2020).

³¹ *Enriques*, The Business Roundtable CEOs Statement: Same Old, Same Old, Promarket, 09.09.2019, abrufbar unter: <https://promarket.org/2019/09/09/the-business-roundtable-ceos-statement-same-old-same-old/>; *Zingales*, Don't Trust CEOs Who Say They Don't Care About Shareholder Value Anymore, Washington Post, 20.08.2019, abrufbar unter: <https://www.washingtonpost.com/opinions/2019/08/20/dont-trust-ceos-who-say-they-dont-care-about-shareholder-value-anymore/>.

³² Wiener Börse, Institutionelle Investoren und österreichische Aktien im Jahr 2018, S. 2ff.; Ipreo/DIRK, Die Aktionärsstruktur des deutschen Leitindex DAX 30, Juni 2018, S. 7. Übergreifend *Ringe*, Changing Law and Ownership Patterns in Germany: Corporate Governance and the Erosion of Deutschland AG, 63 American Journal of Comparative Law 493 (2015).

ternehmens- und insbesondere Nachhaltigkeitsziele jenseits der kurzfristigen Gewinnmaximierung zu formulieren und umzusetzen.³³

Denjenigen Unternehmen, die solchen Forderungen nachkommen wollen, bietet bereits eine *freiwillige* Offenlegung ihrer Konzepte und Maßnahmen die Möglichkeit, sich im Wettbewerb um Kapital von den Kontrahenten abzugrenzen. Der Nutzen einer rechtlich *verpflichtenden* Offenlegung ist schwerer zu erkennen. Aus Sicht der offlegungswilligen Unternehmen ist dieser Nutzen in einer ermöglichenden Funktion zu sehen: Infolge der Publizitätspflicht, die für alle Unternehmen ab einer bestimmten Größe gilt, entsteht für diese Gruppe ein einheitlicher Informationskanal. Dadurch wird ein auf Publizität gestützter Wettbewerb, und zwar ein Wettbewerb um das überzeugendste Signal an den Markt angelegt.

Die Steuerungswirkung ergibt sich daraus, dass sich die gruppzugehörigen Unternehmen diesem durch die Publizitätspflicht angelegten Wettbewerb um das überzeugendste Marktsignal nicht entziehen können. Auch bei freibleibender Entscheidung und selbst zu wählenden Konzepten und Maßnahmen entfaltet also bereits die Publizitätspflicht Steuerungswirkungen. Der wichtige Unterschied zu direkten Verhaltensvorgaben besteht darin, dass den Unternehmen kein bestimmter Umgang mit Sozialzielen vorgeschrieben wird. Vielmehr bleibt es dem Markt überlassen, die Überzeugungskraft der vom einzelnen Unternehmen gewählten Positionierung und insbesondere seines Umgangs mit solchen Zielkonflikten der sozialen Verantwortung zu beurteilen, für deren Lösung sich noch keine einheitliche Meinung herausgebildet hat.

Die verpflichtende CSR-Berichterstattung leistet also zweierlei: Zum einen legt sie einen Informationswettbewerb zum Thema der sozialen unternehmerischen Verantwortung an, zum anderen verpflichtet sie die Unternehmen zur Teilnahme an diesem Wettbewerb. Die daran anknüpfenden Funktionen und Wirkungen lassen sich durch Regeln weiter ausbauen, die zu einer genaueren Informationsverarbeitung beitragen oder den Prozess der Verarbeitung beschleunigen.³⁴

2. Vergleichbarkeit der Berichtsinhalte

Seinen Nutzen vermag ein durch Publizitätspflichten angelegter Informationskanal nur dann voll zu entfalten, wenn die in ihn eingebrachten Berichtsinhalte vergleichbar sind. In Umsetzung der CSR-Richtlinie erlauben jedoch das österreichische und auch das deutsche Recht den Unternehmen, sich bei ihrer Be-

³³ *Fink*, Larry Fink's 2021 letter to CEOs, abrufbar unter: <https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/larry-fink-ceo-letter>, mit Betonung des auch gegenüber Kunden bekannt gegebenen Ziels der Klimaneutralität („Net zero: a fiduciary approach“).

³⁴ Zum Ganzen *Leyens*, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, 5. Aufl., 2018, §161 Rn. 44 ff.

richterstattung auf nationale, unionsbasierte oder internationale Rahmenwerke zu stützen.³⁵ Als Regelwerke in diesem Sinne gelten beispielsweise die Leitsätze der OECD für multinationale Unternehmen und die der Global Reporting Initiative, nationale Nachhaltigkeitskodizes, das Umweltmanagementsystem EMAS, der UN Global Compact, die Leitprinzipien der Vereinten Nationen für Wirtschaft und Menschenrechte, die ISO 26000 der Internationalen Organisation für Normung und die Dreigliedrige Grundsatzerklärung über multinationale Unternehmen und Sozialpolitik der Internationalen Arbeitsorganisation.³⁶ Wie aus Anzahl, Herkunft und Bezeichnung unschwer zu erahnen ist, unterscheiden sich die Rahmenwerke erheblich in Ausrichtung, Umfang und thematischer Anordnung, dies mit der Folge, dass die darauf gestützten Berichte sehr unterschiedlich ausfallen.

Eine für die effiziente Informationsauswertung durch den Markt erforderliche Vergleichbarkeit ist mit der freien Wahl des Rahmenwerks nicht zu erreichen. Die Einsicht, dass Vergleichbarkeit ein einheitliches Referenzwerk voraussetzt, leitete beispielsweise in Deutschland bereits Anfang der 2000er-Jahre den Übergang auf ein einheitliches Kodexwerk zur Corporate Governance an.³⁷ Dass es kurz- oder mittelfristig in der Europäischen Union zu einer Einigung auf ein einheitliches und international tragfähiges Referenzwerk mit hinreichend konkreten Zielbestimmungen oder gar Maßnahmenbeschreibungen kommen wird, ist schon angesichts der oben beschriebenen Unterschiede im Verständnis des Unternehmenszwecks nicht ernsthaft zu erhoffen.³⁸

3. Informationsgehalt der Berichterstattung

Die besondere Schwierigkeit einer Steuerung der sozialen Verantwortung durch Unternehmenspublizität besteht nach vorgenannten Überlegungen darin, auf einen Informationsgehalt hinzuwirken, der im Markt Berücksichtigung finden kann. Dass hierin die eigentliche Herausforderung zu sehen ist, wird nicht zuletzt an den beschriebenen Erfahrungen in Frankreich und in den USA deutlich:³⁹ Aus der Veröffentlichung von Unternehmenszielen, die Werbebotschaften gleichen, oder Selbstverpflichtungen, die letztlich nicht belastbar sind, ergibt sich keine nennenswerte Anreicherung der Marktinformation.

Umgekehrt fehlt den Regelgebern hinreichend sicheres Ordnungswissen dazu, welches Verhalten der sozialen Verantwortung am besten gerecht wird.

³⁵ §243b Abs. 5 öUGB: „Die Gesellschaft kann sich bei der Erstellung der nichtfinanziellen Erklärung auf nationale, unionsbasierte oder internationale Rahmenwerke stützen; wenn sie hiervon Gebrauch macht, hat sie anzugeben, auf welche Rahmenwerke sie sich stützt.“ Siehe auch §289d dHGB.

³⁶ Überblick bei *Merkt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl., 2021, §289d Rn. 1.

³⁷ *Leyens* (oben Fn. 34), Rn. 83.

³⁸ Oben Abschn. II.1.

³⁹ Oben Abschn. II.2. f.

Beispielsweise lässt sich keine auf jeden Einzelfall passende Regel dazu finden, wie bei sinkender Ertragskraft einer Produktionsstätte ein Ausgleich zwischen den Interessen an der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens, seiner Reputation am Sitzort, dem Erhalt von Arbeitsplätzen und der Zufriedenheit von Belegschaften anderer Produktionsstätten des Unternehmens herzustellen ist. Die sofortige Schließung muss nicht, die dauerhafte Aufrechterhaltung des Standorts kann nicht angezeigt sein. Anders als bei den für die finanzielle Berichterstattung geltenden Bewertungsgrundsätzen zählte die CSR-Richtlinie bislang lediglich die mindestens zu berücksichtigenden Interessen auf, gab aber nicht vor, wie diese im Einzelfall zu gewichten sind. Der Informationsgehalt der auf dieser Grundlage offengelegten qualitativen Informationen fiel erwartungsgemäß gering aus.

Diesem Bestimmtheits- und Bestimmbarkeitsproblem hat sich die Europäische Kommission mit Blick auf Nachhaltigkeitsfragen angenommen und sorgt in Umsetzung der in ihrem Green Deal von 2019 formulierten Ziele nicht zuletzt für eine verbesserte Unternehmenspublizität.⁴⁰ So sieht die europäische Taxonomie-Verordnung von 2020 verpflichtende Kriterien für die Einordnung von Wirtschaftsaktivitäten als ökologisch nachhaltig vor.⁴¹ In die Berichterstattung sind künftig insbesondere Angaben darüber aufzunehmen, welcher Anteil der Umsatzerlöse und der Investitions- oder Betriebsausgaben auf solche Tätigkeiten entfällt.⁴² Damit zeichnet sich ein Übergang von der bislang bloß qualitativen zu einer deutlich stärker quantitativ ausgerichteten Erfassung von Nachhaltigkeitsaspekten ab.⁴³ Die dem Regelgeber aus Gründen fehlenden Ordnungswissens nicht mögliche Vorgabe der „richtigen“ Gewichtung bleibt dabei nach wie vor dem Markt überlassen.

Insgesamt zeigt sich, dass bei entsprechender Gestaltung der Publizitätspflichten durchaus mit einer CSR-Berichterstattung gerechnet werden kann, die den Marktmechanismus anspricht und zu einer verstärkten Berücksichtigung von Sozialzielen durch die Unternehmen beiträgt.⁴⁴

⁴⁰ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Der europäische Grüne Deal, 11.12.2019, COM(2019) 640 final.

⁴¹ Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088, ABl. EU L 198, S. 13 (Kurztitel: Taxonomie-VO).

⁴² Art. 8 Abs. 2 Taxonomie-VO (oben Fn. 41).

⁴³ Überblick zu den Neuregelungen bei *Calliess/Dross*, Umwelt- und Klimaschutz als integraler Bestandteil der Wirtschaftspolitik, *Zeitschrift für Umweltrecht* 2020, 456; *Geier/Hombach*, ESG: Regelwerke im Zusammenspiel, *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht* 2021, 6.

⁴⁴ *Schneider/Müllner*, CSR-Berichterstattung in Europa – Quo vadis? *Der Konzern* 2021, 20.

IV. Zukunftsfragen

Die Unternehmenspublizität kann nach den hier beschriebenen Entwicklungen und Erfahrungen zur Förderung sozialen Unternehmertums beitragen. Als Smart Regulation erweist sie sich vor allem dort, wo Steuerungsziele durch den Markt weiter ausgeformt und umgesetzt werden können. Der Marktmechanismus setzt der Unternehmenspublizität jedoch zugleich Leistungsgrenzen. Im Zuge einer stetig wachsenden Bedeutung der CSR-Berichterstattung im Wettbewerb um Kapital wird insbesondere darüber nachzudenken sein, ob regulatorische Maßnahmen zur Sicherstellung ordnungsgemäßer Berichte erforderlich sind.

Von der ansonsten durchaus leistungsfähigen Kapitalmarktinformationshaftung ist wenig zu erhoffen, weil der Nachweis der Ursächlichkeit von Berichtsfehlern für Vermögenseinbußen beispielsweise durch Kursrückgänge nur in den seltensten Fällen gelingen wird.⁴⁵ Die Europäische Kommission hat derzeit zu entscheiden, ob sie den Empfehlungen zur Stärkung der nachhaltigen Unternehmensführung einer von ihr in Auftrag gegebenen Studie der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Ernst & Young folgen soll.⁴⁶ Die Studie spricht sich unter anderem für ein Recht einzelner Bezugsgruppen aus, gerichtlich gegen Geschäftsleiter vorzugehen, die sozialen Interessen nicht hinreichend Rechnung tragen.⁴⁷ Diese Forderung ist zu Recht als unüberlegt kritisiert worden, schon weil keinerlei Gewähr dafür besteht, dass die Klagerechte allein zur Verwirklichung legitimer Interessen ausgeübt werden würden.⁴⁸ Rechtspraktisch ist mit diesem Ansatz über eine Förderung der Partikularinteressen bloß einzelner Bezugsgruppen nicht hinauszukommen.

Im Vergleich hierzu erweist sich die Steuerung des sozialen Unternehmertums durch Publizität als eine konzeptionell überlegene Form von Smart Regulation, weil sie ihre Durchsetzungskraft aus dem Dialog mit dem Markt herleitet und zugleich den privaten Austausch stärkt. Gegenüber direkten Eingriffen in die unternehmerische Freiheit muss der Weiterentwicklung des so genannten Informationsmodells schon im Zeichen des offenen Wirtschaftsverständnisses der Europäischen Union Vorrang zukommen.

⁴⁵ Leyens (oben Fn. 34), Rn. 540, 587a zum Parallelproblem bei der Berichterstattung über die Corporate Governance; ders., in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg.), Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Recht, 2020, S. 147, 159, 161 zur Kapitalmarktinformationshaftung.

⁴⁶ Ernst & Young, Study on Directors' Duties and Sustainable Corporate Governance, Juli 2020.

⁴⁷ Ebd. 147 ff.

⁴⁸ Besonders pointiert Krüger Andersen u. a., Response to the Study on Directors' Duties and Sustainable Corporate Governance by Nordic Company Law Scholars, Nordic & European Company Law Working Paper No. 20–12, 07.10.2020, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3709762>, S. 17 („a recipe for disaster“); aus den USA Roe/Spamann/Fried/Wang, The European Commission's Sustainable Corporate Governance Report: A Critique, 14.10.2020, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3711652>, S. 16.

CSR und soziales Unternehmertum

Unfrisierte Bemerkungen aus wirtschaftsethischer Perspektive

Leopold Neuhold

I. Einführung

„Das Interesse an den gesellschaftlichen und ökologischen Effekten von Unternehmen ist in den letzten Jahren stark gewachsen. Investitionsentscheidungen anhand von ESG-Kriterien (Environment, Social und Governance) nehmen ebenso rasant zu, wie die Nachfrage für nachhaltige Produkte. Unternehmen müssen zunehmend feststellen, dass ihr Erfolg und ihre Performance nicht mehr rein über Profit und Shareholder-Value gemessen werden. Vielmehr geht es um die Frage, welchen Wert ein Unternehmen langfristig für die Gesellschaft erzeugt. Nachhaltigkeit wird zunehmend zu einem Instrument der strategischen Planung und ganzheitlichen Unternehmensführung. Sie unterstützt ein effektives Risikomanagement und bietet die Chance, globale Trends zu erkennen, die Mitarbeiterbindung sowie das Vertrauen in der Gesellschaft zu stärken und neue Talente für das Unternehmen zu gewinnen. Nicht nur Investoren und Kunden, auch Mitarbeiter, NGOs und Politik wollen wissen, wie nachhaltig Unternehmen wirklich agieren und verlangen nach nichtfinanziellen Informationen, auf deren Zuverlässigkeit sie vertrauen können.“¹ So kann man im Vorwort der 2018 veröffentlichten Studie „Das erste Jahr NaDiVeG: Ergebnisse, Erfahrungen, Empfehlungen“ lesen. Die Studie wurde durchgeführt von der Wirtschaftsuniversität Wien und PwC (PricewaterhouseCoopers) Österreich, einem Unternehmen, das über sich Folgendes sagt: „Vertrauen in der Gesellschaft aufbauen und wichtige Probleme lösen – das sehen wir bei PwC als unsere Aufgabe. Wir sind ein Netzwerk von Mitgliedsunternehmen in 157 Ländern. Mehr als 276.000 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter erbringen weltweit qualitativ hochwertige Dienstleistungen in den Bereichen Wirtschaftsprüfung, Steuer- und Rechtsberatung sowie Unternehmensberatung.“² Und über das eigene

¹ WU Wien und PwC Österreich, Das erste Jahr NaDiVeG: Ergebnisse, Erfahrungen, Empfehlungen, 2018, S. 5, abrufbar unter: https://www.pwc.at/de/publikationen/klimawan-del-nachhaltigkeit/pwc_wu_das_erste_jahr_nadiveg_web.pdf.

² PwC Österreich, Über uns, abrufbar unter: <https://www.pwc.at/de/ueber-uns.html>.

Ethikziel schreibt PwC unter anderem: „Unser Purpose: Vertrauen aufbauen und wichtige Probleme lösen. Gesellschaft, Mensch, Markt und Umwelt: Diese vier Bereiche geben den Rahmen vor, innerhalb dem [sic!] wir bei PwC gemeinsam Unternehmensverantwortung leben.“³

Über die Intention des Nachhaltigkeits- und Diversitätsverbesserungsgesetzes heißt es in der angeführten Studie: „Seit dem Geschäftsjahr 2017 ist das NaDiVeG in Kraft. Dieses verpflichtet große Unternehmen dazu, über nichtfinanzielle Themen wie Umwelt-, Sozial- und Arbeitnehmerbelange, Menschenrechte, Anti-Korruption und Diversität zu berichten. ... Das NaDiVeG verlangt eine Offenlegung zu Konzepten, Due-Diligence-Prozessen, nichtfinanziellen Risiken und Leistungsindikatoren, die sich zumindest auf Umwelt-, Sozial- und Arbeitnehmerbelange, Menschenrechte sowie auf die Bekämpfung von Korruption und Bestechung beziehen.“⁴ Mit diesem Gesetz wurde die sogenannte Non-Financial Information Richtlinie der EU umgesetzt. Diese Richtlinie soll helfen, einen einheitlichen Standard und gesetzliche Mindestanforderungen in der Nachhaltigkeitsberichterstattung zu etablieren, mit dem Ziel, Informationen vergleichbarer und transparenter zu machen. Damit sind wichtige Berichtspunkte, wie sie etwa von der Global Reporting Initiative (GRI) gefordert werden, angesprochen. In der Vorläuferstudie 2017 kann man über GRI Folgendes lesen: „Die GRI verfolgt die Vision einer nachhaltigen globalen Wirtschaft, in der Unternehmen und Organisationen verantwortungsvoll agieren und über ökologische, ökonomische und soziale Belange transparent berichten. Die GRI-Richtlinien unterstützen Unternehmen und Organisationen weltweit bei der Erstellung von Nachhaltigkeitsberichten für die Berichterstattung. Damit erhöht die GRI auch die Vergleichbarkeit der Berichte. Denn mit mehr als 9.000 Unternehmen, die sie weltweit anwenden, stellt sie das meist verbreitete Rahmenwerk für die Nachhaltigkeitsberichterstattung dar.“⁵

II. Shareholder- und/oder Stakeholder-Value am Beispiel des österreichischen Aktiengesetzes

Die Verantwortung von Wirtschaftsunternehmen geht also weit über die finanziellen Aspekte hinaus, Wirtschaft stellt ein Kulturunternehmen dar. Aber sind nun diese über gesetzliche Regelungen hinausgehenden bzw. von diesen in

³ PwC Österreich, Corporate Responsibility, abrufbar unter: <https://www.pwc.at/de/ueber-uns/corporate-responsibility-die-verantwortung-von-pwc-oesterreich.html>.

⁴ WU Wien und PwC Österreich, Das erste Jahr NaDiVeG: Ergebnisse, Erfahrungen, Empfehlungen, 2018, S.8, abrufbar unter: https://www.pwc.at/de/publikationen/klimawandel-nachhaltigkeit/pwc_wu_das_erste_jahr_nadiveg_web.pdf.

⁵ WU Wien und PwC Österreich, Nichtfinanzielle Berichterstattung Fokus: NaDiVeG, 2017, S.11, abrufbar unter: <https://www.pwc.at/de/publikationen/klimawandel-nachhaltigkeit/nadiveg-studie-2017.pdf>.

manchen Punkten rechtlich schwer fassbaren Aspekte so einfach zu messen und dann vergleichbar darzustellen und damit wieder gesetzlich einzufangen? Mit dem Shareholder-Value hat man einen global vergleichbaren Wert, in Bezug auf die gesetzlich geforderte und über das Gesetz hinausgehende Bezugnahme auf Stakeholder-Values ist das nicht mehr so einfach. Was noch dazukommt: Mit der Stakeholderperspektive werden aber auch die verschiedenen Stakeholder dort, wo sie Handlungsmacht besitzen, in die Verantwortung genommen. Das soll mit einem Blick auf Shareholder-Value und Stakeholder-Value kurz illustriert werden.

1. Das Konzept des Shareholder-Value steht mitunter – besonders bei Gegnern des Konzeptes – für Gewinnmaximierung. Dabei wird oft suggeriert, dass der Gewinn etwas ethisch Fragwürdiges sei. Aus der Sicht der Wirtschaftsethik ist zu bedenken, dass das Problem nicht im Gewinn an sich liegt, sondern der Gewinn sich vor der Frage rechtfertigen muss:

Wie kommt der Gewinn zustande und was geschieht mit dem Gewinn?

Dabei ist es zu bemerken, dass die Frage von Corporate Social Responsibility oft danach bewertet wird, was mit dem Gewinn geschieht, ob etwa beispielsweise Social oder Cultural Sponsoring betrieben wird. Aber besonders auch in der Frage nach dem „Wie“ des Gewinnes stellen sich ethische Fragen in Bezug auf die Werte, die bei der Erzielung des Gewinnes beachtet werden müssen bzw. die Verantwortlichkeiten, die hier zum Tragen kommen. Der Gewinn nach Steuern soll dabei nach Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtungen und einer ausreichenden Finanzierung einer längerfristigen (+/-5 Jahre) Unternehmensplanung unter Bedachtnahme der Sozialpflichtigkeit außer Diskussion bleiben.

2. Das österreichische Aktienrecht legt die Verantwortung des Vorstandes von Aktiengesellschaften in 4-fache Richtung aus, wenn es in §70 Abs. 1 AktG heißt: „Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses es erfordert.“ Diese verschiedenen Verantwortungsbezüge können aus der Sicht der Ethik auch für die übrigen Organe der Leitung von Unternehmen gelten, sofern sie in diesen Bereichen Handlungsmacht besitzen.

3. In der konkreten Wirklichkeit werden manche der Verantwortlichkeiten stärker betont und auch entsprechend sanktioniert, andere in einem geringeren Ausmaß. So sind etwa Umweltnormen durch Gesetz, öffentliches Bewusstsein und Abgaben sehr deutlich als einzuhaltende ausgewiesen, Fragen der Ergonomie oder bedarfsgerechter Arbeitszeitmodelle werden über das Arbeitsinspektorat geprüft. Auch das Nichterreichen von Gewinn wird de facto schnell geahndet. Wenn die Aktienkurse nicht stimmen, wird in der Regel bald der Ruf nach Ablösung des Vorstandes laut. Mit dem Begriff Shareholder-Value wird ja oft diese besondere Sensibilität dem Aktienkurs gegenüber zum Ausdruck gebracht. Dagegen ist nichts einzuwenden. Ein Problem entsteht dann, wenn die

Sensibilität einer Verantwortlichkeit dazu führt, dass andere Verantwortlichkeiten in den Hintergrund geraten bzw. alles dieser einen Verantwortlichkeit in einer Art untergeordnet wird, dass andere Aspekte nicht zum Tragen kommen oder dass Verantwortlichkeiten nur kurzfristig und regional beschränkt wahrgenommen werden. Wenn nur noch der Gewinn eine Rolle spielt und nicht mehr gefragt wird, wie dieser Gewinn erreicht wird, deutet das aus ethischer Sicht auf eine Schiefelage hin.

4. Das Netz von Verantwortlichkeiten, das für den Vorstand und andere führende Organe aufgespannt ist, wird mit dem Begriff Stakeholder-Value benannt. Dieser Begriff Stakeholder-Value weist auch auf einen anderen wichtigen Aspekt hin: nämlich auf die Frage, wie der Shareholder-Value gesichert wird, in Bezug zu welchen anderen Werten.

5. In diesem Bezugsnetz gilt es auf eine besondere Schwachstelle hinzuweisen, nämlich bei Auftreten von wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu früh, ohne Ausschöpfung anderer Möglichkeiten den Personalstand zu reduzieren. Natürlich ist eine Sicherung von Arbeitsplätzen nicht möglich, wenn nicht ein entsprechendes Betriebsergebnis erzielt werden kann. Das Problem besteht nun darin, dass auf die Frage, wie auf Engpässe am schnellsten und effektivsten reagiert werden kann, meist die Antwort „Mit der Kündigung von Arbeitnehmern“ gegeben wird, oft zu früh, ohne Nutzung anderer Möglichkeiten. Und diese Antwort wird im Durchschnitt auch am ehesten akzeptiert.

6. Die Sicherung des Potenzials, das mit der Aus- und Weiterbildung von Arbeitskräften aufgebaut worden ist, auch über die Zeit einer Rezession hinweg, ist in einem solchen Umfeld oft nur sehr schwer möglich. Es wäre also auch im Sinne der Unternehmen wünschenswert, eine nachhaltige Personalpolitik betreiben zu können. Hier die gesellschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen so zu gestalten, dass diesem Ziel leichter entsprochen werden kann, wäre eine wichtige Aufgabe. Dem Ziel der Sicherung einer mittelfristigen Unternehmensplanung und damit auch der weitest möglichen Sicherung von Arbeitsplätzen könnten beispielsweise dienen: eine Erhöhung der Eigenkapitalquote durch eine steuerliche Berücksichtigung von Rückstellungen und Rücklagen für die Schaffung von Arbeitsplätzen, höhere Investitionen in die Ausbildung, Mitarbeiterbeteiligung, für Unternehmen und Arbeitnehmer bedarfsgerechte Arbeitszeitmodelle, vom Staat unterstützte Kurzarbeitsprogramme oder Arbeitsstiftungen. Personalreduktion ist nur als ultima ratio ethisch verantwortbar. Ein Verweis auf das Sozialnetz, das gekündigte Mitarbeiter auffängt, entspricht nicht einer langfristigen Unternehmensplanung und darf nicht dem Abschieben der Verantwortung dienen.

7. Wirtschaft ist eine Kulturaufgabe, die neben wirtschaftlichen Werten gesellschaftliche, geistige und andere Wertedimensionen miteinbezieht. Es würde Resignation bedeuten, wenn man die Gestaltung der Wirtschaft auf „Sachgesetzhlichkeiten“ reduzierte und sagte, es gäbe nur die Möglichkeit, Wirtschaft entlang

dieser Sachgesetzlichkeiten zu gestalten. Es ist wichtig, die Sachgesetzlichkeiten wahrzunehmen und diese in der Gestaltung zum Tragen zu bringen – alles andere wäre ethisch unvertretbar. Ebenso wichtig ist es aber auch, Perspektiven auf das Ganze eines gelungenen Lebens – und zwar für alle am Wirtschaftsprozess Beteiligten – offen zu halten. Wirtschaft folgt nicht einer einwertigen Logik, sondern ist in einem vielwertigen Entscheidungsraum verlagert, auch wenn der wirtschaftliche Wert naturgemäß im Mittelpunkt steht. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Verantwortung der öffentlichen Hand, der Politik, der öffentlich-rechtlichen Körperschaften, der Kreditinstitute oder der Konsumenten für das Gelingen des „Kulturprojekts Wirtschaft“ hinzuweisen. In der Sprache von Gerechtigkeitsforderungen ausgedrückt, könnten folgende Forderungen, die in ein Zueinander gegenseitiger Stützung gebracht werden müssen und nicht nur in Konkurrenz gegeneinander gesehen werden dürfen, zur Eröffnung von Perspektiven dienen:

- Wirtschafte wirtschaftsgerecht!
- Wirtschafte menschengerecht!
- Wirtschafte umweltgerecht!
- Wirtschafte zukunftsgerecht!
- Wirtschafte gesellschaftsgerecht!

In der Konkretisierung des in der unmittelbaren wirtschaftlichen Rechenhaftigkeit noch unterbestimmten Wirtschaftsgerechten liegt der ethische Gehalt von CSR in den verschiedenen Säulen, womit aus der Wirtschaft ein Kulturprojekt wird.

8. Damit dieses „Kulturprojekt Wirtschaft“ erfolgreich sein kann, ist es wichtig, die Interpretation des österreichischen Aktiengesetzes in die Richtung zu lenken, die eine möglichst gleichrangige Bewertung der in §70 Abs.1 AktG genannten Verantwortungsbezüge gewährleistet. Wenn z. B. in den Kommentaren zu diesem Gesetz im Allgemeinen die Erfordernisse des öffentlichen Interesses als nicht direkt dem Vorstand zuweisbar interpretiert werden, so ist die Frage zu stellen, wie z. B. in Bezug auf Erhaltung der Arbeitsplätze, die ein eminent wichtiges öffentliches Interesse darstellt, Strukturen der Kooperation zwischen Unternehmen und öffentlichen Einrichtungen auf- und ausgebaut werden sollen, um dieses öffentliche Interesse entsprechend beachten zu können. Das zeigt sich etwa deutlich an der Corona-Pandemie in ihren Auswirkungen auf Wirtschaft und Arbeitsmarkt. In rechtlichen Richtlinien für Modelle von Kurzarbeit oder zur Errichtung von Arbeitsstiftungen könnten beispielsweise solche Rahmenbedingungen gesetzt werden.

III. Wirtschaftsethik in der Notwendigkeit der Formalisierung struktureller Anforderungen

Das Einbeziehen verschiedener Stakeholder im CSR-Konzept bedeutet eine explizite Ausformulierung von Elementen einer Wirtschaftsethik, die über Individualethik hinausgeht. Die Installierung von Moral über den „ehrbaren Kaufmann“ genügt nicht angesichts der weltweiten pluralen Verhältnisse und auch angesichts der Ausdifferenzierung der Bereiche, die nun eine verstärkte strukturelle Ausrichtung von Ethik auf den Wirtschaftsbereich verlangen. Die Sachgesetzmäßigkeiten von Wirtschaft sind infolge der Ausbildung von Institutionen und Strukturen von Indirektheit geprägt, besonders auch durch den Prozess der Digitalisierung, die nun nicht mehr allein durch ethische Forderungen im Maßstab direkter Begegnung geformt werden können. Damit verbunden ist auch der Aspekt der Verrechtlichung von Ethik und Moral, wie sich anhand des Aktiengesetzes zeigt.

Tendenzen der Moralisierung von Wirtschaft münden sehr leicht in Verrechtlichung, Ethik-Leitlinien für Unternehmen werden zu Ethik-Kodizes, die für eine breitere Öffentlichkeit in Forderungen nach einheitlicherer Berichterstattung über die Maßnahmen, die zur Umsetzung der Ethik-Kodizes gesetzt worden sind, greifbar und transparent gemacht werden sollen. Der CSR-Ansatz geht in beide Richtungen. Dem Anspruch der einen Seite, mit rechtlichen Regelungen den ethischen Ansprüchen zum Durchbruch zu verhelfen, wird mit Berichtspflichten in Bezug auf CSR-Säulen zu entsprechen versucht. Dabei ist in diesem Zusammenhang auf die Weiterentwicklung des Drei-Säulen-Modells, wie sie durch die Karlsruher Forschungsgruppe vorgeschlagen wird, zu verweisen. „Dabei wird nicht von der beschränkten Perspektive der einzelnen Dimensionen ausgegangen, sondern es werden – in integrierender Sichtweise – drei generelle dimensionsübergreifende Nachhaltigkeitsziele auf die Dimensionen projiziert und mit dem [sic!] – in verschiedenen Diskursen verkörperten – ‚Eigenlogiken‘ der einzelnen Dimensionen vermittelt. Das Ergebnis sind Operationalisierungen der generellen Ziele hinsichtlich nachhaltigkeitsrelevanter konstitutiver Elemente der einzelnen Dimensionen in Form von ‚Regeln‘. Die generellen Nachhaltigkeitsziele im Einzelnen sind ‚Sicherung der menschlichen Existenz‘, ‚Erhaltung des gesellschaftlichen Produktivpotentials‘ und ‚Bewahrung der Entwicklungs- und Handlungsmöglichkeiten‘. Sie repräsentieren sowohl fundamentale normative Gerechtigkeitsprinzipien der Nachhaltigkeit in der Bewahrungs- bzw. Entwicklungsdimension als auch deren allgemeinste analytisch-funktionale Prämissen. Intra- und intergenerative Aspekte von Gerechtigkeit werden in diesem Zusammenhang als gleichrangig und in anthropozentrischer Perspektive gesehen.“⁶ Damit wird Ethik in einen gewissen ver-

⁶ Jörissen/Kopfmüller/Brandl, Ein integratives Konzept nachhaltiger Entwicklung,

bindlichen gesetzlichen Rahmen gehoben, wie man ja auch mit Blick auf das Aktiengesetz feststellen kann. Dies beinhaltet nun verschiedene Herausforderungen, von denen hier nur auf einige Aspekte verwiesen werden kann.

IV. Die Herausforderung der Grenzmoral

In diesem Zusammenhang soll auf das Phänomen der Grenzmoral eingegangen werden. Grenzmoral bezeichnet das Streben an die Grenze, um daraus eine Differentialchance zu gewinnen, und in der Folge davon die Gefahr einer Degradierung der Ethik zu einem Marketingkonzept, was zu Greenwashing oder Windowdressing führen kann und es oft auch tut. Ethik wird auf die Frage der unteren Grenze des gerade ethisch oder rechtlich noch Erlaubten konzentriert in der Diskussion der Frage, was denn noch annehmbar ist und als solches gerechtfertigt werden kann. Ein auf Grenzmoral abstellendes Handeln wird dann zu einem Handeln, das „durch Unterbieten gesellschaftlich geltender Normen bis an die ‚Grenze‘ des Strafrechts eine Differentialchance erstrebt und Konkurrenten vor die Alternative von Mitmachen oder Untergang stellt“,⁷ wie Werner Schöllgen Grenzmoral definiert. Dieser Druck an die Grenze des gesetzlich und/oder moralisch Erlaubten führt gerade auch zu einer rechtlichen Denkweise in den Kategorien des rechtlich nicht Verbotenen, auf das dann Ethik bezogen wird. In diesem Kontext ist dann aber meist nicht moralische Sensibilisierung das Ziel, sondern es entwickelt sich nur zu leicht eine Tendenz zur Benützung des Ethischen zur Rechtfertigung von Handlungen, die an die Grenze des gerade noch rechtlich Erlaubten gehen. In der Folge gewinnt die in Kodizes gegossene und von Ethikkommissionen berücksichtigte Ethik auch rechtliche Relevanz. Damit wird eine Aufgabe von Ethik zu erfüllen versucht, nämlich die Abwehr von unethischem Handeln, was gerade im globalen und indirekten Zugang notwendig ist. Das Eröffnen von Perspektiven, wie es beispielsweise in Joanneum Research durch eine lernende Ethikinitiative⁸ mit Hilfe eines Ethikleitfadens zu erreichen versucht wurde, wird dann in den Hintergrund gedrängt. In der Orientierung an der gerade noch legitimen Einhaltung der unteren Grenze und einem diesem Streben innewohnenden Druck an einer Interpretation dieser Grenzen in Richtung Unterbietungsmöglichkeiten kann es nur zu leicht dazu kommen, dass Handlungen im Überschreiten der Grenze

Karlsruhe: Forschungszentrum Karlsruhe GmbH, 1999, S. 3 (Technik und Umwelt – Institut für Technikfolgenabschätzung und Systemanalyse: Wissenschaftliche Berichte FZKA 6393), abrufbar unter: <http://www.itas.kit.edu/pub/v/1999/joua99a.pdf>.

⁷ Schöllgen, in: Höfer/Rahner (Hrsg.), Lexikon für Theologie und Kirche. Bd. 4, 2. Aufl., 1960, S. 1221–1222, 1221.

⁸ Vgl. dazu: Ethikleitlinien für die Forschung in der JOANNEUM RESEARCH Forschungsgesellschaft mbh, in: Neuhold/Pelzl (Hrsg.), Ethik in Forschung und Technik, 2011, S. 231–242, 231–232.

versäumt werden. Das Eröffnen von Perspektiven, die im Streben der Überbietung der Grenzen sichtbar werden, gerät dann nur zu leicht ins Hintertreffen. Um es „idealtypisch“ zu formulieren: Das rechtliche Modell zielt auf Abschluss eines Verfahrens in der Konzentration auf Abgrenzung von erlaubt und nicht erlaubt, in der Ausrichtung auf das Erlaubte und auf die Erweiterung des Bereiches des Erlaubten dann zum Unterbieten der Grenze und auf den daraus zu ziehenden Nutzen. Ethik soll aber auch in Richtung auf Eröffnung von Perspektiven gerichtet sein und damit auch helfen Erfolge zu generieren. Vereinfachend ausgedrückt: Das rechtliche Modell führt oft zur Entfaltung von Inspiration in Richtung der Möglichkeit der Einordnung in den Bereich des Erlaubten, das ethische Modell in Richtung Eröffnung von Perspektiven, die das Wirtschaftliche in einen größeren Zusammenhang stellen und daraus Inspiration auch für wirtschaftlichen Erfolg ziehen. Allerdings kann es dadurch ebenso wie beim rechtlichen Modell zu einer Funktionalisierung der Ethik für wirtschaftlichen Erfolg kommen. Dies kann in weiterer Folge dazu führen, dass in der Berichterstattung in Bezug auf CSR eine Marketingperspektive eingenommen wird, die gerade in Bezug auf das nicht immer rechnerisch Nachprüfbar stilbildend wirkt. In diesem Zusammenhang muss gesagt werden: Ethik soll und darf sich lohnen, es ist allerdings problematisch, wenn Ethik funktionalistisch für den Erfolg eingesetzt wird und Ethik nur dann als Handlungsaufforderung dient, wenn sie sich lohnt. Mit digitalen Kommunikationstechniken ist dabei sowohl die Möglichkeit einer Abkoppelung von der realen Wirklichkeit der ethischen Zugänge gegeben wie auf der anderen Seite aber auch die Nachprüfbarkeit.

Ethische Forderungen werden in CSR-Perspektive am Unternehmen, an der Institution festgemacht. In Kennzahlen soll in Unternehmen Ethik feststellbar werden, ohne die dahinterstehenden Personen direkt im Auge haben zu müssen. Ethik und Moral sind nun auf Menschen und ihre Entscheidungen bezogene Größen, nur in abgeleiteter Form auch auf durch Menschen gebildete Institutionen. Diese an der Institution orientierten Regeln sollen aber ein moralisches Handeln der Person erleichtern und begünstigen. In der Ethik wurde ja immer eine Verzahnung von Gesinnungs- und Strukturreform eingefordert. Das heißt, dass es nun zwar kein ethisches Unternehmen im eigentlichen Sinn des Wortes gibt, wohl aber Strukturen für Unternehmen, die ethisches Verhalten begünstigen und fördern.

V. Ethik und Moral in der Frage von Preis- und Wertrelationen

Ethik ist, wie angedeutet, nicht nur mit der Verwendung des Gewinnes verbunden, sondern soll sich auf alle Phasen des wirtschaftlichen Prozesses beziehen, also auf die Art und Weise, wie der Gewinn erzielt wird. In diesem Zusammenhang will ich kurz auf ein „Entkoppelungskonzept“ von Wirtschaft

und Ethik, das mitunter angesagt ist, eingehen. In dem Ende des 19. Jahrhunderts veröffentlichten Roman „Das Bildnis des Dorian Gray“ von Oscar Wilde heißt es: „Nowadays people know the price of everything, and the value of nothing“.⁹ Diese als Feststellung auftretende Kritik an einer weitgehenden Verwirtschafterung der Gesellschaft ist also nicht neu. Preise sind der bestimmende Faktor der Wirtschaft, und sie sind das Moment, über das Wirtschaft gestaltet wird. Nun glaube ich nicht, dass die Menschen die Werte nicht kennen, wie es das kulturkritische Feuilleton oft zu wissen vorgibt, aber im Laufe der funktionalen Differenzierung der Gesellschaft besteht die Tendenz einer Abkoppelung der Preise von den Werten, in einer Form, dass die Preise in sich bestimmend werden. In diesem Zusammenhang ist es die Aufgabe von Ethik, Preise in Wertrelationen einzubinden, auch wenn das auf den ersten Blick nicht der wirtschaftlichen Logik entsprechen sollte. Es gilt also, die Wirtschaft auch nach den Interessen und Bedürfnissen der Gesellschaft auszurichten. Dies ist eine Forderung des Gemeinwohls als allseitig verwirklichter Gerechtigkeit. Ein Aspekt von Gerechtigkeit ist ja der des Ausgleichs der Interessen der verschiedenen an einer Handlung beteiligten Akteure. Damit muss CSR auf Stakeholderinteressen Bezug nehmen, in die auch in wirtschaftlichen Handlungen nicht nur wirtschaftliche Interessen einmünden, sondern eben auch gesellschaftliche Wertansprüche.

Aber eine zweite Aufgabe für Wirtschaftsethik stellt sich im Zusammenhang mit dem zitierten Wort von Oscar Wilde, nämlich die Frage, was sich der Verpreislichung entzieht, was nicht auf der Ebene der Preise entschieden werden darf. Der Mensch mit seiner Würde entzieht sich nach Kant jeder Verpreislichung. Mit Würde ist nach Immanuel Kant das angesprochen, was nicht verrechenbar ist, was nicht in Konkurrenz zu anderen Werten gesetzt werden kann, auch wenn eine solche Konkurrenzsituation immer wieder in der alltäglichen Wirklichkeit auftritt und geltend gemacht wird. Immanuel Kant schreibt wörtlich: „... der Mensch und überhaupt jedes vernünftige Wesen *existiert* als Zweck an sich selbst, nicht *bloß als Mittel* zum beliebigen Gebrauche für diesen oder jenen Willen ...“.¹⁰ Und an einer anderen Stelle schreibt er: „Was einen Preis hat, an dessen Stelle kann auch etwas anderes als *Äquivalent* gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, mithin kein *Äquivalent* verstattet, das hat eine Würde.“¹¹ Mit der Figur der Menschenwürde wird der Mensch also der verrechnenden Konkurrenz in Verpreislichung entzogen, was besonders im Hinblick auf die Schwachen und die, die keinen Anwalt haben, der ihnen in der Verrechnung beistehen könnte, wichtig ist. Im Hinblick auf die Formulierung „Die Würde des Menschen ist unantastbar“, wie sie sich im Bonner Grundgesetz

⁹ Wilde, *The Picture of Dorian Gray* (1891), 1963, S. 55.

¹⁰ Kant, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaft (Hrsg.), *Kant's gesammelte Schriften*, Erste Abteilung, Werke, Bd. IV, 1911, S. 385, 428.

¹¹ Kant (oben Fn. 10), 1911, S. 434.

in Artikel 1 findet, bemerkt ja Hermann J. Pottmeyer: „Es besteht die Neigung, überall in Gesellschaft und Geschichte zu beobachten, den Kreis der Würdeträger auf die Tatkräftigen und Leistungsfähigen einzuschränken. Dieser Neigung wehrt das Grundgesetz, wenn sein Artikel 1 die Würde des Menschen unantastbar nennt.“¹² Und Pottmeyer zitiert dann Arno Baruzzi: „Die Würde ist deshalb unantastbar, weil es Unmündige, Kranke, Kinder, Gebrechliche überhaupt gibt. Das Fragile des menschlichen Daseins ist vor allem mit Art. 1 benannt.“¹³

Gerade im Denken in Kategorien der Machbarkeit ist das Fragile, das Zerbrechliche, das zum Vorwurf des Scheiterns erhoben werden kann, besonders gefährdet. Unter den Weltbildvorgaben des Marktes, der für alle Bereiche geltend gemacht wird, und des mechanistischen Denkens, das etwa dem Digitalen wenigstens derzeit noch zugrunde liegt, wird das Gefährdungspotenzial in Bezug auf die Würde noch einmal erhöht. Gerade auch der inflationäre Gebrauch des Begriffes Menschenwürde ist ein Hinweis darauf, dass das mit ihm Angesprochene etwas Fundamentales ist. So prägte der Verfassungsrechtler Günter Dürig in seinem Kommentar zum Bonner Grundgesetz die sogenannte Objektformel: „Die Menschenwürde ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird.“¹⁴ Auch in der Wirtschaft darf der Mensch nicht zum Objekt degradiert werden, und es ist Aufgabe der Ethik, die Bereiche zu benennen, in denen diese Gefahr droht. Das heißt nun nicht, dass der Mensch in den verschiedenen Stakeholderpositionen auch in der Mitteldimension gesehen werden darf, aber nie nur als Mittel, sondern immer zugleich in seinem Selbstzweck.

VI. Die drei Ebenen ethischer Gestaltung in der Wirtschaft: eine Anmerkung im Kontext christlicher Sozialethik

Ein anderer Zugang aus dem Blickwinkel der Konzeption von Wirtschaftsethik, wie er sich in der katholischen Soziallehre bei Papst Benedikt XVI. findet, soll noch kurz in seinem Herausforderungscharakter angesprochen werden. Auch angesichts der großen Bedeutung des Marktmechanismus muss in diesem Kontext die Frage nach dem Gerechten, das sich nicht nur in den Marktmechanismen findet, gestellt werden. Wirtschaftsethik muss ja nach dem Rundschreiben „Caritas in Veritate“¹⁵ (Nr. 37) von Papst Benedikt XVI. an drei Punkten ansetzen:

¹² Pottmeyer, in: Marre/Stubing (Hrsg.), Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 17, 1983, S. 62, 64.

¹³ Baruzzi, Europäisches „Menschenbild“ und das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1979, S. 109, zit. von Pottmeyer (oben Fn. 12), 1983, S. 64.

¹⁴ Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 1976, Art. 1 Rn. 28, 15.

¹⁵ Die Enzyklika wird nach der Homepage des Vatikans zitiert, abrufbar unter: <http://www.vatican.va>

am Gesetz, am Vertrag und an der Gabe, wie er es nennt, an der gratuitá, der Freigebigkeit, die das zum Ausdruck bringt, was nicht bezahlt werden kann. Es ist also ein wichtiger Aspekt von Gerechtigkeit, Preisfragen in Wertrelationen zu verankern, aber auch das darüber Hinausgehende zu berücksichtigen.

Die Enzyklika *Caritas in Veritate* von Papst Benedikt XVI. aus dem Jahre 2009 versucht aus einem ganzheitlichen Menschen- und Gesellschaftsbild heraus Orientierung für eine Gesellschaft im Umbruch zu geben. Dabei ist es besonders die Weitung der Perspektiven, die in Bezug auf die Wirtschaft zum Teil überraschende Zugänge ermöglicht. Papst Benedikt XVI. stellt die Wirtschaft nämlich in einen weiteren Rahmen. Wirtschaft wird in dieser Sicht über die „reine Wirtschaft“, die es ohnedies nicht gibt, hinaus als Kulturprojekt betrachtet. Unter der Überschrift „Brüderlichkeit, wirtschaftliche Entwicklung und Zivilgesellschaft“ widmet sich das dritte Kapitel dieser Enzyklika der Ausweitung eines zum Teil beengten Ansatzes von Wirtschaft. Gleich im ersten Satz dieses Kapitels heißt es programmatisch: „Die *Liebe in der Wahrheit* stellt den Menschen vor die staunenswerte Erfahrung des Geschenks. Die Unentgeltlichkeit ist in seinem Leben in vielerlei Formen gegenwärtig, die aufgrund einer nur produktivistischen und utilitaristischen Sicht des Daseins jedoch oft nicht erkannt werden. Der Mensch ist für das Geschenk geschaffen, das seine transzendente Dimension ausdrückt und umsetzt. Manchmal ist der moderne Mensch fälschlicherweise der Überzeugung, der einzige Urheber seiner selbst, seines Lebens und der Gesellschaft zu sein. Diese Überheblichkeit ist eine Folge des egoistischen Sich-in-sich-selbst-Verschließens und rührt – in Begriffen des Glaubens gesprochen – von der *Ursünde* her.“ (Nr. 34). Was immer diese Ursünde bedeuten soll, der Mensch kann nicht nur auf dem Hintergrund seiner Leistung bewertet werden, sondern es bedarf wesentlich auch der Berücksichtigung dieser Geschenkhafteigkeit, die ihn unverrechenbar macht, weil er sich in dieser überschreitet. „Die Überzeugung, sich selbst zu genügen und in der Lage zu sein, das in der Geschichte gegenwärtige Übel allein durch das eigene Handeln überwinden zu können, hat den Menschen dazu verleitet, das Glück und das Heil in immanenten Formen des materiellen Wohlstands und des sozialen Engagements zu sehen. Weiter hat die Überzeugung, dass die Wirtschaft Autonomie erfordert und keine moralische ‚Beeinflussung‘ zulassen darf, den Menschen dazu gedrängt, das Werkzeug der Wirtschaft sogar auf zerstörerische Weise zu missbrauchen.“ (Nr. 34). Der Verschluss der Gesellschaft findet aber nicht nur durch die Wirtschaft etwa in einer „Kolonialisierung der Lebenswelt“ durch Wirtschaft statt, wie sie Jürgen Habermas¹⁶ analysiert hat, sondern es zeigt sich auch eine Verengung in der Wirtschaft selbst, wenn in ihr dieser trans-

vatican.va/content/benedict-xvi/de/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html.

¹⁶ Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 2, 1988 (nach der 4. Aufl. 1987), S. 452 ff.

zendenten Dimension des Menschen nicht Rechnung getragen wird. Das Geschenk, das „seinem Wesen nach den Verdienst“ übertrifft und dessen Gesetz „das Übermaß“ ist (Nr. 34), muss nach dem Papst auch in der Wirtschaft Platz gewinnen, damit das Prinzip Brüderlichkeit bzw. Geschwisterlichkeit sich in der Wirtschaft zeigen kann. Damit entwickelt sich ein inklusives Wirtschaftsverständnis, das Wirtschaft einbezieht in das Ganze eines gelungenen Lebens. Hierin zeigt sich ein Zweifaches: „Bei der Behandlung dieser entscheidenden Frage müssen wir einerseits präzisieren, dass die Logik des Geschenks die Gerechtigkeit nicht ausschließt oder ihr in einem zweiten Moment und von außen hinzugefügt wird, und andererseits, dass eine wirtschaftliche, gesellschaftliche und politische Entwicklung, die wahrhaft menschlich sein will, dem *Prinzip der Unentgeltlichkeit* als Ausdruck der Brüderlichkeit Raum geben muss.“ (Nr. 34). Der Mensch als Person ist nicht reduzierbar auf Preisrelationen. Die Tatsache, dass es der Mensch ist, der in der Wirtschaft tätig wird, und der Mensch unverrechenbare Würde und nicht nur verrechenbaren Wert besitzt, lässt diese Unentgeltlichkeit nicht als etwas außerhalb der Wirtschaft dem Menschen „Dazukommendes“ erkennen, sondern als einen wesentlichen Teil einer Wirtschaft, die auf das Ganze des Gelingens menschlichen Lebens für alle bezogen ist. Dabei ist Gerechtigkeit weiterhin wesentlicher Bestandteil, sie steht aber unter der Prämisse der Liebe als einer „Sehbedingung der Gerechtigkeit“, umgekehrt ist Gerechtigkeit das auch verrechenbare Mindestmaß der Liebe, wenn Liebe dabei das Übermaß sein kann. In einer solchen Dynamik finden Gerechtigkeit und Liebe ihren inneren Zusammenhang, der nicht darin seinen Ausdruck findet, dass ein Mehr an Gerechtigkeit ein Weniger an Barmherzigkeit oder Liebe bedeutet, sondern eine aufeinander bezogene Steigerung zum Ziel hat.

Denn Ethik im Wirtschaften spielt sich, wie schon gesagt, auf drei ineinander gehenden Ebenen ab. „Das *Wirtschaftsleben* braucht ohne Zweifel *Verträge*, um den Tausch von einander entsprechenden Werten zu regeln. Ebenso sind jedoch *gerechte Gesetze*, von der Politik geleitete *Mechanismen zur Umverteilung* und darüber hinaus Werke, die vom *Geist des Schenkens* geprägt sind, nötig. Die globalisierte Wirtschaft scheint die erste Logik, jene des vertraglich vereinbarten Gütertausches, zu bevorzugen, aber direkt und indirekt zeigt sie, dass sie auch die anderen beiden Formen braucht, die Logik der Politik und die Logik des Geschenks ohne Gegenleistung.“ (Nr. 37). Erst in dieser dreifachen Bezugnahme wird Wirtschaft zu dem Kulturprojekt, das sie aufgrund der in ihr handelnden Menschen und der vielfachen Qualität der Handlungsebenen, die Bedarfsdeckung, Zusammenleben und Beziehung zusammenführen, ist. Dabei ist es genau dieses Ineinander, das heute gefragt ist. In Bezugnahme auf die Nummer 35 der Enzyklika *Centesimus Annus* seines Vorgängers Johannes Paul II. sieht Benedikt die Notwendigkeit eines Systems mit drei Subjekten: dem *Markt*, dem *Staat* und der *Zivilgesellschaft*. Wörtlich heißt es dann in der Nummer 38 zur Position seines Vorgängers: „In der Zivilgesellschaft sah er den geeignetsten Be-

reich für eine *Wirtschaft der Unentgeltlichkeit* und der Brüderlichkeit, aber er wollte diese nicht für die anderen beiden Bereiche ausschließen. Heute können wir sagen, dass das Wirtschaftsleben als eine mehrdimensionale Realität verstanden werden muss: In allen muss in unterschiedlichem Umfang und in eigenen Formen der Aspekt der brüderlichen Gegenseitigkeit vorhanden sein. In der Zeit der Globalisierung kann die Wirtschaftstätigkeit nicht auf die Unentgeltlichkeit verzichten, die die Solidarität und das Verantwortungsbewusstsein für die Gerechtigkeit und das Gemeinwohl in seinen verschiedenen Subjekten und Akteuren verbreitet und nährt. Es handelt sich dabei schließlich um eine konkrete und tiefgründige Form wirtschaftlicher Demokratie.“ Entgegen den verabsolutierenden funktionalen Differenzierungen wird hier die Einbettung der Wirtschaft betont – und das als Notwendigkeit besonders in der heutigen Zeit.

Somit ist aber ein neuer Typ von Unternehmen gefordert. Wie „die nach wechselseitigen und sozialen Zielen strebenden Produktionsverbände“ (Nr. 38), die der Papst einfordert, nun konkret organisiert sein sollen, damit diese „Kreuzung und Vermischung der unternehmerischen Verhaltensweisen“ und eine spürbare „*Zivilisierung der Wirtschaft*“ (Nr. 38) Platz greifen kann, das ist eine wesentliche Frage. Und wie ist es mit den gewinnorientierten Unternehmen: Sind diese von der Unentgeltlichkeit „befreit“, oder gilt auch für sie, dass sie ohne die Unentgeltlichkeit die Gerechtigkeit nicht erreichen können? Ist es nicht die Quadratur des Kreises, wenn es abschließend in der Nummer 38 heißt: „Liebe in der Wahrheit bedeutet in diesem Fall, dass jenen wirtschaftlichen Initiativen Gestalt und Struktur verliehen wird, die den Gewinn zwar nicht ausschließen, aber über die Logik des Äquivalenzprinzips und des Gewinns als Selbstzweck hinausgehen wollen.“ Offenbar sind damit nicht nur als gemeinnützig konstruierte Nichtregierungsorganisationen oder Vereine gemeint, sondern in der konkreten Wirtschaft stehende Unternehmen. Über die umverteilende Wirkung des Staates hinaus bedarf es da auch der Präzisierung dessen, was Unentgeltlichkeit konkret bedeuten könnte. Der Papst schreibt: „Wenn die Logik des Marktes und die Logik des Staates mit gegenseitigem Einverständnis auf dem Monopol ihrer jeweiligen Einflussbereiche beharren, gehen langfristig die Solidarität in den Beziehungen zwischen den Bürgern, die Anteilnahme und die Beteiligung sowie die unentgeltliche Tätigkeit verloren. Diese unterscheiden sich vom ‚Geben, um zu haben‘, das die Logik des Tausches ausmacht, und vom ‚Geben aus Pflicht‘, das für die öffentlichen Verhaltensweisen gilt, die durch staatliche Gesetze auferlegt werden. Die Überwindung der Unterentwicklung erfordert ein Eingreifen nicht nur zur Verbesserung der auf Gütertausch beruhenden Transaktionen, nicht nur im Bereich der Leistungen der öffentlichen Hilfseinrichtungen, sondern vor allem eine *fortschreitende Offenheit auf weltweiter Ebene für wirtschaftliche Tätigkeiten, die sich durch einen Anteil von Unentgeltlichkeit und Gemeinschaft auszeichnen*. Die exklusive Kombination Markt-Staat zersetzt den Gemeinschaftssinn. Die Formen solidarischen Wirtschaftslebens

hingegen, die ihren fruchtbarsten Boden im Bereich der Zivilgesellschaft finden, ohne sich auf diese zu beschränken, schaffen Solidarität. Es gibt keinen Markt der Unentgeltlichkeit, und eine Haltung der Unentgeltlichkeit kann nicht per Gesetz verordnet werden. Dennoch brauchen sowohl der Markt als auch die Politik Menschen, die zur Hingabe aneinander bereit sind.“ (Nr. 39). Es geht also wieder um die Menschen, die als in der Wirtschaft Tätige diesen Moment der Unentgeltlichkeit einbringen. Ihnen muss dazu in den Unternehmen der Platz geschaffen werden. Ein Schritt dahin könnten über CSR gestaltete Unternehmen sein. Und hier liegt auch die Öffnung auf CSR und die Berichterstattung darüber, die jetzt nicht nur in rechnerischem Vorgehen und in der Darstellung dieser bewältigt werden kann, sondern im Verweis auf Werte mit Einbeziehung der für die Geltendmachung dieser Werte notwendigen Preisrelationen.

VII. Schlussbemerkung

Das heißt, Moral und Ethik können nicht „*more geometrico*“, d. h. in einer rein deduktiv verfahrenen Art und Weise, die von Axiomen und Definitionen ausgeht, aus diesen Lehrsätze ableitet, diese dann zu beweisen sucht und daran Folgerungen anschließt, geschehen, sondern auch in mehr „narrativer“ Art und Weise. Natürlich besteht die Gefahr einer solchen Vorgehensweise darin, dass man ins unverbindliche Erzählen kommt und die Erzählung über Ethik dann der Verbrämung einer nicht so positiven Vorgangsweise dient, eben dem Greenwashing und Windowdressing. Deswegen ist es wichtig, in der Berichterstattung die Zieldarstellung mit einer auch rechnerisch angelegten Darlegung der eingeschlagenen Wege, um dieses Ziel zu erreichen, zu verbinden. Ethik darf ja nicht davon ausgehen, dass es die eine Lösung gibt, sondern sie ist darauf verwiesen, verschiedene Modelle zu entwickeln, die umweltangepasst und umweltkritisch Perspektiven eröffnen helfen. Es gilt, die Behauptung: „Das Erzählte reicht“ zu korrigieren durch „das Erreichte zählt.“

Verhaltenssteuerung durch Unternehmenspublizität als Beispiel für Smart Regulation

Georg Schneider

I. Einleitung und Zielsetzung

Der folgende Diskussionsbeitrag widmet sich dem Thema „Publizität zur Steuerung des sozialen Unternehmertums“ und geht insbesondere auf einige Gedanken des Beitrags „CSR, Stakeholder-Ansatz und Ko-Regulierung: Governance wirtschaftsethisch geprägt“ von Michael Litschka ein. Darüber hinaus kommentiert der Beitrag die angesprochenen Gedanken aus Sicht der Betriebswirtschaftslehre, insbesondere des Accounting. Des Weiteren wird vor allem die Bedeutung von Smart Regulation am Beispiel der Regulierung der Unternehmenspublizität illustriert.

In Bezug auf die Unternehmenspublizität ist die bei weitem bedeutendste Entwicklung der letzten Jahre in Europa die CSR-Richtlinie (RL 2014/95/EU). Durch diese wurde die nichtfinanzielle bzw. CSR-Berichterstattung auf ein neues Fundament gehoben und die Anforderungen an die Berichterstattung deutlich erweitert. Während die klassische Finanzberichterstattung auf eine (im deutschsprachigen Raum) mindestens zweihundertjährige Geschichte zurückblicken kann, befindet sich die CSR-Berichterstattung auf einer sehr frühen Entwicklungsstufe.

Die CSR-Berichterstattung ist auch deswegen in Bezug auf das übergreifende Thema des Hauptreferats „Publizität zur Steuerung des sozialen Unternehmertums“ interessant, weil sich der europäische Gesetzgeber eine indirekte und über die Informations- und Rechenschaftsfunktion der verpflichtenden Publizität hinausgehende Wirkung erwartet, wie aus Erw. 3 der RL 2014/95/EU hervorgeht:

„Die Angabe nichtfinanzieller Informationen ist nämlich ein wesentliches Element der Bewältigung des Übergangs zu einer nachhaltigen globalen Wirtschaft, indem langfristige Rentabilität mit sozialer Gerechtigkeit und Umweltschutz verbunden wird.“

Im Accounting spricht man in diesem Zusammenhang von „Realen Effekten“. Durch die reinen Publizitätsanforderungen werden Unternehmen nicht direkt

gezwungen, nachhaltiger zu agieren. Die mit der Publizität verbundene Transparenz könnte einen Druck auf dem Kapitalmarkt auslösen (etwa, wenn gewisse Investmentfonds nur mehr in nachhaltige Unternehmen investieren oder investieren dürfen). Zusätzlich wäre denkbar, dass die Publizitätsanforderung das Augenmerk der berichtspflichtigen Unternehmen auf Themen wie etwa den Umweltschutz lenkt und damit eine Bewusstseinsbildung auslöst.

II. CSR-Berichterstattung in Österreich und Europa

In Österreich wurde die CSR-Richtlinie (RL 2014/95/EU) durch das Nachhaltigkeits- und Diversitätsverbesserungsgesetz (NaDiVeG) BGBl I 2017/20 ins nationale Recht umgesetzt. Hauptsächlich kam es zu Anpassungen im Unternehmensgesetzbuch (UGB), wobei auch andere Gesetze wie das Aktiengesetz (AktG) und das GmbH-Gesetz (GmbHG) modifiziert wurden.¹ Das NaDiVeG fordert von nach §243b Abs. 1 UGB berichtspflichtigen Unternehmen eine nichtfinanzielle Erklärung bzw. einen nichtfinanziellen Bericht aufzustellen. Dies gilt für den Einzelabschluss, wobei nach §267a UGB eine analoge Bestimmung für den Konzernabschluss besteht. Der Mindestumfang der geforderten Publizität wird in §243b Abs. 2 UGB festgelegt. Konkret ist nach §243b Abs. 2 UGB zumindest über die folgenden Belange zu berichten:

- Umweltbelange
- Sozialbelange
- Arbeitnehmerbelange
- Achtung der Menschenrechte
- Bekämpfung von Korruption und Bestechung

Da die Bestimmungen in der CSR-Richtlinie (RL 2014/95/EU) nicht sehr detailliert sind und somit nicht als Erstellungshilfe angesehen werden können, hat der europäische Gesetzgeber unverbindliche Leitlinien für die Berichterstattung über nichtfinanzielle Informationen (ABIEU Nr. C215/1 vom 05.07.2017) herausgegeben. Die Leitlinien haben zwar einen unverbindlichen Charakter, besitzen aber dennoch einen gewissen Wert, weil sie einerseits konkrete Hinweise für eine richtlinienkonforme Berichterstattung liefern und andererseits Grundsätze ordnungsgemäßer nichtfinanzieller bzw. CSR-Berichterstattung formulieren.²

¹ Hier wird nur ein rudimentärer Überblick über das NaDiVeG gegeben. Ein umfassender Überblick findet sich in *Schneider*, Das Nachhaltigkeits- und Diversitätsverbesserungsgesetz (NaDiVeG) – Ein Überblick, Zeitschrift für Recht & Rechnungswesen 2018, 6.

² Ein Überblick über die definierten Grundsätze ordnungsgemäßer nichtfinanzieller Berichterstattung und die Leitlinien im Allgemeinen findet sich in *Schneider*, Die Leitlinien der EU zur Berichterstattung über nichtfinanzielle Informationen und Unterschiede der Umsetzung der CSR-Richtlinie zwischen Deutschland und Österreich, Der Konzern 2019, 214.

Aufgrund der gerade gesellschaftlich immanenten Bedeutung des Klimawandels hat der europäische Gesetzgeber in Bezug auf die Leitlinien einen Nachtrag zur klimabezogenen Berichterstattung (ABIEU Nr. C 209/1 vom 20.06.2019) herausgegeben.³ Dieser Nachtrag ist in ein größeres Vorhaben der Europäischen Union eingebunden – in den Aktionsplan zur Finanzierung nachhaltigen Wachstums.⁴ Der Nachtrag selbst versteht sich als Meilenstein des gerade erwähnten Aktionsplans. Allein durch diese Einbettung erkennt man die Grundidee des europäischen Gesetzgebers, auf Basis von Publizitätsvorschriften eine Verhaltenssteuerung herbeizuführen – schließlich ist das Hauptziel des Aktionsplans nachhaltiges Wachstum zu finanzieren und zu ermöglichen. Gerade wird die CSR-Richtlinie einem Review unterzogen. Dies geschieht ebenfalls – konsistent mit den bisher hier angeführten Argumenten – in einem größeren Rahmen. Konkret heißt es im Rahmen des europäischen Green Deal:

„At the same time, companies and financial institutions will need to increase their disclosure on climate and environmental data so that investors are fully informed about the sustainability of their investments. To this end, the Commission will review the Non-Financial Reporting Directive.“⁵

III. Smart Regulation

Eine Definition des Begriffs Smart Regulation ist aufgrund der breiten Auslegungs- und Interpretationsmöglichkeit nicht einfach. Hier wird ein möglicher Versuch unternommen. Konkret soll sich einer Definition anhand der folgenden drei Fragen angenähert werden:

- Warum benötigt man Smart Regulation (Gründe)?
- Wofür entwickelt man Smart Regulation (Zweck)?
- Wie entwickelt man Smart Regulation (Methodik)?

Die gestellten Fragen sollen im weiteren Verlauf des Kapitels vertieft werden.

1. Warum benötigt man Smart Regulation (Gründe)?

In vielen Fällen führen Änderungen im wirtschaftlichen Umfeld zur Notwendigkeit für eine neue Regulierung. Oft werden solche durch technische Entwicklungen ausgelöst. Auch ermöglichen gewisse technische Fortschritte erst weitere technische Entwicklungen – etwa wäre die Corona-App ohne die Exis-

³ Ein Überblick über den Nachtrag findet sich in *Schneider/Müllner*, Ein Überblick über den Nachtrag der EU zur klimabezogenen Berichterstattung, *Der Konzern* 2020, 24.

⁴ European Commission, Action Plan: Financing Sustainable Growth, 08.03.2018, COM(2018) 97 final, S. 10.

⁵ European Commission, The European Green Deal, 11.12.2019, COM(2019) 640 final, S. 17.

tenz von Smartphones nicht denkbar. Ein klassischeres Beispiel sind Wolkenkratzer, die ohne die Erfindung von Aufzügen nicht praktikabel wären. Daher lösen technische Entwicklungen in verschiedensten Bereichen die Notwendigkeit einer Regulierung aus. Es können aber auch Skandale und Krisen zeigen, dass die derzeitige Regulierung nicht mehr zeitgemäß ist. Beispiele wären hier die aktuellen Bilanzskandale, etwa bei Wirecard und der Commerzialbank Mattersburg, die eine Diskussion über die derzeitige Regulierung des Enforcements auslösen könnten. Die Coronakrise hat beispielsweise die Entwicklung des Pandemieggesetzes nötig gemacht. Streng genommen gibt es drei Unterkategorien für die Notwendigkeit einer neuen Regulierung.

1. Der Bereich war bisher noch nicht reguliert.
2. Die ursprüngliche Regulierung war nicht smart und gehört daher verbessert.
3. Die ursprüngliche Regulierung war smart, aber die Rahmenbedingungen haben sich verändert.

Bei dem ersten und zweiten Grund könnte es ein Fehler gewesen sein, dass es bisher keine smarte Regulierung gegeben hat. Analog zum dritten Grund könnte aber auch eine Änderung des wirtschaftlichen Umfelds dazu geführt haben, dass eine Regulierung angebracht ist.

2. *Wofür entwickelt man Smart Regulation (Zweck)?*

Eine Regulierung verfolgt generell einen gewissen Zweck. Grundsätzlich sind in erster Linie Wohlfahrtsüberlegungen denkbar. Wohlfahrtsüberlegungen sind im Allgemeinen nicht einfach greifbar. Bei den Maßnahmen in der Coronakrise lagen einige Zielfunktionen vor. Viele Bestimmungen waren darauf ausgerichtet, Ansteckungen zu vermeiden und insofern stand ein rein gesundheitlicher Aspekt im Vordergrund. Die Spannung zwischen gesundheitlichen Faktoren und den ökonomischen Auswirkungen waren offensichtlich. Andere Maßnahmen haben den Zweck verfolgt, eine Konkurswelle zu verhindern und die Arbeitslosigkeit einzudämmen. Denkbar ist auch, dass es das Ziel einer Regulierung ist, gewissen Technologien zum Durchbruch zu verhelfen. Es geht also um die (ökonomische) Ermöglichung einer Technologie. Beispiele hierfür wären selbstfahrende Autos oder Flugtaxi. Konsumenten würden selbstfahrende Autos sicher nicht nützen, wenn sie für Unfälle haftbar gemacht werden würden. Gleichzeitig tragen Hersteller gerade in der Startphase, in der es noch keine Erfahrungswerte mit der neuen Technologie gibt, ein beträchtliches Risiko und sind daher möglicherweise nicht bereit, das Produkt schnell einzuführen.

Die Bedeutung des Wortes smart besteht nach der hier vertretenen Meinung darin, dass die Regulierung so gestaltet und entworfen wird, dass sie ihren Zweck bestmöglich erfüllt. Es ist offensichtlich, dass nur dann beurteilt wer-

den kann, ob tatsächlich eine smarte Regulierung (oder Smart Regulation) vorliegt, wenn der intendierte Sinn und Zweck der Regulierung feststeht – also die ökonomische Zielfunktion des Regulators bzw. der Politik. Der Begriff smart rührt nicht daher, dass sich die Regulierung auf gewisse moderne Technologien bezieht. Wie bereits erwähnt, ist eine Regulierung oft in Bezug auf technische Entwicklungen vonnöten, jedoch ist Smart Regulation auch für Sachverhalte erforderlich, die a-priori in keinem Zusammenhang mit einer spezifischen Technologie stehen – wie etwa die Regulierung im Zusammenhang mit der Coronakrise veranschaulicht. Dass eine solche Regulierung smart ist, bedeutet, dass sie ihren intendierten Zweck bestmöglich erfüllt.

3. *Wie entwickelt man Smart Regulation (Methodik)?*

Bei der Entwicklung einer Regulierung muss beachtet werden, dass ökonomische Akteure auf die Regulierung reagieren können und somit sich im Gleichgewicht unter Umständen nicht die ursprünglich intendierte Konsequenz ergibt. Am einfachsten lässt sich dies am Beispiel der Steuerregulierung veranschaulichen. Ist etwa das Ziel, einen ausgeglichenen Haushalt zu gewährleisten und liegt derzeit ein Defizit vor, so liegt es nahe, Steuern zu erhöhen – etwa Unternehmenssteuern. Die Unternehmen könnten allerdings darauf reagieren, indem sie Gewinne in andere Länder verlagern oder weniger als bisher vorgesehen in dem entsprechenden Land investieren. Es könnte also durchaus passieren, dass ein erhöhter Steuersatz zu einem geringeren Steueraufkommen führt. Das Beispiel zeigt also insbesondere, dass eine Regulierung nicht intendierte Wirkungen haben kann. Auch zeigt sich, dass die Anreize von ökonomischen Akteuren zu berücksichtigen sind. Ebenso verhält es sich mit den Informationsständen der Akteure.

Prognosen sind oft auf Basis von analytischen und auf Spieltheorie basierenden Modellierungen und Analysen möglich. Auch empirische Untersuchungen sind denkbar, allerdings ist hier zu beachten, dass nur bereits (in einem anderen Land) bestehende Regulierungen untersucht werden können.

IV. Smart Regulation für digitale Plattformunternehmen?

In diesem Kapitel soll auf das von Michael Litschka beschriebene Beispiel von digitalen Plattformunternehmen eingegangen werden. Dabei sollen aus Platzgründen nur ausgewählte Aspekte solcher Unternehmen und die damit im Zusammenhang stehenden Anforderungen an Smart Regulation thematisiert werden. Dabei wird insbesondere Bezug auf die in den vorigen Kapiteln beschriebene Systematik genommen. Die erste Frage, die sich im Zusammenhang mit Smart Regulation immer stellt, ist, ob es überhaupt einer Regulierung be-

darf. Große Digitalunternehmen wie etwa Google oder Amazon haben aufgrund ihres großen Kundenreservoirs und Informationsstandes eine extrem große Marktmacht und deswegen scheint die Frage zu bejahen zu sein. Die große Marktmacht von Google zeigt sich allein daran, dass die USA derzeit versuchen, Huawei zu sanktionieren, indem sie verhindern, dass Huawei auf die Dienste von Google zugreifen kann. Insofern scheint eine Regulierung dringend geboten. Digitale Plattformunternehmen konnten sich offensichtlich erst durch technische Neuerungen durchsetzen. Insofern liegt hier ein typisches Beispiel dafür vor, dass eine Regulierung durch technische Entwicklungen erforderlich wird. Um die Systematisierung von Smart Regulation weiter am vorliegenden Beispiel zu diskutieren, stellt sich die Frage, was der Zweck einer Regulierung sein könnte. Letztendlich ist diese Frage politisch zu beantworten, jedoch sind hier die Einschränkung der Marktmacht und die Etablierung eines fairen Wettbewerbs denkbar. Letztendlich laufen beide genannten Möglichkeiten auf Wohlfahrtsaspekte hinaus. In Bezug auf die Methodik gelten die allgemeinen Anmerkungen aus Kapitel III. Eine formale ökonomische Modellierung ist aber nur für Aspekte nötig, in denen Sorge bzgl. der Validität verbal formulierter und auf logischen Überlegungen basierender Argumente besteht. Das mathematische Kalkül hilft gewissermaßen, Sachverhalte mit dem Mikroskop zu betrachten und somit Wirkungszusammenhänge zu erkennen, die sonst verborgen geblieben wären.

Als nächste Frage wäre zu beantworten, ob eine Verhaltenssteuerung über den indirekten Weg der Publizität sinnvoll erscheint oder ob eine Regulierung direkt wirken sollte. In Bezug auf die CSR-Richtlinie (RL 2014/95/EU) lässt sich festhalten, dass keiner der derzeitigen fünf berichtspflichtigen Belange geeignet erscheint, um digitale Plattformunternehmen in zweckmäßiger Weise zu erfassen (vgl. auch §243b Abs.2 UGB). In diesem Zusammenhang erscheinen auch sektorenspezifische Standards von Bedeutung. Einzig die Berichterstattung über das Geschäftsmodell (§243b Abs.3 Nr.1 UGB) erscheint geeignet, um Plattformunternehmen zu erfassen. Insgesamt scheint es fraglich, ob eine Berichtspflicht so detailliert sein kann, dass sie zu einer Verhaltenssteuerung führen könnte. Daher dürfte es vonnöten sein, Plattformunternehmen auch direkt zu regulieren. Tatsächlich wird auf europäischer Ebene derzeit an einer Richtlinie zu digitalen Diensten gearbeitet. Eine zusätzliche Verhaltenssteuerung durch Publizität könnte allerdings eine ergänzend flankierende Rolle einnehmen. Mögliche Probleme entstehen etwa durch kundenspezifische Preise, die auf Basis von großen Informationsständen von Google und Amazon auftreten könnten. In diesem Zusammenhang wäre eine Information über den Algorithmus zur Preissetzung für die Öffentlichkeit interessant.

V. Thesenförmige Zusammenfassung

Die wichtigsten Aussagen des Beitrags lassen sich wie folgt zusammenfassen.

- In den letzten Jahren wurden die Anforderungen an die CSR-Berichterstattung in Europa massiv erweitert. Dennoch befindet sich die CSR-Berichterstattung noch in einem sehr frühen Entwicklungsstadium. Im Vergleich zur klassischen Finanzberichterstattung ist allerdings nicht nur die kurze Historie auffällig – auch deckt die CSR-Berichterstattung ein wesentlich breiteres Spektrum ab und somit stellen sich derzeit noch große Herausforderungen. Die CSR-Richtlinie, welche die Basis der CSR-Berichterstattung in Europa bildet, sieht vor, dass über Umwelt-, Sozial- und Arbeitnehmerbelange zu berichten ist. Des Weiteren ist die Achtung der Menschenrechte offenzulegen und die Bekämpfung von Korruption und Bestechung in der CSR-Berichterstattung zu thematisieren. Derzeit befindet sich die CSR-Richtlinie in einem Reviewprozess.
- Der europäische Gesetzgeber bezweckt neben der reinen Informations- und Rechenschaftsfunktion der Publizität auch eine gewisse Verhaltenssteuerung. Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die CSR-Berichterstattung vom europäischen Gesetzgeber auch als Meilenstein im Aktionsplan zur Finanzierung nachhaltigen Wachstums gesehen wird.⁶
- Regulierungen können in Zeiten, in denen sich die ökonomischen Rahmenbedingungen ändern, vonnöten sein bzw. sollten in geeigneter Weise adaptiert werden. Eine Änderung der ökonomischen Rahmenbedingungen wird oft, aber nicht immer, von technischen Innovationen ausgelöst. Politische Entscheidungsträger und Regulatoren stehen – auch in Abhängigkeit ihrer Ausrichtung und Zielsetzung – vor der Herausforderung, über Regulierung (etwa im Rahmen von Gesetzen) auf die veränderten Rahmenbedingungen geeignet und intelligent (smart) zu reagieren.
- In Bezug auf Plattformunternehmen ist recht offensichtlich, dass die derzeitigen Publizitätspflichten im CSR-Bereich zu kurz gegriffen sind. Etwa ist eine Offenlegung von Preissetzungsalgorithmen nicht aus der CSR-Richtlinie ableitbar. Insgesamt scheint es fraglich, ob eine Regulierung der Plattformunternehmen indirekt über Publizität erfolgen sollte, oder ob nicht ein direkter Weg eingeschlagen werden muss. Auf europäischer Ebene ist eine direkte Regulierung derzeit in Arbeit. Eine solche könnte aber sinnvollerweise von Publizitätsverpflichtungen flankiert werden – besonders weil die Publizität auch andere Funktionen als die Verhaltenssteuerung hat.

⁶ European Commission, Action Plan: Financing Sustainable Growth, 08.03.2018, COM(2018) 97 final, S. 10.

IV. Automatisiertes Entscheiden zwischen Markt und Regulierung

Automatisiertes Entscheiden mit Hilfe von künstlicher Intelligenz braucht Erklärung!

*Stefan Thalmann, Jürgen Fleiß, Florian Königstorfer
und Christine Malin*

I. Motivation

Im Zuge der Digitalisierung erlebt unsere Gesellschaft einen Wandel auf Basis datenbasierter Technologien. Dieser Wandel lässt sich vor allem anhand der weit verbreiteten Einführung von Künstlicher Intelligenz (KI) in Wirtschaft, Wissenschaft und im alltäglichen Leben beobachten.¹ Der Einsatz von KI wird auf der einen Seite im Zusammenhang mit neuen Geschäftsmöglichkeiten diskutiert und auf der anderen Seite als Technologie, die NutzerInnen diskriminieren kann. Beide Diskurse werden durch aktuelle Begebenheiten befeuert. Siri und Alexa revolutionieren die Art und Weise, wie wir mit Computern interagieren, und KI-basierte Empfehlungssysteme bei Amazon oder Netflix, wie wir Inhalte finden. Die zugehörigen Unternehmen setzen dabei neuartige Geschäftsmodelle um und sind ebenso global sehr erfolgreich. Auf der anderen Seite zeigt der Versuch, ein KI-basiertes Verfahren zur Angleichung von A-Level-Noten in Großbritannien zu etablieren, wie grandios die Einführung von KI auch scheitern kann.² Nachrichten über Diskriminierungen von Frauen bei der Prüfung der Kreditwürdigkeit³ oder die Diskriminierung von AfroamerikanerInnen bei der KI-unterstützten Polizeifahndung in den USA⁴ nähren ebenso die Skepsis gegenüber KI-basierten Systemen.

¹ *Adadi/Berrada*, Peeking inside the black-box: A survey on Explainable Artificial Intelligence (XAI), 6 IEEE Access 52138 (2018).

² *Hern*, Do the maths: why England's A-level grading system is unfair, 14.08.2020, abrufbar unter: <https://www.theguardian.com/education/2020/aug/14/do-the-maths-why-englands-a-level-grading-system-is-unfair>.

³ *Vigdor*, Apple Card Investigated After Gender Discrimination Complaints, 10.11.2019, abrufbar unter: <https://www.nytimes.com/2019/11/10/business/apple-credit-card-investigation.html>.

⁴ *Heavenarchive*, Predictive policing algorithms are racist. They need to be dismantled, 17.07.2020, abrufbar unter: <https://www.technologyreview.com/2020/07/17/1005396/predictive-policing-algorithms-racist-dismantled-machine-learning-bias-criminal-justice/>.

Der Unterschied zwischen den erwähnten Anwendungsfällen ist die Tragweite der durch die KI getroffenen Entscheidung und die Konsequenz für das eigene Leben. Klar ist, je größer diese Tragweite der getroffenen Entscheidung ist, desto kritischer sind Menschen und desto stärker werden diese Entscheidungen hinterfragt.⁵ Dies ist zunächst einmal ein allgemeines Phänomen, aber verschärft sich bei KI, da Menschen kritischer gegenüber automatisiert getroffenen Entscheidungen als gegenüber menschlichen Entscheidungen sind.⁶ Diese Skepsis kann sich in Form mangelnder Akzeptanz gegenüber den von der KI getroffenen Entscheidungen zeigen und damit zu einer Ablehnung des KI Systems selbst führen. Dies ist nicht nur schlecht für den Fall, dass ein Geschäftsmodell auf KI basiert, sondern ebenso, weil KI auch als potenzielle Lösung für viele gesellschaftliche Herausforderungen gesehen wird und die Entscheidungsgewalt zunehmend vom Menschen auf die KI verlagert wird.⁷

Um das Vertrauen der NutzerInnen zu sichern, wurden die FAT-Prinzipien aufgestellt. F bedeutet dabei, dass die KI fair entscheidet, A (accountable) bedeutet, dass die KI zurechnungsfähig ist und damit jemand Verantwortung trägt und T, dass die KI transparent ist. Um zu beurteilen, dass eine KI fair ist, benötigt es eine vertrauenswürdige externe Person, die dies attestiert. Typischerweise wird dies im Rahmen von Audits von einem Auditor attestiert. Solche Audits bilden ebenso die Grundlage dafür, dass eine Organisation oder Person Verantwortung für ein solches System übernimmt. Damit ein Auditor jedoch dieses Audit-Zertifikat ausstellen kann, muss Transparenz über die grundlegende Funktionsweise und das Verhalten in gewissen Situationen vorliegen. Da die größte Herausforderung von KI ihr Black-Box-Charakter ist, kann diese Transparenz nicht einfach erreicht werden.⁸ Der vielversprechendste Weg, die Transparenz nicht nur für den Auditor, sondern auch für die BenutzerInnen zu erreichen, ist, die KI-basierten Entscheidungen transparent, erklärbar und interpretierbar zu gestalten.

Explainable AI (XAI) ist dabei ein technologiegetriebener Forschungsbereich, der das Ziel hat, Technologien zu entwickeln, die Erklärungen für das Verhalten von KI liefern.⁹ XAI erzielt dabei beachtliche Fortschritte, und eine Vielzahl von Ansätzen, Methoden und Technologien sind bereits verfügbar.¹⁰ Es ist jedoch wichtig zu erwähnen, dass nur die technische Erklärbarkeit KI per

⁵ *Adadi/Berrada* (oben Fn. 1).

⁶ *Luo et al.*, *Frontiers: Machines vs. humans: The impact of artificial intelligence chatbot disclosure on customer purchases*, 38 *Marketing Science* 937 (2019).

⁷ *Adadi/Berrada* (oben Fn. 1).

⁸ *Lepri et al.*, *Fair, transparent, and accountable algorithmic decision-making processes*, 31 *Philosophy & Technology* 611 (2018).

⁹ *Gunning et al.*, *XAI – Explainable artificial intelligence*, 4 *Science Robotics* aay7120 (2019).

¹⁰ *Arrieta et al.*, *Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, taxonomies, opportunities and challenges toward responsible*, 58 *Information Fusion* 82 (2020).

se noch nicht zurechnungsfähig und verantwortlich macht. Die Frage ist vielmehr, wie KI mit Menschen und sozialen Systemen interagiert, wie KI Feedback aufnehmen kann und damit den Menschen und seine Bedürfnisse ernst nimmt. Denn echtes Vertrauen haben NutzerInnen nur, wenn sie das System verstehen und sie auch das Gefühl haben, dass sie vom System verstanden werden.¹¹

II. Künstliche Intelligenz und ihr Black-Box Charakter

In den vergangenen Jahren hat eine Vielzahl technologischer Innovationen die IT-Landschaft verändert. Eine Kombination aus größeren verfügbaren Datenmengen und günstiger Rechenleistung hat es KI ermöglicht, immer komplexere Aufgaben zu lösen.¹² In der Literatur gibt es keine einheitliche Definition von KI. In einem Vorschlag für die Dartmouth-Konferenz, eine der frühesten KI-Konferenzen, haben McCarthy et al.¹³ erklärt, sie wollten Maschinen erforschen, mit denen Intelligenz simuliert werden kann. Seitdem sind verschiedene Definitionen entstanden. So definieren bspw. Russel und Norvig¹⁴ KI als die Untersuchung intelligenter Agenten, die Aktionen ausführen, und weisen darauf hin, dass vorhandene Definitionen in vier Gruppen eingeteilt werden können, die sich in zwei Dimensionen unterscheiden: Erstens weisen die Autoren darauf hin, dass die Definitionen zwischen intelligenten Agenten, die denken, und intelligenten Agenten, die handeln, unterscheiden. Zweitens unterscheiden sie zwischen intelligenten Agenten, die sich rational verhalten, und intelligenten Agenten, die sich menschlich verhalten. Was die Definition des Begriffs KI noch weiter erschwert, ist der Umstand, dass der Begriff KI häufig synonym mit den Begriffen „Data Mining“ und „Maschinelles Lernen“ (ML) verwendet wird. Dies ist problematisch, da die drei Begriffe zwar gewisse Überschneidungen aufweisen, aber ansonsten abgrenzbar sind. ML ist definiert als die Fähigkeit eines Computers, sich an neue Umstände anzupassen, Muster zu erkennen und zu extrapolieren, und es ist ein Teilbereich von KI.¹⁵ ML beschreibt also den Lernprozess, um aus einer gegebenen Datenmenge ein Modell zu trainieren. Diese Modelle werden dann typischerweise als AI-Modelle bezeichnet und für Datenanalyse-Aufgaben, wie Klassifikation oder Prognosen verwendet. „Data

¹¹ Gilpin et al., Explaining explanations to society, arXiv preprint arXiv:1901.06560 (2019).

¹² Halevy et al., The unreasonable effectiveness of data, 24 IEEE Intelligent Systems 8 (2009); Sun et al., Revisiting unreasonable effectiveness of data in deep learning era, in: IEEE (Hrsg.), Proceedings of the IEEE international conference on computer vision, 2017, S. 843.

¹³ McCarthy et al., A proposal for the Dartmouth summer research project on artificial intelligence, 1955.

¹⁴ Russel/Norvig, Artificial intelligence: a modern approach: Pearson Education Limited, 2013.

¹⁵ Russel/Norvig (oben Fn. 14), 2013.

Mining“ ist der Prozess der automatischen oder halbautomatischen Untersuchung und Analyse großer Datenmengen, um sinnvolle Muster und Regeln zu entdecken.¹⁶ Data Mining erzeugt also kein KI-Modell, sondern für Data Mining werden häufig KI Modelle zur Analyse von Daten und zur Extraktion von Mustern verwendet. Diese Studie konzentriert sich auf KI-Modelle, die mit ML-Algorithmen trainiert werden.

KI und insbesondere das leistungsstarke Teilfeld ML unterscheiden sich jedoch stark von herkömmlicher Software und herkömmlichen statistischen Modellen. Der bedeutendste Unterschied zu traditionellen statistischen Modellen besteht darin, dass ML im Extremfall keinen Entwickler benötigt, um dem Modell eine Struktur aufzuerlegen.¹⁷ Obwohl diese Eigenschaft die Vorhersagekraft der Algorithmen erhöhen kann,¹⁸ ist es für KundInnen, Prüforgane und Aufsichtsbehörden eine Herausforderung, die Entscheidungen dieser KI-Modelle nachzuvollziehen. In der Literatur und in der Praxis ist dieses Merkmal der KI als Black-Box-Charakter bekannt.¹⁹ Im Gegensatz zu transparenten White-Box-Softwarekomponenten, geben Black-Box-Komponenten nichts über ihre Struktur, ihr Design und ihre Implementierung preis.²⁰ Dies bedeutet, dass selbst die Entwickler von KI-Anwendung typischerweise nicht oder nur vage wissen, warum die KI ihre Entscheidungen trifft.

Der Black-Box-Charakter von KI ist sowohl aus ethischer als auch aus rechtlicher Sicht eine Herausforderung. Besonders Fairness, Accountability und Transparenz der KI sind für die verschiedenen Interessengruppen wichtig.²¹ Ohne ein ausreichendes Maß an Erklärbarkeit sind diese hohen ethischen Standards jedoch oft schwer einzuhalten. ForscherInnen weisen auf eine Reihe von Unklarheiten und Widersprüchen hin, wie sich ein ausreichendes Maß an Erklärbarkeit erreichen lassen kann. ForscherInnen argumentieren, zum Beispiel, dass die Agenden der Menschen und der Organisationen, die KI-Anwendungen entwickelt haben, den EndnutzerInnen der KI häufig verborgen bleiben,²² was die erwartete Funktionsweise der KI verschleiern kann. Die Herausforderung, KI-basierte Entscheidungen transparent zu machen, ist von wesentlicher Bedeutung, da eine gewisse Erklärbarkeit notwendig ist, um KI in einer verantwor-

¹⁶ *Berry/Linoff*, Mastering data mining: The art and science of customer relationship management, 100 *Industrial Management & Data Systems* 245 (2000).

¹⁷ *Huang et al.*, Credit rating analysis with support vector machines and neural networks: a market comparative study, 37 *Decision support systems* 543 (2004).

¹⁸ *Martens et al.*, Mining Massive Fine-Grained Behavior Data to Improve Predictive Analytics, 40 *Mis Quarterly* 869 (2016).

¹⁹ *Adadi/Berrada* (oben Fn. 1).

²⁰ *Adadi/Berrada* (oben Fn. 1).

²¹ *Jobin et al.*, The global landscape of AI ethics guidelines, 1 *Nature Machine Intelligence* 389 (2019).

²² *Diakopoulos*, Accountability in algorithmic decision making, 59 *Communications of the ACM* 56 (2016).

tungsvollen,²³ fairen,²⁴ und vertrauenswürdigen²⁵ Weise einsetzen zu können. Somit ist die fehlende Erklärbarkeit ein Hindernis für den Einsatz von KI in der Praxis.²⁶

III. Probleme von KI in automatisierten Entscheidungsprozessen

KI-Systeme sind bereits jetzt in vielen Bereichen klassischen Computersystemen, aber auch menschlichen Entscheidern überlegen²⁷ und werden daher in verschiedensten Bereichen erfolgreich eingesetzt. Ein hohes technisches Leistungspotential (z. B. hohe Genauigkeit bei Prognosen oder sehr gute Erkennungsraten bei Bildern) von KI-Systemen allein ist aber nicht immer ausreichend für deren erfolgreichen Einsatz in der Praxis. So wird in der Wirtschaftsinformatik von sozio-technischen Systemen gesprochen und dabei explizit adressiert, dass die Einführung von IT-Systemen keine rein technische Frage ist.²⁸ Aus sozio-technischer Perspektive ist nun der Black-Box-Charakter von KI, bei denen die Gründe für die getroffenen Entscheidungen nicht nachvollzogen werden können, ein besonderes Problem. Dieser Black-Box-Charakter stellt den Einsatz von KI-Systemen vor zwei Herausforderungen: *Erstens* kann eine aus dieser Intransparenz folgende mangelnde Akzeptanz von automatisierten Entscheidungs- und Entscheidungsunterstützungssystemen durch involvierte menschliche Entscheidungsträger, aber auch von den durch diese Entscheidungen betroffenen Personen, deren Einsatz erschweren oder unmöglich machen.²⁹ *Zweitens* stehen oft rechtliche Regelungen dem Einsatz von Black-Box Algorithmen entgegen, da diese eine Auditierbarkeit oder Erklärbarkeit der Entscheidung verlangen.³⁰

²³ Diakopoulos (oben Fn. 22); Kohli et al., Translation tutorial: a shared lexicon for research and practice in human-centered software systems, in: ACM (Hrsg.), 1st Conference on Fairness, Accountability, and Transparency, 2018.

²⁴ Gajane/Pechenizkiy, On formalizing fairness in prediction with machine learning, arXiv preprint arXiv:1710.03184 (2017).

²⁵ Ribeiro et al., „Why should I trust you?“ Explaining the predictions of any classifier, in: ACM (Hrsg.), Proceedings of the 22nd ACM SIGKDD international conference on knowledge discovery and data mining, 2016, S. 1135.

²⁶ Kvamme et al., Predicting mortgage default using convolutional neural networks, 102 Expert Systems with Applications 207 (2018).

²⁷ Wanner et al., How Much is the Black Box? The Value of Explainability in Machine Learning Models, in: ECIS (Hrsg.), ECIS 2020 Research in Progress Papers, 2020, S. 1.

²⁸ Hansen et al., Wirtschaftsinformatik, 2019.

²⁹ Thalmann et al., Cognitive decision support for industrial product life cycles: a position paper, in: IARIA (Hrsg.), Cognitive 2019, The Eleventh International Conference on Advanced Cognitive Technologies and Applications, 2019, S. 3.

³⁰ Königstorfer/Thalmann, Applications of Artificial Intelligence in commercial banks – A research agenda for behavioral finance, 27 Journal of Behavioral and Experimental Finance 100352 (2020).

Für den ersten Fall der NutzerInnenakzeptanz betrachten wir zunächst 3 Beispiele automatisierter Entscheidungen. Die (a) Anzeige von auf einzelne NutzerInnen abgestimmter Werbung auf Facebook ist ein vielen bekanntes Beispiel für eine solche autonome KI-Entscheidung, die von uns nicht nachvollzogen werden kann. KI-Systeme werden auch eingesetzt, um (b) ein Credit-Scoring für Personen durchzuführen, wobei einige Anbieter dafür auch schon Zugriff auf die Facebook-Profile von NutzerInnen verlangen.³¹ Eine auf Basis solch vielfältiger Daten getroffene Entscheidung hat somit große Auswirkungen auf die Betroffenen. Die Konsequenzen automatisierter Entscheidungen können allerdings noch deutlich schwerwiegender sein, wie im Fall von (c) durch KI gesteuerte autonome Fahrzeuge, welche auch schon tödliche Unfälle verursachten.³²

Diese Beispiele verdeutlichen zweierlei. Erstens erwarten wir, dass KI-Systeme Entscheidungen begründen können: Warum hat Facebook mir gerade diese Werbeanzeige gezeigt? Warum wurde mir kein Kredit gewährt? Warum hielt das autonome Fahrzeug nicht vor der Radfahrerin an? Im letzteren Fall dauerte es mehrere Wochen, um die Ursache im komplexen KI-Modell zu finden.³³ Diese für uns intuitive Erwartung einer Erklärung wird auch durch empirische Studien gestützt. So wurde beispielsweise gezeigt, dass sowohl RecruiterInnen als auch BewerberInnen von KI-Systemen in der Personalauswahl eine transparente und begründbare Entscheidung erwarten und Black-Box-Systemen nicht vertrauen.³⁴

Die zweite Intuition, bezogen auf die drei oben genannten Beispiele, bezieht sich auf die Dringlichkeit, mit der Menschen eine Erklärung der Entscheidung erwarten. Während wir bei den Gründen für die uns von Facebook gezeigten Werbeanzeigen vielleicht noch einen Verweis auf den Black-Box-Algorithmus akzeptieren, ist dies bei der Ablehnung eines Kreditantrages bereits deutlich weniger wahrscheinlich. Aber gerade bei potentiell katastrophalen Folgen einer falschen Entscheidung ist Erklärbarkeit unverzichtbar, um die KI-Entscheidung auch tatsächlich umzusetzen, etwa im Bereich der medizinischen Diagnostik³⁵ oder bei autonomen Waffensystemen.³⁶

³¹ *Rothmann et al.*, Credit Scoring in Österreich, abrufbar unter: <http://epub.oeaw.ac.at/ita/ita-projektberichte/a66.pdf>.

³² *Marshall*, The Uber Crash Won't Be the Last Shocking Self-Driving Death, 3/31/2018, abrufbar unter: <https://www.wired.com/story/uber-self-driving-crash-explanation-lidar-sensors/>.

³³ *Gilpin et al.* (oben Fn. 11).

³⁴ *Ochmann/Laumer*, Fairness as a Determinant of AI Adoption in Recruiting: An Interview-based Study, in: DIGIT (Hrsg.), DIGIT 2019 Proceedings, 2019, S. 1.

³⁵ *Ribeiro et al.* (oben Fn. 25), 2016.

³⁶ *Ágreda*, Ethics of autonomous weapons systems and its applicability to any AI systems, Telecommunications Policy, 101953 (2020).

Zusammenfassend legt die aktuelle Forschung also nahe, dass die unfaire und intransparente Wahrnehmung von KI die Akzeptanz der Informationssysteme³⁷ im Allgemeinen und vorwiegend im Rahmen sensibler Entscheidungen negativ beeinflusst.³⁸

Neben den ethischen Fragestellungen an KI müssen in der Praxis die gesetzlichen Anforderungen erfüllt werden. Eines der wichtigsten Gesetze im Zusammenhang mit AI-basierten Entscheidungen ist die europäische Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO).³⁹ Art. 22 der DSGVO gibt NutzerInnen das (umstrittene) Recht auf Erklärung, für alle Entscheidungen, die mithilfe von KI getroffen wurden.⁴⁰ Obwohl Gesellschaft, Wissenschaft und Politik ein hohes Maß an Transparenz in Kontext von KI fordern, sind die regulatorischen Richtlinien nicht eindeutig.⁴¹ Das bedeutet, dass die DSGVO zwar Erklärungen für algorithmische Entscheidungen vorsieht, aber nicht festlegt, wie solche Erklärungen – und die Werkzeuge, die sie generieren – aussehen müssen.⁴² Es gibt zwar bereits erste Ansätze für die Erklärung von KI-Modellen für NutzerInnen,⁴³ jedoch ist noch nicht klar, ob diese Ansätze alle rechtlichen Anforderun-

³⁷ *Guidotti et al.*, A survey of methods for explaining black box models, 51 ACM computing surveys (CSUR) (2018) S. 1–42; *Ribeiro et al.* (oben Fn. 25), 2016; *Ye/Johnson*, The impact of explanation facilities on user acceptance of expert systems advice, 19 Mis Quarterly 157 (1995).

³⁸ *Binns et al.*, ‚It’s Reducing a Human Being to a Percentage‘ Perceptions of Justice in Algorithmic Decisions, in: ACM (Hrsg.), Proceedings of the 2018 Chi conference on human factors in computing systems, 2018, paper 377; *Lee*, Understanding perception of algorithmic decisions: Fairness, trust, and emotion in response to algorithmic management, 5 Big Data & Society 2053951718756684 (2018); *Schumann et al.*, We Need Fairness and Explainability in Algorithmic Hiring, in: ACM (Hrsg.), Proceedings of the 19th International Conference on Autonomous Agents and MultiAgent Systems, 2020, S. 1716; *Zerilli et al.*, Transparency in algorithmic and human decision-making: is there a double standard?, 32 Philosophy & Technology 661 (2019).

³⁹ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

⁴⁰ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). Siehe i. d. Z. die Darstellung des Meinungsstandes bei Stöger in diesem Band.

⁴¹ *Kvamme et al.* (oben Fn. 26); Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation); *Smit et al.*, A Review of AI Principles in Practice, in: PACIS (Hrsg.), PACIS 2020 Proceedings, 2020, S. 198; *Wachter et al.*, Transparent, explainable, and accountable AI for robotics, 2017.

⁴² *Wachter et al.* (oben Fn. 41), 2017; Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

⁴³ *Förster et al.*, Evaluating Explainable Artificial Intelligence – What Users Really Appreciate, 2020.

gen erfüllen und ob diese Erklärungen auch den Anforderungen von AuditorInnen und RegulatorInnen genügen. Darüber hinaus ist noch nicht klar, welche Auswirkungen das Recht auf Erklärung auf KI-basierte Dienste hat.⁴⁴ In stark regulierten Anwendungsfällen, wie der Vergabe von Krediten, stellt der Black-Box-Charakter der KI in Kombination mit den aktuellen gesetzlichen Anforderungen ein Hindernis für die Nutzung von KI in der Praxis dar.⁴⁵

Um zu überprüfen, ob Softwaresysteme allen relevanten Vorschriften und Standards entsprechen, können IT-Audits durchgeführt werden. Nach der IEEE sind IT-Audits Methoden zur Bewertung der Konformität von Softwareprodukten mit Vorschriften, Richtlinien und Standards.⁴⁶ Obwohl für herkömmliche Software bereits Dokumentationsstandards und Prüfprozesse existieren, sind diese Standards für die Dokumentation von KI nicht aussagekräftig.⁴⁷ Da bei KI-Modellen nicht so stark auf die Vorgaben von ProgrammiererInnen und EntwicklerInnen zurückgegriffen wird wie bei traditioneller Software, ist die Dokumentation des Quellcodes von KI-Systemen weniger aussagekräftig. Darüber hinaus weisen ForscherInnen darauf hin, dass Unternehmen aufgrund der Komplexität der KI häufig darauf verzichten, die KI zu prüfen, bis sich KundInnen und Aufsichtsbehörden beschweren, weshalb Probleme über längere Zeiträume unentdeckt bleiben können.⁴⁸

Um dieser Herausforderung zu begegnen, wurden bereits neue KI-Prüfungsverfahren vorgeschlagen. Beispielsweise zielt SMACTR, ein Rahmen für die interne Revision, darauf ab, die Fairness und die Rechenschaftspflicht im Kontext der KI sicherzustellen.⁴⁹ Das Framework schlägt vor, die KI in sechs Schritten zu prüfen, nämlich in der Governance-Phase, der Scoping-Phase, der Mapping-Phase, der Dokumentensammelungsphase, der Testphase und der Reflexionsphase. Obwohl die Erklärbarkeit der Entscheidungen auch in diesem Kontext eine große Rolle spielt, scheint es genauso wichtig, zu prüfen und zu erklären, wie genau das Modell in den Geschäftsprozess des Unternehmens integriert ist und welche Entscheidungen aufgrund der Ergebnisse des Modells getroffen werden.

Die Erklärung der Entscheidungen von KI-Systemen spielt daher sowohl aus rechtlicher Perspektive wie auch aus Sicht der Nutzungsakzeptanz eine zentrale Rolle. Nur wenn Erklärungen und damit transparente Entscheidungen

⁴⁴ *Schneeberger et al.*, The European legal framework for medical AI in: Holzinger et al. (Hrsg.), *Machine Learning and Knowledge Extraction*, 2020, S. 209.

⁴⁵ *Königstorfer/Thalmann* (oben Fn. 30); *Kvamme et al.* (oben Fn. 26).

⁴⁶ IEEE Standard for Software Reviews and Audits, 1028–2008, 2008, abrufbar unter: <https://ieeexplore.ieee.org/document/4601584>.

⁴⁷ *Holstein et al.*, Improving fairness in machine learning systems: What do industry practitioners need?, in: ACM (Hrsg.), *Proceedings of the 2019 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, 2019, paper 600; *Königstorfer/Thalmann* (oben Fn. 30).

⁴⁸ *Holstein et al.* (oben Fn. 47), 2019.

⁴⁹ *Raji et al.*, Closing the AI accountability gap: defining an end-to-end framework for internal algorithmic auditing, in: ACM (Hrsg.), *Proceedings of the 2020 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, 2020, S. 33.

möglich sind, können die versprochenen Verbesserungen durch den Einsatz von KI-Systemen in den verschiedensten Anwendungsfeldern auch tatsächlich realisiert werden. Auf Basis dieser Motivation wurden von technischer Seite umfangreiche Anstrengungen unternommen, um Explainable Artificial Intelligence (XAI) umzusetzen. XAI bietet dabei eine überprüfbare und nachvollziehbare Möglichkeit, algorithmische Entscheidungen moralisch und ethisch zu rechtfertigen, was wiederum das Vertrauen der NutzerInnen in das KI-System stärkt. In diesem Zusammenhang stellt XAI alle notwendigen Informationen transparent zur Verfügung, um Ergebnisse begründen zu können sowie mit der Rechtslage in Einklang zu bringen.⁵⁰ Eine Übersicht darüber wird im nächsten Abschnitt gegeben.

IV. XAI als technische Lösungsmöglichkeit

Industrie und Wirtschaft sehen im Forschungsgebiet XAI einen vielversprechenden Ansatz, um dem Black-Box-Charakter von KI zu begegnen. Bei XAI handelt es sich um einen Teilbereich der KI, welcher über eine Vielzahl an Werkzeugen, Ansätzen und Algorithmen verfügt, um KI-Entscheidungen qualitativ hochwertig, interpretierbar und nachvollziehbar zu machen.⁵¹ Das wesentliche Ziel von XAI liegt darin, das Verhalten und den Entscheidungsprozess von KI-Systemen verständlich und nachvollziehbar zu gestalten. NutzerInnen sollen dadurch in die Lage versetzt werden, den Mechanismus und die Funktionsweise des KI-Systems zu verstehen, sowie einen Überblick über all jene Informationen zu erhalten, die zu den getroffenen Entscheidungen geführt haben.⁵² Durch die Validierung des Entscheidungsprozesses soll vor allem das Vertrauen der NutzerInnen in KI-Systeme und somit deren Bereitschaft zur Nutzung gestärkt werden.

In den letzten Jahren hat XAI sowohl in der Forschung als auch in der Industrie zunehmende Aufmerksamkeit und Interesse erhalten. Die vorwiegend technisch orientierte Forschung verfolgt dabei das Ziel, Erklärungsmodelle für KI zu entwickeln und somit den Black-Box-Charakter abzuschwächen oder gar transparente Systeme zu erreichen. Derzeit werden im Rahmen von XAI zwei Forschungsstränge verfolgt: (1) transparente Designprozesse und (2) Post-hoc-Erklärung. Während die transparenten Designprozesse auf die Funktionsweise eines Modells aus Sicht der EntwicklerInnen abzielen, zeigt die Post-hoc-Erklärung hingegen die Herleitung eines Ergebnisses aus Sicht der NutzerInnen. In diesem Rahmen wurde hinsichtlich XAI eine Vielzahl an Methoden und Vor-

⁵⁰ *Adadi/Berrada* (oben Fn. 1).

⁵¹ *Das/Rad*, Opportunities and challenges in explainable artificial intelligence (xai): A survey, arXiv preprint arXiv:2006.11371 (2020).

⁵² *Gunning et al.* (oben Fn. 9).

schlagen entwickelt. Diese Ansätze lassen sich grundsätzlich in vier Erklärungsgründe unterteilen:⁵³

1. Erklärung zur Rechtfertigung

In der Vergangenheit kam es zu zahlreichen Kontroversen hinsichtlich von KI-Systemen, die verzerrte und diskriminierende Entscheidungen getroffen haben.⁵⁴ Diesbezügliche Zweifel wurden unter anderem durch medienwirksame Vorfälle verstärkt. Ein bekanntes Beispiel ist der automatisierte Bewerbungsprozess des amerikanischen Onlineversandhändlers Amazon, wobei die KI weibliche Bewerberinnen bei der Personalauswahl systematisch benachteiligte.⁵⁵ Wie im vorherigen Teil bereits gezeigt wurde, besteht seitens der NutzerInnen zunehmender Bedarf, Begründungen und Rechtfertigungen für KI-Ergebnisse sicherzustellen. Der verstärkte Wunsch nach erklärbarer KI zeigt sich vor allem in sensiblen Anwendungsbereichen, wie beispielsweise der Personalauswahl.⁵⁶ Mithilfe von KI können Bewerbungsgespräche online durchgeführt werden sowie auf Grundlage der eingereichten Lebensläufe und Antworten eine Vorauswahl der geeignetsten BewerberInnen getroffen werden. Wenn die KI entscheidet, ob ein/e KandidatIn für eine Stelle geeignet ist oder nicht, nimmt die KI einen direkten Einfluss auf das Leben eines Menschen,⁵⁷ weshalb BewerberInnen stichhaltige Erklärungen für die getroffenen Entscheidungen erwarten.⁵⁸

2. Erklärungen zur Kontrolle

Erklärbarkeit impliziert ein besseres Verständnis des Systemverhaltens. Indem ein KI-System transparent gestaltet wird, können potenzielle Abweichungen leichter identifiziert und behoben werden. Neue Einsichten können während des Einsatzes der KI in laufenden Prozessen gewonnen werden, wodurch eine

⁵³ *Adadi/Berrada* (oben Fn. 1).

⁵⁴ *Adadi/Berrada* (oben Fn. 1).

⁵⁵ *Dastin*, Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women, 10.11.2018, abrufbar unter: <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G>.

⁵⁶ *Gade et al.*, Explainable AI in Industry: Practical Challenges and Lessons Learned, in: ACM (Hrsg.), Companion Proceedings of the Web Conference 2020, 2020, S. 303; *Ochmann et al.*, Job Seekers' Artificial Intelligence-related Black Box Concerns, in: ACM (Hrsg.), Proceedings of the 2020 on Computers and People Research Conference, 2020, S. 101; *Schumann et al.* (oben Fn. 38), 2020, S. 1716.

⁵⁷ *Yarger et al.*, Algorithmic equity in the hiring of underrepresented IT job candidates, 42 Online Information Review 383 (2019).

⁵⁸ *Gade et al.* (oben Fn. 56), 2020; *Kim et al.*, Transparency and accountability in AI decision support: Explaining and visualizing convolutional neural networks for text information, 134 Decision support systems 113302 (2020).

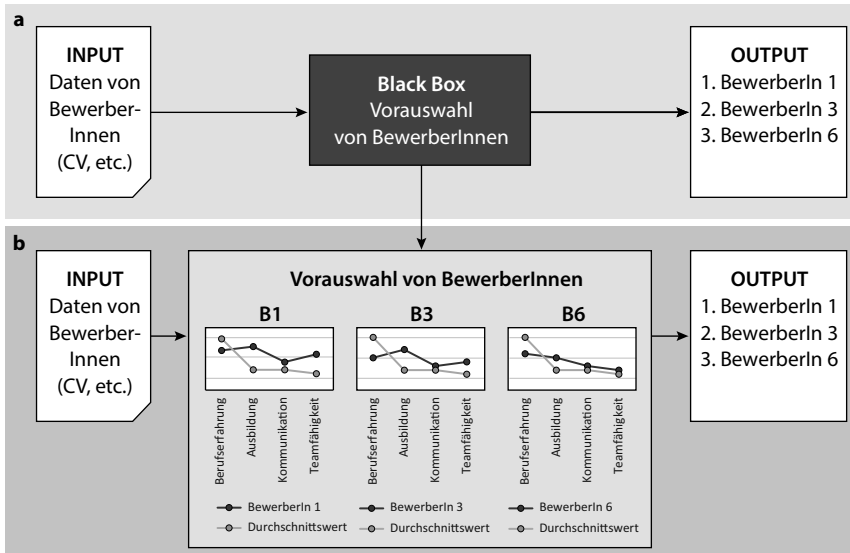


Abb. 1: Einsatz von XAI in der Personalauswahl

- (a) KI-basierte Personalauswahl: Aufgrund des Black-Box Charakters von KI können die Einstellungsentscheidungen nicht nachvollzogen werden.
- (b) XAI-basierte Personalauswahl: XAI ermöglicht die transparente Darstellung aller relevanter Informationen, um die getroffenen Entscheidungen nachzuvollziehen. Somit wird ersichtlich, anhand welcher Kriterien sich für bzw. gegen eine bestimmte Person entschieden wurde.

Kontrolle des KI-Modells gewährleistet werden kann.⁵⁹ Dieser Erklärungsgrund kann beispielsweise im Rahmen einer Qualitätskontrolle im Semiconductor-Bereich abgebildet werden. Mit Hilfe eines KI-Systems können Chipfehler auf Halbleiterwafern in einem visuellen Inspektionsschritt klassifiziert werden. Durch XAI werden dann all jene Stellen auf dem Bild des Chips markiert, auf die das KI-Modell während der Klassifikation reagiert hat bzw. die für diese Klassifikation ausschlaggebend waren. Durch diese Form der Markierung können der ProzessingenieurInnen die Funktionsweise des Systems überprüfen und durch ihr Fachwissen die Lösungsgüte des KI-Modells einschätzen. Aufbauend auf dem Ergebnis kann somit abgeleitet werden, weshalb ein bestimmtes Produkt aussortiert bzw. weshalb es weiterbearbeitet wurde.⁶⁰

⁵⁹ Adadi/Berrada (oben Fn. 1).

⁶⁰ Koutroulis et al., Enhanced Active Learning of Convolutional Neural Networks: A Case Study for Defect Classification in the Semiconductor Industry, in: SciTePress (Hrsg.), 12th International Joint Conference on Knowledge Discovery, Knowledge Engineering and Knowledge Management, 2020, S. 269.

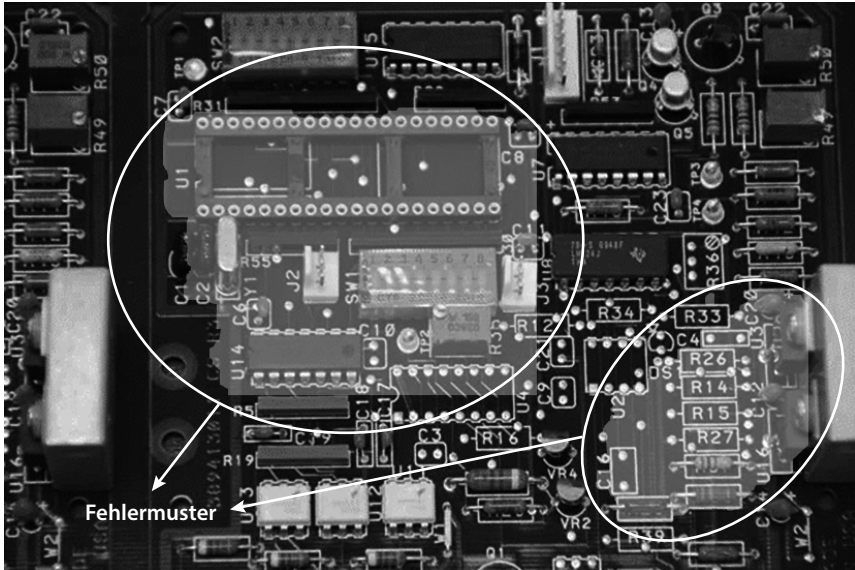


Abb. 2: Identifikation und Markierung vorhandener Fehlermuster im Halbleiterwafer durch XAI.

3. Erklärungen zur Verbesserung

XAI bietet die Grundlage für eine kontinuierliche Iteration und Verbesserung der Zusammenarbeit zwischen Mensch und Maschine. Durch die geschaffene Erklärbarkeit sind die NutzerInnen in der Lage, die spezifischen Outputs des Systems nachzuvollziehen und sie basierend auf diesem Verständnis fortlaufend zu optimieren.⁶¹ ML kann neuartige Zusammenhänge in Daten in KI-Modellen abbilden und somit zu überlegenen Prognosen oder Klassifikationen führen. Doch für die MitarbeiterInnen sind diese Zusammenhänge meist nicht klar. Durch XAI können diese neuen Zusammenhänge verständlich gemacht werden und somit neues Wissen erzeugt werden. Dieses kann dann zur nachhaltigen Verbesserung von Prozessen eingesetzt werden.⁶² Beispielsweise hat sich der Einsatz von KI-basierten Prognosemodellen im Sinterprozess bewährt, da diese die Komplexität der Steuerung dieser Prozesse verringern und eine deutlich verbesserte Steuerung des Prozesses ermöglichen. Durch XAI-Ansätze können Erkenntnisse aus dieser Steuerung gewonnen werden und auf physikalische Modelle einer laufenden Anlage übertragen werden. XAI ermöglicht dabei das

⁶¹ Adadi/Berrada (oben Fn. 1).

⁶² Thalmann et al., Data analytics for industrial process improvement a vision paper, in: IEEE (Hrsg.), 20th Conference on Business Informatics (CBI), 2018, S. 92.

Erkennen von Kausalzusammenhängen aus KI-basierten Prognosemodellen, wodurch das Verständnis des Sinterprozesses verbessert wird. Als Folge dessen können Schwachstellen bzw. potentielle Optimierungsmöglichkeiten im Prozess leichter identifiziert werden.⁶³

4. Erklärungen zur Entdeckung

Erklärbare Systeme können als hilfreiches Instrument angesehen werden, um fortlaufend neues Wissen, Fakten sowie Informationen zu erheben und zu generieren.⁶⁴ So gibt es viele Situationen, wo neue bisher unbekannte Phänomene auftreten und Regeln für den Umgang gefunden werden müssen. KI kann auf neuartige Phänomene reagieren, aber für den Menschen ist es gerade in solchen Situationen wichtig einschätzen zu können, ob die Reaktion angemessen war. Beispielsweise können bei der Überwachung von mehreren hundert Datenkanälen in Echtzeit durch KI bisher unbekannte Anomalien erkannt und somit auch berücksichtigt werden. Dabei werden Daten mithilfe eines ML-Algorithmus klassifiziert und charakterisiert. Abweichende Muster werden in diesem Rahmen als Ausreißer identifiziert und detektiert. Die durch XAI geschaffene Transparenz ermöglicht es, diese Ergebnisse nachzuvollziehen und somit die Relevanz von Anomalien konsequent zu klassifizieren. Dies dient wiederum als Grundlage, um die Daten in weiteren Iterationen effizienter zu analysieren.⁶⁵

Neben zahlreichen Vorteilen birgt XAI auch eine Vielzahl an Problemen. Diesbezüglich kann eine Gliederung in drei Bereiche vorgenommen werden: technische, rechtliche und praktische Probleme.⁶⁶ Aus rechtlicher Sicht kann die praktische Anwendung von XAI-Methoden schwerwiegende Konsequenzen nach sich ziehen. Dieser Umstand betrifft vor allem den Umgang mit sensiblen Daten. Derzeit ist es noch ungewiss, ob Erklärbarkeit im Zusammenhang mit einem Modell genutzt werden kann, um (sensible) Daten über Einzelpersonen abzuleiten und zu sammeln.⁶⁷ Weiters ist die Mehrheit der Anonymisierungstechniken aufgrund von Leistungs- und Qualitätsproblemen nur bedingt einsetzbar.⁶⁸ Zudem besitzen Menschen grundsätzlich das Recht, bestimmte Daten

⁶³ *Vukovic et al.*, A Forecasting Model-Based Discovery of Causal Links of Key Influencing Performance Quality Indicators for Sinter Production Improvement, in: AISTech (Hrsg.), 2020 AISTech Conference Proceedings, 2020, S. 2028.

⁶⁴ *Adadi/Berrada* (oben Fn. 1), 52138.

⁶⁵ *Suschnigg et al.*, Exploration of Anomalies in Cyclic Multivariate Industrial Time Series Data for Condition Monitoring, in: CEUR Workshop Proceedings (Hrsg.), Proceedings of the EDBT/ICDT 2020 Joint Venture Workshops, 2020.

⁶⁶ *Longo et al.*, Explainable Artificial Intelligence: Concepts, Applications, Research Challenges and Visions, in: Holzinger et al. (Hrsg.), Machine Learning and Knowledge Extraction, 2020, S. 1.

⁶⁷ *Longo et al.* (oben Fn. 66), 2020.

⁶⁸ *Longo et al.* (oben Fn. 66), 2020.

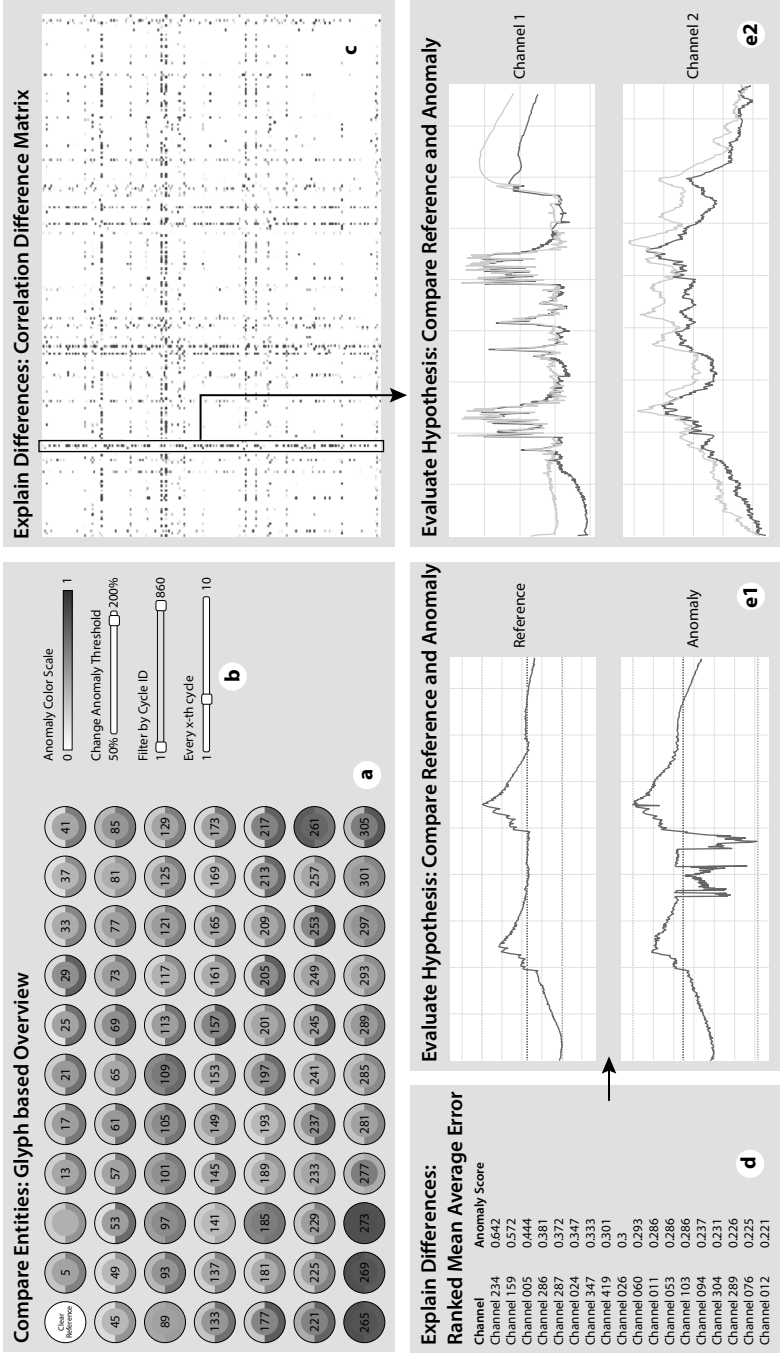


Abb. 3: XAI als visuelles Analyseinstrument

(a) Untersuchung der Unterschiede zwischen einem ausgewählten Referenzzyklus und anderen Zyklen. (b) Neben einigen Filterfunktionen kann der Schwellenwert der Anomaliebewertung interaktiv verändert werden. (c) Mithilfe eines korrelations-basierten Algorithmus werden Anomalien identifiziert und können innerhalb einer Matrixdarstellung untersucht werden. (d) Mithilfe eines regressionsbasierten Algorithmus werden Anomaliekanäle identifiziert und können durch eine Fehlerliste untersucht werden. (e) Bewertung kann durch den Vergleich von Kanalzeitreihen im Referenzzyklus und dem ausgewählten Zyklus erfolgen.

löschen zu lassen, sodass Dritte diese nicht mehr zurückverfolgen können. Derzeit stellt jedoch die Löschung von Einträgen in KI-Systemen und die Ableitung von Informationen über Einzelpersonen aus Aggregaten sowie die Entfernung dieser Einzelpersonen aus dem Aggregationsprozess eine technische Herausforderung dar.⁶⁹

Aus technologischer Sicht ist die größte Herausforderung die Interpretierbarkeit von KI-Systemen. In diesem Zusammenhang befindet sich die Erklärbarkeit von intelligenten Systemen oder Algorithmen in unterschiedlichen Entwicklungsstadien. Während traditionelle Expertensysteme vollständig erklärbar sind, sind diese in der Regel unflexibel und schwierig anzuwenden. Im Gegensatz dazu gibt es auch Deep Neural Networks (DNN), die von Dritten nur schwer erklärbar sind, aber sehr effektiv implementiert werden können. Es liegt ein Ungleichgewicht zwischen Genauigkeit und Interpretierbarkeit vor. In der Regel sind die am besten erklärbaren KI-Modelle am wenigsten genau oder die genauesten sind aufgrund ihrer Komplexität am schwierigsten zu interpretieren. In der aktuellen Forschung wird versucht, ein Gleichgewicht zwischen diesen Faktoren herzustellen.⁷⁰

Aus praktischer Sicht verfügt XAI über keine standardisierte Terminologie. Vor allem beim Umgang mit Mehrdeutigkeit kann sich dieser Umstand negativ auswirken. Beispielsweise beziehen sich die beiden Begriffe „feature importance“ und „feature relevance“ auf dasselbe Konzept. Diesbezüglich ist eine Einigung über das Vokabular und die verschiedenen Definitionen ausständig.⁷¹ Weiters stellt die Frage „Was macht eine gute und qualitative Entscheidung aus?“ eine weitere Herausforderung in Bezug auf XAI dar. Denn bis dato wurden dafür noch keine objektiven Metriken festgelegt. Die Ursache lässt sich vor allem auf das unterschiedliche Fachwissen der KI-NutzerInnen und somit auf den unterschiedlichen benötigten Grad an Verständnis bzw. Erklärbarkeit zurückführen.⁷²

Ob XAI auch für die in der praktischen Umsetzung relevante Nutzungsakzeptanz den postulierten positiven Effekt hat, ist eine Frage, die in empirischen Studien untersucht werden muss. Im Folgenden stellen wir dazu erste Ergebnisse einer 2020 durchgeführten Vignettenstudie zum Einfluss von verschiedenen Arten von XAI auf die Akzeptanz von KI-Entscheidungen im Bereich der Personalvorauswahl vor.

⁶⁹ Longo et al. (oben Fn. 66), 2020.

⁷⁰ Hacker et al., Explainable AI under contract and tort law: legal incentives and technical challenges, 28 Artificial Intelligence and Law 415 (2020).

⁷¹ Arrieta et al. (oben Fn. 10).

⁷² Arrieta et al. (oben Fn. 10); Longo et al. (oben Fn. 66), 2020.

V. Fallstudie zum Einsatz von XAI im Recruiting

Der Einsatz von KI im Personalwesen nimmt in den letzten Jahren stetig zu. Firmen wie Oracle bieten bereits umfangreiche Softwarepakete an, die unter anderem auf Basis von Bewerbungsdaten Ranglisten von BewerberInnen erstellen.⁷³ Auch McDonalds Österreich führt jährlich bereits 60.000 „Erstgespräche“ über eine App, und eine KI erstellt auf Basis der Antworten Kompetenzprofile der BewerberInnen.⁷⁴ Solche Anwendungen betreffen einen sensiblen Bereich, sowohl die rechtlichen Regelungen⁷⁵ als auch die Konsequenzen der Entscheidungen für die BewerberInnen betreffend. Damit ist dies, wie bereits dargestellt, einer der Bereiche, wo Erklärungen, also XAI, als besonders relevant für die erfolgreiche Umsetzung angesehen werden. Konkret untersucht die Studie die Akzeptanz der Vorauswahl von BewerberInnen durch einen KI-basierten Chatbot, der vor der Vorauswahlentscheidung ein Gespräch mit den BewerberInnen in einem Chat führt.

Die Befragten wurden gebeten, sich vorzustellen, dass sie sich auf einer Website für eine Stelle bewerben und ein Chatbot ein Bewerbungsgespräch zur Vorauswahl mit ihnen führt. Dabei werden Fragen gestellt, um die relevanten Qualifikationen zu erheben. Danach erhalten die Befragten die Nachricht, dass sie abgelehnt wurden, da die Qualifikationen nicht zum Profil der Stelle passen. Für diese Ablehnungsnachricht wurden sechs unterschiedliche XAI-Szenarien und ein Black-Box-Szenario ohne Erklärung erstellt. Jeder der Befragten bewertete verschiedene Aspekte der Akzeptanz für jedes der sieben Szenarien, die in zufälliger Reihenfolge gezeigt wurden.

Als Basis der XAI-Szenarien dienten die verschiedenen im vorherigen Abschnitt erläuterten XAI-Varianten. Konkret wurden 2 Szenarien mit Post-Hoc-Erklärungen und 1 Szenario auf Basis eines transparenten Modells entwickelt. Letzteres verwendete einen einfachen Entscheidungsbaum (TREE). In den ersten beiden Szenarien wurden im Sinne einer lokalen Interpretation einer konkreten Entscheidung die für die Entscheidung ausschlaggebenden Features angeführt, und zwar im einen Szenario in Form einer Auflistung (LIST) und im anderen Szenario in Form einer Bewertung der Features für die BewerberIn im Vergleich mit dem Durchschnitt der anderen BewerberInnen (COMPARE). Zusätzlich wurde noch ein Basisszenario mit einer Black-Box-KI eingeführt, in der keine Erklärung gegeben wurde (Black Box).

⁷³ *Oracle*, Adaptive Intelligent Apps für Personalfachleute, Mitarbeiter und Personalmanager, abrufbar unter: <https://www.oracle.com/at/applications/ai-apps/hr/>.

⁷⁴ *Danzer*, Grazer KI-Start-up Leftshift One hilft McDonald's, Bewerber fair auszuwählen, 10/17/2020, abrufbar unter: <https://www.derstandard.at/story/2000120940707/grazer-ki-start-upleftshift-one-hilft-mcdonalds-bewerber-fair-auszuwaehlen>.

⁷⁵ *Selbst/Powles*, „Meaningful Information“ and the Right to Explanation, in: PMLR (Hrsg.), Conference on Fairness, Accountability and Transparency, 2018, S. 48.

Als Datenbasis dient eine quotenrepräsentative Umfrage, die Anfang 2020 in Österreich und Deutschland mit insgesamt 558 Befragten durchgeführt wurde. Nach Ausschluss von Befragten mit geringer Antwortqualität (wie bspw. extrem kurze Antwortzeiten) wurde die Analyse mit 490 Befragten durchgeführt, von denen jeder 7 Akzeptanzbewertungen (eine für jedes Szenario) getroffen hat (3430 Entscheidungen).

Die Ergebnisse zeigen die geringste Akzeptanz für das Black-Box-Szenario. Statistische Analysen zeigen, dass demgegenüber alle untersuchten XAI-Varianten zu einer signifikant höheren Akzeptanz führen. Dieses Ergebnis stützt die bereits angeführte Aussage, dass die Erklärung von KI-Entscheidungen deren Akzeptanz verbessern kann. Durch die Ausschaltung der Black-Box-Hürde kann so der Einsatz von KI-Systemen im Personalbereich im Speziellen, aber auch im Allgemeinen, erleichtert werden.

Das Ergebnis ist in Übereinstimmung mit anderen Studien, die ebenfalls positiven Einfluss von Erklärungen auf bspw. Vertrauen in KI-Entscheidungen fanden.⁷⁶ Konkret für den Fall des Einsatzes von KI-Systemen im Bereich Recruiting stützen unsere Ergebnisse auch die qualitativen Befunde aus Interviewstudien, die aufzeigen, dass sowohl BewerberInnen wie auch RecruiterInnen transparente KI-Systeme fordern bzw. diese eher akzeptieren.⁷⁷ Zusätzlich zur Transparenz sind für den erfolgreichen Einsatz jedoch auch die FAT KI-Prinzipien insgesamt relevant, da natürlich unfaire oder diskriminierende Entscheidungen auch dann nicht akzeptiert werden können, wenn diese transparent sind.

VI. Diskussion für Markt und Regulierung

In diesem Beitrag haben wir deutlich gemacht, dass Erklärungen für die Akzeptanz von NutzerInnen und auch zur Erfüllung rechtlicher Anforderungen notwendig sind. Dabei kann die Akzeptanzperspektive stark aus der Sicht des Marktes betrachtet werden.

Wenn durch die BenutzerInnen eine Nachfrage nach Transparenz besteht, und angebotene KI-Systeme dieses nicht erfüllen, dann kann davon ausgegangen werden, dass kein Vertrauen vorliegt. Daraus folgt, dass es für Unternehmen rein aus Marktüberlegungen bis zu einem gewissen Grad attraktiv ist, Erklärungen zu liefern und somit attraktive Services anzubieten. Die Frage ist jedoch, welche Form der Erklärung hier für welche Situation und für welche NutzerInnen passend ist? So wie es personalisierte Werbung und andere Services gibt, könnte es somit auch adaptive Erklärungen geben.

⁷⁶ *El Bekri et al.*, A study on trust in black box models and post-hoc explanations, in: Alvarez et al. (Hrsg.), *International Workshop on Soft Computing Models in Industrial and Environmental Applications*, 2019, S. 35.

⁷⁷ *Ochmann/Laumer* (oben Fn. 34), 2019.

Von der Seite der Regulierung lässt sich sagen, dass strenge Auflagen für KI bereits aktuell zu großen Herausforderungen bei der Auditierbarkeit führen und somit KI in hoch regulierten Bereichen de facto nicht eingesetzt werden kann.⁷⁸ Es stellt sich jedoch die Frage, wie XAI bei der Auditierung von KI eingesetzt werden kann. Dazu wäre es Aufgabe der Regulierung, verlässliche und standardisierte Auditrichtlinien für KI zu entwickeln. Damit wären eine Verlässlichkeit und Absicherung für einsetzende Unternehmen, Softwareanbieter und Auditoren selbst gegeben.

Bei der Regulierung von XAI selbst stellt sich die Frage, ob ein gewisses minimales Level von Erklärbarkeit global für BenutzerInnen gefordert werden soll oder ob man auf die Regulierung in speziellen Situationen setzt. Einerseits könnte die globale Regulierung hohe Anforderungen stellen, aber andererseits besteht beim zweiten Ansatz die Gefahr, Regulierungsiseln zu schaffen und damit auch viele Lücken zu hinterlassen.

Abschließend sei angemerkt, dass Erklärungen erforderlich sind, um KI nachhaltig zu einem Erfolg und zu einer allgemeinen Nutzungsakzeptanz zu verhelfen. Erklärungen sind dabei nicht nur ein Mittel der Rechtfertigung, sondern vielmehr ein Teil der Partizipation von NutzerInnen. Auf die Einführung von XAI wirken dabei Markt- und Regulierungskräfte gleichermaßen, um KI in unsere Gesellschaft einzubetten.

⁷⁸ Königstorfer/Thalmann (oben Fn. 30).

Automatisiertes Entscheiden und Künstliche Intelligenz (KI) in der Schiedsgerichtsbarkeit

Zum Einsatz von KI bei der Konstituierung des Schiedsgerichts

Christian Aschauer

I. Einleitung

Das Jahr 2020 führte aufgrund der weltweiten COVID-19-Pandemie im Bereich der (nationalen und internationalen) Schiedsgerichtsbarkeit durch die weitgehende Übernahme von Videokonferenztechniken zu einem massiven Modernisierungsschub.¹ Die meisten Schiedsverfahren „übersiedelten“ sang- und klanglos in Videokonferenz-Applikationen. Diese Entwicklung wurde von Schiedsinstitutionen tatkräftig unterstützt² und ist aller Voraussicht nach unumkehrbar. In Zukunft werden Videokonferenzen mündliche Beweisaufnahme-Verhandlungen nicht zur Gänze verdrängen, aber maßgeblich ergänzen.

Vor diesem Hintergrund wurde 2020 der Frage, ob und wie KI zur Unterstützung oder sogar zum Ersatz von Schiedsgerichten eingesetzt werden könnte, weniger Aufmerksamkeit geschenkt. Kommentatoren sprechen unter Bezugnahme auf den Zeitraum zwischen den frühen 1970ern und der Mitte der 1980er überhaupt vom Einbruch eines neuen „KI-Winters“.³ Gerade der Winter ist aber eine gute Zeit, um eine Bestandaufnahme vorzunehmen und in die Zukunft zu blicken. Dies soll hiermit, im Dezember 2020, in Bezug auf die Verwendung von KI in der Schiedsgerichtsbarkeit ansatzweise geschehen.

¹ Vgl. nur *Flecke-Giammarco/Bücheler/Zahner*, Arbitrating in Uncertain Times – Institutional Responses to COVID-19, *Zeitschrift für Schiedsverfahren* 2020, 133.

² Siehe die zahlreichen Richtlinien für die Durchführung virtueller Verhandlungen wie etwa die „ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic“, das „Seoul Protocol on Video Conferencing in International Arbitration 2020“ sowie „The Vienna Protocol: A Practical Checklist for Remote Hearings 2020“, abrufbar auf den Webseiten des Internationalen Schiedsgerichtshofs der ICC (iccwbo.org), des Korean Commercial Arbitration Board (KCAB) (www.kcabinternational.or.kr/) bzw. der Schiedsinstitution der Wirtschaftskammer Österreich (VIAC), abrufbar unter: www.viac.eu/en/.

³ Artificial Intelligence and its limits, *The Economist*, 11. Juli 2020.

II. Strukturelle Unterschiede zwischen staatlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit

Die staatliche Gerichtsbarkeit und die Schiedsgerichtsbarkeit weisen strukturelle Unterschiede auf, die auf die potentielle Verwendbarkeit von KI durchschlagen. Vor allem besteht in der staatlichen Gerichtsbarkeit in Österreich (und in vielen anderen Staaten) eine feste Geschäftsverteilung, wonach das entscheidende Organ schon im Vorhinein aufgrund abstrakt formulierter Kriterien namentlich bestimmt werden kann.⁴ In der Schiedsgerichtsbarkeit kann dagegen in der Regel jede Partei an der Bildung des konkreten Schiedsgerichts mitwirken, indem sie einen von drei Schiedsrichtern namhaft macht. Dabei kann sie sich auch von rein subjektiven Kriterien wie dem „Vertrauen“, das sie in eine bestimmte Persönlichkeit setzt, oder sogar der „Sympathie“ leiten lassen. Unabdingbare Voraussetzung ist allerdings, dass auch der parteiernannte Schiedsrichter gegenüber allen Parteien gleich unabhängig und unparteilich sein und bleiben muss.⁵

Ein weiterer wesentlicher Unterschied liegt darin, dass staatliche Gerichte bei der Verfahrensgestaltung an detaillierte verfahrensrechtliche Vorschriften gebunden sind. Schiedsgerichte haben bei der Verfahrensgestaltung einen sehr viel weiter gehenden Ermessensspielraum, damit sie mit den extrem unterschiedlichen Fallgestaltungen und Vorstellungen der Parteien, die oft aus unterschiedlichen Rechtskulturen stammen, umgehen können.⁶ Das bedeutet nicht, dass Schiedsgerichte bei der Verfahrensführung willkürlich vorgehen könnten. Schiedsgerichte verfügen aber über mehr Flexibilität als staatliche Gerichte.

Drittens ist das Ziel staatlicher Rechtsprechung häufig die Herstellung von Rechtseinheit und Rechtssicherheit sowie die Rechtsentwicklung für die Zukunft. Das geht zum Beispiel aus den Bestimmungen über die Revisionszulässigkeit in Zivil- und Handelssachen deutlich hervor.⁷ Schiedsgerichte sind ebenfalls rechtsstaatliche und mit der Rechtspflege verbundene Institutionen. Ihre Entscheidungstätigkeit beruht jedoch auf einer privatautonom getroffenen Vereinbarung und ist in aller Regel auf die Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit ausgerichtet.

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass Schiedsgerichte für den konkreten Einzelfall gebildet werden, verfahrensrechtlich sehr flexibel reagieren und eine auf den konkreten Einzelfall ausgerichtete Entscheidung treffen. Vorder-

⁴ Art. 87 Abs. 3 B-VG. Vgl. die Geschäftsverteilung des österreichischen OGH, abrufbar unter: <https://www.ogh.gv.at/der-oberste-gerichtshof/geschaeftsverteilung/>.

⁵ § 588 Abs. 1 öZPO; Art. 11 Abs. 1 ICC-Schiedsordnung 2021; Art. 16 Abs. 2 Wiener Regeln 2018.

⁶ § 594 Abs. 1 letzter Satz öZPO; Art. 19 ICC-Schiedsordnung 2021; Art. 28 Abs. 1 Wiener Regeln 2018.

⁷ § 502 Abs. 1 öZPO.

gründig scheint dies dafür zu sprechen, dass schiedsgerichtliche Entscheidungen möglicherweise weniger vorhersehbar sind als diejenigen staatlicher Gerichte. Paradoxerweise ist gerade das voraussichtlich *nicht* der Fall, wie im Folgenden gezeigt werden wird,⁸ wenn KI zur Entscheidungsprognose herangezogen wird.

III. Definition des Begriffs der KI und Verwendung von KI zur Entscheidungsprognose

Im Laufe der (bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts zurückreichenden) Geschichte der KI ist es zu verschiedensten Definitionsversuchen gekommen, die weitgehend mit Bezügen auf die menschliche Intelligenz operieren. Die Ergebnisse sind wenig zufriedenstellend, wenn dabei nicht zugleich definiert wird, was zu den konstituierenden Merkmalen menschlicher Intelligenz gehört.⁹ Eine jüngere Generation von Definitionsversuchen, die den zirkulären Verweis auf die menschliche Intelligenz vermeidet, beschreibt dagegen die Operationsweise der KI und hebt vor allem deren selbstlernendes Potential hervor. Beispielgebend sind Dokumente der EU wie etwa die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über KI für Europa¹⁰ oder die Definition der Expertengruppe KI, die 2018 von der Europäischen Kommission eingesetzt wurde.¹¹ Gemäß einer von der Expertengruppe herausgegebenen Broschüre handelt es sich bei der KI um „systems that display intelligent behaviour by analysing their environment and taking actions – with some degree of autonomy – to achieve specific goals.“¹²

Es ist naheliegend, dass selbstlernende Systeme auch zur Vorhersage des Ausgangs juristischer Prozesse verwendet werden (z. B. Ravel Law¹³ oder Premonition¹⁴). Die Entwicklung dieser als *predictive justice* bezeichneten Technologie wurde von großen Versicherungsgesellschaften vorangetrieben und diente zunächst zur Beurteilung der Frage, ob ein Fall vielversprechend genug ist, um ihn zu finanzieren, oder ob ein Vergleichsversuch gemacht werden soll, und wenn ja, mit welchem Inhalt. Diese Art der automatisierten Entscheidungsprognose operiert im Wesentlichen damit, dass sie aufgrund bereits entschiedener Fälle

⁸ Siehe Abschnitt III.

⁹ *McCarthy*, What is AI?, 2007, S. 2f., abrufbar unter: <http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai/whatisai.pdf>.

¹⁰ Europäische Kommission, Künstliche Intelligenz für Europa, COM(2018) 237 final.

¹¹ Europäische Kommission, Artificial intelligence, 08.04.2019, abrufbar unter: ec.europa.eu/commission/news/artificial-intelligence-2019-apr-08.

¹² Trustworthy AI – Joining efforts for strategic leadership and social prosperity, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/trustworthy-ai-brochure>.

¹³ Ravel Law, abrufbar unter: home.ravellaw.com/.

¹⁴ Premonition, abrufbar unter: premonition.ai/tag/artificial-intelligence/.

Zusammenhänge zwischen den Charakteristika eines Falles („Kriterien“) und dem Ausgang des Verfahrens ableitet. Wichtig ist, dass es sich bei den charakteristischen Fallkriterien um juristische *und* nicht-juristische Umstände handeln kann und ferner, dass die Zusammenhänge zwischen den fallcharakteristischen Kriterien und dem Entscheidungsausgang (*patterns*) menschlichen Beobachtern bislang möglicherweise verborgen geblieben sind.

Ein beeindruckendes Beispiel für die Leistungsfähigkeit neuer Prognose-techniken lieferten amerikanische ExpertInnen 2002 und erneut 2014. Sie bauten einen Computer zur Prognose des Ausgangs von Verfahren beim Obersten Gerichtshof der USA. Vorherzusagen war, ob der Oberste Gerichtshof eine bestimmte Entscheidung aufheben oder bestätigen würde. Während der Computer eine Trefferrate von 70,9% erzielte, erreichten RechtsexpertInnen lediglich 59%.¹⁵ Dabei war die Vorgangsweise vollkommen unterschiedlich: Die menschlichen RechtsexpertInnen analysierten auf herkömmliche Weise den Sachverhalt, studierten das anzuwendende Recht und verließen sich wohl auch auf ihren juristischen „Instinkt“. Die computergenerierte Prognose basierte dagegen auf sechs Kategorien oder „Meta-Faktoren“: der Gerichtsbezirk der Vorinstanz; das Rechtsgebiet (wie etwa „Strafrecht“ oder „Arbeitsrecht“); die Charakterisierung der Parteien (wie etwa „Bank“, „Verbraucher“ oder „Gebietskörperschaft“); die mögliche politische Voreingenommenheit bei der Entscheidung durch die Vorinstanz (Ernennung des Richters durch einen „konservativen“ oder „liberalen“ Präsidenten); und die Frage, ob die Angelegenheit mit der Verfassungsmäßigkeit einer Rechtsnorm zusammenhängt. Im Unterschied zu den menschlichen ExpertInnen berücksichtigte die KI weder die konkreten Fakten noch das anzuwendende Recht.¹⁶

Das besondere Gefahrenpotential dieser Applikationen wird im Folgenden erörtert. Zuvor ist aber darauf hinzuweisen, dass KI *de lege lata* nur sehr beschränkt zum Zweck der schiedsgerichtlichen Entscheidungsfindung eingesetzt werden darf.

IV. Rechtliche Schranken bei der Anwendung von KI zum Zweck der Entscheidungsfindung in der Schiedsgerichtsbarkeit

In zahlreichen Rechtsordnungen verlangt der Gesetzgeber von den Mitgliedern des Schiedsgerichts Eigenschaften, die lediglich Menschen aufweisen können, oder setzt diese zumindest stillschweigend voraus. Verwiesen sei etwa auf § 606 Abs. 1 öZPO, der sich auf die „Unterschrift“ des Schiedsrichters oder der

¹⁵ Bull/Steffek, Die Entschlüsselung rechtlicher Konflikte, Zeitschrift für Konfliktmanagement 2018, 165, 166.

¹⁶ Bull/Steffek (oben Fn. 15), 166.

Schiedsrichterin bezieht, auf Art. 812 Abs. 1 der italienischen Zivilprozessordnung, wonach der Schiedsrichter oder die Schiedsrichterin geschäftsfähig sein muss, oder auf Abschnitt 26 Abs. 1 des englischen Arbitration Act, der klar und deutlich bestimmt: „The authority of an arbitrator is personal and ceases on his death.“ Die Sterblichkeit, die Geschäftsfähigkeit und der Besitz einer Unterschrift sind genuin menschliche Eigenschaften.

Dazu kommen die auf Parteivereinbarung beruhenden „Verfahrensregeln“ oder „Schiedsordnungen“, die nach wie vor davon ausgehen, dass stets eine menschliche Person das Verfahren führt und entscheidet.¹⁷ Es handelt sich dabei um eine höchstpersönliche Pflicht, die nicht delegiert werden darf, weder an einen menschlichen Vertreter, noch an eine KI. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass KI oder Algorithmen einem Schiedsgericht schon jetzt in dem Ausmaß assistieren dürfen, wie dies menschlichen Assistenten erlaubt ist. Zum Umfang der Hilfstätigkeiten, die an „Verwaltungssekretäre“ des Schiedsgerichts ausgelagert werden dürfen, liegen mehr oder weniger genaue Richtlinien vor, die sich auf elektronische Assistenten analog anwenden lassen.¹⁸

V. Problemfelder bei der Anwendung von KI zum Zweck der Entscheidungsfindung bei internationalen Schiedsverfahren

Wenngleich KI *de lege lata* nicht als Schiedsrichter fungieren darf, ist es geboten, sich mit den Risiken auseinanderzusetzen, die beim Einsatz von KI auftreten könnten. Dabei wird klar, dass sich bei der Schiedsgerichtsbarkeit zum Teil sehr ähnliche Risiken abzeichnen wie bei der staatlichen Gerichtsbarkeit. Hier sei nur schlagwortartig auf folgende Themen verwiesen:¹⁹

- Mangelnde Unparteilichkeit der KI: Der Einsatz selbstlernender KI führt dazu, dass Verzerrungen, die bereits in den Eingabedaten vorhanden sind, verstärkt werden. Wenn z. B. die Quelldaten so beschaffen sind, dass die „schwächere“ Partei (angenommen: der Verbraucher) in der Regel das Verfahren gegen die „stärkere“ Partei (angenommen: ein großes Unternehmen) gewinnt (oder umgekehrt), wird der Algorithmus diese Prägung nicht nur reproduzieren, sondern verfestigen und perpetuieren. Eine Korrektur des Fehlers ist dann nicht möglich, wenn die Verzerrung von außen gar nicht erkennbar ist.

¹⁷ So etwa Art. 13 Abs. 1 ICC-Schiedsordnung 2021, der sich auf die Nationalität des Schiedsrichters oder der Schiedsrichterin bezieht, oder Art. 16 Abs. 1 der Wiener Regeln 2018, der sich auf die Geschäftsfähigkeit bezieht.

¹⁸ Siehe die „ICC Notes to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of Arbitration“, Rn. 184f.

¹⁹ Siehe im Einzelnen *Piers/Aschauer*, in: R. Nazzini (Hrsg.), *Construction Arbitration and Dispute Resolution*, 2021 (im Druck).

- Fehlende Entscheidungsbegründung: KI liefert keine Entscheidungsbegründung im herkömmlichen Sinn. Die „Entscheidungsgründe“ sind ausschließlich darin zu suchen, wie der Algorithmus konfiguriert ist und welche Daten zum Training des Algorithmus verwendet wurden. Mitunter kann die konkrete Funktion des Algorithmus im Einzelfall gar nicht nachvollzogen werden („Black Box“).
- Fehlende Billigkeitselemente: Schiedsgerichte sind mitunter berechtigt, Billigkeitselemente in die eigene Entscheidung einfließen zu lassen. Offen ist, wie eine KI mit einem solchen Ermessensspielraum umgehen würde. Falls die Ausübung der Billigkeit in der Vergangenheit zu einer Verzerrung bzw. einem Mangel an Unparteilichkeit geführt haben sollte, würde dies bei der Verwendung von KI wie erwähnt nur fortgeschrieben werden.

Zu diesen Unwägbarkeiten tritt ein weiteres, akutes Problem bei der Schiedsrichterauswahl. Das Problem ist akut, weil die Schiedsrichterauswahl zum Teil in den Händen der Parteien liegt. Die Vorschriften, die den Einsatz von KI bei der Entscheidungsfindung durch das Schiedsgericht einschränken oder ausschließen, gehen an der Konstituierung des Schiedsgerichts vorbei. Parteien könnten zum Zweck der Konstituierung des Schiedsgerichts schon jetzt auf KI zugreifen. Dies könnte, wie sofort gezeigt werden wird, eine Totalüberwachung von SchiedsrichterkandidatInnen und zur Folge haben.

VI. KI, Entscheidungsprognose und Schiedsrichterauswahl

Die Auswahl der Mitglieder des Schiedsgerichts wird aus der Sicht der Parteien oft als der wichtigste Verfahrensschritt bezeichnet. Die Parteien streben verständlicherweise danach, SchiedsrichterInnen zu benennen, die ihrem Anliegen – bei Wahrung des Anscheins voller Unabhängigkeit und Unparteilichkeit – positiv gegenüberstehen. Ob und inwieweit dies zulässig ist, braucht im vorliegenden Zusammenhang nicht erörtert zu werden.²⁰ Es handelt sich schlicht und einfach um eine Realität, mit der die Schiedsgerichtsbarkeit zu leben gelernt hat. Zur Wahrung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsgerichts hat die jeweils beschwerte Partei das Schiedsrichter-Ablehnungsrecht.²¹ In Extremfällen kann im Nachhinein sogar der Schiedsspruch aufgehoben werden.²²

Im „wirklichen Leben“ haben die Parteien (und vor allem ihre Vertreter) die Möglichkeit (bzw. die Aufgabe), die Veröffentlichungen des Kandidaten oder der Kandidatin zu studieren, seinen oder ihren Lebenslauf in Betracht zu ziehen

²⁰ Vgl. *Aschauer*, Die Besetzung von Schiedsgerichten zwischen Parteiautonomie und Rechtsstaatlichkeit, *Austrian Law Journal* 2016, 102, abrufbar unter: alj.uni-graz.at/index.php/alj/article/view/53.

²¹ § 588 öZPO; Art. 14 ICC-Schiedsordnung 2021; Art. 20 Wiener Regeln 2018.

²² So etwa OGH 01.10.2019, 18 OCg 5/19p.

oder sich von seiner oder ihrer Persönlichkeit bei Kongressen oder Seminaren ein eigenes Bild zu machen. Das ist legitim und stärkt das Vertrauen der Parteien in das zu konstituierende Schiedsgericht.

Im Übrigen wird in diesem Zusammenhang bewusst auf geschlechterinklusive Schreibweise Wert gelegt. Bei der Konstituierung des Schiedsgerichts kommt es auch auf das „Vertrauen“ der Partei oder die „Sympathie“ einer Partei (und ihres Vertreters) für einen bestimmten Kandidaten oder eine bestimmte Kandidatin an. Dabei darf die Herkunft aus einem bestimmten Land, die Sprechweise, das Äußerliche und eben auch das Geschlecht eine (mehr oder weniger bewusste) Rolle spielen.

Es liegt auf der Hand, dass Systeme der Entscheidungsprognose auch für den Prozess der Schiedsrichterauswahl verwendet werden könnten. Schon jetzt bieten kommerzielle Anbieter Daten über mögliche SchiedsrichterInnen an (z. B. JusMundi²³; ArbitratorIntelligence²⁴). Mitunter verfügen Schiedsinstitutionen über Webseiten, wo charakteristische Informationen über ExpertInnen abgerufen werden können.²⁵ Zur Herstellung größerer „Transparenz“ ist auf den Webseiten der ICC, des VIAC und Schiedskammer Mailand (Camera Arbitrale di Milano) auch ersichtlich, wie konkrete Schiedsgerichte zusammengesetzt sind. Dabei können (zumindest in der kommerziellen Schiedsgerichtsbarkeit) Parteienamen nicht abgerufen werden. Es ist aber sehr wohl transparent, welche Personen gemeinsam auf einer Schiedsrichterbank sitzen.²⁶

Ferner sind schon jetzt hochspezialisierte (kostenpflichtige) Informationsdienste vorhanden, die immer wieder erstaunlich genaue Mitteilungen über die Zusammensetzung von Schiedsgerichten und den Ausgang von Schiedsverfahren veröffentlichen (etwa Global Arbitration Review²⁷ oder Kluwer Arbitration Blog²⁸).

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass internationale SchiedsrichterInnen heute ständig unter Beobachtung stehen und ihre Tätigkeit weitgehend transparent ist oder transparent wird, wenn man alle in den einschlägigen Medien vorhandenen Informationen zusammenführt.

Dazu kommt, dass SchiedsrichterInnen auch in den sozialen Medien präsent sind. Sie hinterlassen dort (gewollt oder ungewollt) zahlreiche private Informationen, etwa betreffend ihr bevorzugtes Urlaubsziel, sportliche Aktivitäten, familiäre Verhältnisse, Alter, biometrische Daten, politische Neigungen, allgemeine Befindlichkeiten etc. Wenn es gelingt, Informationen über den zur

²³ Jus Mundi, abrufbar unter: smundi.com/en/.

²⁴ Arbitrator Intelligence, abrufbar unter: arbitratorintelligence.com/.

²⁵ Das VIAC veröffentlicht eine Liste der Praktiker, geordnet nach Nationalität, Sprachen und fachlichen Arbeitsschwerpunkten, abrufbar unter: viac.eu.

²⁶ Für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ist auf der Webseite der ICSID sogar ersichtlich, welche namentlich bekannten Schiedsrichter welchen Fall wie entschieden haben.

²⁷ Abrufbar unter: globalarbitrationreview.com.

²⁸ Abrufbar unter: arbitrationblog.kluwerarbitration.com/.

Entscheidung anstehenden Fall mit nicht-juristischen Daten über die Persönlichkeit des Schiedsrichterkandidaten (oder der Schiedsrichterkandidatin) zu verknüpfen, könnte es möglich sein, vorweg genaueste Entscheidungsprognosen anzustellen, die alles übertreffen, was wir aus der aktuellen Realität gewohnt sind. Das scheint keineswegs zu hoch gegriffen, wenn man sich vergegenwärtigt, dass Algorithmen beeindruckend in der Lage sind, einem Facebook-Verwender genau diejenige Werbung zukommen zu lassen, welche für ihn oder für sie wirklich interessant ist.

Es ist kein Autor vom Format George Orwells nötig, um sich auszumalen, was auf uns zukommen könnte: Ein Algorithmus könnte zum Beispiel feststellen, dass Personen, die ihren Urlaub am Meer verbringen, bei der Vertragsauslegung sehr viel mehr Bereitschaft zeigen, vom Wortsinn abzuweichen und die gemeinsame Absicht der Parteien in Betracht zu ziehen, als andere, die lieber Dreitausender besteigen und eher geneigt sind, eine grammatikalische Interpretation zu pflegen. Möglicherweise kommt die KI auch dahinter, dass weibliche Schiedsrichterinnen mit größerer Wahrscheinlichkeit Anträge auf Sicherheitsleistung für die Kosten des Schiedsverfahrens zulassen als männliche, oder dass Liebhaber von Jazzmusik bei Urkundenherausgabeanträgen eher großzügig sind als Schiedsrichter, die die Musik des 18. Jahrhunderts bevorzugen. Die KI würde die Entscheidung des Schiedsrichters oder der Schiedsrichterin sogar mit größerer Genauigkeit vorhersagen können, als er oder sie selbst dazu in der Lage wäre.

Zugegebenerweise sind viele Fälle so gelagert, dass es auf die „Persönlichkeit“ des staatlichen Richters oder des Schiedsrichters nicht ankommen kann. Bei diesen eindeutigen (Massen-)Fällen, die mit Hinblick auf den Vertragstext oder die klaren Vorschriften des anzuwendenden Rechts rasch entschieden werden können, würde jeder Schiedsrichter und jede Schiedsrichterin aller Voraussicht nach gleich entscheiden. Das ist aber nur ein kleiner Teil der Fälle, die Schiedsgerichten vorgelegt werden. Schiedsgerichte haben in aller Regel (ähnlich wie staatliche Höchstgerichte) Fragen von hoher rechtlicher, faktischer oder technischer Komplexität abzuhandeln, für die es noch keine fertige Antwort gibt. Gäbe es eine solche, hätten die in der Praxis sehr professionell vertretenen Parteien diese ohnedies selbst gefunden und würden nicht das kostspielige Schiedsverfahren einleiten.

Gerade bei komplexen Fällen haben Schiedsgerichte (ähnlich wie staatliche Höchstgerichte) in Ermangelung von Präzedenzfällen einen Interpretationsspielraum, und gerade in diesen Fällen kommt es in besonderem Maß auf die Persönlichkeit der SchiedsrichterInnen an. Darin liegt das enorme Potential der Entscheidungsprognose für die Konstituierung des Schiedsgerichts.

Personen, die den „Beruf“ des Schiedsrichters ausüben wollen, befinden sich in einem Dilemma: Wenn sie alle persönlichen Daten soweit wie möglich zurückhalten, wird dies zur Folge haben, dass sie allein deshalb nicht in Betracht

gezogen werden, weil man sie nicht findet. In Abwandlung einer alten Rechtsmaxime gilt heute: *Quod non est in Interrete*²⁹ *non est in mundo*.

Wenn die SchiedsrichterInnen umgekehrt persönliche Daten preisgeben, ermöglichen sie die Prognose ihres Entscheidungsverhaltens und kommen deshalb für eine Partei klar und eindeutig in Betracht, für die andere dagegen klar und eindeutig nicht. Damit geht eine massive Verengung möglicher Benennungen einher. Besonders spannend ist ferner die Frage, ob ein Schiedsrichter oder eine Schiedsrichterin, parteiernannt oder nicht, deshalb abgelehnt werden kann, weil die Entscheidungsprognose mit 99,9 % Wahrscheinlichkeit ergibt, dass der Fall von ihm oder ihr nur so entschieden werden wird.

Eine weitere Gefahr liegt darin, dass Schiedsrichter aufgrund der Ergebnisse der Entscheidungsprognose immer nur für ein- und dieselbe Konstellation herangezogen würden (etwa immer nur auf Benennung durch die klagende Partei oder immer nur auf Benennung durch die beklagte Partei). Dadurch verstärkt sich die „Prägung“ des Schiedsrichters oder der Schiedsrichterin und er oder sie kommt aus der einmal prognostizierten Rolle nie mehr heraus. Das Problem der Verfestigung von Vorurteilen, die in den Basisdaten angelegt sind, kehrt hier auf der Ebene der Schiedsrichterauswahl wieder.

Bei der Anwendung von Entscheidungsprognosetechniken stellt sich überhaupt die grundsätzliche Frage, warum das Schiedsverfahren noch durchgeführt werden soll. Wenn es nur noch darum geht, dass der Schiedsrichter oder die Schiedsrichterin mit dieser oder jener Wahrscheinlichkeit zu einem bestimmten Ergebnis gelangt, könnten sich die Parteien den Verfahrensaufwand ersparen und sich damit begnügen, nach Konstituierung des Schiedsgerichts den Verfahrensausgang noch einmal durchzurechnen. Es ist aber auch für SchiedsrichterInnen nicht sehr befriedigend, eine Tätigkeit zu entfalten, deren Ausgang vorweg durchkalkuliert wurde.

Die französische Gesetzgebung hat 2018 mit gutem Grund den Einsatz von Daten über die Identität französischer Richter zur Bewertung, Analyse, zum Vergleich oder zur Vorhersage ihrer Entscheidungen ausdrücklich verboten.³⁰ Ein solches Verbot sollte m. E. auch für die persönlichen Daten von SchiedsrichterkandidatInnen in Betracht gezogen werden. Damit wäre wenigstens sichergestellt, dass Ablehnungsanträge, die auf elektronischen Entscheidungsprognosen basieren, unterbleiben.

Bei einem Verbot der automatisierten Entscheidungsprognose wäre ferner mit größerer Wahrscheinlichkeit gewährleistet, dass es zu keinem „Framing“ von SchiedsrichterkandidatInnen kommt und der Verfahrensausgang in größerem Ausmaß offenbleibt. Das lässt der advokatorischen Tätigkeit ihren Raum und ist die Voraussetzung dafür, dass das Schiedsverfahren überhaupt sinnvoll

²⁹ Lat. für Internet.

³⁰ Art. 33, Gesetz vom 23.03.2019 (Loi de programmation 2018–2022 et de réforme pour la justice) Nr. 2019/222, abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr>.

stattfinden kann. Das Verbot der elektronischen Entscheidungsprognose bei der Schiedsrichterauswahl liegt auch im Interesse der Parteivertreter, sichert es doch deren ureigenes Betätigungsfeld.

VII. Schlussfolgerung

In der gegenwärtigen Phase, in der alles im Fluss begriffen ist, lassen sich nur schwer Schlussfolgerungen ziehen. Wenngleich nicht zu erwarten ist, dass KI demnächst zur Entscheidung komplexer Schiedsfälle herangezogen wird, ist doch zu befürchten, dass KI bei der Konstituierung des Schiedsgerichts eine nachhaltig negative Rolle spielen könnte. Ein Verbot der elektronischen Entscheidungsprognose zum Zweck der Konstituierung des Schiedsgerichts scheint erwägenswert. Ein solches lässt sich im Übrigen auf die verschiedenste Weise herbeiführen. Zu denken wäre an gesetzgeberische Eingriffe in die Zivilprozessordnung oder in das anwaltliche Standesrecht. Wirksam könnten es aber auch sein, wenn die International Bar Association anlässlich einer Revision ihrer „IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration“ ein entsprechendes Verbot in die Richtlinien aufnimmt, oder wenn die Schiedsinstitutionen die zum Teil bereits vorhandenen Richtlinien für Parteivertreter³¹ ergänzen. In jedem Fall sollte die Diskussion darüber schnellstmöglich in Gang kommen.

³¹ Vgl. „General Guidelines for the Authorized Representatives of the Parties“ des London Court of International Arbitration (LCIA).

XAI in der Personalauswahl – ein Heilsbringer?

Markus Langer

Automatisierte Entscheidungen und Entscheidungsunterstützungssysteme basierend auf Künstlicher Intelligenz (KI) verbreiten sich im Human Resource Management (HRM).¹ Besonders in der Personalauswahl gibt es großes Interesse an KI-basierten Systemen. Solche Systeme analysieren beispielsweise Bewerbungsunterlagen, Motivationsschreiben, aber auch komplette Bewerbungsgespräche automatisch und beeinflussen damit maßgeblich die berufliche Zukunft von BewerberInnen.² Dieses Interesse an KI-basierten Systemen in der Personalauswahl wird befeuert durch Anbieter solcher Systeme, die behaupten, dass KI-basierte Personalauswahlprozesse fairer und effizienter sind im Vergleich zu menschlichen EntscheiderInnen.³ Folgt man dem Narrativ der Anbieter noch weiter, so ist ein weiterer Nachteil menschlicher Entscheidungen, dass EntscheiderInnen eine ultimative Black-Box bezüglich der Nachvollziehbarkeit ihrer Entscheidungen darstellen, denn es bleibt meist unnachvollziehbar, ob BewerberInnen aufgrund ihrer Qualifikation oder aufgrund von Sympathie, ihres Aussehens oder ihrer Herkunft eine Ablehnung erhalten.

Allerdings werden KI-basierte Personalauswahlprozesse in der Öffentlichkeit kritisch wahrgenommen. KI-basierte Personalauswahl sei unmenschlich, reduziere Menschen auf Zahlen und wenn sie flächendeckend eingesetzt wird, könnten immer die gleichen Menschen von KI-basierten Entscheidungen benachteiligt werden.⁴ Des Weiteren wissen wir nicht, ob KI-basierte Entscheidungen Fairness in der Personalauswahl erhöhen oder etwaige Minderheits-

¹ *Tambe/Cappelli/Yakubovich*, Artificial Intelligence in Human Resources Management: Challenges and a path forward, 61 *California Management Review* 15 (2019).

² *Langer/König/Papathanasiou*, Highly-automated job interviews: Acceptance under the influence of stakes, 27 *International Journal of Selection and Assessment* 217 (2019).

³ *Raghavan/Barocas/Kleinberg/Levy*, Mitigating bias in algorithmic hiring: Evaluating claims and practices, Proceedings of the 2020 FAT* Conference on Fairness, Accountability, and Transparency, 2020.

⁴ *Cappelli*, 4 Things to Consider Before You Start Using AI in Personnel Decisions, 3.11.2020, abrufbar unter: https://hbr.org/2020/11/4-things-to-consider-before-you-start-using-ai-in-personnel-decisions?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=hbr; *Langer/Baum/König*, Algorithmen bei der Personalauswahl – Eine kritische und hoffnungsvolle Betrachtung, *Wirtschaftspsychologie Aktuell* 2018, 36.

diskriminierung sogar verstärken. Zudem zeigen Klagen gegen die KI-basierte Personalauswahl in den USA⁵ und die Verbreitung von ethischen Leitlinien,⁶ die vor den Folgen automatisierter Personalauswahl warnen, die kritische Haltung der Öffentlichkeit gegenüber der automatisierten Personalauswahl. Auch BewerberInnen reagieren negativ auf die KI-basierte Personalauswahl. Sie bemängeln beispielsweise fehlende Menschlichkeit und denken, die KI-basierte Personalauswahl gebe ihnen weniger Möglichkeit, ihre Fähigkeiten zu zeigen. Zudem werden Unternehmen als weniger attraktiv wahrgenommen, die eine KI-basierte Personalauswahl nutzen.⁷

Als mögliche Lösung der vielfältigen Akzeptanzprobleme und als Antwort auf ethische Bedenken und rechtliche Anforderungen bei automatisierter Personalauswahl wird die Forschung zum Thema Explainable Artificial Intelligence (XAI) angesehen. Diese beforscht, wie man KI-basierte Systeme nachvollziehbarer machen kann, beispielsweise durch die Generierung von Erklärungen oder Visualisierungen, die automatisierte Entscheidungen begleiten oder durch die Entwicklung inhärent nachvollziehbarer KI-Systeme.⁸ Die erhöhte Nachvollziehbarkeit soll die wahrgenommene Kontrollierbarkeit fördern, die potentielle Diskriminierung bei KI-basierten Entscheidungen aufdecken, Vertrauen in KI-basierten Entscheidungen erhöhen und rechtliche Anforderungen wie beispielsweise das „right to explanation“ der Datenschutzgrundverordnung bei automatisierten Entscheidungen erfüllen können.⁹

Während es Forschung gibt, die zeigt, dass die Nachvollziehbarkeit KI-basierter Entscheidung positive Effekte haben kann,¹⁰ gibt es jedoch ebenfalls Evidenz, dass mehr Nachvollziehbarkeit keine oder sogar negative Effekte haben kann. Beispielsweise können Erklärungen, die von KI-basierten Systemen an EntscheidungsempfängerInnen mitgeliefert werden, die Nachvollziehbarkeit von KI-basierten Entscheidungen erhöhen, gleichzeitig aber auch die wahrgenommene Attraktivität des auswählenden Unternehmens verringern, das KI-

⁵ *Harwell*, Rights group files federal complaint against AI-hiring firm HireVue, citing ‚unfair and deceptive‘ practices, 6.11.2019, abrufbar unter: <https://www.washingtonpost.com/technology/2019/11/06/prominent-rights-group-files-federal-complaint-against-ai-hiring-firm-hirevue-citing-unfair-deceptive-practices/>.

⁶ Ethikbeirat HR Tech, abrufbar unter: <https://www.ethikbeirat-hrtech.de/>.

⁷ *Langer/König/Papathanasiou*, Highly-automated job interviews: Acceptance under the influence of stakes, 27 *International Journal of Selection and Assessment* 217 (2019).

⁸ *Arrieta/Díaz-Rodríguez/Del Ser/Benmetot/Tabik/Barbado/García/Gil-Lopez/Molina/Benjamins/Chatila/Herrera*, Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, taxonomies, opportunities and challenges toward responsible AI, 58 *Information Fusion* 82 (2020).

⁹ *Goodman/Flaxman*, European Union regulations on algorithmic decision-making and a „right to explanation.“, 38 *AI Magazine* 50 (2017).

¹⁰ *Arrieta/Díaz-Rodríguez/Del Ser/Benmetot/Tabik/Barbado/García/Gil-Lopez/Molina/Benjamins/Chatila/Herrera*, Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, taxonomies, opportunities and challenges toward responsible AI, 58 *Information Fusion* 82 (2020).

basierte Personalauswahl nutzt.¹¹ Auch weitere Forschung zeigt, dass Nachvollziehbarkeit eventuell nur Effekte hat, wenn Erwartungen verletzt wurden, oder dass sie nur bei menschlichen, nicht aber bei KI-basierten Entscheidungen erwartet wird.¹²

Die Nachvollziehbarkeit von KI-basierten Entscheidungen bringt aber auch weitere potentielle Trade-Offs mit sich: die Förderung von Nachvollziehbarkeit verringert oftmals die Güte von Systemen (z. B. die Präzision von KI-basierten Vorhersagen)¹³ und bietet die Möglichkeit, Systeme für den eigenen Nutzen zu manipulieren (wenn bspw. BewerberInnen wissen, wie sie sich zu verhalten haben, um eine gute Bewertung innerhalb eines KI-basierten Auswahlsystems zu bekommen). Intellektuelles Eigentum wird potentiell offenbart oder von Konkurrenten kopierbar, die Effizienz des Einsatzes von Systemen wird verringert (bspw. weil EntscheiderInnen mehr Zeit aufwenden müssen, mitgelieferte Erklärungen zu lesen und zu verstehen).¹⁴ Erklärungen von automatisierten Systemen können intentional so gestaltet werden, dass sie nur teilweise oder strategisch gewählte Nachvollziehbarkeit erlauben oder NutzerInnen und EntscheidungsempfängerInnen überfordern.¹⁵ Generell ist die Entwicklung nachvollziehbarer Systeme aufwändig, teuer und möglicherweise in einigen Fällen technisch nicht umsetzbar.¹⁶

Trotz der unklaren Forschungslage hinsichtlich positiver Konsequenzen der Förderung von Nachvollziehbarkeit KI-basierter Systeme und trotz der oben genannten Trade-Offs und Herausforderungen: für die zukünftige Entwicklung KI-basierter Systeme in jeglichen Einsatzgebieten, die in ihrer Wichtigkeit über die Empfehlung von Musik und Videos hinausgehen, werden Themen rund um XAI und Nachvollziehbarkeit zentral sein. Rechtliche Grundlagen und ethische Leitlinien deuten auf eine Zukunft, in der Menschen eine Erklärung für KI-basierte Entscheidungen erhalten sollen. Auch für die Entwicklung von KI-basierten Systemen, die nützlich für den Einsatz in der Praxis sein sollen,

¹¹ *Langer/König/Fitili*, Information as a double-edged sword: The role of computer experience and information on applicant reactions towards novel technologies for personnel selection, 81 *Computers in Human Behavior* 19 (2018); *Newman/Fast/Harmon*, When eliminating bias isn't fair: Algorithmic reductionism and procedural justice in human resource decisions, 160 *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 149 (2020).

¹² *Schlicker/Langer/Ötting/König/Baum/Wallach*, What to expect from opening „Black Boxes“? Comparing perceptions of justice between human and automated agents, 2020 (Submitted for Publication).

¹³ *Burrell*, How the machine „thinks“: Understanding opacity in machine learning algorithms, 3 *Big Data & Society* 1 (2016).

¹⁴ *Gregor/Benbasat*, Explanations from intelligent systems: Theoretical foundations and implications for practice, 23 *MIS Quarterly* 497 (1999).

¹⁵ *Chromik/Eiband/Völkel/Buschek*, Dark Patterns of Explainability, Transparency, and User Control for Intelligent Systems, Proceedings of the ACM IUI 2019 Workshops, 2019.

¹⁶ *Ananny/Crawford*, Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability, 20 *New Media & Society* 973 (2018).

bleibt die Nachvollziehbarkeit zentral, da sich Menschen kaum auf Outputs von KI-basierten Systemen verlassen werden, deren Funktionsweise sie nicht verstehen, deren Güte sie nicht kennen und die nicht in 100 % der Fälle verlässlich funktionieren.

Es braucht jedoch ein systematischeres Vorgehen zur Untersuchung der Effekte und Trade-Offs von XAI-basierten Entwicklungen im Einsatz. Dazu müssen Erwartungen aller Stakeholder bedacht werden (NutzerInnen, EntwicklerInnen, RegulatorInnen, EntscheidungsempfängerInnen). Zu bedenken ist ebenfalls, dass die Hauptdisziplin, die zu Fortschritten in XAI und Nachvollziehbarkeit forscht, weiterhin die Informatik ist. Damit zielt viel der bisherigen XAI-Forschung eher auf die Bedürfnisse von EntwicklerInnen statt auf die Bedürfnisse anderer Stakeholder.¹⁷ Es erfordert interdisziplinäre Zusammenarbeit von PsychologInnen, RechtswissenschaftlerInnen, PhilosophInnen, SoziologInnen und Personen aus weiteren Disziplinen und mit anderen Hintergründen, um Bedürfnisse besser aufzudecken und um die Nachvollziehbarkeit von KI-basierten Systemen in angewandten Kontexten besser zu verstehen, zu untersuchen und menschenzentriert weiterentwickeln zu können.

¹⁷ Brock, Learning from artificial intelligence's previous awakenings: The history of expert systems, 39 AI Magazine 3 (2018).

Explainability und „informed consent“ im Medizinrecht

*Karl Stöger*¹

I. Die informierte Einwilligung als Eckpfeiler des Medizinrechts

Die Erklärbarkeit (oder in der technischen Literatur häufiger: Interpretierbarkeit) von KI-Entscheidungen ist bei staatlichen Rechtsakten besonders bedeutsam, weil insbesondere der hoheitlich tätig werdende Staat diese in einem rechtsstaatlichen Verfassungssystem begründen können muss. Es gibt aber auch im Verhältnis zwischen Privaten über den allgemeinen Konsumentenschutz hinaus² bestimmte Dienstleistungen, bei deren Erbringung unter Verwendung von KI-Systemen das Thema der Erklärbarkeit eine besondere Rolle spielt: Es sind dies die medizinischen Dienstleistungen, die zulässigerweise erst nach einer auf Grundlage einer ausreichenden Aufklärung erfolgten Einwilligung durchgeführt werden dürfen, dem sog. „informed consent“. Und hier stellt sich die Frage, wieviel Information es denn in Hinblick auf den Einsatz medizinischer KI-Systeme braucht, um von „aufgeklärter Einwilligung“ sprechen zu können. Genau genommen sind zwei zentrale Fragen zu unterscheiden: Erstens, muss eine Patientin³ über den Einsatz von KI überhaupt informiert werden; zweitens, muss ihr gegenüber die konkrete Funktionsweise eines medizinischen KI-Systems offengelegt werden? Dieser Beitrag möchte einige diesbezügliche Überlegungen skizzieren. Diese Fragen sind schon heute praktisch sehr relevant, da die Medizin bereits ein vielversprechendes Einsatzgebiet der KI, insbesondere von Formen des maschinellen Lernens, ist (vor allem in der autonomen/selbstständigen Diagnose/Entscheidungsfindung, aber potenziell auch im decision support).⁴

¹ Geringfügig erweiterte Fassung des bei der Tagung gehaltenen Co-Referats. Für wertvolle Unterstützung bei Erstellung des Anmerkungsapparates danke ich Herrn Univ.-Ass. Mag. *David Schneeberger*, BA BA MA, weiters Frau Univ.-Ass. Mag. *Alexandra Straif*.

² Zu diesem Thema die Beiträge des ersten Panels, aus juristischer Perspektive insb. *Hacker*, weiters *Bibal/Lognoul/de Streel/Frény*, *Legal requirements on explainability in machine learning, Artificial Intelligence and Law 2020*, abrufbar unter: <https://doi.org/10.1007/s10506-020-09270-4>.

³ Die in diesem Text verwendete weibliche Form bezieht sich auf alle Geschlechter.

⁴ Z. B. *Molnár-Gábor*, in: Taeger (Hrsg.), *Die Macht der Daten und der Algorithmen – Regulierung von IT, IoT und KI*, 2019, S. 277 ff.; *Topol*, *Deep Medicine: How Artificial Intelli-*

Das Recht der aufgeklärten Einwilligung beruht weitgehend auf der Rechtsprechung der Gerichte („case law“),⁵ wurde in einigen Ländern dann aber auch gesetzlich verankert (z. B. Deutschland: §§ 630 d, e BGB).⁶ Dennoch kommt den Gerichten bei der Weiterentwicklung eine zentrale Rolle zu. Dementsprechend wurde für das – ganz grundsätzlich case-law-basierte – US-amerikanische Recht erst kürzlich der Vorschlag gemacht, Fragen des Einsatzes von medizinischer KI aus der bestehenden Judikatur herauszulösen.⁷ Während dieser Gedanke auch diesseits des Atlantiks naheliegend ist, muss in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union zusätzlich beachtet werden, dass medizinische KI mit personenbezogenen Gesundheitsdaten von Patientinnen arbeitet und daher regelmäßig in den Anwendungsbereich der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) fällt. Diese verlangt ebenfalls eine bestimmte Vorabinformation bei der Verwendung von Daten und ergänzt somit als öffentlich-rechtliche Vorschrift partiell die zivilrechtlich grundgelegte Aufklärungspflicht des Medizinrechts. Dennoch ist zu beachten, dass die Zustimmung zu einer Datenverwendung regelmäßig getrennt von der medizinischen Aufklärung (als Voraussetzung des rechtmäßigen Abschlusses des Behandlungsvertrags) zu beurteilen sein wird.

II. Die eingeschränkte Bedeutung des Art. 22 DSGVO

Umfassendere datenschutzrechtliche Aufklärungspflichten beim Einsatz medizinischer KI, die dann auch auf die medizinische Aufklärung „anzurechnen“ wären, könnten sich aus Art. 22 DSGVO ergeben. Diese vieldiskutierte und in ihrer genauen Reichweite umstrittene Bestimmung (siehe die Debatte um ein sog. „Recht auf Erläuterung“)⁸ knüpft die Zulässigkeit „vollautomatisierter“

gence Can Make Healthcare Human Again, 2019; *Ganzger/Vock*, Artificial Intelligence in der ärztlichen Entscheidungsfindung, *Journal für Medizin- und Gesundheitsrecht* 2019, 153, 154.

⁵ Vgl. für Österreich z. B. *Wallner*, *Medizinrecht*, 2019, Rz. 474; für England *Foster*, *Medical Law. A very short introduction*, 2013, S. 46 ff. (Chapter 5: Consent).

⁶ In Österreich erfolgte eine Teilkodifikation für den Bereich der ästhetischen Behandlungen und Operationen ohne medizinische Indikation („Schönheitschirurgie“) in § 5 des BG über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen (ÄsthOpG), daneben bestehen punktuelle Regelungen: vgl. *Memmer*, in: *Kletečka-Pulker/Grimm/Memmer/Stärker/Zahl* (Hrsg.), *Grundzüge des Medizinrechts*, 2019, S. 54.

⁷ *Cohen*, *Informed Consent and Medical Artificial Intelligence: What to Tell the Patient?* 108 *The Georgetown Law Journal* 1425 (2020).

⁸ Aus der einschlägigen internationalen Literatur drei kontrastierende Beispiele: *Edwards/Veale*, *Slave to the Algorithm? Why a ‚Right to an Explanation‘ is probably not the remedy you are looking for*, 16 *Duke Law & Technology Review* 18 (2017) (argumentieren, dass ein [Individual]Recht auf Erläuterung im Vergleich zu „systemischem“ Schutz z. B. durch Impact Assessments, Audits und Kontrollbefugnisse der Datenschutzbehörden ein wenig zielführender Ansatz wäre); *Mendoza/Bygrave*, in: *Synodinou/Jougleux/Markou/Prastitou* (Hrsg.), *EU Internet Law: Regulation and Enforcement*, 2017, S. 77 (leiten eine implizite Pflicht zur Erläuterung aus dem Recht auf Anfechtung ab); *Wachter/Mittelstadt/Floridi*, *Why a Right to*

KI-Entscheidungen an sehr enge Voraussetzungen. Grundregel ist, dass eine Person das Recht hat, „nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt“. Die letztgenannten Voraussetzungen wird ein in der Folge einer Diagnose oder Entscheidungsempfehlung durchzuführender medizinischer Eingriff i. d. R. erfüllen, da in das absolut geschützte Recht der körperlichen Unversehrtheit eingegriffen wird.⁹ Allerdings besteht eine Ausnahme von der Grundregel dann, wenn die automatisierte Entscheidung „mit ausdrücklicher Einwilligung der betroffenen Person erfolgt“, und diese Ausnahmeregel gilt nach (dem für „sensible“ Daten i. S. d. Art. 9 DSGVO noch strengere Beschränkungen vorsehenden) Art. 22 Abs. 4 DSGVO auch für Gesundheitsdaten. Insoweit wäre die Anwendung „vollautomatisierter“ KI-Entscheidungen in der Medizin bei Vorliegen einer entsprechenden Einwilligung rechtlich möglich. Kommt Art. 22 DSGVO aber zur Anwendung, dann sind die mit dieser Bestimmung verknüpften Betroffenenrechte zu beachten, allen voran Art. 13 Abs. 2 lit. f, Art. 14 Abs. 2 lit. g und Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO: Nach diesen ist die betroffene Person jedenfalls bei der Datenerhebung, aber auch bei einem Auskunftsbegehren nicht nur über das Vorliegen einer automatisierten Entscheidungsfindung, sondern auch mit „aussagekräftige[n] Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung“ zu versorgen. Das Erfordernis der Vorabinformation (bzw. der nachträglichen Auskunft) über die „involvierte Logik“ umfasst somit klar verständliche Aussagen (so fordert es auch Art. 12 Abs. 1) über die ungefähre (abstrakte) Funktionsweise des KI-Systems.¹⁰ Eine

Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation, 7 International Data Privacy Law 76 (2017) (lehnen die Existenz eines Rechts auf Erläuterung ab, gestehen aber ein eingeschränkteres „right to be informed“ zu). Zum aktuellen Diskussionsstand im deutschsprachigen Raum: *Kumkar/Roth-Isigkeit*, Erklärungsspflichten bei automatisierten Datenverarbeitungen nach der DSGVO, *Juristen-Zeitung* 2020, 277; *Martini*, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, 2019, insb. S. 190ff.

⁹ Vgl. auch *Hoeren/Niehoff*, Artificial Intelligence in Medical Diagnoses and the Right to Explanation, 4 European Data Protection Law Review 308, 312 (2018), die mit den Art. 1 bis 3 EU-GRC argumentieren.

¹⁰ *Kumkar/Roth-Isigkeit* (oben Fn. 8), 283f. In diese Richtung deuten auch Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, 17/DE WP251rev.01 (2018) 28: „Der Verantwortliche sollte daher einfache Möglichkeiten finden, die betroffene Person über die der Entscheidungsfindung zugrunde liegenden Überlegungen bzw. Kriterien zu informieren. Die DSGVO verpflichtet den Verantwortlichen zur Übermittlung aussagekräftiger Informationen über die involvierte Logik, nicht unbedingt zu einer ausführlichen Erläuterung der verwendeten Algorithmen oder zur Offenlegung des gesamten Algorithmus.“ Für eine Art globale Modellerklärung im Rahmen der DSGVO plädierend *Selbst/Barocas*, The Intuitive Appeal of Explainable Machines, 87 Fordham Law Review 1085, 1107ff. (2018).

konkrete Erklärung der Entscheidung im Einzelfall ist daraus jedoch, schon angesichts des Charakters als Vorabinformation, nicht ableitbar.¹¹ Wesentlich erscheint auch, dass der Anwendungsbereich des Art. 22 DSGVO bei medizinischer KI beschränkter ist, als es auf den ersten Blick den Anschein hat. Schon aus allgemeinen grundrechtlichen Überlegungen ergibt sich nämlich bei medizinischen Diagnosen und Behandlungen die Notwendigkeit eines „human in the loop“.¹² Das bedeutet, dass der Diagnose- bzw. Behandlungsvorschlag eines KI-Systems von medizinisch qualifiziertem Personal kritisch geprüft werden muss, bevor auf seiner Grundlage nähere Entscheidungen getroffen werden. Damit wird aber regelmäßig das Kriterium der „ausschließlich“ automatisierten Entscheidung nicht erfüllt sein.¹³

Die soeben erwähnte beschränkte Reichweite ist in der Literatur durchaus kritisiert worden, sodass der Vorschlag gemacht wurde, die Bestimmung im Zweifel weit zu verstehen und auf ihrer Grundlage, insbesondere unter Einbeziehung des umstrittenen ErwGr. 71, somit doch umfassendere Informationspflichten beim Einsatz medizinischer KI zu fordern.¹⁴ Dennoch zeigt sich hier, dass die Informationspflichten der DSGVO alleine regelmäßig nicht ausreichend wären, um die Grundlage einer umfassenden Aufklärung von Patientinnen zu bilden.

III. Anwendung der derzeitigen Rechtsprechung auf die Thematik

1. Diagnoseaufklärung

Insoweit ist letztlich doch auf die allgemeine – und jeweils nationale – Rechtsprechung zur medizinischen Aufklärung zurückzugreifen und die Frage zu stellen, welche Aufklärungspflichten sich aus dieser ableiten lassen. Hier sind insbesondere Diagnose- und Therapieaufklärung zu unterscheiden.¹⁵

¹¹ *Hoeren/Niehoff* (oben Fn. 9), 314.

¹² *Schneeberger et al.*, in: Holzinger et al. (Hrsg.), *Machine Learning and Knowledge Extraction*, 2020, S. 212f.

¹³ Prägend zur Interpretation dieses Kriteriums, *Mendoza/Bygrave* (oben Fn. 8), 2017, S. 87f.; auch *Haidinger*, in: Knyrim (Hrsg.), *DatKomm Art. 22 DSGVO Rz. 23ff.* (Stand 1.10.2018, rdb.at).

¹⁴ *Hoeren/Niehoff* (oben Fn. 9), 314f.; *Malgieri/Comandé*, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, 7 *International Data Privacy Law* 247f. (2017). (Kurz-)Überblicke über den Meinungsstand finden sich bei *Bibal et al.* (oben Fn. 2), 3f.; *Selbst/Barocas* (oben Fn. 10), 1107 Fn. 143.

¹⁵ Beide sind Teil der sog. Selbstbestimmungsaufklärung, die die Patientin in die Lage versetzen soll, beurteilen zu können, worin genau sie einwilligt. Sie sind daher von der Sicherungsaufklärung zu unterscheiden, die den Heilerfolg (während oder nach der Behandlung) sicherstellen soll: Vgl. dazu nur *Memmer*, in: Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg.), *Handbuch Medizinrecht*, 2020, 3.2.1. und 3.2.2. (Stand 1.3.2020, rdb.at); *Jesser-Huß*, in: Resch/Wallner (Hrsg.), *Handbuch Medizinrecht*, 3. Aufl., 2020, Rz. 78 – Rz. 86.

Bei der Diagnoseaufklärung ist jedenfalls auch über die „gesicherte“ Diagnose aufzuklären, da eine Verdachtsdiagnose Patientinnen oft wenig hilft bzw. sie sogar unnötig verunsichert.¹⁶ Da somit die „Treffsicherheit“ der Diagnose schon im heutigen Verständnis der Aufklärung eine Rolle spielt, lässt sich daraus m. E. die Folgerung ableiten, dass auch über die Wahrscheinlichkeit („Trefferquote“) einer mit KI erstellten Diagnose aufzuklären sein wird.¹⁷ Daraus folgt dann, dass sowohl über die Verwendung von KI zur Diagnoseerstellung als auch über die (abstrakte) grundsätzliche – für Laien nachvollziehbare – Funktionsweise eines KI-Diagnosesystems einschließlich der bereits genannten „Trefferquote“ zu informieren ist. Damit wird der Patientin auch die Möglichkeit gegeben, zu entscheiden, ob sie einer Diagnose auf Grundlage der KI „vertrauen“ will oder auf eine ausschließlich menschliche Abklärung besteht. Ist eine solche vielleicht gar nicht mehr Stand der Wissenschaft, dann ist die „KI-kritische“ Patientin auch darüber aufzuklären. Zumindest in Krankenanstalten ist zu beachten, dass Diagnosen und Behandlungen auch nur nach dem Stand der Wissenschaft erfolgen dürfen.¹⁸ M. a. W.: Da Patientinnen nur über „gesicherte“ Diagnosen aufzuklären sind und beim Einsatz von KI die „Treffsicherheit“ einer Diagnose (auch im Vergleich zu einer „rein menschlichen“ Beurteilung) ein wesentlicher, aber der Betreiberin eines KI-Systems auch bekannter Faktor sein muss,¹⁹ ist der Einsatz eines KI-Systems bei der Diagnoseerstellung der Patientin (unabhängig von datenschutzrechtlichen Anforderungen) im Rahmen der Aufklärung – entweder vorab oder bei Mitteilung des Ergebnisses – bekanntzugeben. Dabei wird es auch notwendig sein, die ungefähre Funktionsweise des Systems in einer „patientenverständlichen“ Sprache²⁰ zu erklären, damit die Patientin die ihr genannten Angaben zur Treffergenauigkeit auch in Grundzügen nachvollziehen kann.²¹ Allzu detaillierte Erklärungen über die technische Funk-

¹⁶ Memmer (oben Fn. 15), 2020, 3.2.1.1.

¹⁷ Freilich kann eingewandt werden, dass es aus technischer Perspektive bislang nicht ein allgemein anerkanntes Maß für Entscheidungsqualität, sondern zahlreiche verschiedene kontrastierende Ansätze gibt, Cabitza, Breeding electric zebras in the fields of Medicine, S. 5, 27.01.2017, abufbar unter: <https://arxiv.org/abs/1701.04077>; Cabitza/Campagner, Who wants accurate models? Arguing for a different metrics to take classification models seriously, 22.10.2019, abrufbar unter: <https://arxiv.org/abs/1910.09246>.

¹⁸ Vgl. § 8 Abs. 2 BG über Kranken- und Kuranstalten (KAKuG); dazu z. B. m. w. N. Stöger, in: Neumayr/Resch/Wallner (Hrsg.), Gmünder Kommentar zum Gesundheitsrecht, 2016, § 8 Rz. 22.

¹⁹ Hier geht es um die – durchaus kontroversiell diskutierte – Frage, wie genau eine medizinische Anwenderin ein KI-System verstehen muss; dazu näher Schneberger et al. (oben Fn. 12), 2020, S. 219f.; Molnár-Gábor (oben Fn. 4), 2019, S. 281 ff. Klar ist jedenfalls, dass eine Betreiberin eines KI-Diagnostiksystems dessen ungefähre Trefferwahrscheinlichkeit kennen muss, um auch auf allfällige Fehldiagnosen „vorbereitet“ zu sein und diese nach Möglichkeit zu erkennen.

²⁰ Eberbach, Wird die ärztliche Aufklärung zur Fiktion? (Teil 2) – Zu den divergierenden Realitäten von Medizin und Recht, Medizinrecht 2019, 111, 115 ff.

²¹ Molnár-Gábor, in: Wischmeyer/Rademacher (Hrsg.), Regulating Artificial Intelli-

tionsweise werden aber nicht erforderlich sein, da etwa auch bei einer CT- oder MR-Untersuchung die technischen Details der Funktionsweise nicht Teil der Aufklärung sind. Ist aber der Patientin die Funktionsweise des Systems in groben Zügen abstrakt dargelegt worden, ist es nicht notwendig, die Art des Zustandekommens der konkreten Diagnose zu erklären. Dies wird angesichts des „black box“-Charakters insbesondere von manchen Modellen im Bereich des maschinellen Lernens ohnehin oft nicht oder höchstens in einer für Technikerinnen verständlichen Weise möglich sein.²² Entscheidend ist m. E. aber, dass auch die menschlich erstellte Diagnose (z. B. Muttermalbegutachtung) oft bis zu einem gewissen Anteil aus Erfahrung und Intuition besteht und somit nicht vollständig erklärt werden kann. M. a. W.: Eine Ärztin wird abstrakt durchaus beschreiben können, wie sie bei der Diagnostik vorgeht, aber die Diagnose im Einzelfall mitunter auch nur annäherungsweise erklären können. Da dies aber nach dem heutigen Stand der Rechtsprechung als ausreichend anzusehen ist, ist nicht begründbar, warum das bei KI-Diagnosen anders sein soll. Insoweit ist der Einsatz von „explainable AI“ in der Medizin wünschenswert, aus rechtlicher Sicht aber nur in dem Ausmaß geboten, als eine grundlegende Information der Patientinnen über die wesentliche Funktionsweise und mögliche Fehlerquellen von KI-Diagnostikanwendungen erforderlich ist.²³

gence, 2020, S. 337, 349 plädiert auch dafür, über die Möglichkeit von Zufallsbefunden durch Verwendung von KI-Diagnostiksystemen aufzuklären.

²² Auf technischer Ebene möglich sind bislang vor allem sog. lokale Erläuterungen, die einen lokalen „Modellausschnitt“, d. h. (meist) eine konkrete Entscheidung erklären können (z. B. durch Auflistung der wichtigsten verwendeten Merkmale und ihrer Gewichtungen z. B. durch LIME oder durch Nennung welche Merkmale sich verändern müssten, damit sich auch das Ergebnis der Entscheidung verändert [sog. counterfactual explanations]). Diese lokalen Erläuterungen sind oft bloße Annäherungen an das wahre Modellverhalten (vereinfachte Modelle von komplexeren Black Box-Modellen) und ermöglichen oft keinen Rückschluss auf die generellen dahinterstehenden Entscheidungsregeln eines Systems. Globale Erläuterungen, die sich auf das Verhalten des Modells unabhängig von konkreten Entscheidungen beziehen, sind dabei aus technischer Sicht bislang für Black Box-Modelle aufgrund der Komplexität und Vieldimensionalität kaum (menschenvverständlich) möglich, weiterführend *Guidotti/Monreale/Ruggieri/Turini/Giannotti/Pedreschi*, A Survey of Methods for Explaining Black Box Models, ACM Computing Surveys 2018, abrufbar unter: <https://doi.org/10.1145/3236009>; *Molnar*, Interpretable Machine Learning. A Guide for Making Black Box Models Explainable, 2020; *Information Commissioner's Office/The Alan Turing Institute*, Explaining decisions made with AI, 2020, abrufbar unter: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-data-protection-themes/explaining-decisions-made-with-ai/>. Daher wird tw. auch gefordert, in Hochrisikobereichen nur einfachere intrinsisch interpretierbare, gewissermaßen „selbsterklärende“ Modelle (z. B. logistische Regressionsmodelle oder Entscheidungsbäume), zu verwenden, *Rudin*, Stop explaining black box machine learning models for high stakes decision and use interpretable models instead, 1 Nature Machine Intelligence 206 (2019).

²³ Vgl. so schon die von mir als Mitautor vertretene Position in *Schneeberger et al.* (oben Fn. 12), 2020, S. 219f., 222.

2. Therapieaufklärung

Bei der Therapieaufklärung müssen die Patientinnen regelmäßig über Behandlungsalternativen aufgeklärt werden,²⁴ aber auch über allfällige Beschränkungen der personellen bzw. apparativen Ausstattung der behandelnden Einrichtung.²⁵ Ebenso ist über die typischen Behandlungsrisiken aufzuklären.²⁶ Versucht man aus diesen Rechtsprechungslinien eine Aussage für den Einsatz von medizinischer KI in der Therapie zu „destillieren“, so ergibt sich regelmäßig eine Verpflichtung, über den Einsatz von KI in der Therapie aufzuklären. Solange eine Therapie unter Einsatz von KI-Anwendungen nach dem Stand der Wissenschaft nur eine von mehreren Behandlungsalternativen ist, folgt das daraus, dass – wie erwähnt – über Behandlungsalternativen aufzuklären ist. Ist der Einsatz von KI nach dem Stand der Wissenschaft die einzige Option, ergibt sich die Aufklärungspflicht daraus, dass jedenfalls über typische Risiken des KI-Einsatzes (z. B. fehlerhafte Entscheidungsvorschläge) aufzuklären ist, was impliziert, dass im Zuge dessen schon der Einsatz von KI-Systemen überhaupt offengelegt werden muss. Die Aufklärungsverpflichtung über typische Risiken gilt natürlich auch dann, wenn die KI-unterstützte Behandlung nur eine Behandlungsalternative darstellt. Umgekehrt müsste auch bei einer konventionellen Behandlung über Alternativen mit KI-Einsatz aufgeklärt werden, sofern diese bereits zum Stand der Wissenschaft zählen.²⁷

Hinsichtlich des Inhalts der Aufklärung gilt auch hier das bereits zur Diagnoseaufklärung Ausgeführte: Die Patientin ist – in verständlicher Art und Weise – jedenfalls über die grobe Funktionsweise und daraus resultierende mögliche Schwächen bzw. Fehler des Systems aufzuklären.²⁸ Eine detaillierte Erklärung einer individuellen Entscheidung/Empfehlung wird somit aus rechtlicher Sicht nicht geboten sein. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass auch bei der Therapieaufklärung jedenfalls über das „Ob“ des Einsatzes von medizinischer KI aufzuklären ist und über das „Wie“ in abstrakter Weise, so dass der Patientin die grundlegende Funktionsweise und mögliche Schwächen des eingesetzten Systems verständlich werden.

²⁴ RIS-Justiz RS0026426; weiters etwa *Memmer* (oben Fn. 15), 2020, 3.2.1.2.2.

²⁵ *Memmer* (oben Fn. 15), 2020, 3.2.1.3.3.

²⁶ RIS-Justiz RS0026581; vgl. auch *Jesser-Huß* (oben Fn. 15), 2020, Rz. 83; *Memmer* (oben Fn. 15), 2020, 3.2.1.3.1.

²⁷ Zu den entsprechenden Vorgaben in der Rechtsprechung *Memmer* (oben Fn. 15), 2020, 3.2.1.2.2.

²⁸ Dies wird auch in der bereits bestehenden Literatur (ohne detaillierte Unterscheidung zwischen Diagnose- und Therapieaufklärung) so vertreten: *Schönberger*, Artificial intelligence in healthcare: a critical analysis of the legal and ethical implications, 27 *International Journal of Law and Information Technology* 171, 193 ff. (2019); *Schneeberger et al.* (oben Fn. 12), 2020, S. 219 f.

3. Ausnahmen vom Aufklärungsgebot

Eine Ausnahme von der Grundregel, auf den Einsatz von KI im Rahmen der Aufklärung hinweisen zu müssen, wird in der Literatur dort angenommen, wo es sich bereits um weitgehend risikofreie und auch in ihrer Funktion leicht nachvollziehbare Anwendungen handelt, die innerhalb des konkreten Behandlungsverhältnisses nur eine untergeordnete Rolle spielen.²⁹ Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, insbesondere in Fällen von Laboruntersuchungen und ähnlichen nur indirekt an der Patientin erbrachten Leistungen. Sobald Fehlfunktionen des Systems (auch in der Diagnostik) freilich stärkere Auswirkungen haben können, wird erneut die oben dargestellte Aufklärungsverpflichtung greifen.

IV. Fazit

Als Fazit lässt sich somit festhalten, dass sich schon aus den allgemeinen (von der Rechtsprechung erarbeiteten) Grundsätzen der medizinischen Aufklärung regelmäßig die Notwendigkeit ergeben wird, Patientinnen auf den Einsatz von medizinischer KI in Diagnostik und Therapie hinzuweisen und die Funktion des Systems in Grundzügen (einschließlich Fehlerrisiken) kompakt zu erläutern.³⁰ Eine Erklärung einer konkreten Entscheidung wird hingegen zumeist nicht erforderlich sein. Da sich diese Ergebnisse schon aus allgemeinen medizinrechtlichen Grundsätzen ergeben und medizinische KI regelmäßig einen „human in the loop“ erfordert,³¹ ist der Mehrwert des – per se wichtigen – Art. 22 DSGVO im Bereich der medizinischen KI (jedenfalls derzeit) überschaubar.

²⁹ *Cohen* (oben Fn. 7), 1443, 1448f.; *Molnár-Gábor* (oben Fn. 21), 2020, S. 349f.; zustimmend *Schneeberger et al.* (oben Fn. 12), 2020, S. 219.

³⁰ Ist eine entsprechende Aufklärung erfolgt, scheidet eine Haftung der Ärztin bzw. der Behandlungseinrichtung aus fehlerhafter Aufklärung aus. Davon bekanntlich zu unterscheiden ist die Haftung aus Behandlungsfehlern, dazu i. Z. m. dem Einsatz von KI m. w. N. *Schneeberger et al.* (oben Fn. 12), 2020, S. 219.

³¹ Siehe zur (theoretischen) Gefährdung der Qualität der medizinischen Behandlung, wenn die Ärztinnen „out of the loop“ wären, *Froomkin/Kerr/Pineau*, When AIs Outperform Doctors: Confronting the Challenges of a Tort-Induced Over-Reliance on Machine Learning, 61 *Arizona Law Review* 33 (2019).

V. Standardbildung und -durchsetzung im Unternehmensbereich

Standards und deren Durchsetzung in Rechnungslegung und Wirtschaftsprüfung aus informationsökonomischer Sicht

Ralf Ewert und Alfred Wagenhofer

I. Einführung

Das Thema *Smart Regulation* lässt sich vielfältig interpretieren. Einerseits geht es um neue, „*smarte*“ Technologien, deren Anwendung eines sachgerechten Rechtsrahmens bedarf. Andererseits geht es generell um „*smarte*“ Regulierung, unabhängig davon, ob es sich um technologiebedingt neuartige Probleme handelt. Dieser Beitrag bezieht sich auf diese zweite allgemeinere Fragestellung. Es werden ökonomisch begründete Aussagen formuliert, die sich auf regulative Fragen im Bereich Rechnungslegung und Prüfung beziehen und zeigen, dass man nicht gleich der ersten Intuition folgen sollte, wenn man Überlegungen zur Festlegung von Standards, deren Durchsetzung und den damit zusammenhängenden Sanktionen anstellt.

Wir referieren wirtschaftswissenschaftliche Resultate aus sogenannten „informationsökonomischen“ Analysen. Die Informationsökonomik „is the study of situations in which different economic agents have access to different information“.¹ Solche Situationen sind nicht nur grundsätzlich charakteristisch für etliche reale Szenarien. Sie sind zugleich die Ursache dessen, warum es eine externe Rechnungslegung und Prüfung bei Unternehmen mit Trennung von Eigentum und Management überhaupt gibt: Mit der Rechnungslegung sollen Akteure entscheidungsrelevante Informationen über ein Unternehmen erhalten.

Informationsökonomische Untersuchungen basieren auf einer mikroökonomischen Perspektive, in der das Ergebnis einer Interaktion mehrerer Parteien aus den individuell optimalen Anpassungsreaktionen eines jeden Akteurs abgeleitet wird. Dabei wird stets berücksichtigt, welcher Akteur welche Informationen hat, welche er zusätzlich während der Interaktion aus der Beobachtung des Handelns der jeweils anderen Akteure gewinnt oder antizipiert sowie welche er

¹ *Milgrom*, Good News and Bad News. Representation Theorems and Applications, 12 *Bell Journal of Economics* 380 (1981).

durch bestimmte Vorgaben – etwa die Verpflichtung zur Veröffentlichung einer Rechnungslegung – erhält. Die sich einstellenden Ergebnisse sind letztlich das Resultat komplexer Interaktionen und Wechselwirkungen, die nicht selten zu überraschenden Resultaten führen. Wir demonstrieren das im Folgenden beispielhaft durch die Präsentation dreier ausgewählter Thesen, die auf eigenen Forschungsbeiträgen basieren.

II. Thesen zu Standards bei Rechnungslegung und Prüfung

1. Bestimmung von Prüfungsstandards

Ein bedeutender Teil der nationalen und internationalen Standardsetzung betrifft die Erstellung von Prüfungsstandards. Solche Standards erfüllen grundsätzlich zwei Funktionen:²

- Zunächst bilden sie eine „Guidance“ (Leitlinie) für Prüfer hinsichtlich der ordnungsgemäßen Durchführung von Prüfungen und definieren damit „Grundsätze ordnungsmäßiger Abschlussprüfungen“ (GoA). Sie dienen daher zugleich allen Adressaten der Prüfung als Information über das, was man von einer Prüfung erwarten kann.
- Basierend darauf können Prüfungsstandards auch eine Benchmark in bestimmten Systemen der Prüferhaftung sein. Bei einer Verschuldenshaftung haftet der Prüfer dann, wenn ihm eine Abweichung von seiner Sorgfaltspflicht nachgewiesen werden kann. Inhalt und Umfang der Sorgfaltspflicht werden wiederum durch die Prüfungsstandards vorgegeben. Eine Abweichung von Vorgehensweisen, die durch Prüfungsstandards definiert sind, löst mithin eine Prüferhaftung aus.

Diese beiden Kennzeichnungen legen intuitiv den Schluss nahe, dass Prüfungsstandards so präzise wie möglich sein sollten. Nur dann wird der gebotene Prüfungsumfang klar umrissen, gibt eine eindeutige „Guidance“ über den Inhalt der Prüfung und sorgt für „Rechtssicherheit“ in dem Sinne, dass zweifelsfrei feststeht, wann der Prüfer haftet. Schon die reine Betrachtung des Umfangs der drei Teile des „Handbook of International Quality Control, Auditing, Review, Other Assurance, and Related Services Pronouncements“³ des „International Auditing and Assurance Standards Board“ (IAASB) zeigt die intensiven Bemühungen der Standardsetzer nach immer weiterer Präzisierung: Die aktuelle Ausgabe von 2018 umfasst 1.679 (!) Seiten (bestehend aus Standards, Erläute-

² Vgl. ausführlich *Rückle*, in: Ballwieser/Coenenberg/v. Wysocki (Hrsg.), Handwörterbuch der Rechnungslegung und Prüfung, 3. Aufl., 2002, S. 1026.

³ Dieses Handbuch stellt die sogenannten „International Standards on Auditing“ (ISA) dar, abrufbar unter: <https://www.iaasb.org/standards-pronouncements>.

rungen und Rahmenkonzepten). Dies führt zu folgenden spannenden Fragen: Reicht dieser Umfang und Detaillierungsgrad schon aus? Sollte er noch erhöht werden? Oder ist er gar des Guten schon zuviel?

In diesem Zusammenhang stellen wir folgende These auf:

These 1: Die Vorgabe präziserer Prüfungsstandards kann die Prüfungsqualität senken.

Demnach ist eine maximale Präzision von Prüfungsstandards nicht unbedingt erstrebenswert. Die Überlegungen finden in einer Modellanalyse statt, die auf einem spezifischen Setting zur Entwicklung von Haftungsfolgen für den Prüfer basiert.⁴ Abbildung 1 stellt die wesentlichen Schritte dar.

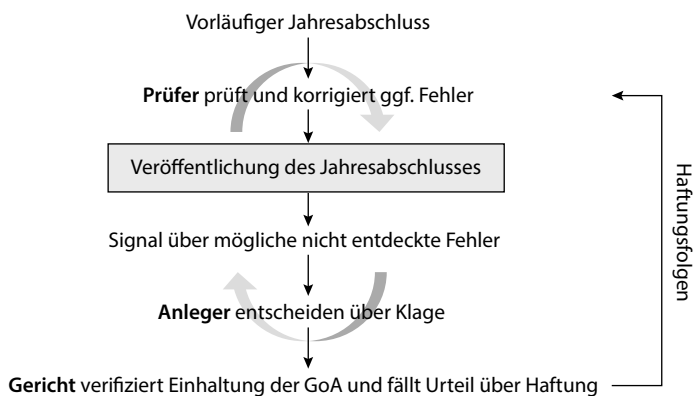


Abb.1: Entwicklung potenzieller Haftungsfolgen

Die Details sind wie folgt:

- Der Jahresabschluss weist mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit Fehler auf, die durch die Prüfung entdeckt und korrigiert werden sollen. Ein Prüfer wird mit der Abschlussprüfung beauftragt. Die Prüfungsgebühr ist fix, und ihre Höhe wird vor Beginn der Prüfung durch Verhandlungen zwischen Unternehmen und Prüfer festgelegt.
- Der Prüfer plant den optimalen Prüfungsumfang auf Basis der Vorabinformationen über die erwarteten Fehler, seiner direkten Prüfungskosten und der erwarteten Haftungsfolgen. Das realisierte Prüfungsniveau ist nicht beobachtbar, es kann nur im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens (siehe unten) ggf. aufgedeckt werden. Die Prüfung ist nicht perfekt. Die Entdeckungswahrscheinlichkeit steigt zwar mit dem Umfang der Prüfung, doch es

⁴ Ewert, Auditor Liability and the Precision of Auditing Standards, 155 Journal of Institutional and Theoretical Economics 181 (1999).

- verbleibt stets ein Restrisiko, dass vorhandene Fehler nicht erkannt werden. Der Prüfer erteilt ein uneingeschränktes Testat, wenn er keine gegenteilige Evidenz hat.
- Der Prüfer haftet nur dann, wenn ihm eine Abweichung von den Prüfungsstandards nachgewiesen werden kann (Verschuldenshaftung). Dieser Nachweis ergibt sich aus mehreren Schritten:
 - Hat der Prüfer keine Fehler entdeckt, können diese nach Veröffentlichung des Jahresabschlusses dem Markt später durch andere Quellen dennoch bekannt werden.
 - In diesem Fall überlegen die Anleger, ob sie gegen den Prüfer Klage erheben. Bei einer Klage wird ein Gerichtsverfahren eröffnet, in dem das tatsächliche Prüfungsniveau mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit verifiziert werden kann. Eine Klage ist mit Kosten für die Anleger verbunden, die nur dann refundiert werden, wenn die Klage erfolgreich ist.
 - Wird das im Prozess verifizierte Prüfungsniveau vom Gericht als nicht ordnungsgemäß beurteilt, werden dem Prüfer Haftungsfolgen (Schadensersatzzahlungen, Ersatz der Verfahrenskosten) auferlegt.

Dieser Ablauf scheint im ersten Moment unproblematisch. In ihm verbergen sich aber sogenannte „strategische Interdependenzen“, also gegenseitige Beeinflussungen von Handlungen verschiedener Akteure. Im obigen Setting gibt es insbesondere zwei Akteure (Prüfer und Anleger), die ihre Handlungen jeweils abhängig voneinander optimal planen. Der Prüfer wählt sein Prüfungsniveau unter Berücksichtigung der Haftungsfolgen, die durch das erwartete Klageverhalten der Anleger determiniert werden. Umgekehrt wird die optimale Klagestrategie der Anleger von deren Erwartung über das Prüfungsniveau und dessen Beurteilung durch das Gericht beeinflusst. In dem analytischen Modell, das auf diesem Setting basiert, wird das Interdependenzproblem durch die Betrachtung eines Gleichgewichts bei rationalen Erwartungen gelöst – beide Seiten kennen das Setting, die Struktur des Problems und die Anreize des jeweils anderen Akteurs. Ein Gleichgewicht existiert dann, wenn eine konsistente Kombination aus Prüfungsniveau und Klagepolitik vorliegt, d. h., die Klagepolitik der Anleger ist eine optimale Antwort auf das antizipierte Prüfungsniveau, welches wiederum eine optimale Antwort des Prüfers auf die antizipierte Klagepolitik der Investoren ist, und die antizipierten Verhaltensweisen entsprechen den tatsächlichen.

Zunächst seien völlig präzise Prüfungsstandards unterstellt. Damit wird faktisch ein ganz bestimmtes Prüfungsniveau vorgegeben. Sollte das in einem Prozess verifizierte Niveau unterhalb dieses Standards liegen, muss das Gericht dieses als nicht ordnungsgemäß klassifizieren und Haftungsfolgen gegen den Prüfer verhängen. Für die folgende Argumentation ist es wichtig zu erkennen, dass ein präziser Prüfungsstandard keineswegs ein präzises Prüfungsniveau in Höhe dieses Standards impliziert:

Angenommen, der Prüfer würde mit Sicherheit ordnungsgemäß prüfen. Selbst dann werden Fehler nicht garantiert entdeckt. Falls *ex post* verbliebene Fehler bekannt werden, würde jedoch kein Anleger klagen, denn jede Klage ginge garantiert verloren, da ja annahmegemäß ordnungsgemäß geprüft wurde. Der Prüfer hat rationale Erwartungen und ist sich dieser Reaktion bewusst. Er weiß daher *ex ante* (also bei Festlegung seines optimalen Prüfungsniveaus), dass er nicht mit Haftungsfolgen rechnen muss, weshalb er keinen Anreiz mehr zur Wahl eines positiven Prüfungsniveaus hat. Das Gleichgewicht kann daher keinesfalls darin bestehen, dass der präzise Prüfungsstandard garantiert eingehalten wird. Stattdessen besteht es regelmäßig aus sogenannten gemischten Strategien, d. h., die Anleger klagen nur mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit, und die Strategie des Prüfers besteht darin, den Standard mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit einzuhalten und mit der Gegenwahrscheinlichkeit ein niedrigeres Prüfungsniveau zu wählen, das für den Prüfer die gleichen Gesamtkosten wie die Einhaltung des Standards hat.⁵

Im Ergebnis führt ein präziser Standard also zu einer unpräzisen Prüfungsqualität, und dies öffnet die Tür für einen Vergleich mit Standards, die bereits von Grund auf vage sind. Bei vagen Standards hängt es von der Auslegung der Regeln durch das Gericht ab, ob ein verifiziertes Prüfungsniveau als ordnungsgemäß angesehen wird oder nicht. Jedes Prüfungsniveau ist *ex ante* daher nur mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit ordnungsgemäß, doch man wird davon ausgehen können, dass diese Wahrscheinlichkeit für höhere Prüfungsniveaus steigt. Daher weisen vage Standards aus Sicht des Prüfers eine Besonderheit gegenüber präzisen Standards auf: Erhöht der Prüfer bei vagen Standards sein Prüfungsniveau, führt das nicht nur zu einer unmittelbaren Verringerung der erwarteten Haftungsfolgen (durch die höhere Wahrscheinlichkeit der Entdeckung von Fehlern), sondern hat auch einen zweiten Effekt, weil im Falle eines Prozesses das Gericht das gewählte Prüfungsniveau eher als ordnungsgemäß klassifizieren wird. Dieser Zusatzeffekt ist dafür verantwortlich, dass das Prüfungsniveau unter vagen Standards (bei ansonsten gleichen Bedingungen) höher als dasjenige unter präzisen Standards sein kann. Eine formale Analyse des Gleichgewichts bei vagen Standards führt sogar zu folgendem Resultat:⁶

Das Gleichgewicht jedes relevanten⁷ präzisen Standards wird bezüglich Prüfungsumfang, Qualität der Rechnungslegung, Klagekosten und gesamten Prüfungskosten dominiert durch ein Gleichgewicht bei „passend“ gewählten vagen Standards.

⁵ Vgl. ausführlich *Ewert* (oben Fn. 4); und *Wagenhofer/Ewert*, Externe Unternehmensrechnung, 3. Aufl., 2015, S. 489–494.

⁶ Siehe dazu *Ewert* (oben Fn. 4), 198.

⁷ Ein präziser Standard ist dann relevant, wenn der Prüfer ihn wählen würde, falls die Anleger mit Sicherheit klagen. Andernfalls ist er schlicht zu hoch, und der Prüfer fände es optimal, ihn zu unterschreiten.

Ein „passender“ vager Standard wird definiert durch die Bewertungsfunktion des Gerichts. Man kann nach dem obigen Resultat daher für jeden relevanten präzisen Standard eine Bewertungsfunktion so wählen, dass beim resultierenden vagen Standard im Durchschnitt mehr geprüft wird und sich dadurch die Fehler in der Rechnungslegung vermindern, und das alles bei niedrigeren Kosten als beim Gleichgewicht präziser Standards.

Um dieses Resultat korrekt einzuschätzen, muss man beachten, dass es sich um einen „Existenzsatz“ handelt. Es wird behauptet, dass gegenüber präzisen Standards eine andere Lösung basierend auf vagen Standards mit dominanten Eigenschaften existiert. Ein anderes Problem besteht darin, dies in der Praxis umzusetzen – wie das gehen kann, darüber sagt ein Existenzsatz nichts aus. Dennoch ist er informativ in dem Sinne, dass ein Bestreben nach mehr Präzision das angestrebte Resultat (Qualität von Prüfung und Rechnungslegung) nicht zwingend verbessert, wenn man die optimalen Anpassungsreaktionen rational handelnder Akteure am Markt berücksichtigt.

2. Intensität des Enforcement der Rechnungslegung

Während sich These 1 auf die Einhaltung von Prüfungsstandards bezieht, widmet sich die folgende Argumentation der Einhaltung und Durchsetzung (Enforcement) von Rechnungslegungsstandards durch eine eigene Kontrollinstanz. In Österreich wird diese Funktion von der privaten Österreichischen Prüfstelle für Rechnungslegung und der staatlichen Finanzmarktaufsicht erfüllt. Ähnlich ist dies in Deutschland; in anderen Ländern gibt es teils auch nur staatliche oder nur private Institutionen. Diese Thematik ist gerade in den letzten Monaten durch die Vorfälle um den DAX-Konzern Wirecard wieder stark ins Visier der Öffentlichkeit und der Politik gerückt. Die deutsche Bundesregierung hat angekündigt, die Struktur des in Deutschland bislang bestehenden zweistufigen Enforcement-Systems „weiterzuentwickeln“, um künftig Situationen wie bei Wirecard zu vermeiden. Insbesondere soll das Enforcement mehr Ressourcen als bislang erhalten, behördlich integriert und auch mit mehr direkten Sanktionsmöglichkeiten ausgestattet werden. Angesichts der bisherigen Erkenntnisse zum Wirecard-Skandal (mittlerweile ist sogar von gewerbsmäßigem Bandenbetrug die Rede) scheint dies intuitiv völlig unstrittig: Man sollte öfter und auch mehr kontrollieren sowie bei festgestellten Verstößen höhere Sanktionen verhängen. Unsere folgende These 2 schüttet etwas Wasser in diesen Wein und mahnt zur Vorsicht – der Schuss kann nämlich auch nach hinten losgehen.

These 2: Zu starkes Enforcement von Rechnungslegungsstandards kann die Rechnungslegungsqualität reduzieren.

Dieses Ergebnis folgt aus einer Modellanalyse,⁸ basierend auf folgendem Setting:

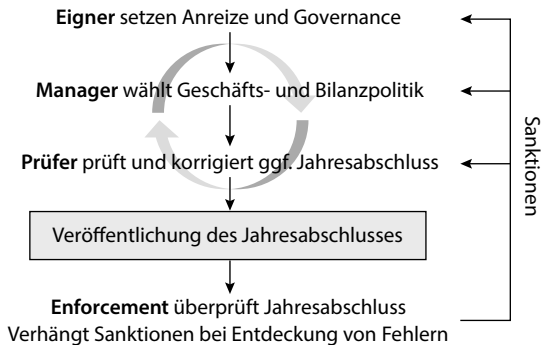


Abb. 2: Rechnungslegung, Prüfung und Enforcement

Die Details sind wie folgt:⁹

- Die Eigner gestalten das Anreizsystem für das Management (eine Vergütung abhängig vom ausgewiesenen Jahresergebnis) und überwachen dessen Leistungen.
- Auf Basis dieser Anreize bestimmt das Management die Geschäftspolitik und legt dem Prüfer einen vorläufigen Jahresabschluss vor, der durch Bilanzpolitik (die vom Anreizsystem abhängt) verzerrt ist und daher von den eigentlich einzuhaltenden Standards der Rechnungslegung teilweise abweicht. Der Umfang der Bilanzpolitik ist nicht frei beobachtbar und kann nur durch die gesetzliche Abschlussprüfung oder eine Enforcementprüfung identifiziert werden.
- Der Prüfer bestimmt sein Prüfungsniveau und korrigiert den vorläufigen Abschluss im Falle vom Prüfer entdeckter Mängel. Die Prüfung ist nicht perfekt, so dass vorhandene Fehler nicht mit Sicherheit entdeckt werden. Die Wahrscheinlichkeit für die Aufdeckung steigt aber mit höherem Prüfungsniveau, das dem Prüfer Kosten verursacht. Analog zur Bilanzpolitik ist auch das Prüfungsniveau nicht frei beobachtbar.
- Der geprüfte und dann veröffentlichte Abschluss unterliegt stichprobenartig einer nachträglichen Überprüfung durch die Enforcement-Instanz. Werden keine Fehler entdeckt, ist der Prozess beendet. Andernfalls kann die Enforcement-Instanz Sanktionen gegenüber den beteiligten Parteien (Eigner,

⁸ Ewert/Wagenhofer, Effects of Increasing Enforcement on Financial Reporting Quality and Audit Quality, 57 Journal of Accounting Research 121 (2019).

⁹ Siehe zur folgenden kompakten Beschreibung der Modellstruktur auch Ewert, Viel hilft viel? Kritische Anmerkungen zum Regulierungshype bei Wirtschaftsprüfung und Governance, Expert Focus 452 (2020).

Management, Prüfer) verhängen. Diese Sanktionen sind zwar zeitlich nachgelagert, werden aber von den Akteuren schon *ex ante* bei ihren jeweiligen Entscheidungen berücksichtigt.

Angenommen, man hat ein (realistisches) Anreizsystem für das Management, das höhere Gewinne mit einer höheren Vergütung verknüpft. Dann hat das Management nicht nur Anreize, den Gewinn durch bessere wirtschaftliche Entscheidungen zu erhöhen, sondern auch gewinnerhöhende Bilanzpolitik zu betreiben. Die Bilanzpolitik des Managements wird zum einen durch die Erwartung über das Prüfungsniveau und zum anderen durch die erwarteten Sanktionen aufgrund des Enforcements determiniert: Je niedriger das Prüfungsniveau ist, desto weniger häufig wird Bilanzpolitik gefunden und korrigiert und umso eher wird das Enforcement Bilanzpolitik entdecken. Die optimale Bilanzpolitik ergibt sich aus einem Tradeoff zwischen der höheren Vergütung und den Sanktionen durch das Enforcement.

Analog basiert das optimale Prüfungsniveau einerseits auf dem Tradeoff zwischen den direkten Prüfungskosten und den erwarteten Sanktionen durch das Enforcement. Andererseits hängt es von den Erwartungen des Prüfers über die Bilanzpolitik des Managements ab – je niedriger die angenommene Bilanzpolitik, desto geringer das optimale Prüfungsniveau, weil aus Sicht des Prüfers weniger Verzerrungen im vorläufigen Abschluss enthalten sind.

Schon diese Darstellung offenbart potenziell janusköpfige Wirkungen einer höheren Intensität des Enforcement (repräsentiert durch die kombinierte Wahrscheinlichkeit, dass der publizierte Abschluss einem Enforcement unterzogen wird und die darin enthaltenen Verzerrungen entdeckt werden): Beim Management verringert ein intensiveres Enforcement zunächst die Bilanzpolitik wegen der erhöhten Wahrscheinlichkeit für Sanktionen. In einem Setting mit rationalen Erwartungen ergeben sich dadurch aber Auswirkungen auf den Prüfer. Er hat zwar wegen des intensiveren Enforcement einen direkten Anreiz zur Erhöhung des Prüfungsniveaus, doch die Reduzierung der Bilanzpolitik bewirkt einen gegenläufigen Impuls. Der Nettoeffekt auf das Prüfungsniveau kann daher auch negativ sein. Dies wiederum induziert einen die Bilanzpolitik erhöhenden Effekt (auch das Management hegt rationale Erwartungen über die Zusammenhänge), was wiederum auf das optimale Prüfungsniveau zurückwirkt, usw. Das Endresultat dieses komplexen Prozesses liegt nicht ohne weiteres auf der Hand; es wird zudem noch dadurch beeinflusst, dass veränderte Verhaltensweisen von Management und Prüfer auch mit einer Adaption des dem Management vorgegebenen Anreizsystems verbunden sein können, so dass auch diesbezügliche Rückwirkungen zu beachten sind. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass die Eigner das Anreizsystem für den Manager festlegen: Eine Reduktion der variablen Vergütung reduziert automatisch die Bilanzpolitik – aber auch den produktiven Einsatz des Managers.

Für den Kapitalmarkt ist vor allem die Qualität der Rechnungslegung wichtig, und sie entspricht in dem Modell der Wahrscheinlichkeit, mit der die ausgewiesenen Gewinne die tatsächliche Unternehmensentwicklung repräsentieren. Dabei ist selbst eine den Standards entsprechende Rechnungslegung nicht frei von Fehlern, man denke alleine an eine durch das Vorsichtsprinzip beeinflusste Bilanz, bei der tatsächlich günstige Entwicklungen nicht als solche dargestellt werden (sogenannte Fehler vom Typ I bzw. α -Fehler). Wir erhalten unter Berücksichtigung aller Wechselwirkungen unter anderem folgende Resultate:

- Eine höhere Intensität des Enforcement verringert in allen Fällen die Bilanzpolitik. Das Prüfungsniveau steigt zunächst mit höherer Intensität des Enforcement, erreicht ein Maximum (bei f_0) und sinkt danach. Diese Zusammenhänge werden in Abbildung 3 veranschaulicht.

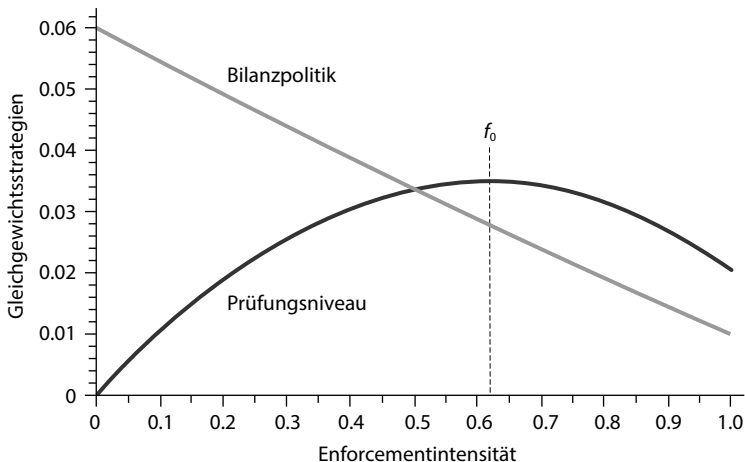


Abb. 3: Bilanzpolitik und Prüfungsniveau in Abhängigkeit von der Intensität des Enforcement (Ewert/Wagenhofer [Fn. 8], 132)

- Höhere Sanktionen gegenüber dem Management führen zu einer geringeren Bilanzpolitik und einem niedrigeren Prüfungsniveau.
- Höhere Sanktionen gegenüber dem Prüfer führen zu einer niedrigeren Bilanzpolitik und einem höheren Prüfungsniveau.
- Die Bilanzpolitik korrigiert in gewissem Umfang Fehler, die sich durch die Standards der Rechnungslegung ergeben. Sind die α -Fehler relativ bedeutsam, verbessert Bilanzpolitik im Durchschnitt die Qualität der Rechnungslegung (obwohl sie nicht mit dieser Intention betrieben wird). Das ist umso eher gegeben, je vorteilhafter die Geschäftspolitik und je vorsichtiger die Rechnungslegung ist. Dann reduziert mehr Enforcement die Qualität der Rechnungslegung, weil es die Bilanzpolitik verringert (siehe oben).

Es zeigt sich, dass mehr Enforcement nur dann zur Erhöhung der Prüfungsqualität führt, wenn es von einem relativ niedrigen Niveau startet. Eine eindeutige Beziehung zwischen der Strenge des Enforcement und der Qualität der Rechnungslegung besteht nicht, insbesondere impliziert ein Sinken der Bilanzpolitik keineswegs eine Verbesserung der Qualität des Jahresabschlusses.

Weiterhin ist zu beachten, dass ein Enforcement-Verfahren vom Umfang her nicht mit einer Abschlussprüfung vergleichbar ist. Der Prüfer ist verpflichtet, mit teils hohem Personaleinsatz vor Ort eine hinreichende Sicherheit über die Verlässlichkeit des Jahresabschlusses zu erhalten, wird dadurch zu einem Quasi-Insider und verfügt über zahlreiche Detailinformationen über ein Unternehmen. Demgegenüber werden Enforcement-Verfahren zumeist von nur wenigen Personen der Enforcement-Institution durchgeführt, basierend auf bestimmten Schwerpunkten, vielfach durch reine Auswertung von Unterlagen und Beantwortung von Fragen durch das Unternehmen und dessen Prüfer.¹⁰ Ein Enforcement ist daher kein gleichwertiger Ersatz einer Abschlussprüfung. Wenn durch ein strengeres Enforcement die Prüfungsqualität, wie in Abbildung 3 gezeigt, reduziert wird, kann das auch deshalb mit einem Verlust der Qualität der Rechnungslegung einhergehen, weil der Prüfer sein besseres Wissen über die Situation des Unternehmens nur noch in geringerem Umfang in den Abschluss einbringen kann.

These 2 besagt letztlich, dass es ein „Zuviel“ an Enforcement geben kann, wenn man die Qualität von Rechnungslegung und Prüfung im Auge hat. Natürlich ist auch bei dieser Argumentation zu beachten, dass sie konzeptionell ausgerichtet ist. Für die Implementierung in der Praxis ist es wichtig zu wissen, wo man steht, wenn man dem Enforcement mehr oder weniger Ressourcen zuweisen will (bezogen auf Abbildung 3 links oder rechts von f_0). Unabhängig davon sind die Resultate bezüglich der Sanktionen eindeutiger. So verringern z. B. höhere Sanktionen gegenüber dem Management den Prüfungsumfang und mindern die Bilanzpolitik, was jedoch auch nachteilig für die Qualität der Rechnungslegung sein kann.

3. Internes Kontrollsystem und Rechnungslegung

Für die Qualität der Rechnungslegung und für die Abschlussprüfung ist auch das Interne Kontrollsystem (IKS) eines Unternehmens von großer Bedeutung. Ein IKS dient der Überwachung und Kontrolle aller im Unternehmen ausgeführten Prozesse. Ziel ist es, die Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit der betrieblichen Tätigkeiten, die Zuverlässigkeit der Finanzberichterstattung und die Einhaltung der für das Unternehmen maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften zu gewähr-

¹⁰ Die in Österreich bestehende Struktur des Verfahrens ist abrufbar unter: http://www.oepf-afrep.at/fileadmin/user_upload/OePR_Broschuere_DEF_low.pdf. Für Details über das in Deutschland bislang geltende Verfahren siehe <https://www.frep.info/pruefverfahren.php>.

leisten.¹¹ Im Folgenden interessiert vor allem das IKS im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess, das auch im Lagebericht zu beschreiben ist. Das IKS bildet innerbetrieblich die grundlegende Institution eines Enforcement rechtlicher Regeln, die eine Nichteinhaltung gewissermaßen an der Quelle verhindern soll. Und es ist auch erkennbar, dass bei auftauchenden Skandalen, wie z. B. auch im schon angesprochenen Wirecard-Fall, das IKS offenkundig versagt hat.

Für die Einrichtung eines IKS ist primär der Vorstand zuständig. Der Aufsichtsrat und insbesondere der Prüfungsausschuss haben sich im Rahmen ihrer Überwachungsaufgaben mit der Wirksamkeit des IKS zu befassen. Für den Abschlussprüfer ist das IKS im Rahmen des sogenannten „risikoorientierten Prüfungsansatzes“ wichtig, um verbleibende Risiken abzuschätzen und die weiteren Detailprüfungen zu planen. Er muss auch über wesentliche Schwächen bei der internen Kontrolle des Rechnungslegungsprozesses im Prüfungsbericht berichten, nimmt jedoch keine Prüfung der Wirksamkeit des IKS vor.

Die inhaltlichen Vorgaben des Gesetzgebers für ein wirksames IKS sind nicht sehr konkret. Erstens sind die Standards, an denen die Effektivität des IKS zu beurteilen ist, nicht im Detail festgelegt, vor allem weil die effiziente Ausgestaltung von den individuellen Gegebenheiten im jeweiligen Unternehmen abhängt. Zweitens sind die Regelungen zum IKS kaum mit Sanktionen bewehrt. Selbst wenn es Schwächen aufweist, führt dies i. d. R. nicht zu Strafen. In den USA ist sogar eine Berichterstattung hinsichtlich der Effektivität des IKS im Abschluss oder auch durch den Abschlussprüfer vorgesehen (Sec. 404 SOX), aber es werden an ein ineffektives IKS ebenfalls keine unmittelbaren Sanktionen geknüpft, selbst wenn es den Marktteilnehmern bekannt wird. Sanktionen sind aber dann zu erwarten, wenn ein Unternehmen einer falschen Rechnungslegung überführt wird. In diesem Fall hat ein ineffektives IKS tendenziell eine höhere Strafe zur Folge als im Fall eines effektiven IKS, eben weil das Management seinen Verpflichtungen hinsichtlich des IKS nicht nachkam.

Gerade beim Auftreten von Bilanzskandalen wird auch wieder diskutiert, ob die Standards für IKS erhöht und die Strafen für ineffektive IKS verschärft werden sollen. Unsere folgende These 3 ist, dass beides nicht unbedingt vorteilhaft ist, sondern einen gegenteiligen Effekt auslösen kann.

These 3: Eine Verschärfung des Enforcement von Standards zu internen Kontrollen kann Anreize zu Bilanzmanipulation erhöhen.

Der Zusammenhang von IKS-Standards und deren Kosten, den Anreizen des Managements, diese Standards zu implementieren, sowie der Strafhöhe basiert auf einer Modellanalyse¹² im Rahmen des folgenden Settings:

¹¹ Vgl. dazu allgemein das Rahmenkonzept in COSO, Internal Control – Integrated Framework, Durham, NC 2013.

¹² *Schantl/Wagenhofer*, Optimal Internal Control Regulation: Standards, Penalties, and Leniency in Enforcement, Journal of Accounting and Public Policy 2020 (in Druck).

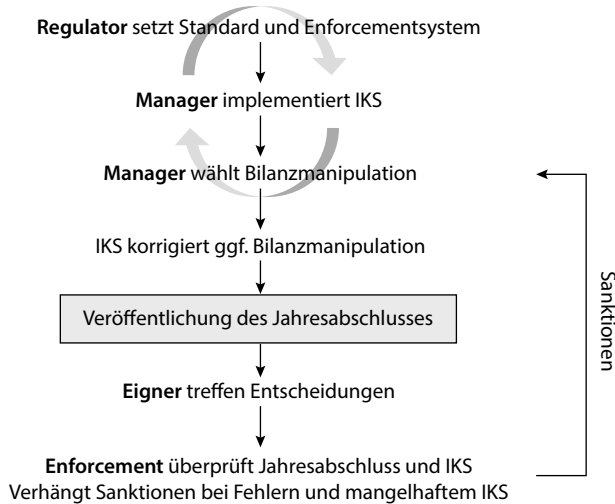


Abb. 4: Rechnungslegung, Prüfung und Enforcement

Die Details sind wie folgt:

- Der Manager erhält mehr Information über die künftigen Cashflows des Unternehmens und ist verpflichtet, einen Bericht (den Jahresabschluss) darüber zu veröffentlichen. Der Manager kann den berichteten Gewinn jedoch durch Bilanzmanipulation verzerren, um seine erfolgsabhängige Vergütung zu erhöhen. Manipulation verursacht dem Manager zwar keine direkten Kosten, jedoch muss er das Risiko von Sanktionen im Fall beachten, dass die Manipulation später aufgedeckt wird.
- Manipulation bewirkt Nachteile für die Eigner des Unternehmens, weil sie auf Basis der fehlerhaften Rechnungslegung falsche Entscheidungen treffen und einen Schaden erleiden können.
- Zu den Aufgaben des Managers gehört auch die Implementierung eines IKS, welches spätere Bilanzmanipulation erschwert. Ein effektiveres IKS verursacht steigende Kosten für das Unternehmen, und ein IKS, das Manipulation vollständig verhindert, ist nicht möglich.
- Der Regulator setzt einen IKS-Standard und ist auch für das Enforcement der Rechnungslegung und des IKS zuständig, welches mit Hilfe nachträglicher zufälliger Überprüfungen erfolgt. Wird Manipulation der Rechnungslegung entdeckt, verhängt der Regulator eine Strafe, deren Ausmaß einerseits von der Höhe der Manipulation und andererseits vom Umfang des Abweichens vom IKS-Standard abhängt. Das Ziel des Regulators ist eine Erhöhung des gesellschaftlichen Wohlstands, der konkret von dem erwarteten Nachteil für die

Eigner und von den Kosten des IKS abhängt. Strafen verteilen Vermögen um und verändern den Wohlstand nicht.

Der Manager möchte einerseits Manipulation betreiben, um seine Vergütung zu erhöhen. Deshalb hat er an sich keinen Anreiz, in ein starkes IKS zu investieren. Ganz im Gegenteil: Ein effizientes IKS führt dazu, dass die Anstrengungen zu Manipulation zum Teil ins Leere laufen, wenn das IKS den Versuch der Manipulation verhindert. Der Anreiz, in das IKS zu investieren, entsteht nur aufgrund der Gefahr einer Sanktion im Falle, dass Manipulation im Jahresabschluss erfolgreich war und beim Enforcement aufgedeckt wird.

Betrachten wir zunächst den Fall, dass das Enforcement von Manipulation und IKS getrennt erfolgt. Dann ist die drohende Sanktion für Manipulation unabhängig von einer solchen für das Nichtbefolgen des IKS-Standards. Vorausgesetzt, die Sanktion für IKS-Standardverstöße ist proportional zur Abweichung vom Standard, dann ergibt sich als Lösung, dass der Manager bei geringem Strafausmaß (der Strafe pro Einheit Abweichung vom Standard) überhaupt nicht in das IKS investiert und bei hinreichend hohem Strafniveau den IKS-Standard gerade erfüllt. Analog ergibt sich die optimale Manipulation unabhängig von der Effektivität des IKS, weil ja Manipulation und Strafe nur dann entstehen, wenn das IKS Manipulation nicht verhindern kann.

Wenden wir uns nun dem Fall zu, in dem das Enforcement des IKS-Standards nur dann erfolgt, wenn Manipulation erfolgreich war und vom Bilanz-Enforcement entdeckt wird. Diese Konstellation scheint auf den ersten Blick nachteilig zu sein, weil dadurch das IKS-Enforcement weniger streng ist. Es zeigt sich aber, dass der Umfang der Manipulation kleiner ist im Fall, dass Manipulation unabhängig vom IKS bestraft wird. Es kommt nämlich nicht auf die absolute Höhe der Strafe für Manipulation an, sondern auf die marginale Strafe. Durch das Kombinieren von Strafen für Manipulation und für die Nichtbefolgung des IKS-Standards, wenn Manipulation entdeckt wurde, ist das erwartete Strafausmaß pro Einheit an mehr Manipulation höher, und dies erhöht die Abschreckung bei Manipulation – darauf kommt es ja in erster Linie an.

Daraus ergibt sich bei erstem Hinsehen ein paradoxes Resultat: Der Regulator hat ein Interesse, dass der Manager den IKS-Standard nicht vollständig erfüllt, weil dies das marginale Strafausmaß für Manipulation erhöht und zu weniger Manipulation führt. Das führt dazu, dass er den IKS-Standard tendenziell zu hoch setzt, um dem Manager das Einhalten nicht zu leicht zu machen.

Der Regulator hat nun zwei Instrumente für das Enforcement: zum einen die Höhe des IKS-Standards und zum anderen das Strafausmaß, wenn der IKS-Standard nicht eingehalten wird. Dabei ist zu beachten, dass das IKS (in dem spezifischen Modellfall) nur der Verhinderung von Manipulation dient, aber gleichzeitig dem Unternehmen Kosten verursacht und damit den gesellschaftli-

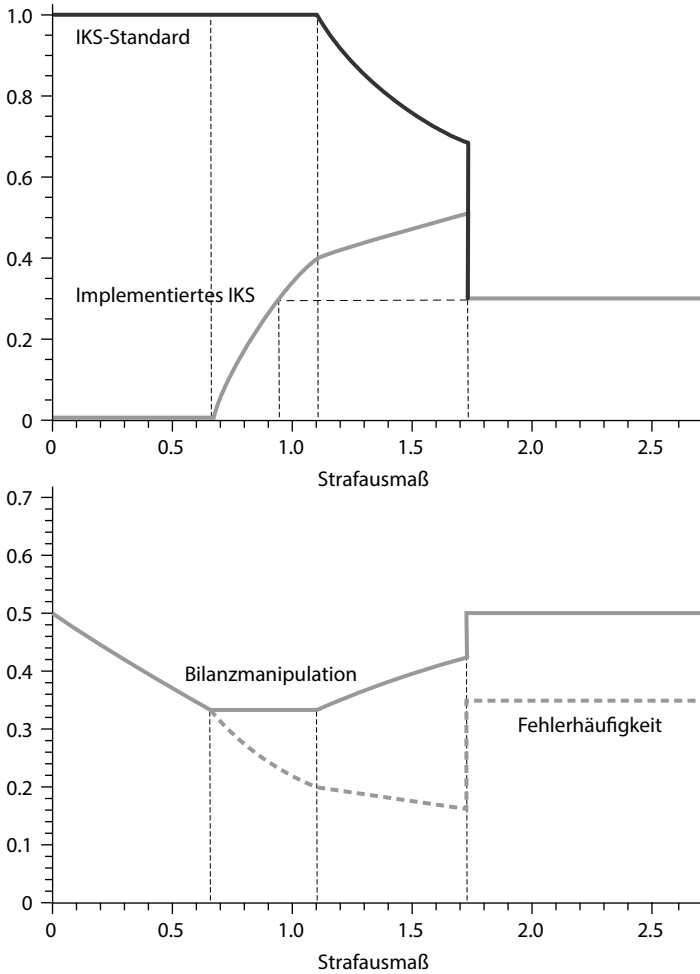


Abb. 5: IKS-Standard, IKS-Implementierung und Manipulation
(Schantl/Wagenhofer, Fn. 12)

chen Wohlstand vermindert. Das heißt, dass der Regulator aus Kostensicht Investitionen in das IKS nicht zu hoch setzen möchte.¹³ Im Gegensatz dazu ist das Festlegen der Höhe des IKS-Standards für sich gesehen kostenlos. Abbildung 5 zeigt, wie der optimale Standard abhängig vom Strafmaß gesetzt werden

¹³ In den USA wurden die Regelungen zu IKS mit SOX 2002 eingeführt, die zu hohen Kosten für viele Unternehmen führten. In der Folge wurden die Anforderungen für kleinere Unternehmen wieder etwas nach unten korrigiert. Kürzlich hob die SEC die Verpflichtung zur Bescheinigung der Effektivität durch den Prüfer für kleinere börsennotierte Unternehmen auf.

sollte und welche Auswirkung dies auf den Umfang an Manipulation und die Qualität der Rechnungslegung hat (diese entspricht 1 abzüglich der Fehlerwahrscheinlichkeit).

Bei relativ niedrigem Strafausmaß schraubt der Regulator den Standard hoch, um mehr Investition in das IKS, aber noch wichtiger, um eine höhere marginale Strafe für Manipulation zu erreichen. Bei etwas höherem Strafausmaß reduziert der Regulator den IKS-Standard, um keine zu umfangreiche Überinvestition in das IKS zu induzieren, weil die Kosten des IKS den Vorteil überwiegen. Wenn das Strafausmaß sehr hoch ist, dann hält der Manager den IKS-Standard ein, und die Situation entspricht dann derjenigen, in der das Enforcement von Manipulation und IKS faktisch getrennt ist. Damit steigt hier die Manipulation wiederum auf einen höheren Wert. Wie in These 3 formuliert, kann eine Verschärfung des Enforcement von IKS-Standards daher unerwünschte Manipulation erhöhen.

Wie in der Abbildung auch deutlich wird, ist die Manipulation in einem mittleren Strafausmaß am geringsten und steigt dann wieder an. Aber selbst wenn Manipulation wieder steigt, gibt es einen Bereich, in dem die Fehlerhäufigkeit des Jahresabschlusses noch sinkt. Der Grund dafür liegt darin, dass die Effektivität des IKS weiterhin steigt und dadurch den Erfolg erhöhter Manipulation vereitelt. Die Fehlerhäufigkeit ist für jenes Strafausmaß am geringsten, bei dem der IKS-Standard gerade noch nicht voll eingehalten wird.

Dennoch ist dieses Strafausmaß nicht gleichzeitg das wohlstandsmaximale, weil dafür ja auch die Kosten des IKS berücksichtigt werden müssen. Tatsächlich lässt sich zeigen, dass die wohlstandsmaximale Regulierung für die Abbildung 5 zugrunde liegenden Parameterwerte bei einem relativ geringen Strafausmaß von 0,83 erreicht wird. Dazu setzt der Regulator den maximal hohen IKS-Standard, der zu einer relativ geringen Investition in das IKS führt (sie liegt unter der Effektivität, die ohne Anreizprobleme wohlstandsmaximal wäre). Selbst wenn dem Regulator ein höheres Strafausmaß für die Nichteinhaltung des IKS-Standards zur Verfügung stünde, sollte er es nicht vorschreiben, weil damit das subtile Zusammenspiel von Wirkungen des IKS-Standards und der Strafstruktur zum Nachteil des gesellschaftlichen Wohlstands verlagert wird.

Diese Ergebnisse zeigen, dass im ersten Moment plausible Annahmen über die Wirkung von stärkerem Enforcement nicht unbedingt zutreffen. Diese würden ja besagen, dass ein höheres Strafausmaß regelmäßig eine Verbesserung der Einhaltung der gesetzlichen Regeln bewirkt. Dies trifft in diesem Modell für das Strafausmaß für Bilanzmanipulation zu, nicht jedoch für die Einhaltung von IKS-Standards. Im Gegenteil, der Regulator setzt den IKS-Standard zum Teil bewusst zu hoch, um das Nichteinhalten des Standards zu nutzen, und die Strafen niedrig, um damit indirekt die Manipulationsanreize zu mindern.

III. Resümee

Dieser Beitrag hat zum Ziel, der Theoriebildung im Bereich von Smart Regulation zu dienen. Entscheidungsträger in der Wirtschaft sind „smart“, und es erfordert auch eine „smarte“ Regulierung, um gesellschaftlich gute Lösungen zu finden. Dazu gehört vor allem auch, zunächst intuitiv plausible Wirkungszusammenhänge zu hinterfragen und auf ihre tatsächlichen Anreize hin zu untersuchen. Dies erfolgt in diesem Beitrag mit Hilfe der Darstellung einiger ausgewählter informationsökonomischer Forschungsergebnisse zu Regulierung und Enforcement im Bereich der Rechnungslegung.

Die Informationsökonomik hat die Stärke, Wirkungsmechanismen rational handelnder Akteure in Situationen asymmetrischer Information abzubilden. Die Akteure treffen ihre Entscheidungen ja nicht nur unter der Berücksichtigung direkter Wirkungen von Entscheidungsalternativen, sondern sind „smart“ in dem Sinne, dass sie Strategien und Entscheidungen anderer Marktteilnehmer antizipieren und in ihre Entscheidungsfindung einfließen lassen. Gerade durch die gegenseitigen Interdependenzen auf Basis von Erwartungen über, und Antizipation der, Entscheidungsstrategien anderer Akteure treten daher öfter Situationen ein, in denen eine eindimensionale Intuition versagt. Bleiben solche Interdependenzen unbeachtet, entsteht die Gefahr nicht intendierter Wirkungen einer an sich gut gemeinten Regulierung.

Wir zeigen, wie Smart Regulation in drei Bereichen erfolgen kann und dass intuitive Vorstellungen von differenzierten Wirkungszusammenhängen nicht unbedingt zutreffen.

- Abschlussprüfung: Sollen Prüfungsstandards präzise oder vage verfasst werden? Unsere These 1 ist, dass vage Standards zu einer Erhöhung der Prüfungsqualität führen können, weil Unsicherheit im Enforcement Anreizwirkungen verstärkt.
- Enforcement der Rechnungslegung durch eine eigene Institution nach Veröffentlichung des Jahresabschlusses: Verbessert eine Stärkung des Enforcement die Qualität der Rechnungslegung? Unsere These 2 besagt, dass dies nicht immer der Fall ist, und zwar gerade dann nicht, wenn das Enforcement bereits relativ stark ist.
- Internes Kontrollsystem: Reduziert ein effektiveres IKS die Fehlerhäufigkeit in Jahresabschlüssen und erhöht es den gesellschaftlichen Wohlstand? Unsere These 3 zeigt, dass die Wirkung des IKS gerade dann am höchsten ist, wenn der Standard so hoch ist, dass er nicht vollständig eingehalten wird und Nichteinhaltung nur bestraft wird, wenn Manipulation eintrat, und dann nur mit einem milden Strafausmaß.

Es ist offensichtlich, dass solche aus spezifischen Modellen abgeleiteten Ergebnisse nicht unmittelbar einen quantitativen Leitfaden für Politik und Regulie-

rungspraxis geben können. Die Ergebnisse sind vielfach Möglichkeitsergebnisse – das heißt, die Intuition versagt für manche Situationen, aber nicht immer. Die Forschung in diesem Bereich soll jedoch erwünschte und unerwünschte Wirkungen einer Regulierung aufzeigen und eine bessere Entscheidungsgrundlage für eine Regulierung schaffen.

Die Modelle werden trotz vereinfachter Grundsituationen rasch sehr komplex, und so kann man sich gut vorstellen, dass eine Berücksichtigung von noch mehr – tatsächlich bestehenden – Entscheidungsträgern, Entscheidungen und deren Interdependenzen es noch schwieriger macht, einfache und klare Aussagen zu treffen, wie dies oft seitens der Politik gewünscht ist. Letztlich sind Abwägungen vorzunehmen, aber je stärker sie auf wissenschaftlich fundierten Erkenntnissen beruhen, desto bessere Entscheidungen können gefällt werden.

Enforcement der Rechnungslegung aus Sicht der Praxis

*David Grünberger*¹

Angesichts der steigenden Komplexität und Vernetzung wirtschaftlicher Aktivitäten, deren Risiken und folglich deren Regulierung ist eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Thema Smart Regulation von größtem öffentlichen Interesse. Mit überprüften Erkenntnissen kann die Effizienz verbessert werden; außerdem können wissenschaftlich erklärbare Konzepte auf unterschiedliche Regulierungsbereiche übertragen werden. Durch einen wissenschaftlich definierten gemeinsamen Nenner können Erfahrungswerte zu verschiedenen Regulierungen ausgetauscht und die Beurteilung standardisiert werden.

Dazu leistet der Beitrag von Ewert und Wagenhofer einen wesentlichen Beitrag. Denn gerade in der Finanzberichterstattung ist die Regulierung besonders komplex. Mit jedem größeren Bilanzskandal wurden immer neue Regulierungskonzepte und Instanzen erschaffen, die von interner Kontrolle, Aufsichtsrat (samt Prüfungsausschuss), Wirtschaftsprüfer, Enforcementstellen, Strafgerichtsbarkeit bis zur zivilrechtlichen Haftung reichen. In manchen Jurisdiktionen sind einige Instanzen sogar zweigeteilt, z. B. die Wirtschaftsprüfung (bei einem Joint Audit) oder zweistufige Enforcementsysteme. Dazu kommen angrenzende Regulierungen, z. B. bei Banken und Versicherungsunternehmen. Wie Ewert und Wagenhofer am Beispiel von Enforcement und Wirtschaftsprüfung zeigen, kann sich je nach Parameterwahl ein Gleichgewicht ergeben, das Synergien oder Leerläufe schafft. Dies könnte auch ein Grund dafür sein, dass trotz aller Regulierungsinstanzen immer noch wesentliche Bilanzierungsfehler bis hin zu größeren Bilanzskandalen auftreten und ein Beobachter den Eindruck gewinnt, die einzelnen Regulatoren wären nicht ausreichend effektiv. Vielleicht ist es aber das Regulierungssystem selbst, das jene Ineffizienz hervorruft, so viel sich die unterschiedlichen Regulatoren auch um ihre eigene Effizienz bemühen.

Allerdings können mehrere parallele Regulierungsinstanzen auch sinnvoll sein, wie bereits im Beitrag von Ewert und Wagenhofer gezeigt. Aber es gibt

¹ Der Autor gibt seine persönliche Meinung wieder.

noch weitere Argumente für getrennte Regulierungsinstanzen, die untersucht werden könnten: 1.) Wettbewerb zwischen Regulatoren um Qualität oder Fehleraufdeckung. 2.) Stärkere politische und wirtschaftliche Unabhängigkeit, weil die externe Beeinflussung ebenfalls komplexer wird. 3.) Stärkere Spezialisierung, etwa in unterschiedlichen Fachbereichen (so profitiert z. B. eine integrierte Aufsichtsbehörde von fachlichen Synergien mit der Banken- und Versicherungsaufsicht). 4.) Stärkere Spezialisierung im Prüfprozess: Enforcementstellen haben weniger Zeitdruck als Wirtschaftsprüfer und können Spezialfragen ausgiebiger untersuchen.

Wirtschaftsprüfer und private Enforcementstellen haben weniger formale Anforderungen und können flexibler prüfen als Behörden, die an ihr Verfahrensrecht gebunden sind. Dafür haben Behörden aufgrund hoheitlicher Befugnisse stärkere Durchsetzungskraft, was allerdings auch die Akzeptanz beim Unternehmen belastet. Damit sind eher reguläre und häufige Bilanzierungsfehler effektiver durch private Prüfer und komplexe bzw. gut versteckte Fehler besser durch Behörden aufzudecken.

Die Effizienz der Rechnungslegungskontrolle wird daher auch vom Kontext bestimmt. So könnte es bei einem zweistufigen Enforcementsystem mehr Überschneidungen zwischen privater Instanz und Wirtschaftsprüfung geben. Ein streng vollzogenes Bilanzstrafrecht könnte zu ineffektiven Überschneidungen mit Enforcementbehörden führen. Dennoch lassen sich die von Ewert und Wagenhofer erklärten Zusammenhänge auch auf diese Konstellationen anwenden.

Sehr wahrscheinlich ist die komplexe Regulierung der Finanzberichterstattung einfach nur ein Symptom: Dafür, dass Finanzberichterstattung an sich schwer durchsetzbar und von Natur aus fehleranfällig ist. Einerseits motiviert strengere Kontrolle auch zu einer besseren Fehlerverdeckung und erzeugt eine Lernwirkung. Andererseits könnte die Trittbrettfahrerproblematik für individuelle Unternehmen den Anreiz für Bilanzierungsfehler erhöhen: Bei guter Compliance des Gesamtmarkts fallen die Risikoprämien für alle Unternehmen, was individuellen Unternehmen Vorteile aus einem Bilanzierungsfehler verschafft. Denn der Vorteil aus dem Fehler kommt dem Unternehmen zugute, während der Reputationsverlust einer späteren Aufdeckung dem Kollektiv schadet.

Um die *Finanzberichterstattung robuster zu gestalten*, könnten die technologischen Entwicklungen des letzten Jahrzehnts genutzt werden. Durch granulare (detaillierte), standardisierte Daten kann die Interpretation eines sehr umfangreichen Zahlenmaterials zunehmend dem Bilanzadressaten überlassen werden. Die normativen und interpretationsabhängigen Bewertungsregeln können reduziert werden. Auf einer granularen Ebene sind zwar ebenfalls Datensatzdefinitionen einzuhalten, aber sie sind näher an der objektiven Transaktion, d. h. dem einzelnen Geschäftsvorfall, was die Prüfung vereinfacht. Diese kann

besser mit statistischen Methoden ansetzen. Außerdem ist bei der Einordnung von Transaktionen in granulare Datensätze weniger klar, wie der Bilanzadressat die Daten interpretieren wird; dies mindert den Anreiz für Fehlerbegehung.

Ein noch größerer Vorteil granularer, datenbasierter Finanzberichterstattung entsteht beim Empfänger. Er kann Quervergleiche zwischen Unternehmen anstellen (Benchmarking). Der Wettbewerb um Renditen erzeugt auch einen Anreiz beim Investor, unplausible Datensätze aus Quervergleichen zu identifizieren und damit Zweifel an der Richtigkeit der Daten beim berichtenden Unternehmen einzupreisen (und nicht nur einem gesamten Markt anzulasten). Dies wiederum erhöht den individuellen Anreiz für Unternehmen, korrekte Daten zu veröffentlichen. Außerdem wissen die Unternehmen nicht, welche stets innovativen Analysen die Investoren verwenden. Das Unternehmen profitiert unmittelbar von der außen wahrgenommenen Datenqualität, was wiederum auch die Trittbrettfahrerproblematik vermindert.

Daraus ergibt sich folgende Schlussfolgerung für eine intelligenteren Regulierung. Zuerst sollten die Finanzberichterstattungsregeln selbst möglichst objektiviert und datenbasiert gestaltet werden, um damit auch die Anreize am Markt auszunutzen, die Datenqualität durch Investoren beurteilbar zu machen, damit diese individuell durch Risikoprämien eingepreist wird. All dies wird durch stark standardisierte, granulare Daten erreicht. Der danach verbleibende Raum für institutionelle Verbesserungen muss im jeweiligen Kontext beurteilt werden. Es lässt sich aber nicht generell sagen, ob mehr oder weniger Prüfungsinstanzen sinnvoll sind. Dies wäre empirisch zu untersuchen.

Selbstregulative Standardsetzung und kooperative Durchsetzung

Erfahrungen und Zukunftschancen
aus der Perspektive des Abgabenvollzugs

Barbara Gunacker-Slawitsch

I. Vorbemerkung: Das Bestehen wechselseitiger Informationsasymmetrien im Abgabenvollzug

Die von Ewert und Wagenhofer präsentierten Forschungsergebnisse¹ zeigen, dass wir – jedenfalls in Bereichen, in denen die Förderung der Interaktion bzw. der Kooperation verschiedener Akteure im Fokus steht – unsere rechtlichen Instrumente u. U. verändern müssen. Gerade im Steuerrecht und dabei besonders im Abgabenvollzug ist dies in der Vergangenheit auch immer stärker in das Bewusstsein gerückt.

Der Abgabenvollzug ist – ähnlich den Situationen, die in den vorangegangenen Beiträgen beschrieben wurden –, von grundsätzlich gegenläufigen Interessen und wechselseitigen Informationsasymmetrien geprägt.² Aufgrund der Tatsache, dass unser Steuersystem an Umstände anknüpft, die sich in der persönlichen oder wirtschaftlichen Sphäre des Abgabepflichtigen ereignen – etwa an die Umsätze des Steuerpflichtigen oder die Aufwendungen, die zur Sicherung der Einnahmen getätigt werden –, ist der Abgabepflichtige der primäre „Wissensträger“ der für die Besteuerung bedeutsamen Tatsachen.³ Da die abgaberechtlich relevanten Umstände grundsätzlich in einem staatlich nicht permanent

¹ *Ewert/Wagenhofer*, Standards und deren Durchsetzung in Rechnungslegung und Wirtschaftsprüfung aus informationsökonomischer Sicht, in diesem Band.

² *Drüen*, in: Widmann (Hrsg.), *Steuervollzug im Rechtsstaat*, Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft e. V. 31, 2008, S. 167, 170; *Lederman*, Reducing Information Gaps to reduce the Tax Gap: When is Information Reporting Warranted? 78 *Fordham Law Review* 1733, 1735 (2010); *Ehrke-Rabel*, Geheimhaltungs- und Informationsinteressen beim automatischen internationalen Informationsaustausch nach dem GMSG, *Steuer und Wirtschaft International* 2016, 67, 68; *Müller*, Tax Governance Kodex, *Österreichische Steuerzeitung* 2018, 111. – Die folgenden Ausführungen basieren weitgehend auf der Habilitationsschrift der Autorin: *Gunacker-Slawitsch*, *Amtswegigkeit und Mitwirkung im Abgabenverfahren*, 2020.

³ *Stoll*, BAO II, 1994, S. 1352f.

kontrollierten Umfeld verwirklicht werden, hat die Abgabenbehörde von diesen Umständen zunächst keine Kenntnis und muss diese erst (nachträglich) in Erfahrung bringen.⁴ In erster Linie dienen dazu die vom Steuerpflichtigen eingereichten Abgabenerklärungen. Ob die Abgabenbehörde die vom Steuerpflichtigen darin vertretenen Auffassungen teilt, erfährt der Steuerpflichtige erst im Zuge einer (näheren) Prüfung, die – wenn überhaupt – i. d. R. erst eine erhebliche Zeit, oft erst Jahre nach der Sachverhaltsverwirklichung stattfindet.

II. Das Grundkonzept: Umfassende Mitwirkungspflichten im System kontrollierter Selbstregulierung

Um das staatliche Informationsdefizit zu überwinden, ohne das materielle Recht massiv vergrößern oder die Steuerpflichtigen zu Kontrollzwecken laufend überwachen zu müssen, werden die Steuerpflichtigen traditionellerweise durch Befehl und Zwang zu einer Kooperation mit der Abgabenbehörde verpflichtet. Dabei werden ihnen umfassende Mitwirkungs- und Offenlegungspflichten auferlegt, die über die bloße Mitteilung von Tatsachen weit hinausgehen.⁵

Insbesondere die Steuererklärung als Offenlegungsinstrument zeigt, dass sich die Verpflichtung des Steuerpflichtigen bei weitem nicht darauf beschränkt, der Abgabenbehörde im Wege der Steuererklärung lose, also rechtlich ungefilterte Tatsachen zu übermitteln. Die Ausgestaltung der Erklärungsformulare zwingt den Steuerpflichtigen, seine steuererheblichen Lebenssachverhalte unter rechtliche Tatbestände zu subsumieren.⁶ Der Steuerpflichtige unterbreitet der Abgabenbehörde daher im Ergebnis einen „Subsumtionsvorschlag“.⁷ Den Abgabepflichtigen trifft im Abgabenvollzug somit eine Vorbeurteilungspflicht, die auch eine Erkundigungspflicht inkludiert.⁸

Diese Verpflichtungen sind einerseits auf Effizienzüberlegungen zurückzuführen bzw. darauf, dass der Abgabenvollzug ohne eine massive Verringerung der Komplexität des materiellen Rechts in der Vergangenheit faktisch kaum anders vorstellbar war. Die Vorbeurteilungs- und Offenlegungspflicht im Wege der Steuererklärung schützt aber andererseits auch die Privatsphäre des Einzelnen, da dieser seine verwirklichten Lebenssachverhalte zunächst selbst auf ihre abgabenrechtliche Relevanz zu untersuchen hat und nur die – aus seiner

⁴ Ehrke-Rabel/Gunacker-Slawitsch, *Governance im Steuerrecht, Steuer- und Wirtschaftskartei* 2014, 1054, S. 1056.

⁵ Gunacker-Slawitsch (oben Fn. 2), 2020, S. 293 f.; 344 f.

⁶ Ehrke-Rabel/Gunacker-Slawitsch (oben Fn. 4), S. 1055.

⁷ Krumm, in: Schön/Sternberg (Hrsg.), *Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III*, 2018, S. 1, 7; Seer/Krumm, *Die Kriminalisierung der Cum-/Ex-Dividende-Geschäfte-Geschäfte als Herausforderung für den Rechtsstaat (Teil 2)*, *Deutsches Steuerrecht* 2013, 1814, 1816; Drüen, *Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen*, 2012, S. 130.

⁸ Gunacker-Slawitsch (oben Fn. 2), 2020, S. 355.

Sicht – abgabenrechtlich relevanten Informationen der Behörde gegenüber offenzulegen hat.⁹

Die Vorbeurteilung durch den Abgabepflichtigen ermöglicht im Ergebnis eine freiheitsschonende kontrollierte Selbstregulierung des Abgabenvollzugs.¹⁰ Dass der Abgabenvollzug faktisch von einer – regulierten und kontrollierten – Selbstregulierung durch die Steuerpflichtigen geprägt ist, zeigt bereits die heutige Vollzugsrealität:¹¹ Praktisch übernimmt die Behörde nämlich i. d. R. zunächst die Vorbeurteilung des Abgabepflichtigen in den Abgabenbescheid. Der Großteil der Fälle wird „erklärungskonform veranlagt“, d. h. der Steuerbescheid deckt sich in diesen Fällen hinsichtlich der Besteuerungsgrundlagen mit der eingereichten Abgabenerklärung. Da der Steuerpflichtige seine Steuererklärung grundsätzlich elektronisch einzureichen hat und der Behörde im Ergebnis in Zahlen „übersetzte“ und nach Kennzahlen gegliederte Subsumtionsergebnisse auf digitalem Weg bekannt gibt, ermöglicht er der Behörde, den Bescheid entsprechend seinen Angaben per Knopfdruck (theoretisch auch vollautomatisch) zu erstellen. Die einlangenden Abgabenerklärungen werden sodann automatisationsunterstützt¹² auf Plausibilität geprüft.¹³ Eine (nähere) Überprüfung findet in der derzeitigen Vollzugspraxis i. d. R. erst nach Bescheiderlassung, oft erst Jahre nach der Sachverhaltsverwirklichung statt, wobei insgesamt betrachtet nur wenige Fälle einer eingehenden Prüfung unterzogen werden.¹⁴ Ein großer Teil des Steueraufkommens¹⁵ wird durch Selbstberechnungsabgaben erhoben. Dabei hat der Abgabepflichtige auf der Grundlage der selbst ermittelten abgabenrechtlich relevanten Tatsachen die Steuer selbst zu berechnen und ohne vorangegangenes

⁹ *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 294, S. 321.

¹⁰ *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 350 ff.

¹¹ Für Deutschland: *Seer*, in: Widmann (Hrsg.), *Steuervollzug und Rechtsstaat*, Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft e. V. Bd. 31, 2008, S. 7, 31 ff.; auch *Seer*, in: Kube/Mellinghoff/Morgenthaler (Hrsg.), *Leitgedanken des Rechts*, FS P. Kirchhof, 2013, § 163 Rz. 14; a. A. Müller-Franken, *Maßvolles Verwalten*, 2004, S. 146; für Österreich: *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 306 f.

¹² Oder weitgehend automatisiert? Das ist das ist für Außenstehende derzeit nicht klar erkennbar.

¹³ *Rombold*, § 299 BAO als kleine Schwester der „Abgabefestsetzung unter Vorbehalt der Nachprüfung“, *Steuer- und WirtschaftsKartei* 2005, 910.

¹⁴ Nach dem Geschäftsbericht des BMF für das Jahr 2017 erfolgten beispielsweise bei 2,35 Mio. erledigten Betriebsveranlagungen 25.846 Betriebsprüfungen oder Umsatzsteuer-sonderprüfungen, 9.882 GPLA-Prüfungen (Gemeinsame Prüfung lohnabhängiger Abgaben) und 20.399 sonstige Prüfungsmaßnahmen. Dies entspricht in diesem Bereich einer Prüfungsdichte von ca. 2,4 %, *BMF*, *Die österreichische Steuer- und Zollverwaltung*, Geschäftsbericht 2017, S. 65, abrufbar unter: https://www.bmf.gv.at/dam/jcr:74a83742-2901-460a-9223-6de0fd9be417/Geschaeftsbericht_des_BMF_2017.pdf.

¹⁵ Im Jahr 2019 betrug allein das Lohnsteueraufkommen 28.480,8 Mio. Euro bei einem gesamten Abgabenerfolg des Bundes von 90.893,3 Mio. Euro, vgl. *BMF*, *Die österreichische Steuer- und Zollverwaltung*, Geschäftsbericht 2019, abrufbar unter: https://www.bmf.gv.at/dam/jcr:c66dfdb3-f6aa-4a23-949f-5a21fc0778b4/Gesch%C3%A4ftsbericht_2019.pdf.

behördliches Tätigwerden zu entrichten. Auch hier wird die Selbstberechnung i. d. R. zunächst akzeptiert und werden nur einige wenige Fälle näher überprüft.

Das Modell der kontrollierten Selbstregulierung wird nicht nur praktisch gelebt, sondern ist auch rechtlich angelegt: Die Behörde ist weder verpflichtet noch berechtigt, sämtliche „Fälle“ intensiv zu prüfen.¹⁶ Das Abgabeverfahren ist sowohl von einem (verfassungsrechtlich im Legalitätsprinzip und Gleichheitssatz wurzelnden) Ermittlungsprinzip als auch von einem Kooperations- und Vertrauensprinzip geprägt. Das Vertrauensprinzip – das sowohl das Effizienzprinzip als auch das Prinzip der möglichst optimalen Freiheitssicherung des Einzelnen widerspiegelt – besagt, dass der Staat dem Bürger einen Vertrauensvorschuss gewährt, solange kein Anlass dafür besteht, diesen zurückzunehmen.¹⁷ Vor diesem Hintergrund richtet die Bundesabgabenordnung (BAO) an die Verwaltung einen risikoorientierten Kontrollauftrag: Sie ist zur Entwicklung eines verhältnismäßig und sachlich ausgestalteten Kontrollsystems verpflichtet.¹⁸

Diese grobe Skizzierung des Abgabenvollzugs soll für das heutige Thema vor allem zweierlei verdeutlichen: 1. Das dem Abgabenvollzug zugrunde liegende Modell einer Selbstregulierung mit behördlicher Kontrollverantwortung¹⁹ setzt ein Vertrauen in die Abgabepflichtigen voraus. Je weniger der Staat darauf vertrauen darf, dass die Selbstregulierung durch die Abgabepflichtigen funktioniert, d. h. die Abgabepflichtigen ihre abgabenrechtlichen Pflichten ordnungsgemäß erfüllen, desto intensiver muss die Behörde zur Wahrung der Gesetz- und Gleichmäßigkeit der Besteuerung die Abgabepflichtigen überprüfen. Je höher das Vertrauen des Staates in seine Bürger ist, desto stärker kann sich die Verwaltung (in diesen Bereichen) zurückziehen, ohne dabei verfassungsrechtliche Grundsätze zu verletzen. – Überlegungen zur Weiterentwicklung des Abgabenvollzugs haben sich daher in letzter Zeit, wie in weiterer Folge gezeigt werden wird, (auch) auf die Suche nach Möglichkeiten konzentriert, das Vertrauen des Staates in die Abgabepflichtigen (und umgekehrt) – sachlich gerechtfertigt – zu erhöhen, um den Abgabenvollzug noch stärker zu einem System der kontrollierten Selbstregulierung auszubauen. 2. Beim Abgabeverfahren handelt es sich um ein Massenphänomen, das mit begrenzten Ressourcen zu bewältigen ist.²⁰ Für das Funktionieren des Abgabenvollzugs spielt die Mitwirkung des Steuerpflichtigen eine ganz zentrale Rolle. Für den Gesetzgeber ist es daher von besonderer Bedeutung, über Erkenntnisse zu verfügen, wie die Mitwirkungsbereitschaft der Steuerpflichtigen gefördert werden kann.

¹⁶ *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 550.

¹⁷ *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 287f.; S. 550.

¹⁸ Dazu ausführlich *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 286 ff.

¹⁹ Zur Verantwortung der Verwaltung im Abgabenvollzug siehe *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 305 ff.

²⁰ Dazu schon VfGH 19.6.1965, G 24/64, VfSlg 4986; vgl. auch z. B. *Ehrke-Rabel/Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 4), 1055; zu verfassungsrechtlichen Überlegungen i. Z. m. dem Effizienzprinzip *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 76 f.

III. Modellannahmen zur Förderung der Mitwirkungsbereitschaft

1. Das Abschreckungsmodell

Setzt sich der Gesetzgeber mit der Frage auseinander, wie er Steuerpflichtige durch eine „gute“ Regulierung zu einer (höheren) Mitwirkung bewegen kann, muss er sich mit (Verhaltens-)Modellen beschäftigen. Das Recht ähnelt hier der (Verhaltens-)Ökonomie. In vorangegangenen Beiträgen wurde dargelegt, dass in der ökonomischen Analyse zur Reduktion der Komplexität des menschlichen Verhaltens mit Modellen gearbeitet wird.²¹ Auch dem Recht liegen Modellannahmen zugrunde. Der Gesetzgeber muss bei der Fassung allgemeiner Gesetze zwangsläufig von Modellvorstellungen ausgehen und die Normadressaten typisieren.²² Dabei muss er schon aufgrund des Umstands, dass das Recht zu einem großen Teil auf die Akzeptanz seiner Adressaten angewiesen ist, das menschliche Verhalten berücksichtigen und Verhaltensannahmen treffen.²³

Bei der Gestaltung des Abgabenverfahrensrechts hat sich der Gesetzgeber grundsätzlich – entsprechend der Grundannahme des ökonomischen Verhaltensmodells – am Modellbild des Steuerpflichtigen als eigennützig bzw. rational agierenden Homo oeconomicus orientiert.²⁴ Diese Modellannahme deckt sich mit (älteren) Forschungen zur Tax Compliance, in denen der „typische“ Steuerpflichtige als rational handelndes Individuum qualifiziert wurde, welches stets bestrebt ist, seinen eigenen Nutzen zu maximieren.²⁵ Angenommen wurde, dass Steuerpflichtige, die vor der Entscheidung stehen, wie steuerehrlich sie sich verhalten sollen, i. d. R. eine Kosten-Nutzen-Analyse vornehmen und eine Abwägungsentscheidung treffen zwischen der Nutzenmaximierung durch Steuerersparnis aufgrund Hinterziehung und dem Risiko, entdeckt und bestraft zu werden.²⁶ Da dieser Modellannahme zufolge Entdeckungswahrscheinlichkeit und Strafhöhe die Steuerzahlungsbereitschaft maßgeblich beeinflussen, wurde empfohlen, die Steuerpflichtigen durch staatliche Zwangsmaßnahmen, Kontrol-

²¹ Ewert/Wagenhofer, in diesem Band.

²² G. Kirchhof, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, S. 3 ff.; Storr, Governance, Behavioural Science und das Bild des Menschen im Verfassungsrecht, Austrian Law Journal 2014, 78, 84.

²³ Gunacker-Slawitsch (oben Fn. 2), 2020, S. 724.

²⁴ Gunacker-Slawitsch (oben Fn. 2), 2020, S. 615 f.

²⁵ Gunacker-Slawitsch (oben Fn. 2), 2020, S. 615 unter Verweis auf Brizi/Giacomntonio/Schumpe/Mannetti, Intention to pay taxes or to avoid them: The impact of social value orientation, 50 Journal of Economic Psychology 22 (2015); Alm, Does an Uncertain Tax System Encourage „Aggressive Tax Planning“, Tulane University Working Paper 1403, 10 (2014).

²⁶ Dazu z. B. Lederman, The Interplay Between Norms and Enforcement in Tax Compliance, 64 Ohio State Law Journal 1453 (2003); OECD, Forum on Tax Administration, Information Note, Understanding and Influencing Taxpayers' Compliance Behaviour, 2010, S. 11, 14.

len und Strafen zur Einhaltung ihrer Verpflichtungen anzuhalten²⁷ (sog. Abschreckungsmodell).²⁸

2. Das differenzierende Modell

In der Folge wurde das Abschreckungsmodell allerdings relativiert und weiterentwickelt.²⁹ Forschungsergebnisse belegen, dass die Bereitschaft zu einem steuerehrlichen Verhalten mit der Intensivierung staatlicher Zwangsmaßnahmen nicht im angenommenen Ausmaß steigt und die Angst vor einer Strafe auch nicht der alleinige Grund dafür ist, dass die Menschen ihre gesetzlich geschuldeten Steuern entrichten.³⁰ Mit Hilfe der Forschungsergebnisse insbesondere aus der Verhaltensökonomie und Psychologie konnte auch erklärt werden, dass nicht alle Steuerpflichtigen gleichermaßen auf Befehl und Zwang reagieren.³¹ Ihr Verhalten hängt von unterschiedlichen Faktoren ab,³² zu denen unter anderem auch die intrinsische Motivation zur Steuerehrlichkeit zählt.³³

Mittlerweile gehen Vertreter der Verhaltenswissenschaften³⁴ (insbesondere Verhaltensökonominnen und Psychologen), die sich mit Einflussfaktoren auf die Mitwirkungsbereitschaft bzw. die Tax Compliance³⁵ beschäftigen, davon aus, dass das Abschreckungsmodell zwar nützlich ist, das menschliche Verhalten aber zu stark vereinfacht erklärt.³⁶ Die Einflussfaktoren auf das menschliche Verhalten seien vielfältig und komplex.³⁷

²⁷ Dazu z. B. *Job/Honaker*, in: V. Braithwaite (Hrsg.), *Taxing Democracy*, 2003, S. 111, 113 m. w. N.; *Brizi/Giacomtonio/Schumpe/Mannetti* (oben Fn. 25); *Hallsworth/List/Metcalf/Vlaev*, *The behavioralist as tax collector: Using natural field experiments to enhance tax compliance*, 148 *Journal of Public Economics* 14 (2017).

²⁸ *OECD* (oben Fn. 26), 2010, S. 11.

²⁹ Vgl. dazu den Bericht der *OECD* (oben Fn. 26), 2010, S. 11 ff.

³⁰ *Lederman* (oben Fn. 26), S. 1457 ff. m. w. N.; *OECD* (oben Fn. 26), 2010, S. 11 m. w. N.

³¹ *Ehrke-Rabel*, in: Stiftung Familienunternehmen (Hrsg.), *Aspekte der Unternehmenstransparenz*, Jahresheft des wissenschaftlichen Beirats der Stiftung Familienunternehmen, 2019, S. 15, 19.

³² *Lederman* (oben Fn. 26), S. 1459 f.; *OECD* (oben Fn. 26), 2010, S. 11.

³³ *Ehrke-Rabel* (oben Fn. 31), 2019, S. 24.

³⁴ Verhaltenswissenschaften („behavioural sciences“) beschäftigen sich mit den Einflussfaktoren auf das menschliche Verhalten, wobei zunehmend disziplinenübergreifend gearbeitet wird. Die aus den Verhaltenswissenschaften gewonnenen Erkenntnisse werden auch als „Behavioural Insights“ („BI“) bezeichnet, *European Union*, *Behavioural Insights Applied to Policy*, *European Report 2016*, 2016, S. 9. Für den Steuervollzug sind vor allem die in der Verhaltensökonomie und Psychologie angestellten Überlegungen von Bedeutung.

³⁵ Darunter wird grundsätzlich die vollumfängliche Einhaltung abgabenrechtlicher Verpflichtungen verstanden, *Seer/Hardeck*, *Strukturelle Implementierung kooperativer Verfahrenselemente in das Unternehmenssteuerrecht*, *Steuer und Wirtschaft* 2016, 366, 367 f.

³⁶ *OECD* (oben Fn. 26), 2010, S. 11.

³⁷ Z. B. *Taylor*, in: V. Braithwaite (Hrsg.), *Taxing Democracy*, 2003, S. 71; *OECD* (oben Fn. 26), 2010, S. 10; *Alm* (oben Fn. 25), 11, 14; *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 617 m. w. N.

Insgesamt zeigen die Forschungsergebnisse, dass die Mitwirkungsbereitschaft von zahlreichen Faktoren abhängt, die teilweise zusammenhängen und ineinandergreifen oder verschiedene Rückkoppelungseffekte aufweisen.³⁸ Dabei ist auch von Bedeutung, dass sich nicht alle Menschen von denselben Faktoren beeinflussen lassen.³⁹

So wird etwa der Orientierung an persönlichen sozialen Werten Bedeutung beigemessen⁴⁰ und angenommen, dass das Verhalten (etlicher Steuerpflichtiger) von sozialen Normen beeinflusst wird. Für die Mitwirkungsbereitschaft sei es daher von Bedeutung, dass in der Bevölkerung von der Steuerehrlichkeit der meisten Bürger ausgegangen werden kann, damit Steuerehrlichkeit zu einer sozialen Norm wird, an der sich die Menschen orientieren.⁴¹

Als negative Einflussfaktoren auf die Tax Compliance werden demgegenüber die Überforderung der Steuerpflichtigen durch zu viele bzw. unverständliche Informationen oder durch zu hohen Zeitaufwand bei der Erfüllung ihrer steuerlichen Pflichten genannt.⁴² Verhaltenswissenschaftliche Studien belegen zudem, dass die Mitwirkungsbereitschaft auch durch die Art und Weise, wie der Staat seinen Bürgern gegenüber auftritt, beeinflusst wird⁴³ und dass Freundlichkeit und eine Gesprächsbasis „auf Augenhöhe“ dazu beitragen, das Vertrauen in den Staat zu steigern.⁴⁴ Das Vertrauen der Bürger in den Staat wird als ein ganz wesentlicher Bestimmungsfaktor qualifiziert,⁴⁵ der die Bereitschaft der Bürger zur Erfüllung ihrer staatlichen (und dabei auch abgabenrechtlichen) Pflichten maßgeblich beeinflusst.⁴⁶

³⁸ OECD (oben Fn. 26), 2010, S. 6.

³⁹ Lederman (oben Fn. 26), S. 1470.

⁴⁰ Brizi/Giacomntonio/Schumpe/Mannetti (oben Fn. 25); dazu näher Gunacker-Slawitsch (oben Fn. 2), 2020, S. 618.

⁴¹ OECD (oben Fn. 26), 2010, S. 5.

⁴² Dies dürfte auch damit zusammenhängen, dass, wie Verhaltenswissenschaftler aufzeigen, die Trägheit ein Charakteristikum menschlichen Verhaltens ist, vgl. z. B. Thaler/Sunstein, Nudge – Improving decisions about health, wealth and happiness, 2009, S. 8f. Basierend auf dem Gedanken, dass Menschen tendenziell geneigt sind, den einfachsten Weg zu beschreiten, hat unter anderem V. Braithwaite vorgeschlagen, jenen Steuerpflichtigen, die grundsätzlich bereit sind, ihre steuerlichen Pflichten zu erfüllen, die Pflichterfüllung durch Service und staatliche Hilfestellungen leicht zu machen, V. Braithwaite, in: V. Braithwaite (Hrsg.), Taxing Democracy, 2003, S. 1, 3.

⁴³ Dazu Gunacker-Slawitsch (oben Fn. 2), 2020, S. 619 m. w. N.

⁴⁴ Gunacker-Slawitsch (oben Fn. 2), 2020, S. 620 m. w. N.

⁴⁵ OECD, Trust and Public Policy, How better governance can help rebuild public trust, 2017, S. 47ff.; so auch die Auffassung des österreichischen BMF, vgl. BMF, (oben Fn. 15), S. 48ff.

⁴⁶ Brizi/Giacomntonio/Schumpe/Mannetti (oben Fn. 25); vgl. auch Lemmens/Badisco, in: Peeters/Gribnau/Badisco (Hrsg.), Building Trust in Taxation, 2017, S. 119, 126ff. Appelle zu einem verlässlichen Umgang miteinander „auf Augenhöhe“ werden ebenso als Kennzeichen einer Moralisierung in Organisationen beschrieben, Kühbl, Brauchbare Illegalität, Vom Nutzen des Regelbruchs in Organisationen, 2020, S. 148.

Als wichtiges Forschungsergebnis auf diesem Gebiet ist das von Kirchler/Hoelzl/Wahl entwickelte „slippery slope framework“⁴⁷ zu nennen, welches im Ergebnis aufzeigt, dass die größtmöglichen Steuereinnahmen im Falle einer „Kombination von großer Macht und großem Vertrauen“ erzielt werden können.⁴⁸ Dies bestätigt die erwähnten Forschungsergebnisse, wonach Kontrollen und Strafen zur Aufrechterhaltung der Steuerzahlungsbereitschaft zwar unerlässlich, zu deren Förderung allein aber zu wenig sind. Die Verstärkung des Vertrauens zwischen Behörde und Steuerpflichtigen ist daher eine der zentralen Empfehlungen der OECD⁴⁹ zur Effektivierung des Abgabenvollzugs.⁵⁰

Zu berücksichtigen ist auch, dass Studien zufolge sich nicht alle Steuerpflichtigen von denselben Faktoren beeinflussen lassen,⁵¹ wobei gerade im Steuerrecht, welches einen starken ökonomischen Bezug aufweist, die Modellannahme des Steuerpflichtigen als rational handelndes Individuum i. d. R. eine zutreffende Prämisse sein dürfte.⁵² Die Erkenntnisse der Verhaltensökonomie und der Psychologie können traditionelle Verhaltensannahmen allerdings bereichern und ergänzen und Inspiration bieten, das staatliche Maßnahmenset für den Abgabenvollzug zu erweitern.

3. Neue Modellannahmen verändern die Regulierung

Berücksichtigt das Recht die mittlerweile differenzierte(re)n Annahmen der Verhaltenswissenschaften, erscheint es naheliegend, die staatliche „Toolbox“,⁵³ d. h. die Bandbreite jener Instrumente, die dem Staat zur Gestaltung des gezielten Zusammenlebens zur Verfügung stehen, zu erweitern bzw. zu

⁴⁷ Kirchler/Hoelzl/Wahl, Enforced versus voluntary tax compliance: The „slippery slope“ framework, 29 Journal of Economic Psychology 210 (2008).

⁴⁸ Kirchler/Hoelzl/Wahl (oben Fn. 47); vgl. dazu bereits Ehrke-Rabel/Gunacker-Slawitsch, Die Bedeutung von Governance für das Steuerrecht, Austrian Law Journal 2014, 99, 104.

⁴⁹ OECD, Study into the Role of Tax Intermediaries, 2009; OECD, Co-operative Compliance: A Framework – From enhanced relationship to co-operative compliance, 2013; OECD (oben Fn. 45), 2017.

⁵⁰ Gunacker-Slawitsch (oben Fn. 2), 2020, S. 621.

⁵¹ OECD (oben Fn. 26), 2010, S. 7. Beispielsweise konnte in einer Studie gezeigt werden, dass sich abschreckende Maßnahmen auf die Tax Compliance bei KMUs i. d. R. stärker auswirken als bei großen Unternehmen, Gunningham, in: Baldwin/Cave/Lodge (Hrsg.), The Oxford Handbook of Regulation, 2010, S. 120, 123.

⁵² Wagner, Der homo oeconomicus als Menschenbild des Steuerrechts, Deutsches Steuerrecht 2014, 1133. Auch die OECD geht in ihren Studien von der Rationalität der Entscheidungsträger großer Unternehmer aus, da sie empfiehlt, den Unternehmern Anreize zur Kooperation in Aussicht zu stellen, OECD (oben Fn. 49), 2008; OECD (oben Fn. 49), 2013; vgl. dazu bereits Gunacker-Slawitsch (oben Fn. 2), 2020, S. 622.

⁵³ Hoffmann-Riem, Innovation und Recht – Recht und Innovation, Recht im Ensemble seiner Kontexte, 2016, S. 380.

adaptieren.⁵⁴ Dies betrifft sowohl Maßnahmen des informellen Verwaltungshandelns⁵⁵ als auch die Neuregelung oder Einführung neuer (verhaltenswissenschaftlich geleiteter) verbindlicher Normen. Ebenso erscheint es naheliegend, dass die Ziele des Abgabenvollzugs besser erreicht werden können, wenn staatliche Maßnahmen, die auf die „Aktivierung“ der Mitwirkungspflicht gerichtet sind, zwischen Unternehmen verschiedener Komplexität und Größe unterscheiden.⁵⁶

Für den Steuervollzug wird den Staaten unter Berücksichtigung dieser Überlegungen insbesondere seitens der OECD empfohlen, Steuerpflichtige je nach ihrem Verhalten in unterschiedliche Gruppen einzuteilen und durch das Setzen verschiedener Maßnahmen möglichst individuell zu adressieren, um vorhandene Ressourcen effektiver und effizienter einsetzen zu können.⁵⁷ Dies kann, worauf die OECD in ihren Studien immer wieder hinweist, gerade durch den Einsatz moderner Technologien besonders wirkungsvoll gelingen, da die individuelle Wahrnehmung einzelner Personen oder einzelner Gruppen von Steuerpflichtigen gerade durch die heute zur Verfügung stehenden digitalen Technologien ermöglicht oder zumindest erleichtert wird. Kenntnisse der Psychologie und der Verhaltensökonomie können durch moderne Technik wirksam(er) umgesetzt werden.⁵⁸ So werden für eine Segmentierung der Steuerpflichtigen entsprechend ihrer Mitwirkungsbereitschaft und für den Einsatz unterschiedlicher Vollzugsmaßnahmen je nach Einordnung der Steuerpflichtigen in eine bestimmte (Risiko)Gruppe einerseits viele Daten und andererseits Technologien benötigt, die dazu imstande sind, diese Daten effizient zu verarbeiten.⁵⁹ Solange diese Technologien nicht zur Verfügung standen, konnte (zumindest in manchen Bereichen) die Annahme eines einzigen Modelltyps eines „typischen“ Steuerpflichtigen der effizientere Weg sein. Heute ermöglichen aber insbesondere algorithmengestützte Datenanalysen, Steuerpflichtige unter Berücksichtigung verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse in unterschiedliche (kleinere) Gruppen einzuordnen.⁶⁰

⁵⁴ So (zum Bereich des Privatrechts) auch *Möslein*, *Privatrechtliche Regelsetzung, Governance und Verhaltensökonomik*, *Austrian Law Journal* 2014, 135, 142.

⁵⁵ Dazu z. B. *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 636ff.

⁵⁶ *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 622.

⁵⁷ *OECD*, *Advanced Analytics for Better Tax Administration – Putting Data to work*, 2016, S. 53; *OECD*, *The Changing Tax Compliance Environment and the Role of Audit*, 2017, S. 31; vgl. auch *European Commission*, *Compliance Risk Management Guide for Tax Administrations*, 2010, S. 28.

⁵⁸ Z. B. *OECD* (oben Fn. 26), 2010; *OECD* (oben Fn. 57) 2016; *OECD*, *Technologies for a better Tax Administration*; *OECD* (oben Fn. 57), 2017; vgl. auch *European Commission* (oben Fn. 57), 2010, S. 29ff., 90ff.

⁵⁹ *Ehrke-Rabel* (oben Fn. 31), 2019, S. 26ff.; *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 623.

⁶⁰ *Ehrke-Rabel*, in: *Haslehner/Kofler/Rust* (Hrsg.), *Tax and Digital Economy*, 2019, S. 283; *Ehrke-Rabel* (oben Fn. 31), 2019, S. 19; *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 623.

Dass diese Kombination aus „Psychologie und Technik“ die Regulierung verändert, ist mittlerweile in zahlreichen unterschiedlichen Bereichen auch außerhalb des Steuerrechts erkennbar.⁶¹ Im Abgabenvollzug haben die Berücksichtigung der differenzierenden Modellannahmen der Verhaltenswissenschaften sowie der Einsatz moderner Datenverarbeitungstechnologien dazu geführt, dass der Vollzug „smart“ geworden ist.

IV. Die Begleitende Kontrolle als Beispiel einer Smart Regulation im österreichischen Abgabenvollzug

1. Hintergründe und Konzept

Die Regulierung des Abgabenvollzugs hat sich in den letzten Jahren nicht nur in Österreich, sondern auch in vielen anderen Staaten verändert bzw. zu verändern begonnen.⁶² Diese Entwicklungen sind unter anderem auf Bestrebungen zurückzuführen, die Zusammenarbeit zwischen Behörde und Steuerpflichtigen, die jedenfalls bei den aufkommensstärksten Abgaben (insbesondere: Einkommensteuer, Körperschaftsteuer, Umsatzsteuer) von einer laufenden bzw. regelmäßigen Interaktion zwischen Behörde und Steuerpflichtigen geprägt ist,⁶³ persönlicher auszugestalten und, basierend auf den Forschungsergebnissen anderer Disziplinen, insbesondere aus der Psychologie und der Verhaltensökonomie, das Verwaltungshandeln spezifischer als bisher auf die unterschiedlichen Probleme, Interessen und Bedürfnisse einer bestimmten Gruppe von Steuerpflichtigen zuzuschneiden. In Österreich hat diese Entwicklung ihren (vorläufigen) Höhepunkt mit der Einführung der sog. Begleitenden Kontrolle im Jahr 2019 erreicht.

Ihre Einführung ist einer komplexen Entwicklung geschuldet, die hier nur angedeutet werden kann.⁶⁴ Neben den in unterschiedlichen Bereichen (auch außerhalb des Steuerrechts) geführten (Good) Public Governance-Überlegungen,⁶⁵ der vor allem im deutschen abgabenrechtlichen Schrifttum schon länger gestellten Forderung, dass der kooperative an die Stelle des konfrontativen Staats

⁶¹ Siehe dazu z. B. *OECD*, *Shaping the Future of Regulators*, 2020, S. 10ff. mit zahlreichen Beispielen aus diversen Bereichen.

⁶² Für viele z. B. *OECD* (oben Fn. 49), 2013; *OECD*, *Tax Administration 2017*, 2017; *OECD*, *Tax Administration 2019*, 2019.

⁶³ Anders als in anderen Bereichen treten die Abgabepflichtigen hier nicht nur punktuell (*Thieme*, *Verwaltungsrecht*, 1984 S. 10), sondern laufend mit der Abgabenbehörde in Kontakt. Das Steuerschuldverhältnis wird in diesem Zusammenhang daher auch als „Dauerrechtsverhältnis“ beschrieben, *Ehrke-Rabel*, in: *Doralt/Ruppe* (Hrsg.), *Steuerrecht II*, 2019, Rz. 133; *Ehrke-Rabel/Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 48), 101.

⁶⁴ Dazu näher *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 607ff.

⁶⁵ *Müller*, *Steuern und Governance*, *Austrian Law Journal* 2014, 112.

treten soll,⁶⁶ und gesellschaftlichen Entwicklungen, denen zufolge (auch) das Verhältnis zwischen Bürger und Behörde „partnerschaftlicher“ auszugestaltet ist,⁶⁷ ist in der Vergangenheit immer stärker deutlich geworden, dass (vor allem durch die Globalisierung und Digitalisierung bedingt) die für den Abgabenvollzug typischen Informationsasymmetrien gerade bei „großen“ (umsatzstarken) Steuerpflichtigen oft nur unzureichend bzw. nur mit erheblichem Ressourcenaufwand überwunden werden können.⁶⁸ Diese Steuerpflichtigen verwirklichen häufig überaus komplexe Sachverhalte, von denen die Behörde z. T. erst Jahre nach deren Verwirklichung erfährt. I. d. R. vergehen im traditionellen Abgabenvollzug bereits von der Sachverhaltsverwirklichung bis zur Einreichung der Abgabenerklärung einige Monate (z. T. auch Jahre) und es schließt sich wieder ein erheblicher Zeitraum an, bis die Abgabenbehörde nähere Ermittlungen aufnimmt.⁶⁹ Die Ermittlung komplexer Sachverhalte einen erheblichen Zeitraum nach deren Verwirklichung ist in vielen Fällen mit großen Schwierigkeiten sowie Ineffizienzen auf beiden Seiten verbunden⁷⁰ und endet in der Praxis aufgrund dieser Probleme häufig mit einer (informellen) Einigung. Dies veranlasste die OECD (unter anderem), in etlichen Studien ein Konzept einer verbesserten Zusammenarbeit zwischen der Behörde und bestimmten („großen“) Steuerpflichtigen zu entwickeln.⁷¹ Bemerkenswert an diesem Konzept ist, dass sich die OECD bei der Frage, wie die wechselseitigen Informationsasymmetrien am besten überwunden werden können, intensiv mit verhaltenswissenschaftlichen Erkenntnissen, vor allem mit Forschungsergebnissen der Psychologie und der Verhaltensökonomie beschäftigt hat. Das Konzept beruht auf dem Gedanken, dass das Ziel, bestehende Informationsasymmetrien zu überwinden, besser erreicht werden kann, wenn ein Umfeld geschaffen wird, in dem das wechselseitige Vertrauen zwischen der Finanzverwaltung und den Steuerpflichtigen hoch ist. Dazu wird es als erforderlich angesehen, dass sowohl die Finanzverwaltung als auch die Steuerpflichtigen bereit sind, ihr Verhalten zu ändern. Die Finanzverwaltung soll insbesondere ein besseres wirtschaftliches Verständnis entwickeln, objektiv, verhältnismäßig und transparent agieren. Die Steuerpflichtigen sollen

⁶⁶ *Eckhoff*, Vom konfrontativen zum kooperativen Steuerstaat, *Steuer und Wirtschaft* 1996, 107; *Seer*, Verständigungen in Steuerverfahren, 1996, S. 176 ff.; *Seer*, in: *Kirchhof/Lehner/Raupach/Rodi* (Hrsg.), *Staaten und Steuern*, FS Vogel, 2000, S. 699 ff.; *Drüen*, Kooperation im Besteuerungsverfahren, 2011, S. 101 ff.

⁶⁷ Zur Demokratisierung verschiedener Lebensbereiche z. B. *Rill*, in: *Akyürek/Baumgartner/Jahnel/Lienbacher* (Hrsg.), *Verfassung in Zeiten des Wandels*, 2002, S. 17 ff.; i. Z. m. dem Abgabenvollzug *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 18 f.

⁶⁸ *OECD* (oben Fn. 49), 2009.

⁶⁹ *Ehrke-Rabel/Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 4), S. 1055 f.

⁷⁰ Zu diesbezüglichen Schwierigkeiten allgemein auch *Bronzewska*, *Cooperative Compliance, A new approach to managing taxpayer relations*, 2016, S. 58 f.

⁷¹ *OECD* (oben Fn. 49), 2008; *OECD* (oben Fn. 49), 2013; *OECD*, *Tax Compliance by Design*, 2014; *OECD*, *Co-operative Tax Compliance – Building Better Tax Control Frameworks*, 2016.

sich gegenüber der Finanzverwaltung zu einer umfassenden Offenlegung und Transparenz bekennen und mit der Finanzverwaltung fair interagieren.⁷²

Diesem OECD-Konzept der sog. „co-operative compliance“⁷³ folgend⁷⁴ wurde im Jahr 2011 von der österreichischen Finanzverwaltung sodann zunächst ein Pilotprojekt unter dem Titel „Horizontal Monitoring“ gestartet. Eingebettet in eine „fair-play“-Initiative des BMF⁷⁵ sollte diese Initiative als neue Governance-Form⁷⁶ den Abgabenvollzug um eine vertrauensbildende und gleichzeitig vollzugseffizienzsteigernde Maßnahme bereichern und dazu beitragen, die Zusammenarbeit zwischen Abgabenbehörde und Abgabepflichtigen zu verbessern.⁷⁷ „Horizontal Monitoring“ zielte entsprechend dem OECD-Konzept der co-operative compliance darauf ab, die Steuerpflichtigen zu motivieren, die richtigen Steuern zum richtigen Zeitpunkt zu bezahlen und innerhalb der Finanzverwaltung dadurch mittelfristig eine Ressourcenverlagerung zu Risikobereichen und damit eine Effizienzsteigerung des Abgabenvollzugs zu erreichen.⁷⁸

Im Jahr 2011 wurde dieses Pilotprojekt ohne Veränderung der rechtlichen Rahmenbedingungen ins Leben gerufen.⁷⁹ Die Pilotunternehmer⁸⁰ und die Finanzverwaltung orientierten sich dabei (neben den bestehenden rechtlichen Vorgaben) vor allem an einem „Handbuch Horizontal Monitoring“, welches seitens der Finanzverwaltung als „living paper“ verstanden wurde.⁸¹ Insbesondere der 2016 publizierte Evaluationsbericht brachte allerdings zu Tage, dass gerade die fehlende rechtliche Verankerung und die damit verbundene Rechtsunsicher-

⁷² OECD (oben Fn. 49), 2008, S. 33 ff.; *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 630 f.

⁷³ Vgl. insbesondere OECD (oben Fn. 49), 2008; OECD (oben Fn. 49), 2013; OECD (oben Fn. 71), 2014; OECD (oben Fn. 71), 2016.

⁷⁴ Die Implementierung des Pilotprojekts erfolgte zudem in enger Anlehnung an das niederländische Modell „horizontal toezicht“ (engl.: Horizontal Monitoring), dazu z. B. Müller, Möglichkeiten zur Einflussnahme auf die Steuermoral: Verantwortungsvolle und ganzheitliche Regierungs- und Verwaltungssteuerung, Steuer- und WirtschaftsKartei 2011, T 244, T 255 f.; *Schrittwieser/Woischitzschläger*, Horizontal Monitoring in Österreich, Kooperation statt ex-post-Prüfung, Zeitschrift für Finance & Controlling 2014, 62; *Scheiblauber*, Steuerprüfung quo vadis (Teil 6), Zeitschrift für Abgaben-, Finanz- und Steuerrecht 2014, 2.

⁷⁵ Müller (oben Fn. 74), T 255 f.; *Schrittwieser/Woischitzschläger* (oben Fn. 74); *Scheiblauber* (oben Fn. 74).

⁷⁶ Müller (oben Fn. 65), 114; Pkt. I; zu Governance im Steuerrecht bereits *Ehrke-Rabel/Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 4), 1054; *Ehrke-Rabel/Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 48), 99.

⁷⁷ *Schrittwieser/Woischitzschläger* (oben Fn. 74); Handbuch Horizontal Monitoring 4 f, abgedruckt in *BMF*, Horizontal Monitoring Evaluationsbericht, 2016, S. 16 f.

⁷⁸ *BMF* (oben Fn. 77), 2016, S. 158 f.; dazu auch *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 626 f.

⁷⁹ Auch diesbezüglich wurde dem Vorbild des niederländischen Modells gefolgt, zum niederländischen Modell z. B. *Van der Hel-van Dijk/Poolen*, Horizontal Monitoring in the Netherlands: At the crossroads, Bulletin for International Taxation 2013, 673.

⁸⁰ Am Pilotprojekt haben 17 Unternehmensgruppen mit insgesamt 249 Steuernummern mitgewirkt, wobei zwei Unternehmensgruppen während des Aufnahmeprozesses wieder ausgeschieden sind, dazu näher *BMF* (oben Fn. 77), 2016, S. 20.

⁸¹ *BMF* (oben Fn. 77), 2016, S. 158 f.

heit von vielen Beteiligten als problematisch empfunden wurden.⁸² Im Schrifttum wurde die rechtliche Verankerung dieses Instruments vor allem aus rechtsstaatlichen Gründen gefordert.⁸³ Nach einer rund ein dreiviertel Jahr dauernden Arbeit an der rechtlichen Umsetzung, an welcher verschiedene stakeholder beteiligt wurden, ist das Horizontal Monitoring im Wesentlichen fortführende kooperative Verfahrensinstrument – nunmehr unter dem Titel „Begleitende Kontrolle“ – mit 1.1.2019 in Kraft getreten.⁸⁴

Die begleitende Kontrolle ersetzt für die teilnehmenden Unternehmer die (traditionelle) Außenprüfung⁸⁵ und stellt somit eine spezielle Form der Überprüfung für eine bestimmte Gruppe von Steuerpflichtigen dar. Teilnahmeberechtigt sind Unternehmer, deren Umsatzerlöse 40 Mio Euro überschreiten,⁸⁶ die einen Antrag auf Teilnahme stellen, ein Steuerkontrollsystem implementiert haben und in den letzten fünf Jahren vor der Antragstellung finanzstrafrechtlich unbescholten und steuerlich zuverlässig waren.⁸⁷

Die begleitende Kontrolle zielt entsprechend dem Konzept der co-operative compliance darauf ab, die Interaktion zwischen Abgabenbehörde und Abgabepflichtigen zu verbessern, indem sowohl die Verwaltung als auch die Steuerpflichtigen ihr Verhalten ändern. Sie verändert aus diesem Grund die Verteilung der wechselseitigen Rechte und Pflichten und gleichzeitig den Zeitpunkt der Überprüfung sowie den Zeitpunkt und die Art und Weise der Interaktion.⁸⁸ Die Steuerpflichtigen werden zeitnäher geprüft und arbeiten stärker mit der Behörde zusammen. Um den Informationsfluss zwischen der Behörde und den Abgabepflichtigen zu verbessern, ist ein laufender Kontakt zwischen Vertretern der Unternehmer und den Organen der Abgabenbehörde vorgesehen. Mindestens vier Mal im Jahr müssen Besprechungen zwischen Organen des zuständigen Finanzamtes und Vertreter der Unternehmer stattfinden.⁸⁹ Die teilnehmenden Unternehmer müssen bereits ein funktionierendes und von einem Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater zertifiziertes Steuerkontrollsystems implementiert haben⁹⁰ und bekennen sich zu einer erweiterten, proaktiven Offenlegung.⁹¹ Die begleitende Kontrolle soll damit zu einem wechselseitigem Vorteil führen: Die

⁸² BMF (oben Fn. 77), 2016, z. B. S. 48, 96, 103 f.

⁸³ *Ehrke-Rabel/Gunacker-Slawitsch*, Horizontal Monitoring als Bestandteil des österreichischen Abgabenvollzugs, *Österreichische Steuerzeitung* 2017, 241, 242 ff.

⁸⁴ BGBl I 62/2018.

⁸⁵ §§ 148 Abs. 3a, 153a BAO; vgl. auch 190 BlgNR 26. GP, 46.

⁸⁶ Teilnahmeberechtigt ist auch ein sog. Kontrollverbund, wenn mindestens einer der im Antrag genannten Unternehmer in den beiden Wirtschaftsjahren vor der Antragstellung Umsatzerlöse von mehr als 40 Millionen Euro hatte; ebenso Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen unabhängig von der Höhe ihrer Umsätze, zu den Details siehe § 153b BAO.

⁸⁷ §§ 153b Abs. 1, Abs. 4 Z 2, 153c Abs. 4 BAO.

⁸⁸ Dazu näher *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 628 f.

⁸⁹ § 153f Abs. 4 BAO.

⁹⁰ § 153b Abs. 4 Z 4 i. V. m. § 153b Abs. 6 BAO.

⁹¹ § 153f Abs. 1 BAO.

Steuerpflichtigen werden zu einer Selbstkontrolle und einer über die gewöhnliche Offenlegungspflicht hinausgehenden Transparenz verpflichtet und dafür mit grundsätzlich zeitnäheren Prüfungen sowie einem Rechtsanspruch auf Auskünfte „belohnt“.⁹²

2. Charakteristika und Besonderheiten

a) Intensivierung der Kooperation durch die Kombination von Steuerkontrollsystem und erweiterter Offenlegung

Die begleitende Kontrolle ist in verschiedener Hinsicht ein besonderes Instrument. Ein Charakteristikum der begleitenden Kontrolle ist zunächst die Intensivierung der Kooperation durch die erweiterte Offenlegungspflicht, die in engem Konnex zur verpflichtenden Implementierung des Steuerkontrollsystems steht. Im Ergebnis sollen die Steuerpflichtigen dadurch zu einer Art „begleiteten Selbstkontrolle“ angeleitet werden.

Da das Grundkonzept der co-operative compliance darauf basiert, dass sowohl die Steuerpflichtigen als auch die Verwaltung ihr Verhalten ändern und von den Steuerpflichtigen dabei ein Bekenntnis zu einer erhöhten Transparenz gefordert wird, müssen sich – diesem Konzept folgend – die an der begleitenden Kontrolle teilnehmenden Unternehmer dazu verpflichten, neben ihrer „gewöhnlichen“ Offenlegungspflicht eine „erweiterte“ Offenlegungspflicht zu erfüllen, an deren Nichterfüllung (finanz)strafrechtliche Konsequenzen geknüpft sind.⁹³

Bei der Textierung einer solchen Bestimmung ist freilich darauf Bedacht zu nehmen, dass den rechtsstaatlichen Vorgaben ausreichend Rechnung getragen, gleichzeitig aber der Idee der co-operative compliance genügend Raum gegeben wird.⁹⁴ Die gesetzliche Offenlegungspflicht ist daher klar und für die Unternehmen zumutbar zu gestalten. Gleichzeitig ist zu bedenken, dass eine auf bestimmte Punkte beschränkte Offenlegungspflicht ein allfälliges „Versteckspiel“ hinsichtlich der nicht erfassten Bereiche fördern könnte. Die aktuelle Fassung der Bestimmung über die erweiterte Offenlegungspflicht trägt diesen Überlegungen Rechnung,⁹⁵ indem sie vorsieht, dass die Unternehmer während der begleitenden Kontrolle „unbeschadet anderer abgabenrechtlicher Offenlegungspflichten jene Umstände unaufgefordert vor Abgabe der Abgabenerklärung offenzulegen (haben), hinsichtlich derer ein ernsthaftes Risiko einer abweichenden Beurteilung durch das Finanzamt besteht, wenn sie nicht unwesentliche Auswirkungen auf das steuerliche Ergebnis haben können“ (§ 153f Abs. 1 BAO).

⁹² § 153a BAO; *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 679.

⁹³ Dazu *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 658 ff.

⁹⁴ *Freedman*, *Responsive Regulation, Risk, and Rules: Applying the Theory to Tax Practice*, 44 *UBC Law Review* 627, 645 (2011).

⁹⁵ *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 658.

Dies steht in engem Konnex mit jener Grundüberlegung des co-operative compliance-Konzepts, wonach die erweiterte Transparenz (und erhöhte Tax Compliance) das Kontrollbedürfnis verringern und in weiterer Folge zu einer Reduzierung der staatlichen Ressourcen (zumindest für diese Gruppe von Steuerpflichtigen) und somit zu einer Effizienzsteigerung des Abgabenvollzugs führen soll. Um aus der Sicht des Staates eine gerechtfertigte Grundlage für eine Reduzierung behördlicher Kontrollen zu schaffen, wurde die Einführung eines internen Steuerkontrollsystems zu einem weiteren Grundpfeiler der co-operative compliance erklärt.⁹⁶ Das Steuerkontrollsystem steht insgesamt in engem Zusammenhang mit der erweiterten Offenlegungspflicht. Sollen die Steuerpflichtigen die Behörde von sich aus auf „heikle“ Umstände hinweisen und diese zuvor (selbst) herausfiltern und sich generell compliant verhalten bzw. allfällige Risiken soweit als möglich minimieren, bedarf es eines funktionierenden Systems einer (internen) Selbstkontrolle.

In Österreich wurde die Verpflichtung, ein solches Kontrollsystem einzurichten, gesetzlich verankert und wurde dem BMF zur näheren Konkretisierung eine Verordnungsermächtigung erteilt (§ 153b Abs. 7 BAO).⁹⁷ Die sog. „SKS-Prüfungsverordnung“ (SKS-PV)⁹⁸ konkretisiert zunächst die durch das Steuerkontrollsystem zu erfüllende Transparenzpflicht des Unternehmers und enthält, wenn sie auch nicht primär zur Auslegung der Bestimmungen über die erweiterte Offenlegungspflicht heranzuziehen ist, Anhaltspunkte, wie der Unternehmer insgesamt seine Transparenzpflicht zu erfüllen hat. Bemerkenswert ist, dass in der SKS-PV auch vorgesehen ist, dass sich der Unternehmer bzw. jene Personen, die die obersten Leitungsaufgaben innerhalb des Unternehmers bzw. des Kontrollverbands ausüben, nachweislich zur Steuerehrlichkeit bekennen müssen.⁹⁹ Zu den Kontrollmaßnahmen, die ein Steuerkontrollsystem enthalten muss, zählt u. a. das „regelmäßig aktiv kommunizierte Bekenntnis“ des Unternehmers bzw. des Leitungsorgans zur Steuerehrlichkeit und „generell zum regelkonformen Verhalten als Grundwert des Unternehmens bzw. des Kontrollverbands“ (§ 8 Z 2 SKS-PV). Damit berücksichtigen diese Bestimmungen verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse. Diesen Erkenntnissen zufolge wird das Verhalten von Menschen u. a. von deren Identifizierung mit einer bestimmten Gruppe und dem Verhalten der übrigen Gruppenmitglieder beeinflusst. Für

⁹⁶ OECD (oben Fn. 49), 2013, S. 57ff.; OECD, Co-operative Compliance, Building Better Tax Control Frameworks, 2016, S. 7.

⁹⁷ Zu einem entsprechenden Vorschlag vgl. bereits *Ehrke-Rabel/Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 83), 249.

⁹⁸ BGBl II 340/2018.

⁹⁹ Gem. § 4 Abs. 1 SKS-PV bedeutet das Bekenntnis zur Steuerehrlichkeit vor allem das Bekenntnis zu einem steuerrechtskonformen Verhalten (Z 1), zur steuerlichen Zuverlässigkeit gem. § 153c Abs. 4 BAO (Z 2), zur Vermeidung von Abgabenhinterziehungen und -verkürzungen i. S. d. FinStrG sowie „zur Vermeidung von missbräuchlichen oder missbrauchsverdächtigen Gestaltungen gem. § 22 BAO“ (Z 3).

die Mitwirkungsbereitschaft „großer“ Unternehmer dürfte es daher eine Rolle spielen, ob Steuerehrlichkeit in dieser Gruppe als soziale Norm verstanden wird. Ist dies der Fall, kann dies auch das Vertrauen der nicht-teilnehmenden Unternehmer in die Fähigkeit der Verwaltung, die Gleichmäßigkeit der Steuererhebung bei umsatzstarken Unternehmern zu wahren, steigern und dazu beitragen, dass Steuerehrlichkeit auch außerhalb der Gruppe der teilnehmenden Unternehmer zu einer (noch stärker verbreiteten) sozialen Norm wird.¹⁰⁰

Freilich ist dabei nicht zu übersehen, dass damit in gewisser Weise auch auf das Konzept der „Moralisierung als Steuerungstechnik“ gesetzt wird.¹⁰¹ In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass die „weiche“ Steuerungstechnik der Moral (oder „Governance-Ethik“) z. T. herangezogen wird, wenn Steuerungsdefizite anderweitig nicht oder nicht so günstig reguliert werden können.¹⁰² Sind die strukturellen Voraussetzungen geschaffen, müsse eine Governance-Ethik u. U. „für den nötigen Geist sorgen, der den Buchstaben der formalen Lösungen Leben einhaucht.“¹⁰³ Auch wenn im Rahmen der begleitenden Kontrolle bis zu einem gewissen Grad die Moral als Steuerungstechnik genutzt wird, indem (auch) Appelle an die Steuermoral das Verhalten des Steuerzahlers beeinflussen sollen, wurde seitens des Gesetzgebers bei der Textierung der begleitenden Kontrolle nicht übersehen, dass in einem demokratischen Rechtsstaat Moral und Recht zu trennen sind.^{104, 105} Für die begleitende Kontrolle werden die wechselseitigen Rechte und Pflichten daher im Gesetz determiniert.¹⁰⁶ Ungeachtet der Wahrung dieses rechtsstaatlichen Erfordernisses ist in Zukunft allerdings sorgsam darauf zu achten, dass Gefahren, die im Zusammenhang mit einer Moralisierung als Steuerungstechnik erkannt wurden,¹⁰⁷ im Rahmen der begleitenden

¹⁰⁰ Gunacker-Slawitsch (oben Fn. 2), 2020, S. 665.

¹⁰¹ Zur Moral als Steuerungstechnik vgl. Neuberger, Mikropolitik und Moral in Organisationen, 2006, S. 393 ff.; Kühn (oben Fn. 46), 2020, S. 147 ff.; vgl. zum Einfluss einer Moralisierung auf das Steuerrecht (in einem anderen Kontext) auch Qari/Konrad/Geys, Patriotism, taxation and international mobility, WZB Discussion Paper (2009), No SP II 2009–03, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB).

¹⁰² Neuberger (oben Fn. 101), 2006, S. 393.

¹⁰³ Neuberger (oben Fn. 101), 2006, S. 393 unter Hinweis auf Kaptein/Wempe, Ethical Codes, 1998: „A code ist nothing, coding is everything.“

¹⁰⁴ Zur Trennung von Moral und Recht im Abgabenvollzug vgl. bereits zuvor Ehrke-Rabel/Gunacker-Slawitsch (oben Fn. 48), 106.

¹⁰⁵ Vgl. aber BMF (oben Fn. 15), S. 17: „Da die Abgaben leistenden Steuerzahlerinnen und Steuerzahler einen moralischen Anspruch auf gleichmäßige Durchsetzung der Abgabenvorschriften haben ...“.

¹⁰⁶ Anders noch im Pilotprojekt Horizontal Monitoring, in dem sich die Steuerpflichtigen in einem zu unterzeichnenden „Memorandum of Understanding“ zu Steuerehrlichkeit und umfassender Transparenz bekennen mussten, BMF (oben Fn. 77), 2016. Vgl. dazu auch Kühn (oben Fn. 46), 2020, S. 148, der beschreibt, dass das Streben nach Moralisierung in Unternehmen häufig zur Verabschiedung von Moralrichtlinien (Code of Ethics, Code of Conduct etc.) führt.

¹⁰⁷ Dazu Kühn (oben Fn. 46), 2020, S. 160 ff., 163.

Kontrolle hintangehalten werden und z. B. kritische Themen nicht verschwiegen oder Rechtsstreitigkeiten weiterhin vor die Gerichte getragen werden.¹⁰⁸

b) Ausbau des Modells der kontrollierten Selbstregulierung

Durch die Veränderung der wechselseitigen Rechte und Pflichten wird das Modell der kontrollierten Selbstregulierung im Rahmen der begleitenden Kontrolle noch weiter ausgebaut. Damit verändert die begleitende Kontrolle im Vergleich zum traditionellen Ermittlungsverfahren den Vollzug, sie konterkariert aber nicht das System des abgabenrechtlichen Ermittlungsverfahrens, da sie auf bestehenden Prinzipien aufbaut und diese (verfassungsrechtlich zulässig) neu gewichtet.¹⁰⁹

Bereits der traditionelle Abgabenvollzug ist von einem Kooperationsprinzip geprägt.¹¹⁰ Der Abgabepflichtige ist im Rahmen der Sachaufklärung nicht nur als „Ermittlungsgehilfe“ tätig,¹¹¹ sondern trägt durch die Auferlegung diverser Mitwirkungspflichten auch eine Verantwortung für die Ermittlung bzw. Offenlegung der tatsächlichen Verhältnisse. Aus dieser Verantwortung heraus hat er für die Nichterfüllung seiner Pflichten auch einzustehen. Während ein paternalistischer¹¹² Überwachungsstaat den Bürgern kaum Pflichten und wenig Verantwortung auferlegt und seine Bürger dafür einer permanenten Überwachung unterwirft, wird den Bürgern in einem Staat, der die Freiheit des Einzelnen achtet und möglichst schont, eine Verantwortung zugesprochen, indem ihm diverse Verpflichtungen auferlegt werden, für deren Nichterfüllung er die Konsequenzen zu tragen hat. Dafür respektiert der Staat eine Sphäre seiner Bürger, in der sie nicht damit rechnen müssen, dass ihr Verhalten registriert wird.¹¹³ Das Kooperationsprinzip, das eine Mitwirkungspflicht des Bürgers an der Ermittlung der abgabenrechtlich relevanten tatsächlichen Verhältnisse und eine darauf ausgerichtete Zusammenarbeit mit der Behörde zum Ausdruck bringt, spricht einerseits dafür, die Bürger im Fall der Verletzung ihrer (Mitwirkungs-)Pflichten verantwortlich zu machen und andererseits ihre Freiheit möglichst zu schonen. Je intensiver das Kooperationsprinzip ausgeprägt ist, desto mehr Freiheit,

¹⁰⁸ Ebenso ist darauf zu achten, dass sich im Interesse einer objektiven Sachverhaltsermittlung die Distanz zwischen Kontrolleur und Kontrollierten nicht allzu sehr verringert und z. B. keine einzelne Teilnehmer begünstigende Abmachungen getroffen werden, dazu *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 671 ff.; *Ehrke-Rabel* (oben Fn. 31), 2019, S. 37.

¹⁰⁹ *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 656 f.

¹¹⁰ *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 308 ff.

¹¹¹ *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 298 ff.

¹¹² Zum Konzept des „libertären Paternalismus“ z. B. *Sunstein*, *Gesetze der Angst*, 2005, S. 259 ff.; *Rebonato*, *Taking Liberties – A Critical Examination of Libertarian Paternalism*, 2012, S. 17 ff.; *Neumann*, *Libertärer Paternalismus, Theorie und Empirie staatlicher Entscheidungsarchitektur*, 2013, S. 15 ff.

¹¹³ *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 425 f.

aber auch desto mehr Verantwortung kann dem Bürger zuerkannt werden.¹¹⁴ – Durch die Verpflichtung zur Implementierung eines den gesetzlichen Vorgaben entsprechenden Steuerkontrollsystems i. V. m. der erweiterten Offenlegungspflicht wird die Kooperation zwischen Bürger und Behörde verstärkt und dem Steuerpflichtigen eine im Vergleich zum traditionellen Abgabenvollzug (noch) höhere Verantwortung auferlegt. Der Steuerpflichtige ist (bis zu einem gewissen Grad)¹¹⁵ dazu angehalten, sich selbst zu kontrollieren und jene Umstände offenzulegen und somit davor herauszufiltern, die ein ernsthaftes Risiko in sich bergen, von der Finanzverwaltung im Zuge einer behördlichen Ermittlung anders beurteilt zu werden.¹¹⁶

Auch das bereits im traditionellen Abgabenvollzug bestehende Vertrauensprinzip¹¹⁷ wird durch die begleitende Kontrolle verstärkt. Der Gesetzgeber kann das Vertrauensprinzip durch die Schaffung neuer bzw. anderer Regeln (nur) insoweit verstärken oder abschwächen, als die verfassungsrechtlichen Grenzen dabei gewahrt bleiben. Das Vertrauensprinzip darf nicht so weit abgeschwächt werden, dass die grundrechtlich gewährleistete Freiheit des Einzelnen verletzt wird. Es darf aber auch nicht derart intensiviert werden, dass die Gleichmäßigkeit der Besteuerung gefährdet wird. Eine Zurücknahme des Ermittlungsprinzips (und eine damit einhergehende Verstärkung des Vertrauensprinzips) bedarf daher einer sachlichen Rechtfertigung.¹¹⁸

Da an der begleitenden Kontrolle nur Unternehmer teilnehmen dürfen, deren steuerliche Zuverlässigkeit anhand objektiver Kriterien durch die Abgabenbehörde festgestellt wurde, diese Unternehmer über ein durch einen Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater geprüfetes Steuerkontrollsystem verfügen und ihnen durch umfassende Mitwirkungspflichten eine hohe Eigenverantwortung auferlegt wird, besteht eine sachliche Rechtfertigung dafür, diesen Steuerpflichtigen im Vergleich zu anderen Abgabepflichtigen einen größeren Vertrauensvorschuss zu gewähren. Je höher das sachlich gerechtfertigte Vertrauen des Staates in seine Bürger ist, desto stärker kann sich die Verwaltung (in diesen Bereichen) zurückziehen, ohne dabei verfassungsrechtliche Grundsätze zu verletzen.¹¹⁹

Dies kann im Steuerrecht als Teil der Eingriffsverwaltung freilich nicht bedeuten, dass der Staat die Kontrolle aufgibt. Das ist im Rahmen der begleitenden Kontrolle auch nicht vorgesehen. Es verändert sich zwar die behördliche Prü-

¹¹⁴ *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 426.

¹¹⁵ Zu der – auch im Rahmen der begleitenden Kontrolle – bestehenden Ermittlungspflicht der Behörde siehe sogleich.

¹¹⁶ Um die Mitwirkungspflicht angesichts der Komplexität des Steuerrechts verhältnismäßig und zumutbar auszugestalten, greift die erweiterte Offenlegungspflicht nur dann, wenn die Umstände „nicht unwesentliche Auswirkungen auf das steuerliche Ergebnis haben können“ (§ 153f Abs. 1 BAO).

¹¹⁷ Dazu näher *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 286 ff.

¹¹⁸ *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 287 f.; S. 657.

¹¹⁹ *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 657.

fung,¹²⁰ die Ermittlungspflicht der Behörde wird allerdings nicht aufgehoben, was bei der Interpretation der wechselseitigen Rechte und Pflichten zu berücksichtigen ist.¹²¹ Ziel der begleitenden Kontrolle ist es aber, dass sich die Steuerpflichtigen, wie vorne ausgeführt, bis zu einem gewissen Grad selbst kontrollieren und die Behörde von sich aus auf mögliche Steuerrisiken hinweisen und sich die Behörde im Rahmen der Überprüfung nicht nur,¹²² aber vorwiegend am Steuerkontrollsystem orientiert und auf die von den Steuerpflichtigen offengelegte Umstände konzentriert. Damit ist der Vollzug im Rahmen der begleitenden Kontrolle konzeptionell noch stärker als im traditionellen Abgabenvollzug von einem Modell der kontrollierten Selbstregulierung geprägt.

c) Umsetzung verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse

Ein zentrales Charakteristikum der begleitenden Kontrolle ist schließlich, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung dieses Verfahrensinstruments in ganz besonderer Weise auf verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse Bedacht genommen hat.¹²³ Das Instrument der begleitenden Kontrolle zeigt, dass der Gesetzgeber bereit ist, die dem Recht zugrunde liegenden Modellannahmen aufgrund aktueller Forschungsergebnisse anderer Disziplinen zu verändern und dabei auch bereit ist, im Steuervollzug zwischen verschiedenen Gruppen von Steuerpflichtigen zu differenzieren. Die Regelungen der begleitenden Kontrolle berücksichtigen etwa die Erkenntnisse der Psychologie und der Verhaltensökonomie, wonach die Entscheidungsträger großer Unternehmen zwar i. d. R. rational handeln, sich in ihrer Mitwirkungsbereitschaft aber auch von anderen Faktoren beeinflussen lassen. Die Regelungen sind von der Umsetzung jener Erkenntnisse geleitet, wonach das Vertrauen in den Staat, das Gefühl von Fairness und Steuerehrlichkeit als zunehmend wichtige soziale Norm Umstände sind, die sich (neben der Angst vor Entdeckung und Strafe) auf die Tax Compliance positiv auswirken. Regelmäßige Treffen und wechselseitige Transparenz sollen ein gegenseitiges Verständnis und eine Zusammenarbeit in einem Klima des gegenseitigen Vertrauens ermöglichen. Indem eine „steuerliche Zuverlässigkeit“ zur Teilnahmevoraussetzung erklärt und von der SKS-Prüfungsverordnung ein Bekenntnis zur Steuerehrlichkeit verlangt wird, soll die Steuerehrlichkeit als soziale Norm innerhalb der Gruppe der Normadressaten (sowie zumindest

¹²⁰ Der Prüfungszeitpunkt wird systematisch nach vorne verlagert und es werden vorwiegend nicht Belege, sondern Prozesse geprüft, *Macho*, in: Brandl/Macho/Schrottmeyer/Vock (Hrsg.), *Begleitende Kontrolle*, 2018, S. 97, 101.

¹²¹ Dazu *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 667ff.

¹²² Zur Ermittlungspflicht im Rahmen der begleitenden Kontrolle *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 667ff.

¹²³ Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass bereits im Dezember 2017 das österreichische Finanzministerium gemeinsam mit dem US-amerikanischen Internal Revenue Service die Förderung einer „Community of Interest“ zum Thema Verhaltensökonomie übernommen hat, *BMF* (oben Fn. 15), 2019, S. 48.

mittelfristig auch darüber hinaus) gestärkt werden. Ebenso lässt die Teilnahme an bzw. die Durchführung der begleitenden Kontrolle für alle Beteiligten eine „win-win“-Situation entstehen, da die Steuerpflichtigen zu einer Selbstkontrolle und einer erhöhten Transparenz verpflichtet und dafür mit grundsätzlich zeitnäheren Prüfungen und einem Rechtsanspruch auf Auskünfte „belohnt“ werden und die Behörde basierend auf der erweiterten Transparenz der Steuerpflichtigen ihre Ressourcen gezielter risikoorientiert einsetzen kann.¹²⁴

3. Responsive, risikobasierte und smarte Regulierung

Unter Berücksichtigung der beschriebenen Charakteristika ist die begleitende Kontrolle als Instrument einer „Responsive Regulation“ zu verstehen.¹²⁵ Dem Konzept der Responsive Regulation zufolge sind staatliche Maßnahmen auf die Besonderheiten einer bestimmten Gruppe von Normadressaten abzustimmen. Bereits in ihrem im Jahr 1992 erschienenen Buch „Responsive Regulation“ gehen I. Ayres und J. Braithwaite davon aus, dass Compliance am besten erreicht werden kann, wenn dem Staat verschiedene Maßnahmen zur Verfügung stehen, die sich im Grad staatlicher Zwangsanwendung unterscheiden. Entsprechend dem Modell einer „Compliance-Pyramide“ empfehlen sie, zunächst Maßnahmen ohne bzw. nur mit geringer staatlicher Zwangsanwendung anzuwenden und bei deren Erfolglosigkeit den staatlichen Zwang zu verstärken.¹²⁶ Da das Modell der Selbstregulierung grundsätzlich für alle Beteiligten am effizientesten ist, sei für jene, die zur Kooperation bereit sind, ein solches Modell anzustreben.¹²⁷ Bei jenen, die dazu nicht bereit sind, müsse der Staat mit Maßnahmen der Befehls- und Zwangsgewalt vorgehen.¹²⁸

Für den Abgabenvollzug wurde das Konzept der Responsive Regulation insbesondere von Valerie Braithwaite weiterentwickelt. Stärker noch als Ayres/Braithwaite plädiert sie dafür, für die „Gruppenbildung“ verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse zu berücksichtigen. Ihren Studien zufolge sind die meisten Steuerpflichtigen von sich aus bereit, ihre steuerlichen Pflichten zu erfüllen, solange ihnen seitens der Abgabenbehörde mit Verständnis und Unterstützung begegnet wird und sie sich fair behandelt fühlen, nur wenige haben

¹²⁴ Gunacker-Slawitsch (oben Fn. 2), 2020, S. 679; ausführlicher S. 632 ff.

¹²⁵ Vgl. zu diesem Kapitel ausführlich Gunacker-Slawitsch (oben Fn. 2), 2020, S. 643 ff. Die Ausführungen in diesem Kapitel wurden z. T. gekürzt, z. T. wörtlich diesem Werk entnommen.

¹²⁶ I. Ayres/J. Braithwaite, *Responsive Regulation*, 1992, S. 35; dazu auch Freedman (oben Fn. 94), 649 f.

¹²⁷ I. Ayres/J. Braithwaite (oben Fn. 126), 1992, S. 35 f., 37 f.; V. Braithwaite (oben Fn. 42), 2003, S. 4.

¹²⁸ I. Ayres/J. Braithwaite (oben Fn. 126), 1992, S. 35 ff., 60 ff. Damit greift dieses Modell auch auf spieltheoretische Erwägungen zurück, dazu Gunacker-Slawitsch (oben Fn. 2), 2020, S. 643; zum spieltheoretischen Aspekt des Steuerverfahrens auch Ehrke-Rabel (oben Fn. 31), 2019, S. 23.

sich bereits endgültig dazu entschieden, ihren steuerrechtlichen Pflichten nicht nachzukommen.¹²⁹

Je nachdem, welcher Gruppe ein Steuerpflichtiger angehöre, seien von Seiten des Staates unterschiedliche Strategien zur Förderung der Tax Compliance anzuwenden: Jenen Steuerpflichtigen, die von sich aus bereit sind, ihre steuerrechtlichen Pflichten zu erfüllen, müsse die Pflichterfüllung durch Service leicht gemacht werden. Jene, die dem Grunde nach ihre Pflicht zur Steuerzahlung akzeptieren, können auch durch vertrauensbildende Maßnahmen von Seiten des Staates unterstützt werden.¹³⁰ Für jene Steuerpflichtigen, die nicht von sich aus bereit sind, ihren Pflichten nachzukommen, müssen der Finanzverwaltung andere Maßnahmen zur Verfügung stehen und es ist je nach Grad des Steuerwiderstands auf mangelnde Mitwirkungs- bzw. Steuerzahlungsbereitschaft angemessen zu reagieren.¹³¹

Basierend auf diesen Überlegungen und aufbauend auf der Erkenntnis, dass Menschen sich unterschiedlich steuerehrlich verhalten und auf Befehl und Zwang aufbauende Maßnahmen alleine nicht ausreichend sind, um auf das komplexe Phänomen der „non-compliance“ zu reagieren, müssen der Finanzverwaltung somit verschiedene Maßnahmen zur Verfügung stehen, um auf die Unterschiedlichkeiten der Steuerpflichtigen gezielt reagieren zu können.¹³²

Die Einführung der begleitenden Kontrolle ist bereits ein bedeutender Schritt in diese Richtung: Der Teilnehmerkreis orientiert sich an den Besonderheiten einer bestimmten Gruppe von Steuerpflichtigen und wird durch deren Verhalten maßgeblich (mit-)bestimmt. Es wird auch berücksichtigt, dass es für die Teilnahme an der begleitenden Kontrolle einer gewissen Unternehmensstruktur bedarf, um die geforderte Selbstkontrolle in ausreichendem Ausmaß vornehmen zu können. Da die begleitende Kontrolle darauf abzielt, die Mitwirkungsbereitschaft der Angehörigen dieser Gruppe zu unterstützen und zu fördern und andererseits dazu beizutragen, die bei dieser Gruppe von Steuerpflichtigen typischen Informationsasymmetrien zu überwinden, handelt es sich um eine (responsive) Maßnahme, die den spezifischen Bedürfnissen dieser Gruppe und der Finanzverwaltung im Umgang mit dieser Gruppe Rechnung trägt.¹³³

Die begleitende Kontrolle folgt zudem dem Konzept der „Risk based Regulation“. Die zentrale Idee risikobasierter Regulierung besteht darin, „Kon-

¹²⁹ V. Braithwaite (oben Fn. 42), 2003, S. 3 ff.; vgl. auch *Job/Honaker* (oben Fn. 27), 2003, S. 113; dazu bereits *Ehrke-Rabel/Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 48), 103.

¹³⁰ *Ehrke-Rabel/Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 48), 103.

¹³¹ V. Braithwaite (oben Fn. 42), 2003, S. 3 ff.; vgl. auch *Job/Honaker* (oben Fn. 27), 2003, S. 113; I. Ayres/J. Braithwaite (oben Fn. 126), 1992, S. 38 ff.; zur sog. „Compliance-Pyramide“ z. B. *OECD* (oben Fn. 49), 2013, S. 24 f.

¹³² Abkehr von der Idee eines einheitlichen Konzepts („one-size-fits-all-approach“), dazu *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 647; vgl. auch bereits *Job/Honaker* (oben Fn. 27), 2003, S. 113.

¹³³ *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 649 f.

trollaktivitäten dort zu konzentrieren, wo die Risiken am größten sind, dass regulative Standards nicht befolgt (und damit Regulierungsziele nicht erreicht) werden und zugleich die Auswirkungen einer Missachtung von Standards besonders schwerwiegend sind“.¹³⁴ Idealerweise kann sich die staatliche Regulierung auf die Kontrolle der Selbstregulierungssysteme von Unternehmen beschränken und die knappen Ressourcen dort einsetzen, wo sie dringend benötigt werden. Empfohlen wird, dieses Regulierungskonzept vor allem in jenen Bereichen anzuwenden, in denen sich, wie z. B. im Steuerrecht, der Kontrollauftrag staatlicher Behörden auf eine große Anzahl von Bürgern bzw. Unternehmern bezieht.¹³⁵ Die begleitende Kontrolle ist als Maßnahme einer risikobasierten Regulierung zu qualifizieren, da bei kooperativen Unternehmern, die über ihr Steuerkontrollsystem das geforderte Ausmaß einer Selbstkontrolle erreichen, primär die Ordnungsmäßigkeit und Funktionsfähigkeit ihrer unternehmensinternen Kontrollsysteme geprüft¹³⁶ und jene Sachverhalte näher überprüft werden, die die Unternehmer der Abgabenbehörde proaktiv mitteilen. Idealerweise werden durch diese Verstärkung des Konzepts der kontrollierten Selbstregulierung (mittelfristig) Ressourcen für eine intensivere Überprüfung von Fällen mit hohem Risikopotential frei.¹³⁷

Die bisher angeführten Konzepte werden z. T. auch als Teilbereiche einer „Really Responsive“ und „Smart“ Regulation verstanden.¹³⁸ Diese Modelle haben wiederum zum Ziel, die klassischen Konzepte responsiver und risikobasierter Regulierung weiter zu entwickeln und stärker miteinander zu verknüpfen. „Really Responsive Risk Based Regulation“ verbindet im Wesentlichen die Ansätze der Risk Based und jener der Responsive Regulation. Große Bedeutung werden insbesondere der Risikoevaluierung sowie der Risikopriorisierung beigemessen. Empfohlen wird auch, proaktiv an die Risikoentdeckung heranzugehen und geeignete Maßnahmen zu setzen, um risikobasierte Entscheidungen vorausschauend treffen zu können.¹³⁹ „Really Responsive“ ist dieses Konzept, weil es neben dem Verhalten der Adressaten auch andere Faktoren berücksichtigt, etwa die Kultur der regulierten Unternehmen,¹⁴⁰ deren Reputation und Marktposition, die Einstellung der leitenden Organe zu Compliance und Kooperation,¹⁴¹ die vorhandenen Kapazitäten sowie die allgemeine Aufgabenverteilung zwischen

¹³⁴ Döhler/Wegrich, Regulierung als Konzept und Instrument moderner Staatstätigkeit, Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management 2010, 31, 44.

¹³⁵ Döhler/Wegrich (oben Fn. 134), 44.

¹³⁶ Allerdings darf sich die Abgabenbehörde darauf nicht beschränken, dazu Gunacker-Slawitsch (oben Fn. 2), 2020, S. 668 ff.

¹³⁷ Gunacker-Slawitsch (oben Fn. 2), 2020, S. 654.

¹³⁸ Döhler/Wegrich (oben Fn. 134), 44.

¹³⁹ Black/Baldwin, Really Responsive Risk-Based Regulation, 32 Law and Policy 181, 181 ff. (2010).

¹⁴⁰ Black/Baldwin (oben Fn. 139), 181 ff.; Baldwin/Cave/Lodge, Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice, 2011, S. 269.

¹⁴¹ Baldwin/Cave/Lodge (oben Fn. 140), 2013, S. 269.

den betroffenen Akteuren.¹⁴² Im Wesentlichen geht es bei „Really Responsive Risk Based Regulation“ somit darum, die spezifischen Risiken, Bedürfnisse und Verhaltensweisen bestimmter Gruppen von Adressaten zu bestimmen, durch unterschiedliche Strategien auf die verschiedenen Risiken angemessen zu reagieren und die angewandten Maßnahmen bei Bedarf zu adaptieren.¹⁴³

Damit weist dieses Modell deutliche Parallelen zu dem Konzept einer Smart Regulation auf. Smart Regulation zielt unter anderem darauf ab, basierend auf den Ansätzen risikobasierter und responsiver Regulierung,¹⁴⁴ spezifische Maßnahmen für verschiedene Gruppen (von Personen, Sachverhalten, Risiken etc.) zu treffen und dabei das jeweilige größere Regulierungsumfeld¹⁴⁵ und die Erwartungen der heutigen Gesellschaft an den Staat zu berücksichtigen.¹⁴⁶ Kurz gefasst, geht es insbesondere darum, den größeren Kontext einer Maßnahme in den Blick zu nehmen,¹⁴⁷ vor allem in Bereichen, in denen mit Ressourcenknappheit umzugehen ist, risikoorientiert vorzugehen, die unterschiedlichen Einflussfaktoren auf das Verhalten bzw. das unterschiedliche Verhalten verschiedener Personen zu berücksichtigen¹⁴⁸ und je nach Risiko, besonderen Eigenschaften und Verhalten der Adressaten unterschiedliche Maßnahmen einzusetzen.¹⁴⁹ Diesem Konzept zufolge ist zudem ein Mix aus verschiedenen Maßnahmen vorzusehen,¹⁵⁰ dabei auch auf eine mögliche Einbindung Dritter Bedacht zu nehmen,¹⁵¹ sind win-win-Situationen anzustreben,¹⁵² Bürger in Regulierungsprozesse einzubeziehen, um die Akzeptanz der Adressaten zu erhöhen und den Staat von der Kompetenz seiner Bürger profitieren zu lassen¹⁵³ und ist der Erfolg gesetzter Maßnahmen zu messen, indem z. B. Regelungen befristet erlassen und/oder regelmäßig evaluiert werden.¹⁵⁴

¹⁴² *Black/Baldwin* (oben Fn. 139), 181 ff.; *Baldwin/Cave/Lodge* (oben Fn. 140), 2011, S. 270.

¹⁴³ *Black/Baldwin* (oben Fn. 139) 181 ff. (2010); ausführlicher dazu *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 650 f.

¹⁴⁴ *Gunningham* (oben Fn. 51), 2010, S. 132; *Baldwin/Cave/Lodge*, (oben Fn. 140), 2011, S. 265.

¹⁴⁵ *Gossum/Arts/Verheyen*, From „smart regulation“ to „regulatory arrangements“, 43 *Policy Science* 245 (2010); *Gunningham* (oben Fn. 51), 2010, S. 133 f.

¹⁴⁶ *Gossum/Arts/Verheyen* (oben Fn. 145).

¹⁴⁷ *Gunningham* (oben Fn. 51), 2010, S. 131.

¹⁴⁸ *Gossum/Arts/Verheyen* (oben Fn. 145).

¹⁴⁹ *Gunningham* (oben Fn. 51), 2010, S. 134.

¹⁵⁰ *Gunningham* (oben Fn. 51), 2010, S. 131 f.; *Baldwin/Cave/Lodge* (oben Fn. 140), 2011, S. 266; *Gunningham/Sinclair*, in: Drahos (Hrsg.), *Regulatory Theory: Foundations and Applications*, 2017, S. 133, 139 ff.

¹⁵¹ *Gunningham* (oben Fn. 51), 2010, S. 132; *Baldwin/Cave/Lodge* (oben Fn. 140), 2011, S. 266.

¹⁵² *Gunningham/Sinclair* (oben Fn. 150), 2017, S. 135.

¹⁵³ *Gossum/Arts/Verheyen* (oben Fn. 145); *Mühlbacher/Zieser*, *Die Psychologie des Steuerzahlers*, 2008, S. 45 f.

¹⁵⁴ *Gossum/Arts/Verheyen* (oben Fn. 145); vgl. zur Evaluierung auch *European Commission*, *Better Regulation Guidelines*, 2015, S. 215.

Als weiteres Tool einer modernen Regulierung wird die Förderung von Selbstkontroll- bzw. Selbstregulierungs-Systemen innerhalb der Unternehmen genannt. Empfohlen wird, für bestimmte Unternehmen Modelle zu entwickeln, in denen sich die Unternehmer selbst kontrollieren und den zuständigen Prüforganen darüber berichten. Ziel ist, dass sich das Prüforgan (zu einem großen Teil) auf die unternehmensinterne Selbstkontrolle verlassen kann und Strategien entwickelt, um die unternehmensinternen Kontrollmechanismen in geeigneter Form zu überprüfen.¹⁵⁵

Die begleitende Kontrolle wird diesen Anforderungen in mehrerer Hinsicht gerecht. Erwähnenswert ist bereits die Art und Weise ihrer Einführung: Gestartet wurde mit einem Pilotprojekt mit freiwilligen Teilnehmern, nach Ende der fünfjährigen Pilotphase wurde das Projekt unter Einbindung von Psychologen evaluiert und der ausführliche Evaluationsbericht auf der Homepage des BMF veröffentlicht. In den Regulierungsprozess wurden diverse stakeholder einbezogen. Auch die Ausgestaltung der begleitenden Kontrolle ist durchaus „smart“: Der Gesetzgeber hat sich mit der Frage befasst, wie er das Recht unter Berücksichtigung gesellschaftlicher Entwicklungen und basierend auf den Forschungsergebnissen anderer Disziplinen verändern kann, um die Mitwirkungsbereitschaft der Steuerpflichtigen zu erhöhen und die Vollzugseffizienz zu steigern, ohne das System des Abgabenvollzugs und damit das größere Regulierungsumfeld aus den Augen zu verlieren. Um den zuletzt genannten Anforderungen zu entsprechen, sind im Abgabenvollzug vor allem verfassungsrechtliche Grundsätze zu wahren, die die Prinzipien und damit das System des Abgabenvollzugs maßgeblich beeinflussen, und ist darauf Bedacht zu nehmen, dass die wechselseitigen Rechte und Pflichten im Gesetz klar verankert werden. Auf diese Anforderungen wurde bei der Textierung der begleitenden Kontrolle Bedacht genommen. Die Regelungen der begleitenden Kontrolle nehmen neben den Besonderheiten und dem Verhalten einer bestimmten Gruppe von Steuerpflichtigen den größeren Kontext in den Blick, da sie den behördlichen (risikobasierten) Kontrollauftrag berücksichtigen und auf das (im Abgabenvollzug bereits bewährte) Konzept der kontrollierten Selbstregulierung aufbauen. Dass für die Begutachtung des Steuerkontrollsystems basierend auf einer realistischen Einschätzung vorhandener Ressourcen auf die Expertise dritter Personen zurückgegriffen wird und die begleitende Kontrolle insgesamt eine win-win-Situation bewirken¹⁵⁶ soll, sind ebenfalls Merkmale, die im Schrifttum als Kennzeichen einer Smart Regulation genannt werden.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Gunningham (oben Fn. 51), 2010, S. 135, 139, der diese Regulierungsform als „Meta-Regulation“ bezeichnet; Gunacker-Slawitsch (oben Fn. 2), 2020, S. 654.

¹⁵⁶ Vgl. zur gemeinsamen „Interessenschnittmenge“ bei kooperativen Compliance Programmen auch Hardeck, Kooperative Compliance Programme zwischen Finanzverwaltung und Unternehmen. Zukunft oder Sackgasse? Eine international vergleichende Untersuchung, Steuer und Wirtschaft 2013, 156, 158.

Die wechselseitigen Rechte und Pflichten wurden, wie bereits ausgeführt, in Österreich¹⁵⁸ aus rechtsstaatlichen Überlegungen¹⁵⁹ gesetzlich verankert, sie wurden z. T. allerdings etwas weicher formuliert, um eine gewisse Flexibilität zu wahren. Dass diese Art der Regulierung für das Vollzugsinstrument der begleitenden Kontrolle gut gewählt ist,¹⁶⁰ wird m. E. durch die Forschungsergebnisse von Ewert und Wagenhofer bestätigt, wonach es für die Erreichung einer hohen Compliance durchaus zielführend sein kann, gewisse Unsicherheiten aufrecht zu erhalten.¹⁶¹

Insgesamt ist die begleitende Kontrolle, auch wenn in manchen Punkten noch nachgebessert werden kann¹⁶² und sie u. U. noch weiter ausgebaut werden könnte,¹⁶³ ein durchaus gelungenes Instrument, was wesentlich darauf zurückzuführen ist, dass bei dessen Regulierung die Forschungsergebnisse anderer Disziplinen berücksichtigt wurden. Der interdisziplinäre Ansatz, dem die begleitende Kontrolle folgt, könnte freilich für die Weiterentwicklung dieses Instruments weiter verstärkt werden. So enthalten die gesetzlichen Regelungen etwa auch den ausdrücklichen Auftrag, einen Evaluierungsbericht vorzulegen, in dem unter anderem die anzunehmenden Auswirkungen einer Absenkung der Umsatzgrenze darzustellen ist.¹⁶⁴ Hier wäre es m. E., wiederum bezugnehmend auf die Ergebnisse von Ewert und Wagenhofer, interessant, das Modell der begleitenden Kontrolle auch spieltheoretisch zu verproben.

4. Die begleitende Kontrolle als Teil eines zunehmend smarten Risikomanagements

Die begleitende Kontrolle ist freilich nicht isoliert für sich, sondern als Teil eines (smarten) Risikomanagements zu verstehen. Sowohl seitens der EU als auch seitens der OECD wird den Staaten empfohlen, moderne Risikomanagementsysteme zu entwickeln,¹⁶⁵ die sowohl das Setzen geeigneter Maßnahmen

¹⁵⁷ Gunningham (oben Fn. 51), 2010, S. 132; Gunningham/Sinclair (oben Fn. 150), 2017, S. 135; vgl. bereits Gunacker-Slawitsch (oben Fn. 2), 2020, S. 654 f.

¹⁵⁸ Anders als z. B. in den Niederlanden, dazu z. B. van der Hel-van Dijk/Poolen (oben Fn. 79); Meussen, Horizontaal toezicht, eine neue Kooperationsform im Besteuerungsverfahren in den Niederlanden, 2011, 114.

¹⁵⁹ Dazu vor allem Ehrke-Rabel/Gunacker-Slawitsch (oben Fn. 83), 241.

¹⁶⁰ Zu (verfassungs)rechtlichen Überlegungen dazu vgl. Gunacker-Slawitsch (oben Fn. 2), 2020, S. 662 f.

¹⁶¹ Ewert/Wagenhofer, in diesem Band.

¹⁶² So könnte z. B. eine zeitliche Grenze der behördlichen Ermittlungsbefugnis ausdrücklich im Gesetz verankert werden oder die amtswegige Ermittlungspflicht durch ein „Watchdog-Konzept“ abgesichert werden, dazu Gunacker-Slawitsch (oben Fn. 2), 2020, S. 670 ff.

¹⁶³ Vgl. für Deutschland bereits Seer/Hardeck (oben Fn. 35), 366 ff.; für Österreich Gunacker-Slawitsch (oben Fn. 2), 2020, S. 683 ff.

¹⁶⁴ § 323 Abs. 55 Z 3 BAO.

¹⁶⁵ Empfohlen wird die Entwicklung von Risikomanagementprozessen, die sich aus der Risikoidentifikation, der Risikoanalyse, der Risikobewertung und schließlich der Risiko-

zur Hintanhaltung und Aufdeckung von Steuerhinterziehungen und zur Auswahl kontrollbedürftiger Fälle für eine nähere Überprüfung als auch die Entwicklung von Ideen und die Umsetzung von Maßnahmen zur Förderung eines rechtmäßigen Abgabenvollzugs umfassen. Ein modernes Risikomanagement verlangt demnach neben abschreckenden und reaktiven Maßnahmen auch proaktive und präventive Zugänge,¹⁶⁶ die auch die Entwicklung kooperativer Instrumente einschließen.¹⁶⁷

Dabei sollen entsprechend dem Responsive-Regulation-Konzept¹⁶⁸ jene Steuerpflichtigen, die bereit sind, ihre steuerlichen Pflichten zu erfüllen, z. B. durch Informationen und Vereinfachungsmaßnahmen oder durch die Möglichkeit der Inanspruchnahme kooperativer Vollzugsinstrumente unterstützt werden.¹⁶⁹ In diesem Zusammenhang wird auch die (Weiter-)Entwicklung informeller Maßnahmen empfohlen, um das Vertrauen der Bürger in den Staat und deren „intrinsische Motivation“ zur Steuerehrlichkeit zu stärken¹⁷⁰ bzw. die Bürger „sanft“ zur Mitwirkung zu „überreden“ oder durch gezieltes nudging zu einem kooperativen Verhalten zu bewegen.¹⁷¹

Für etliche der von der EU und der OECD empfohlenen Maßnahmen sind im österreichischen Abgabenvollzug bereits Beispiele zu finden. So wurden z. B. für „kleinere“ Steuerpflichtige Maßnahmen der Vollzugsvereinfachung gesetzt¹⁷² und wurde das staatliche Instrumentarium um (weitere) informelle Maßnahmen ergänzt. Dabei werden seitens der österreichischen Finanzverwaltung (wie in anderen Staaten) auch bewusst nudges im Abgabenvollzug eingesetzt.¹⁷³ – Die begleitende Kontrolle wird z. T. zwar mit nudging in Verbindung gebracht, sie ist allerdings keine Form staatlichen nudgings, sondern es handelt sich um verhaltenswissenschaftlich geleitete verbindliche Normen, welche die Rechte und Pflichten sowohl der teilnehmenden Unternehmer als auch der Abgabenbehörde verändern. Innerhalb des Risikomanagements stellt sie ein besonderes, typenspezifisches Risikomanagementmodell dar.¹⁷⁴

bewältigung zusammensetzen, *European Commission* (oben Fn. 57), 2014, S. 12, 21; *European Commission* (oben Fn. 57), 2014, S. 6 ff.; *OECD* (oben Fn. 57), 2017, S. 38 ff.

¹⁶⁶ *European Commission* (oben Fn. 57), 2014, S. 10, 12, 21; *OECD* (oben Fn. 57), 2017, S. 38 ff.

¹⁶⁷ *OECD* (oben Fn. 57), 2017, S. 29, 37.

¹⁶⁸ Vgl. Pkt. IV.3.

¹⁶⁹ *OECD*, *Fighting Tax Crime: The Ten Global Principles*, 2017, S. 22.

¹⁷⁰ *Ehrke-Rabel* (oben Fn. 31), 2019, S. 27.

¹⁷¹ *OECD*, *Technologies for a Better Tax Administration*, 2017, S. 24 ff.

¹⁷² Z. B. im Jahr 2020 eine neue Pauschalierungsmöglichkeit für „kleine“ Steuerpflichtige eingeführt (§ 17 Abs. 3a EStG).

¹⁷³ Zum nudging durch die Finanzverwaltung *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 636 ff.; für weitere Beispiele siehe auch BMF (oben Fn. 15), S. 15 ff.; zu nudging durch den Staat allgemein *Kirchhof*, *Nudging – zu den rechtlichen Grenzen informalen Verwaltens*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2015, 136.

¹⁷⁴ *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 632 ff.

Betrachtet man das abgabenrechtliche Risikomanagement als Ganzes, ist hervorzuheben, dass der bereits erwähnten „Kombination von Psychologie und Technik“, d. h. der Umsetzung verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse mittels moderner Datenverarbeitungstechnologien im Abgabenvollzug eine enorme Bedeutung zukommt.¹⁷⁵ Gerade wenn es um die Weiterentwicklung von Compliance-Strategien unter Berücksichtigung der Forschungsergebnisse aus den Verhaltenswissenschaften (insbesondere aus der Psychologie und der Verhaltensökonomie) geht, wird den Staaten der Einsatz neuer technischer Möglichkeiten der Datensammlung und -analyse nahegelegt.¹⁷⁶ Da betont wird, dass Wissen ein unverzichtbarer Bestandteil jedes Risikomanagements ist und Strategien der Finanzverwaltung daher auf Wissen beruhen müssen,¹⁷⁷ wird es als wesentlich angesehen, die Gründe für ein bestimmtes Verhalten der Steuerzahler in Erfahrung zu bringen, weil diese Kenntnis sowohl die Risikobewertung als auch die Wahl der wirksamsten Lösung erleichtert.¹⁷⁸ Da das Risikomanagement nicht nur auf das Setzen geeigneter Durchsetzungsmaßnahmen, sondern auch auf die Förderung der Bereitschaft zur ehrlichen und pünktlichen Steuerzahlung fokussiert sein soll,¹⁷⁹ wird den Staaten empfohlen, Informationen über das Verhalten der Steuerpflichtigen in Erfahrung zu bringen, um dieses sodann in Richtung eines mitwirkungsbereiten Verhaltens beeinflussen zu können.¹⁸⁰ Je mehr Kenntnisse über das Verhalten der Steuerpflichtigen zur Verfügung stehen, desto besser könne zudem zwischen verschiedenen (Gruppen von) Steuerpflichtigen differenziert und desto gezielter können unterschiedliche (typenspezifische) Risikomanagementmodelle entwickelt werden.¹⁸¹

Die technischen Möglichkeiten sollen – neben der Entwicklung verschiedener digitaler Anwendungen zur Unterstützung und Vereinfachung des Vollzugs – also vor allem dazu genutzt werden, Informationen über das Verhalten der Steuerpflichtigen zu sammeln, um diese sodann unter Berücksichtigung verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse¹⁸² in möglichst kleinteilige Gruppen

¹⁷⁵ Z. B. *OECD*, *Technologies for a Better Tax Administration*, 2016, S. 24, worin vor allem ausdrücklich auf Big Data, Internet of Things, Web Chat, Real-time Analytics, Blockchain, Advanced Analytics, Nudge, BI, Cognitive Systems, Biometrics, Service Design, Smart Robots, Smart Contracts, API Sharing etc. Bezug genommen wird; *Ehrke-Rabel* (oben Fn. 31), 2019, S. 27f.

¹⁷⁶ *OECD* (oben Fn. 57), 2017, S. 29f.; *OECD*, *Technologies for Better Tax Administration*, 2016, S. 50.

¹⁷⁷ *European Commission* (oben Fn. 57), 2014, 2006, S. 19.

¹⁷⁸ *European Commission* (oben Fn. 57), 2014, S. 9.

¹⁷⁹ *European Commission* (oben Fn. 57), 2014, S. 5, 10, 19.

¹⁸⁰ *European Commission* (oben Fn. 57), 2014, S. 28; *OECD* (oben Fn. 57), 2017, S. 38 ff.

¹⁸¹ *European Commission* (oben Fn. 57), 2014, S. 29ff.; *OECD*, *The Changing Tax Compliance Environment and the Role of Audit*, 2006, S. 31; *OECD* (oben Fn. 57), 2016, S. 11; zur „zielgruppenorientierten Abgabencompliance-Strategie“ im österreichischen Abgabenvollzug *BMF* (oben Fn. 15), S. 15, 21.

¹⁸² *OECD* (oben Fn. 26), 2010.

einzuordnen, um schließlich auf die jeweilige Gruppe möglichst individuell zugeschnittene Strategien und Maßnahmen zu entwickeln und anzuwenden.

In diesem Sinn werden die (bereits enormen) Datenbestände der Finanzverwaltungen nicht nur durch (automatische) Datenübermittlungspflichten dritter Personen stetig erweitert,¹⁸³ sondern in manchen¹⁸⁴ Staaten z. B. auch durch systematische Internetrecherchen, sei es durch das Durchsuchen sozialer Netzwerke¹⁸⁵ oder das gezielte Durchforsten von im Internet auffindbaren Informationen mittels eines Webroboters¹⁸⁶ vergrößert.¹⁸⁷ In Österreich bestehen für derartige systematische Recherchen derzeit keine (eindeutigen) gesetzlichen Grundlagen. Welche nicht vom Steuerpflichtigen erhobenen Daten in das Risikomanagement der österreichischen Finanzverwaltung einfließen, ist für Außenstehende nicht vollständig erkennbar.¹⁸⁸ Fest steht aber, dass auch von den Steuerpflichtigen zur Verfügung gestellte Informationen heutzutage besser gesammelt und verarbeitet¹⁸⁹ werden können.¹⁹⁰ Insofern bietet auch die begleitende Kontrolle für die Finanzverwaltung große Chancen, ihre Datenbestände zu erweitern.¹⁹¹

¹⁸³ Man denke nur z. B. an vor ein paar Jahren eingeführten Verpflichtungen zur automatischen Informationsübermittlung durch Banken (auf nationaler Ebene insbesondere durch das Gemeinsame Meldestandard-Gesetz, BGBl I 2015/116) oder an die jüngsten Adaptierungen der internationalen Amtshilfe in der Mehrwertsteuer-Zusammenarbeits-Verordnung, VO (EU) 904/2010 i. d. F. VO (EU) 2018/1541 vom 2.10.2018 mit Bestimmungen, die im Jahr 2021 in Kraft treten.

¹⁸⁴ Von einigen Staaten existieren dazu veröffentlichte Berichte (z. B. *OECD* [oben Fn. 62], 2017; *OECD* [oben Fn. 62], 2019); inwieweit auch bereits andere Staaten solche Praktiken ausüben, ist nicht erkennbar.

¹⁸⁵ So z. B. in Frankreich: Art 57 du projet de loi de finances n. 2272 pour 2020; vgl. dazu *Délibération* 2019–114 du 12 septembre 2019, <https://www.legifrance.gouv.fr/cnil/id/CNILTEXT000039167079/>.

¹⁸⁶ Die Niederlande haben beispielsweise einen Webroboter, *XENON*, installiert, der insbesondere unbekannteste Steuerpflichtige bzw. (abgaben)rechtliche Unregelmäßigkeiten entdecken soll, *European Commission* (oben Fn. 57), 2014, 67f., abrufbar unter https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/common/publications/info_docs/taxation/risk_managt_guide_en.pdf. In diesem Bericht sind auch ähnliche Beispiele aus anderen Staaten zu finden, *European Commission* (oben Fn. 57), 2014, S. 68ff.

¹⁸⁷ Für weitere Beispiele vgl. *OECD* (oben Fn. 62), 2019; zum Online-Chat mit „Fred“ via FinanzOnline *BMF* (oben Fn. 15).

¹⁸⁸ Gem. §48d Abs. 1 BAO ist „[d]ie ganz oder teilweise automatisierte sowie die nicht-automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten durch eine Abgabenbehörde zulässig, wenn sie für Zwecke der Abgabenerhebung oder sonst zur Erfüllung ihrer Aufgaben oder in Ausübung öffentlicher Gewalt, die ihr übertragen wurde, erforderlich ist“; dazu kritisch *Ehrke-Rabel/Gunacker-Slawitsch*, Anpassung der BAO an die DSGVO als Persilschein zur finanzbehördlichen Datenverarbeitung? *taxlex* 2019, 90; *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 587ff.

¹⁸⁹ Der Begriff der „Verarbeitung“ von Daten wird hier i. S. v. Art. 4 Z 2 DS-GVO verstanden.

¹⁹⁰ *OECD* (oben Fn. 57), 2017, S. 38.

¹⁹¹ Vgl. dazu z. B. *Macho* (oben Fn. 120), 2018, S. 107: „Die weiter fortschreitende Digitalisierung wird auch im Bereich der Betriebsprüfung zu veränderten Rahmenbedingungen

Große Datenbestände können von den Staaten für die Steigerung der Vollzugseffizienz eben dann (besonders) wirkungsvoll genutzt werden, wenn sie – wie dies heute möglich ist – digital aufbereitet, mit anderen Daten verknüpft, verglichen und analysiert werden.¹⁹² Insgesamt können moderne (smarte) Technologien den Abgabenvollzug massiv verändern und zwar sowohl hinsichtlich der Steuererhebung als auch hinsichtlich der Kontrolle.

Um Steuerpflichtige auf der Grundlage der über sie verfügbaren Daten in unterschiedliche Gruppen einteilen zu können, wird von der OECD z. B. die Verwendung von Advanced Analytics-Methoden vorgeschlagen. Gemeint sind algorithmenbasierte Verfahren, die auf der Grundlage einer Vielzahl an Daten über bisheriges Verhalten Wahrscheinlichkeiten für zukünftiges Verhalten oder zukünftige Ereignisse berechnen können.¹⁹³ Bei der Verwendung von Predictive Analytics im Abgabenvollzug soll mit Hilfe von Algorithmen aus einer Vielzahl von gesammelten Daten eine Prognose über das Verhalten der Steuerpflichtigen gewonnen und das verwaltungsbehördliche Handeln darauf ausgerichtet werden.¹⁹⁴

Auch die österreichische Finanzverwaltung arbeitet mit Predictive Analytics. Im österreichischen BMF wurde im Jahr 2016 ein Predictive Analytics Competence Center (PACC) eingerichtet. Wie diversen im Internet veröffentlichten Berichten zu entnehmen ist, wird Predictive Analytics offenbar vor allem dazu genutzt, um (besonders) kontrollbedürftige Fälle herauszufinden.¹⁹⁵ Im Ergebnis sollen dadurch vorhandene Ressourcen vorwiegend in Bereichen eingesetzt werden, in denen das Risiko für den Staat (aufgrund einer möglichst fundierten Datenanalyse) als hoch eingeschätzt wird.¹⁹⁶

Die bisher veröffentlichten Beiträge und Informationen klingen dabei weitgehend so, als ob der Anwendung der Predictive-Analytics-Methoden im österreichischen Abgabenvollzug (noch) vor allem von den Steuerpflichtigen übermittelte (Steuer-)Daten zugrunde gelegt werden. Dem Vorbild privater Unternehmer entsprechend könnte die Finanzverwaltung theoretisch¹⁹⁷ freilich viel mehr Daten sammeln und unter anderem Informationen über persönliche Vorlieben, Neigungen etc. in die Risikobewertung einfließen lassen und somit auch basierend auf solchen Daten Segmentierungen der Steuerpflichtigen vor-

führen. Leserechte für SAP-Buchhaltungssystem werden die Regel und nicht mehr die Ausnahme sein.“

¹⁹² OECD (oben Fn. 57), 2017, S. 38; vgl. auch OECD, Science, Technology and Innovation Outlook 2018, 2018, S. 22 ff.

¹⁹³ OECD (oben Fn. 57), 2016, S. 17.

¹⁹⁴ OECD (oben Fn. 57), 2016, S. 11.

¹⁹⁵ *Setnicka*, in: Mayr/Pinzger (Hrsg.), Informatik 2016, Lecture Notes in Informatics (LNI), Gesellschaft für Informatik, S. 629; kritisch dazu *Gumacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 583.

¹⁹⁶ So sind m. E. z. B. im Ergebnis die Ausführungen in BMF (oben Fn. 15), S. 21 f., zu verstehen.

¹⁹⁷ Unter Außerachtlassung allfälliger rechtlicher Grenzen.

nehmen.¹⁹⁸ Wie weit Predictive-Analytics-Methoden im österreichischen Abgabenvollzug schon entwickelt sind, inwieweit es sich dabei um automationsunterstütztes Profiling i. S. d. DS-GVO handelt,¹⁹⁹ welche Daten – vor allem, welche nicht von den Steuerpflichtigen selbst offengelegte Informationen – dazu verwendet werden und wie die Algorithmen funktionieren, ist für den Bürger grundsätzlich nicht erkennbar. Rechtlich ist die Ermächtigung zur Entwicklung und Verwendung digitaler Risikomanagementsysteme in Österreich derzeit nur äußerst rudimentär verankert.²⁰⁰

Die hier grob skizzierte Weiterentwicklung des Abgabenvollzugs durch smarte Technologien ist mit Sicherheit noch nicht abgeschlossen. So könnte auch die Abgabenerhebung verändert werden, beispielsweise indem die seit 2016 in Österreich verpflichtend zu verwendenden Registrierkassen online mit dem Finanzamt verbunden werden.²⁰¹ Nach den Vorstellungen der OECD könnte dadurch die Angewiesenheit des Staates auf die Mitwirkung der Abgabepflichtigen reduziert werden, da die auf der Registrierkasse gespeicherten Daten umgehend an die Finanzverwaltung gesendet werden und sodann automatisch in die Abgabenerklärung Eingang finden könnten.²⁰² Die Nutzung dieser Technologie ist ein Teil der Vision der OECD, derzufolge das System der ex-post-Kontrolle von durch die Abgabepflichtigen ausgefüllten Steuererklärungen durch eine Informationsübertragung in „Echtzeit“ („real-time“) ersetzt werden soll.²⁰³ Ziel sei es, den Informationstransfer (bzw. gegebenenfalls die Besteuerung) mit Hilfe automatischer Informationsübertragung auf den Zeitpunkt der wirtschaftlichen Transaktion zu verlegen. Dies würde die (nachträgliche) Einreichung von Abgabenerklärungen für eine Vielzahl von Unternehmern überflüssig machen.²⁰⁴ In anderen Fällen sollen durch die Verarbeitung von Big Data und den Ausbau von Offenlegungs- und Mitteilungspflichten Dritter eine (weitgehende) Vorausfüllung der Steuererklärungen erreicht werden.²⁰⁵ Im Ergebnis schwebt der OECD die Transformation des Steuervollzugs zu einem Verfahren vor, in dem die Behörde auf die Angaben des Abgabepflichtigen selbst kaum noch an-

¹⁹⁸ *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 566.

¹⁹⁹ Dazu näher *Ehrke-Rabel*, Profiling im Steuervollzug, *FinanzRundschau* 2019, 45; *Ehrke-Rabel/Hödl*, Steuerbescheid und behördliches Profiling, *Datenschutz konkret* 2017, 59.

²⁰⁰ Dazu und zu der Frage, ob eine nähere Determinierung aus verfassungs- und datenschutzrechtlichen Gründen geboten ist *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 580ff.

²⁰¹ Dies wird z. B. in Slowenien bereits praktiziert, abrufbar unter: http://www.taxslovenia.com/resources/2015_02_TaxSlovenia_DE.pdf.

²⁰² Zu digitalisierten, mit der Finanzverwaltung verknüpften Registrierkassen vgl. *OECD* (oben Fn. 57), 2017, S. 39, 41 f.; *OECD* (oben Fn. 62), 2017, S. 190ff.; *OECD*, Implementing Online Cash Registers, 2019, S. 11 ff.; *Ehrke-Rabel* (oben Fn. 60), 2019, S. 329; zu verfassungsrechtlichen Fragen in diesem Zusammenhang *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 325 ff.

²⁰³ *OECD* (oben Fn. 176), 2016, S. 51 ff.

²⁰⁴ *OECD* (oben Fn. 176), 2016, S. 54.

²⁰⁵ *OECD* (oben Fn. 176), 2016, S. 48 ff.; *OECD* (oben Fn. 62), 2017, S. 192 ff.

gewiesen ist.²⁰⁶ Ein rechtswidriges Verhalten wäre in diesen Bereichen demnach unmöglich oder zumindest erheblich erschwert²⁰⁷ und der Steuervollzug könnte für viele Steuerpflichtige „nahezu unsichtbar“ werden.²⁰⁸

Praktisch ist derzeit also vieles machbar; so wäre z. B. die Verpflichtung, die auf der Registrierkasse gespeicherten Daten in Echtzeit an die Finanzverwaltung zu übermitteln, technisch wohl nur mehr ein kleiner Schritt. Vieles ist auf einmal umsetzbar und etliches, was möglich ist, hält auch plötzlich in der Vollzugsrealität Einzug,²⁰⁹ z. T. ohne (zunächst) die bestehenden Rechtsgrundlagen zu adaptieren.²¹⁰ Der Abgabenvollzug befindet sich daher schon seit einigen Jahren in einer Phase des Umbruchs, in der das Recht stark gefordert ist und es jedenfalls der Zusammenarbeit mit anderen Disziplinen bedarf. Rechtlich sind vor allem Abwägungsfragen zwischen der Wahrung der Gesetz- und Gleichmäßigkeit der Besteuerung und der Wahrung der Privatsphäre neu auszuloten.²¹¹ Die Rechtswissenschaft hat zudem die Aufgabe, die Nutzung smarter Technologien für Vollzugszwecke wachsam zu „begleiten“. Moderne Datenverarbeitungstechnologien können nämlich auch dazu verwendet werden, neben der Aufdeckung von Steuerhinterziehungen (gleichzeitig) grundsätzlich mitwirkungsbereite Steuerpflichtige (unabhängig von dem aus ihrem Verhalten und ihren abgabenrechtlich relevanten Transaktionen resultierenden Risiko) systematisch zu „überwachen“. Dies mag der Wahrung der Gleichmäßigkeit der Besteuerung zwar förderlich sein, widerspricht aber dem verfassungsrechtlichen Konzept, das dem Abgabenvollzug zugrunde liegt, wonach das Verhältnis zwischen Individuum und Gesellschaft (auch) von der Freiheit des Einzelnen geprägt ist. Im Zuge der Weiterentwicklung des abgabenrechtlichen Risikomanagements gilt es daher Lösungen zu finden, die nicht unverhältnismäßig tief in die verfassungsrechtlich geschützte Freiheit des Steuerpflichtigen eingreifen.²¹²

V. Fazit

Selbstregulierung und Kooperation prägen den Abgabenvollzug schon lange. Mit dem im Jahr 2019 eingeführten Vollzugsinstrument der begleitenden Kon-

²⁰⁶ Diese Idee steckt hinter dem von der OECD propagierten „possible pathway from post-assessment to pre-assessment verification“, vgl. *OECD* (oben Fn. 62), 2017, S. 191, 192 ff.

²⁰⁷ Wodurch freilich verfassungsrechtliche Fragen aufgeworfen werden.

²⁰⁸ *OECD* (oben Fn. 62), 2017, S. 190; dazu *Ehrke-Rabel* (oben Fn. 31), 2019, S. 22.

²⁰⁹ Dies betrifft insbesondere die stetige Weiterentwicklung des abgabenbehördlichen Risikomanagements; vgl. aber z. B. auch den Entwurf zum Finanzmarkt-Geldwäschegesetz, der ein „Transaktionsmonitoring“ mit Hilfe künstlicher Intelligenz erlaubt (ErlRV 474 BlgNR 27. GP, S. 5 f.).

²¹⁰ So z. B. (zunächst) der Einsatz von Predictive-Analytics-Methoden.

²¹¹ Dazu ausführlich *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020.

²¹² Dazu näher *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 89 ff.; S. 124 ff.; S. 250; S. 281 ff.; S. 591 ff.

trolle wird dieses bereits bestehende System weiterentwickelt und ausgebaut. Dabei handelt es sich um ein spezielles Vollzugsinstrument für eine bestimmte Gruppe von Steuerpflichtigen (primär „große“, d.h. umsatzstarke Unternehmer), in deren Rahmen sich die teilnehmenden Steuerpflichtigen zu einer Selbstkontrolle und einer erweiterten Offenlegung gegenüber dem Finanzamt verpflichten und im Gegenzug dafür früher Rechtssicherheit erhalten. Die begleitende Kontrolle ist für den Abgabenvollzug in vielerlei Hinsicht etwas Besonderes: Mit dem Ziel, den Informationstransfer vom Steuerpflichtigen zur Behörde zu verbessern und staatliche Ressourcen zu schonen bzw. effizienter einzusetzen, wurde unter Berücksichtigung von Forschungsergebnissen anderer Disziplinen, vor allem jener der Psychologie und der Verhaltensökonomie, ein neues Instrument entwickelt. Im Rahmen der Begleitenden Kontrolle wird vor allem die Kooperation zwischen Abgabenbehörde und Steuerpflichtigen verstärkt und der Vollzug noch stärker durch ein Modell kontrollierter Selbstregulierung geprägt. Da die begleitende Kontrolle die Besonderheiten eines bestimmten „Modeltyps“ von Steuerpflichtigen berücksichtigt und dabei auf verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse Bezug nimmt, ist sie als Instrument einer Responsive Regulation zu qualifizieren. Die Regelung der begleitenden Kontrolle ist auch als Beispiel einer Smart Regulation zu verstehen, insbesondere deshalb, da sie als Pilotprojekt gestartet wurde, in den Regulierungsprozess diverse stakeholder einbezogen wurden, sie darauf abzielt, basierend auf den Ansätzen risikobasierter und responsiver Regulierung ein spezifisches Vollzugsinstrument für eine ganz bestimmte Gruppe von Steuerpflichtigen zu schaffen und dabei das größere „Regulierungsumfeld“ berücksichtigt wird.

Aus einem breiteren Blickwinkel heraus betrachtet ist die begleitende Kontrolle ein (verhaltenswissenschaftlich geleitetes, typenspezifisches) Risikomanagementmodell als Teil des abgabenrechtlichen Risikomanagementsystems, das insgesamt zunehmend smarter wird, einerseits durch die Nutzung smarter Technologien und andererseits, weil verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse mit Hilfe digitaler Technologien im Vollzug wirkungsvoller „umgesetzt“ werden können. So ist es durch smarte Technologien möglich, kooperatives Verhalten zu fördern,²¹³ sei es, indem nicht-kooperatives Verhalten schwierig oder (nahezu) unmöglich gemacht oder kooperatives Verhalten einfach und bequem gemacht²¹⁴ wird oder indem die Steuerpflichtigen durch spezielle „Tools“ zu einem mitwirkungsbereiten Verhalten motiviert werden. Ebenso können Steuerpflichtige mit Hilfe dieser Technologien nunmehr gezielt(er) unter Berücksichtigung verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse und darauf

²¹³ Kooperatives Verhalten kann durch den Einsatz smarter Technologien freilich auch insofern wirkungsvoll erzwungen werden, indem die Entdeckungswahrscheinlichkeit durch ihren Einsatz steigt oder dies zumindest subjektiv so wahrgenommen wird.

²¹⁴ Zu den diesbezüglichen Gefahren *Ehrke-Rabel* (oben Fn. 31), 2019, S. 16 ff.; *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 591 ff.

basierender Modellannahmen in kleinteilige (Risiko)Gruppen eingeordnet werden.

Insgesamt muss der heutige Abgabenvollzug zur Bewältigung aktueller Herausforderungen m. E. auf ein diversifiziertes Konzept setzen. Dabei darf und muss der Staat zur Wahrung der Gesetz- und Gleichmäßigkeit der Besteuerung auf neue Entwicklungen Bedacht nehmen und verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse sowie technische Errungenschaften zur Überwindung von Informationsasymmetrien nutzen. Gleichzeitig ist aber zu berücksichtigen, dass in einem demokratischen Rechtsstaat Eingriffe in die Privatsphäre der Steuerpflichtigen so gering wie möglich zu halten sind.²¹⁵

Ausgehend von diesen Überlegungen stellt die Einführung der begleitenden Kontrolle eine zentrale Weichenstellung für den Abgabenvollzug dar. Sie zeigt, dass der Gesetzgeber bereit ist, im Rahmen des Vollzugs zwischen verschiedenen Gruppen von Steuerpflichtigen zu differenzieren und basierend auf verhaltenswissenschaftlichen Erkenntnissen die Modellannahmen des Rechts zu verändern. Da die begleitende Kontrolle das den Abgabenvollzug prägende Grundkonzept einer freiheitsschonenden Kooperation und kontrollierten Selbstregulierung intensiviert, ist sie jedenfalls ein vielversprechendes Modell, über dessen Ausbau – sowohl für die Teilnehmer der begleitenden Kontrolle als auch für andere Steuerpflichtige – weiter nachzudenken ist.²¹⁶ Die Zusammenarbeit der Rechtswissenschaft mit anderen Disziplinen ist dabei unbedingt fortzuführen und weiter zu entwickeln.

Für Bereiche, in denen ein Modell (verstärkter) Selbstregulierung nicht geeignet erscheint, ist nach anderen Konzepten zu suchen, die z. B. stärker auf automatische Datenübermittlungen bzw. auf die Einbindung digitaler Datenverarbeitungstechnologien setzen. Auch hier ist für die Regulierung die Zusammenarbeit mit anderen Disziplinen dringend geboten. Die Herausforderungen für die Regulierung liegen in diesem Bereich vor allem darin, die durch den Einsatz digitaler Technologien neu entstehenden Informationsasymmetrien bestmöglich zu überwinden,²¹⁷ das Recht für den Bürger vorhersehbar zu gestalten²¹⁸ und dafür Sorge zu tragen, dass durch die Nutzung smarter Technologien nicht unnötig tief in die Freiheit der Steuerpflichtigen eingegriffen wird.

²¹⁵ So bereits *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 728.

²¹⁶ Zu ersten Überlegungen für Deutschland *Seer/Hardeck* (oben Fn. 35); für Österreich *Gunacker-Slawitsch* (oben Fn. 2), 2020, S. 683 ff.

²¹⁷ So ist z. B. zu berücksichtigen, dass manche Steuerpflichtige mit ihren Kunden nur virtuell interagieren und daher bestimmte Umstände (z. B. den Aufenthaltsort ihrer Kunden) nicht aus eigener Wahrnehmung kennen und Steuerpflichtige heute zunehmend die Kontrolle darüber verlieren, welche sie betreffenden Daten gesammelt oder verarbeitet werden.

²¹⁸ Z. B. das Funktionieren von Algorithmen dem Grunde nach transparent zu machen.

Selbstregulierung im Wirtschaftsrecht

Hanno Merkt

I. Erscheinungsformen

Selbstregulierung im Wirtschaftsrecht, hier verstanden als Regelbildung durch die Regeladressaten selbst,¹ wird von rechtswissenschaftlicher Seite heutzutage vor allem als moderne Alternative zu hergebrachtem staatlich gesetztem Recht diskutiert. Dabei gibt es selbstgesetzte Regeln im Handelsverkehr bereits seit Jahrhunderten,² etwa in Gestalt von Handelsbräuchen bzw. Handelsgewohnheitsrecht³ und aus der frühen Neuzeit Börsenregeln.⁴ Heute findet sich selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft etwa in der *Lex Mercatoria*,⁵ in Codes of Conduct,⁶ in Handelsklauseln (z. B. Incoterms⁷) und nicht zuletzt in Allgemeinen Geschäfts- oder Branchenbedingungen.⁸ Flankiert wird dieses autogene Recht der Wirtschaft durch die Handelsschiedsgerichtsbarkeit.⁹ Will man die selbstgeschaffenen Regelungen systematisieren, bietet es sich an, zwischen rein privaten Regelwerken, z. B. Corporate Governance-Vorgaben privater Pensionsfonds (Bsp. CalPers)¹⁰, den Internationalen Rechnungslegungs- und Prü-

¹ Zur Begriffsbestimmung *Merkt*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2017, S. 167 m. w. N.; *Bachmann*, *Private Ordnung*, 2006, S. 27 ff.

² Näher *Bachmann* (oben Fn. 1), 2006, S. 85 ff.

³ *Leyens*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl., 2021, § 346 HGB Rn. 1 ff.

⁴ *Merkt*, *Unternehmenspublizität*, 2001, S. 76 f.

⁵ Etwa *Stein*, *Lex mercatoria: Realität und Theorie*, 1995.

⁶ Etwa im Anlagenbau, siehe *Johannsen*, in: Bock/Zons (Hrsg.), *Anlagenbau*, Teil D Wichtige Querschnittsmaterien in Anlagenbauprojekten, 2015, Rn. 8 f., oder im Vertrieb, siehe *Anton*, in: Martinek/Semler/Flohr (Hrsg.), *Handbuch des Vertriebsrechts*, 4. Aufl., 2016, 11. Kapitel, Branchenspezifische Besonderheiten im Vertriebsrecht, § 55 Rn. 60 ff.

⁷ Abgedruckt bei Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl., 2021, Nebengesetze (6), (6a) und (6b).

⁸ *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl., 2021, Nebengesetze (5); zur Regelsetzung durch AGB näher *Bachmann* (oben Fn. 1), 2006, S. 119 ff.

⁹ Etwa *Geimer/Schütze/Hau*, in: Geimer/Schütze (Hrsg.), *Internationaler Rechtsverkehr*, 60. EL August 2020, C. I. 4. d) Vereinbarung über die Anwendung des Europäischen Übereinkommens über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit; *Schwab/Walter*, in: Schwab/Walter (Hrsg.), *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7. Aufl., 2005, Anhang A. Internationale Verträge 4. Das Europäische Übereinkommen über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. 4. 1961.

¹⁰ Die California Public Employees' Retirement System Total Fund Investment Policy,

fungsstandards (IFRS, ISA)¹¹ einerseits und halbstaatlichen Regelwerken („eingebettete“ Regelwerke, „regulated autonomy“), etwa dem Basel Accord¹² oder den Corporate Governance Kodizes¹³ zu unterscheiden.¹⁴

II. Vorteile

Der Erfolg privater Regelsetzung im Wirtschaftsrecht lässt sich auf unterschiedliche Gründe zurückführen.¹⁵ An erster Stelle steht gewiss die größere Sachnähe der Regelsetzer. Aufgrund der Erfahrungen, die man als Regelunterworfenener in der Anwendungspraxis sammelt, sieht man die eigentlichen Probleme klarer und kann den tatsächlichen Regelungsbedarf besser einschätzen. Mit der größeren Expertise verbindet sich die Erwartung besserer Regelqualität, was zu erhöhter Regelakzeptanz führt und die Befolgungsbereitschaft steigern kann.¹⁶ Die größere Sachnähe lässt sich auch legitimieren als marktconforme Regulierung: Was Private machen können, kann und sollte der Staat ihnen überlassen. Ein weiterer wichtiger Vorzug wird verbreitet in der größeren Flexibilität gesehen. Privat gesetzte Regeln lassen sich schneller, einfacher und weniger bürokratisch anpassen als hoheitliche Regulierung, die an schwerfällige staatliche Gesetzgebungsverfahren gebunden ist. Mit der höheren Flexibilität ist sodann wiederum eine höhere Regelqualität verbunden, denn gute Regulierung zeichnet sich auch durch Anpassungsfähigkeit und Aktualität aus. Ferner entlastet private Regelgebung den staatlichen Gesetzgeber, was zu Einsparungen für den Fiskus beiträgt. Und schließlich wird als Argument für private Regelsetzung immer wieder angeführt, dass sie geeignet sein kann, hoheitliche Regulierung abzuwenden bzw. überflüssig zu machen. Die Möglichkeit, dass der hoheitliche Regelgeber tätig wird, bleibt im Hintergrund als „fleet in being“ erhalten, was verhindert, dass unangemessen schwache private Regelgebung als „Feigenblatt“ bzw. als bloßes Alibi missbraucht wird.

30.11.2020, abrufbar unter: <https://www.calpers.ca.gov/docs/total-fund-investment-policy.pdf>.

¹¹ Dazu *Merkt*, in: Merkt/Probst/Fink (Hrsg.), Rechnungslegung nach HGB und IFRS, 2017, Kapitel 1 Rn. 102 ff.

¹² Die Basel I, II und III Akkords, der Bank for International Settlements, 30.11.2020, abrufbar unter: <https://www.bis.org/>.

¹³ In Deutschland § 161 AktG; in Österreich § 243c UGB.

¹⁴ Zur Systematisierung bereits *Merkt* (oben Fn. 1), 2017, S. 170 m. w. N.

¹⁵ Näher *Roßkopf*, Selbstregulierung von Übernahmeangeboten in Großbritannien, 2000, S. 42 ff.; *Hopt*, in: Association Européenne pour le Droit Bancaire et Financier (Hrsg.), *The Ethical Standards in Banking and Finance*, 1998, S. 55 ff.; *Cheffins*, *Company Law*, 1997, S. 364 ff.; *Eike von Hippel*, *Rechtspolitik*, 1992, S. 89 ff.; *Augsberg*, *Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft*, 2003, S. 51 ff.; *Bachmann* (oben Fn. 1), 2006, S. 54.

¹⁶ *Bachmann* (oben Fn. 1), 2006, S. 54.

III. Probleme

Das grundlegende Problem privater Regelung wird gemeinhin in der mangelnden demokratischen Legitimation gesehen.¹⁷ Das macht sie in den Augen vieler besonders anfällig für Lobbyismus. Ein weiterer Schwachpunkt privater Regelung ist die latente Interessenkollision bei Identität von Regelautoren und -adressaten. Der Regeladressat hat ein grundlegendes Interesse daran, möglichst wenig belastet bzw. beschränkt zu werden. Das führt dann unter Umständen zu „schwachem“ Recht, ein Vorwurf, dem sich etwa die International Standards of Auditing des IAASB ausgesetzt sehen. Darüber hinaus lässt sich private Regelung gezielt einsetzen, um wirksame staatliche Regulierung abzuwenden. Dieser Kritik sah sich seinerzeit die Übernahmerrichtlinie der Börsensachverständigenkommission ausgesetzt.¹⁸ Umgekehrt kann private Regelung vom Gesetzgeber als eine Art Experimentierlabor zur Vorbereitung zwingender staatlicher Regulierung verstanden werden. Als Paradebeispiel gilt das *comply or explain*-Modell in § 161 AktG, wonach börsennotierte Aktiengesellschaften einmal jährlich im Anhang zum Jahresabschluss erklären müssen, dass sie den Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex entsprechen oder welchen Empfehlungen sie nicht folgen und warum nicht. Die Regulierungsphilosophie dieses Ansatzes, der als *soft law* und als Regelung mit gesetzesähnlicher Wirkung bezeichnet wird,¹⁹ besteht darin, dass der Markt durch steigende oder fallende Kurse darüber entscheiden soll, wie die Befolgung oder Nichtbefolgung der Kodex-Empfehlungen zu bewerten ist, wodurch das Verhalten der Gesellschaften gesteuert werden soll. Danach ist es durchaus denkbar, dass der Markt die Nichtbefolgung im Einzelfall positiv bewertet. Unabhängig von verfassungsrechtlichen Bedenken gegen diese Form der Regulierung²⁰ ist es dem Gesetzgeber immer wieder schwergefallen, diese von ihm selbst gewählte Regelungsphilosophie zu respektieren. Denn bei solchen Empfehlungen, die von einer nennenswerten Zahl von Gesellschaften nicht angewendet wurden, hat der Gesetzgeber angekündigt, er werde die Empfehlung in eine zwingende gesetzliche Anforderung umwandeln, was dann auch geschehen ist, etwa bei der Offenlegung der Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder, die nach unbefriedigender Befolungsquote im Jahre 2009 durch das VorstAG²¹ in § 289 Abs. 1

¹⁷ Zur Kritik siehe auch *Bachmann* (oben Fn. 1), 2006, Nachweise bei *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG-Kommentar, 14. Aufl., 2020, § 161 AktG Rn. 3f., 54f.

¹⁸ *Merkel* (oben Fn. 1), 2017, S. 174f.

¹⁹ Nachweise bei *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG-Kommentar, 14. Aufl., 2020, § 161 AktG Rn. 3f.

²⁰ Überblick bei *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG-Kommentar, 14. Aufl., 2020, § 161 AktG Rn. 4f.

²¹ Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 31. Juli 2009, BGBl. I 2509.

Nr. 9a HGB eingeführt wurde.²² Ein weiteres Problem wird im Phänomen der Stewardship gesehen, nämlich der Gefahr, dass Großanleger besonders starken Einfluss auf die Corporate Governance erlangen und ihre Interessen auf Kosten der Interessen anderer Stakeholder (kleinere Anleger, Fremdkapitalgeber etc.) durchsetzen. In methodischer Sicht werden unterschiedliche Bedenken geäußert, etwa die mangelnde Einbindung in einen methodischen Rahmen, der die Anwendung erleichtert, was zu Rechtsunsicherheit führen kann, das Problem der mangelnden Drittbindung, das Enforcement-Problem und insbesondere das Fehlen gerichtlicher Durchsetzungsmöglichkeiten. Und in ökonomischer Sicht ist zweifelhaft oder doch wenigstens unklar, inwieweit private Regulierung volkswirtschaftlich tatsächlich günstiger ist als staatlich gesetztes Recht.

IV. Rechtsökonomie

Aus der Rechtsökonomie sind für die Suche nach möglichen Funktionsbedingungen der Selbstregulierung vor allem zwei Ansätze von Bedeutung: Die modelltheoretische und die empirische Forschung.²³

Modelltheoretisch liegt die Sache bei erstem Hinsehen relativ einfach: Selbstregulierung müsste überall dort von Erfolg gekrönt sein, wo die volkswirtschaftlichen Kosten staatlicher Regulierung über denen der Selbstregulierung liegen, wo dies von den Beteiligten erkannt wird und wo dementsprechend von den Betroffenen selbst reguliert wird und sich der Staat der Regulierung enthält.²⁴ Im umgekehrten Fall sprechen wir von Marktversagen mit der Folge, dass der Staat zur Intervention aufgerufen ist.²⁵ Bei näherer Betrachtung erweist sich allerdings, dass es überaus schwierig bzw. unmöglich ist, die Kosten privater und hoheitlicher Regulierung zu quantifizieren und in ein messbares Verhältnis zu setzen. Das beginnt bereits bei der Schwierigkeit, dass sich kaum feststellen lassen wird, welche Wohlfahrtsgewinne ein alternatives staatliches Regelungsregime erzielt bzw. erzielen würde. Besonders problematisch gestaltet sich die Quantifizierung dann, wenn kein hoheitliches Regelungssystem vorhanden ist, sondern die private Regulierung gerade bezweckt, einer bislang fehlenden aber drohenden staatlichen Regulierung zuvorzukommen.²⁶ Potenziert werden

²² Dazu *Merkt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl., 2021, § 289 HGB Rn. 9.; zum comply or explain-Ansatz gleich noch näher aus rechtsökonomischer Perspektive.

²³ Umfassend zur ökonomischen Theorie der Selbstregulierung im Kapitalmarktrecht *Damrau*, Selbstregulierung im Kapitalmarktrecht, 2003, S. 84 ff.

²⁴ Hinzutreten muss noch, dass der private Normsetzer an den Vorteilen der Normsetzung soweit teilhat, dass er mindestens seine Normsetzungskosten ersetzt bekommt, *Damrau* (oben Fn. 23), 2003, S. 73.

²⁵ *Bachmann* (oben Fn. 1), 2006, S. 48 ff.; *Hopt*, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000, S. 307, 321.

²⁶ Zu vergleichbaren Messbarkeitsproblemen bei der Selbstverpflichtung im Umweltrecht

diese Probleme dadurch, dass häufig externe Effekte, also Drittinteressen bei der Quantifizierung zu berücksichtigen sind, sei es, dass Dritte durch Selbstregulierung belastet werden (negative Effekte) oder dass sie ohne eigenen Beitrag profitieren (positive Effekte).²⁷ Daraus folgert die neoinstitutionelle Ökonomie, dass durch institutionelle rechtliche Vorkehrungen den Nachteilen der Selbstregulierung, soweit möglich, zu begegnen ist, um ihre Vorteile nutzbar zu machen. Praktisches Ergebnis dieser Forschung ist das Modell der gesteuerten bzw. regulierten Selbstregulierung, also einer hybriden Selbstregulierung, die sich auf einen hoheitlich gesetzten institutionellen Rahmen stützt.²⁸

Auch in der empirischen Forschung steht vor allem die hybride Selbstregulierung im Vordergrund. Dabei geht man der Frage nach, auf welche – starke oder schwache – Resonanz Selbstregulierung bei den adressierten Unternehmen trifft, woraus dann auf die Funktionstüchtigkeit der jeweiligen Selbstregulierung geschlossen wird. Besonders intensiv wurde diese Frage für den Bereich der Corporate Governance-Regeln in privaten Kodizes und insbesondere für den Deutschen Corporate Governance Kodex und das mit ihm verknüpfte – zuvor schon angesprochene – Prinzip des *comply or explain* in § 161 Abs. 1 AktG untersucht. Während manche Studien ganz allgemein die Akzeptanz von Kodexregelungen anhand der Befolungsquote untersuchen, widmen sich andere Studien dem Zusammenhang zwischen der Befolgung und dem Marktwert des Eigenkapitals bzw. der Aktienrendite. Es muss an dieser Stelle ein knappes Fazit dieser Forschung genügen:²⁹ Hinsichtlich der Befolungsquote zeigt sich, dass im Mittel etwa 75 % der adressierten Unternehmen den Kodexregelungen folgen,³⁰ wobei mit zunehmender Unternehmensgröße eine zunehmende Befolgung einhergeht.³¹ Hingegen konnte nur ein sehr schwacher oder kein signifikanter Zusammenhang zwischen der Kodexbefolgung und der Kapitalmarktpformance der adressierten Unternehmen festgestellt werden. Ein Zusammenhang ließ sich allenfalls in Bezug auf die Veröffentlichung von vorstandsbezogenen Informationen ermitteln. Weitere Studien belegen, dass aus einer hohen Befolungsquote nicht zwingend auf eine tatsächliche Einhaltung der Kodexregelungen geschlossen werden kann.

Wicke/Braeseke, in: Knebel/Wicke/Gerhard (Hrsg.), *Selbstverpflichtungen und normersetzende Verträge als Instrumente des Umweltschutzes*, 1999, S. 322 ff.

²⁷ Bachmann (oben Fn. 1), 2006, S. 54 f.

²⁸ Bachmann (oben Fn. 1), 2006, S. 54 f.

²⁹ Umfassende Auswertung der unterschiedlichen Studien bei Böcking/Böhme/Gros, *Wissenschaftliche Studien zum DCGK und die Notwendigkeit der qualitativen Analyse von Abweichungsbegründungen*, *Die Aktiengesellschaft* 2012, 615, 616 ff.

³⁰ Bezogen auf die Empfehlungen 86 % und auf die Anregungen 63,5 %, v. Werder/Tau-lisar, *Kodex Report 2010: Die Akzeptanz der Empfehlungen und Anregungen des Deutschen Corporate Governance Kodex*, *Der Betrieb* 2010, 853, 854; s. a. Koch, in: Hüffer/Koch, *AktG-Kommentar*, 14. Aufl., 2020, § 161 AktG Rn. 3.

³¹ v. Werder, in: *Festschrift für Hopt zum 70. Geburtstag*, 2010, S. 1471, 1473: Höchste Quote von 96,3 % im Jahre 2010 bei den DAX-Unternehmen.

Angesichts dieses Befundes muss es jedenfalls bislang aus Sicht der empirischen Forschung als weithin ungeklärt gelten, unter welchen Voraussetzungen die hybride Selbstregulierung in Gestalt des Deutschen Corporate Governance Kodex eine hohe Befolungsquote erreicht. Die einzige belastbare Relation dürfte sein, dass größere Unternehmen stärker als kleinere zur Befolgung neigen.

V. Rechtsvergleichung

Die Rechtsvergleichung verdient als Quelle der Bewertung selbstregulativer Ordnungen gesteigerte Beachtung, weil sie den Blick auf das law in action richtet, also auf reale Selbstregulierungsszenarien, bei denen die Effektivität bzw. eine Fehlfunktion erkennbar wird. Allerdings ist Vorsicht vor übereilten Schlüssen für die eigene Rechts- und Wirtschaftsordnung geboten. Auch hier kann es allerdings nur um einen kleinen, exemplarischen Ausschnitt gehen.

Als Antipoden auf der Skala der Selbstregulierung werden gemeinhin das Recht des Vereinigten Königreichs und das deutsche Recht genannt: Während das UK den Eindruck vermittelt, durchweg und auf breiter Front positive Erfahrungen mit der Selbstregulierung in Unternehmen gemacht zu haben, ist die Bilanz für das deutsche Unternehmensrecht mager.

So werden als gescheiterte Versuche einer Selbstregulierung immer wieder die Insiderhandels-Richtlinien der Börsensachverständigenkommission von 1970, der ebenfalls von der Börsensachverständigenkommission verfasste Übernahmekodex von 1995 und der Analystenkodex des Deutschen Aktieninstituts von 2001 genannt. Für das Scheitern der Selbstregulierung in diesen Fällen werden unterschiedliche Gründe angeführt. Bei den Insiderhandels-Richtlinien kamen nach verbreiteter Einschätzung vier Gründe zusammen: Erstens ein viel zu kompliziertes System vertraglicher Bindung, bei dem völlig unklar war, ob sich eine Schutzwirkung zugunsten Dritter ergab; zweitens inhaltliche Unzulänglichkeiten etwa in Gestalt der Beschränkung auf Primärinsider und mangelnde Kontrolle und Sanktionierung;³² drittens die Initiative des Europäischen Richtliniengebers in Gestalt der Insiderhandels-Richtlinie von 1989 und viertens der Druck der internationalen Märkte.³³

Beim Übernahmekodex gab es ein erhebliches Akzeptanzproblem, weil ein ganz erheblicher Teil der adressierten Unternehmen sich weigerte, den Kodex zu beachten. Ebenso fehlte eine effektive Sanktionierung von Verstößen. Auch war die dogmatische Begründung der Bindungswirkung umstritten.

Beim Analystenkodex schließlich lag ein Grund wiederum in der komplizierten Konstruktion der Bindungswirkung im Wege der freiwilligen Selbstver-

³² *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 247.

³³ Richtlinie 89/592/EWG vom 13. November 1989 zur Koordinierung der Vorschriften betreffend Insidergeschäfte, ABLEG Nr. L 334 vom 18. November 1989, S. 30.

pflichtung. Ein weiterer Grund für sein Scheitern wurde darin gesehen, dass die Journalisten als Betroffene gegen den Kodex intervenierten.

Umgekehrt gibt es auch in Deutschland Beispiele erfolgreicher hybrider Selbstregulierung im Unternehmensrecht, vor allem im Bereich der Konzernrechnungslegung mit dem DRSC³⁴ und im Bereich der Abschlussprüfung mit den IDW-Standards.³⁵

Grundlegend anders verhält es sich im Vereinigten Königreich. Dort steht die Wirtschaft dem Grundgedanken der Selbstregulierung seit jeher sehr aufgeschlossen gegenüber.³⁶ Einer der Gründe dafür wird in der dortigen Gesellschaftsstruktur gesehen. So herrsche im Vereinigten Königreich bis heute ein deutlich ausgeprägtes Klassenbewusstsein. Die Oberschicht bilde eine kleine, homogene gesellschaftliche Gruppe, innerhalb derer Ehre und Ansehen des Einzelnen von erheblicher Bedeutung gewesen seien und noch sind. Absprachen gelten, obwohl rechtlich unverbindlich, als Gentlemen's Agreements und sind faktisch verbindlich.³⁷ Bezeichnenderweise ist die Verfassung im UK ungeschrieben und enthält zahlreiche rechtlich unverbindliche Konventionen. Diese Tradition informeller und auf freiwilliger Kooperation beruhender Ordnung hat sich im modernen Unternehmensrecht fortgesetzt.³⁸ Allerdings ist nicht zu übersehen, dass nicht zuletzt infolge der wachsenden technischen Komplexität vieler Regelungsmaterien und auch der verschiedenen Krisen der letzten Jahrzehnte auch im UK die Tendenz zur staatlichen Flankierung der Unternehmensordnung deutlich gestiegen ist. Diese Entwicklung wird mit dem Begriff der regulated autonomy bezeichnet, das heißt, die äußeren Bedingungen für die Regulierung eines Wirtschaftsbereichs werden durch den Staat festgeschrieben, die Ausführung bleibt weiterhin privaten Organisationen überlassen.³⁹

Herzstück ist der City Code on Takeovers and Mergers,⁴⁰ der eine Regelung der freiwilligen Selbstkontrolle der Marktteilnehmer darstellt, die vom Panel on Takeovers and Mergers administriert wird.⁴¹ Das Panel stellt ein Aufsichtsorgan dar. In ihm sind Repräsentanten wichtiger Institutionen des Finanzsektors zusammengesetzt. Trotz des fehlenden Gesetzescharakters und der fehlenden unmittelbaren rechtlichen Sanktionsmöglichkeiten wird die Durchsetzung des City Code allgemein als sehr hoch eingeschätzt, da das Panel über sehr wirk-

³⁴ Näher *Markt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl., 2021, § 342 HGB Rn. 2 ff.

³⁵ Dazu nochmals *Schülke*, IDW-Standards und Unternehmensrecht, 2014, S. 183 ff. und passim.

³⁶ *Mäntysaari*, Comparative Corporate Governance, 2005, S. 86 ff.

³⁷ Zur Bedeutung der elitären Schul- und Universitätsausbildung in diesem System *Clarke*, *Regulating the City*, 1986, S. 14.

³⁸ *Baggott*, *Regulatory Reform in Britain*, 67 *Public Administration* 435 (1989).

³⁹ *Ogus*, *Rethinking Self-Regulation*, 15 *Oxford Journal of Legal Studies* 97 (1995); *Birkinshaw/Harden/Lewis*, *Government by Moonlight*, 1990, S. 247.

⁴⁰ The City Code on Takeovers and Mergers (*The Code*), abrufbar unter: <https://www.thetakeoverpanel.org.uk/the-code/download-code>.

⁴¹ *Cheffins* (oben Fn. 15), 1997, S. 364 ff.

same Druckmittel verfügt. So ist nach dem Financial Services Act (FSA) 1986 für die Vornahme von Geschäften, die zum Bereich des Investment Business zählen, in aller Regel eine Zulassung durch das zuständige staatliche Aufsichtsorgan bzw. durch eine der berufsständischen Selbstverwaltungsorganisationen, die Self Regulatory Organizations (SROs), erforderlich. Diese SROs haben für ihre Mitglieder Verhaltensregeln erlassen, die ausdrücklich auch die Pflicht zur Einhaltung des City Code umfassen. Diese Regeln legen ebenso fest, dass ihre Mitgliedsunternehmen keine Kunden betreuen sollen, von denen anzunehmen ist, dass sie den City Code nicht einhalten oder über die sogar bereits eine entsprechende Beschwerde beim Panel vorliegt. Die Missachtung des City Code hat mithin für ein Mitglied des Finanzsektors den Verlust der Zulassung zur Folge. Zum anderen kann das Panel veranlassen, dass das SRO seine Mitglieder dazu anhält, für einen bestimmten Kunden nicht tätig zu werden. Damit kann abtrünnigen Unternehmen der Zugang zum Finanzplatz London wirksam versperrt werden.⁴² Ergänzend wird durch die allgemein formulierten General Principles und die 38 Rules des City Code dem Panel hinreichend weites Ermessen eingeräumt, um Verstöße effektiv zu ahnden.⁴³ Gegen Entscheidungen des Panels kann Beschwerde zum Appeal Committee und weitere Beschwerde zum staatlichen Gericht erhoben werden. Allerdings ist die Ausübung des Ermessens durch das Panel einer Überprüfung grundsätzlich entzogen und die Gerichte greifen im Allgemeinen nicht in laufende Übernahmeverfahren ein. Generell ist zu beobachten, dass der Rechtsweg gegen Panel-Entscheidungen eher selten beschritten wird.⁴⁴

Dem UK-Modell durchaus entsprechend spielen auch im US-amerikanischen Finanzmarktrecht hybride Selbstregulierung und SROs eine zentrale Rolle.⁴⁵ Der Financial Accounting Standards Board (FASB) ist eine Selbstregulierungsorganisation, die sich vor allem aus Vertretern der Abschlussprüfungspraxis zusammensetzt. Das Federal Securities Law ermächtigt die Securities and Exchange Commission (SEC), Rechnungslegungsstandards für öffentlich gehandelte Unternehmen zu erlassen. Die SEC ihrerseits greift für diese Zwecke auf die vom FASB formulierten Standards zurück. Auch die Selbstregulierung durch die Börsen, die vollständig privat verfasst sind, spielt eine wichtige Rolle. Darüber hinaus muss jeder registrierte Effektenhändler Mitglied einer SRO sein. Durch diesen Mitgliedszwang soll gewährleistet werden, dass das Selbstregulierungskonzept vollständig greift. Louis Loss beschreibt die Funktionsverteilung zwischen Gesetz und Selbstregulierung folgendermaßen: während

⁴² Siehe Introduction 1 (c) und 3 (d) City Code (oben Fn. 40).

⁴³ Introduction 3 (a) City Code (oben Fn. 40).

⁴⁴ *Cheffins* (oben Fn. 15), 1997, S. 370 ff.

⁴⁵ *Loss/Seligman*, *Fundamentals of Securities Regulation*, 5. Aufl., 2004, S. 624 f.; *Jackson/Roe*, *Public and Private Enforcement of Securities Law*, 93 *Journal of Financial Economics* 207 (2009).

die Vorschriften über die Registrierung, die Überprüfung und die Prävention und Verfolgung von betrügerischen Praktiken unverzichtbar auf staatliche Regulierung angewiesen sind, müssen sie auf ethischer Ebene ergänzt werden, um Anleger und Händler vor Praktiken zu schützen, die im technischen Sinne zulässig, aber gleichwohl gegenüber Kunden und Wettbewerbern auf dem Kapitalmarkt als unfair einzustufen sind. Diese Ebene der Ethic Rules ist in erster Linie der Ort für Selbstregulierung, die staatlicherseits überwacht wird.⁴⁶

VI. Fazit

Als Schlussfolgerung lässt sich festhalten, dass funktionierende private Selbstregulierung von unterschiedlichen Faktoren abhängt, darunter die Akzeptanz der Regelung in den betroffenen Wirtschaftskreisen, die inhaltliche Angemessenheit, das Bestehen einer wirksamen institutionalisierten Kontrolle der Befolgung, die hinreichende Durchsetzbarkeit und Sanktionierung und last but not least ein angemessener Rechtsschutz. Generell ist private Regelsetzung im Wirtschaftsrecht dort am effektivsten, wo sie nicht völlig losgelöst von staatlicher Regulierung steht und diese vollständig ersetzt, sondern wo sie staatliche Rahmenvorgaben ausfüllt bzw. in solche staatlichen Vorgaben eingebettet ist.

⁴⁶ *Loss/Seligman* (oben Fn.45), 2004, S. 787f.

Autorenverzeichnis

ASCHAUER, CHRISTIAN, Univ.-Prof. RA Dr.

Christian Aschauer ist Professor für österreichisches Schiedsverfahrensrecht und internationale Schiedsgerichtsbarkeit und befasst sich besonders mit den Auswirkungen moderner Kommunikations- und Informationstechnologien auf die Schiedsgerichtsbarkeit. In seiner praktischen Tätigkeit fungiert er vor allem als Einzelschiedsrichter oder Vorsitzender in internationalen Schiedsverfahren, insbesondere gemäß den Regeln der ICC, VIAC und DIS. Christian Aschauer ist zudem Mitglied des Präsidiums des Schiedsgerichts der Handelskammer Mailand und regelmäßig Vortragender bei Seminaren. Inhaltlich betreffen die von ihm betreuten Verfahren die verschiedensten Sparten, insbesondere Anlagenbau, Telekommunikation, M&A sowie Pharma- und Medizinprodukte.

ATHENSTAEDT, URSULA, ao. Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ

Ursula Athenstaedt arbeitet im Arbeitsbereich Sozialpsychologie am Institut für Psychologie der Karl-Franzens-Universität. Sie leitet gemeinsam mit Univ.-Prof.ⁱⁿ Brigitta Lurger ein Forschungsteam „Consumer Law and Psychology“, in dem das Verhalten und Erleben von Konsumenten und Konsumentinnen unter Bezugnahme von Konsumentenschutzaspekten untersucht wird. Dieses Team ist Teil des Profilbildenden Bereiches Smart Regulation. Ihre weiteren Forschungsschwerpunkte beziehen sich auf die Untersuchung von engen Beziehungen und der Wirkung von Geschlechterstereotypen.

EISENBERGER, IRIS, Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ, M.Sc. (LSE)

Iris Eisenberger ist Professorin für Öffentliches Recht und Europäisches Wirtschaftsrecht an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz. Ihre Forschungsschwerpunkte liegen im Technologie- und Innovationsrecht sowie im Grund- und Menschenrechtsschutz. Im Rahmen des Profilbildenden Bereiches Smart Regulation beschäftigt sie sich mit der Regulierung und Steuerung neuer Technologien, z. B. in den Bereichen KI, Robotik, Autonome Fahrzeuge, Modellierungen und Simulationen sowie Nano- und Biotechnologie.

EWERT, RALF, Univ.-Prof. Dr.

Ralf Ewert ist Vorstand des Instituts für Unternehmensrechnung und Wirtschaftsprüfung an der Sozial- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz. Seine Forschung betrifft informationsöko-

nomische Analysen von Problemstellungen der Wirtschaftsprüfung und Rechnungslegung, insbesondere die Wirkungsweise regulatorischer Maßnahmen unter Berücksichtigung individuell optimaler Anpassungsmaßnahmen der einzelnen Akteure im Marktzusammenhang.

FLEISS, JÜRGEN, Dr.

Jürgen Fleiß ist Senior Lecturer am Business Analytics and Data Science Center der Karl-Franzens-Universität Graz. Mit einem Hintergrund in experimenteller Wirtschaftsforschung und Sozialwissenschaften beschäftigt er sich mit Fragen sozialer Präferenzen und Kooperation sowie mit Akzeptanzfaktoren von Anwendungen künstlicher Intelligenz.

FOSCHT, THOMAS, Univ.-Prof. Dr.

Thomas Foscht ist Vorstand des Instituts für Marketing und Dekan der Sozial- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät an der Karl-Franzens-Universität Graz. Seine Forschungsschwerpunkte liegen im Bereich der Käuferverhaltensforschung, im Bereich des strategischen Marketings sowie im Bereich des Vertriebs- und Kundenbeziehungsmanagements (CRM). Er arbeitet dabei empirisch quantitativ und wendet seit mehr als zwei Jahrzehnten auch Verfahren der KI an. Als Forschungsfelder werden Unternehmen aus den Bereichen Industrie, Handel und Dienstleistung herangezogen.

GRÜNBERGER, DAVID, PhD, CPA

David Grünberger leitet die Sektion Aufsichtspolitik und Rechnungslegung der Europäischen Zentralbank. Die Abteilung entwickelt Regeln und Strategien für die aufsichtsrechtliche Regulierung von Banken und unterstützt die Umsetzung der globalen und europäischen Aufsichts- und Rechnungslegungsbestimmungen. Als Mitglied des IFRS Advisory Council berät er das IASB zu neuen Entwicklungen in der Rechnungslegung und ist außerdem Mitglied in Arbeitsgruppen im Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht, der EBA und der ESMA. Er veröffentlicht regelmäßig Fachpublikationen zur Rechnungslegung von Banken und der Risikobewertung.

GUNACKER-SLAWITSCH, BARBARA, ASSOZ. PROF.^{IN} DR.^{IN}

Barbara Gunacker-Slawitsch ist Assoziierte Professorin für Finanzrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz. In ihrer Forschung beschäftigt sie sich schwerpunktmäßig unter anderem mit Abgabenverfahrensrecht und verfassungsrechtlichen Fragen der Besteuerung. Dabei befasst sie sich insbesondere mit rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Themen rund um die Entwicklung smarter Risikomanagementmodelle und mit der Frage, wie die Kooperation zwischen Bürger und Behörde durch Smart Regulation gefördert und verbessert werden kann.

HACKER, PHILIPP, Univ.-Prof. Dr., LL.M. (Yale)

Philipp Hacker ist Inhaber des Lehrstuhls für Recht und Ethik der digitalen Gesellschaft an der European New School of Digital Studies, Europa-Universität Viadrina. Sein Forschungsschwerpunkt liegt im Schnittbereich von Recht und Technologie. Insbesondere widmet er sich den Auswirkungen von Tracking-Verfahren, künstlicher Intelligenz und dem Internet der Dinge auf Verbraucher-, Datenschutz- und Anti-Diskriminierungsrecht. Er kooperiert dabei regelmäßig mit Informatikern und Mathematikern, vor allem in Fragen von explainable AI und algorithmic fairness.

KÖNIGSTORFER, FLORIAN, BSc, MSc

Florian Königstorfer ist Doktorand am Business Analytics and Data Science Center der Karl-Franzens-Universität Graz. Er erforscht Dokumentation & Audit von KI-Anwendungen in stark regulierten Anwendungsfällen. Er fokussiert sich dabei nicht nur auf die technischen Aspekte von KI, sondern auch auf organisatorische, rechtliche und ethische Aspekte wie Fairness, Accountability und Transparenz im Kontext von KI.

LANGER, MARKUS, Dr.

Markus Langer ist Post-Doc am Lehrstuhl für Arbeits- und Organisationspsychologie an der Universität des Saarlandes und Mit-Gründer des Vereins Algoright, der sich für die Aufklärung über künstliche Intelligenz (KI) und die ethische Nutzung von KI in der Anwendung einsetzt. Markus Langer setzt auf interdisziplinäre Zusammenarbeit mit Kollegen aus Informatik, Philosophie und Rechtswissenschaft zur Erforschung von Fragen rund um den praktischen Einsatz von KI. Insbesondere beschäftigt er sich mit den Auswirkungen des Einsatzes von KI für Human Resource Management Prozesse (Personalauswahl, Schichtplanung), Vertrauen in Automatisierung und explainable AI.

LEYENS, PATRICK C., Univ.-Prof. Dr., LL.M. (London)

Patrick C. Leyens ist Professor für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht an der Universität Bremen und ehrenamtlicher Professor für Law and Economics an der Erasmus Universität Rotterdam. Bis zum Wintersemester 2020 hatte er die Professur für Law and Business Research an der Karl-Franzens-Universität Graz inne. In seiner Forschung beschäftigt er sich mit dem Handels-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, insbesondere der Corporate Governance. Seine rechtsvergleichend und -ökonomisch ausgerichtete Forschung zielt darauf ab, die Wirkung von Rechtsregeln auf Wirtschaftsprozesse zu erfassen und im Sinne von Smart Regulation zu einer verbesserten Gesetzgebung beizutragen.

LITSCHKA, MICHAEL, FH-Prof. Priv.-Doz. Dr.

Michael Litschka ist als FH-Professor am Department Medien & Digitale Technologien an der FH St. Pölten in Forschung und Lehre für die Themen Wirtschaftsethik, Medienethik und Medienökonomie zuständig. Seine Forschungsschwerpunkte sind CSR und Governance, Capability Approach und Medien, Institutionen und Gerechtigkeit sowie Regulierungsfragen bei Medienunternehmen, Plattformen und algorithmenbasierten Geschäftsmodellen.

LURGER, BRIGITTA, Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ, LL.M. (Harvard)

Brigitta Lurger ist Professorin für Zivilrecht, Unternehmensrecht, Rechtsvergleichung und Europarecht und Leiterin des Instituts für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz. Gemeinsam mit Ursula Athenstaedt hat sie 2014 das interdisziplinäre Forschungsprojekt CLP (Contract Decisions of Consumers Between Law and Psychology) ins Leben gerufen, das mittlerweile Teil des Profilbildenden Bereichs Smart Regulation ist. Ihre Forschungsschwerpunkte sind Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privatrecht, Verbraucherrecht und Behavioral Law and Economics.

MALIN, CHRISTINE, BA. MA.

Christine Malin ist wissenschaftliche Projektmitarbeiterin und Doktorandin am Business Analytics and Data Science Center der Karl-Franzens-Universität Graz. Im Rahmen ihrer Dissertation beschäftigt sie sich mit XAI-basierten Conversational Agents in der Personalauswahl. Dabei untersucht und erforscht sie die rechtlichen, organisatorischen und technischen Herausforderungen von KI sowie Lösungsmöglichkeiten durch XAI.

MERKT, HANNO, Prof. Dr., LL.M. (Univ. of Chicago)

Hanno Merkt ist Direktor des Instituts für Ausländisches und Internationales Privatrecht an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe. Seine Arbeitsschwerpunkte liegen im deutschen, europäischen und internationalen Handels-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht und in der Wirtschaftsrechtsvergleichung.

NEUHOLD, LEOPOLD, Univ.-Prof. Dr.

Leopold Neuhold war vor seiner Versetzung in den Ruhestand mit 1. Oktober 2019 langjähriger Lehrstuhlinhaber und Leiter des Instituts für Ethik und Gesellschaftslehre an der Katholisch-Theologischen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz. Als PI und Mitglied des ständigen Ausschusses beteiligte er sich aktiv am Aufbau des Profilbildenden Bereichs Smart Regulation und engagiert sich seit seinem Ruhestand auch weiterhin als assoz. Mitglied an dessen Weiterentwicklung. Zu seinen Forschungsschwerpunkten zählen neben aktuellen Schwerpunkten im Kontext einer Ethik des digitalen Wandels, vor allem Sozialethik, Wirtschaftsethik, Sportethik, Fußball und Ethik, For-

schungsethik, Wertewandel, Menschenrechte und die Entwicklung der Religionen in der heutigen Gesellschaft. Neben seiner akademischen Arbeit engagiert sich Leopold Neuhold sehr stark im Bereich *science to public*, z. B. durch Vortrags- und Beratungstätigkeit in vielen kirchlichen und gesellschaftlichen Bereichen.

NIEMANN, RAINER, Univ.-Prof. Dr.

Rainer Niemann ist Leiter des Instituts für Unternehmensrechnung und Steuerlehre, stellvertretender Sprecher des Profilbildenden Bereichs Smart Regulation und Vorsitzender des Senats der Universität Graz. Er ist Mitherausgeber der Zeitschrift *Schmalenbach Journal of Business Research* (bis 2020 Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung und *Schmalenbach Business Review*), Gründungsmitglied des Arbeitskreises Quantitative Steuerlehre (*arqus*) sowie Research Fellow von CESifo. In Forschung und Lehre beschäftigt er sich mit internationaler Besteuerung sowie Anreiz- und Entscheidungswirkungen der Besteuerung.

SCHNEIDER, GEORG, Univ.-Prof. Dr. Dr.

Georg Schneider ist Leiter des Instituts für Unternehmensrechnung und Reporting an der Universität Graz. Zusätzlich forscht er am Center for Accounting Research und im Rahmen des Profilbildenden Bereichs Smart Regulation an der Universität Graz. Zu seinen derzeitigen Forschungsschwerpunkten zählen Nichtfinanzielle Berichterstattung und Corporate Social Responsibility Reporting, Internationale Rechnungslegungsstandards und Standardsetzung und die Digitalisierung in der Rechnungslegung und Wirtschaftsprüfung.

STÖGER, KARL, Univ.-Prof. Dr., MJur (Oxford)

Karl Stöger ist seit Oktober 2020 Professor für Medizinrecht an der Universität Wien. Davor war er Professor für Öffentliches Recht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz und Sprecher des Profilbildenden Bereichs Smart Regulation. Er war mehrfach als *professeur invité* an der Universität Paris-Dauphine tätig. Er forscht in zahlreichen Gebieten des öffentlichen Rechts, insbesondere aber im Gesundheitsrecht, im Regulierungsrecht und im Verwaltungsverfahrenrecht. Im Rahmen von Smart Regulation war er insbesondere mit Rechtsfragen des (technischen) Fortschritts in Medizin und Pflege befasst.

THALMANN, STEFAN, Univ.-Prof. Dr.

Stefan Thalmann ist Professor für Business Analytics and Data Science an der Sozial- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz und Leiter des Business Analytics and Data Science Center. Er erforscht den Einsatz von datenbasierten Technologien in der Wirtschaft und deren Auswirkungen auf die Gesellschaft. Im Rahmen von Smart Regulation ist er insbesondere mit technischen und betriebswirtschaftlichen Fragestellungen in datenbasierten

Kollaborationen in Supply-Chains und dem Einsatz von künstlicher Intelligenz befasst.

WAGENHOFER, ALFRED, o. Univ.-Prof. Dr. Dr. h. c.

Alfred Wagenhofer ist Vorstand des Instituts für Unternehmensrechnung und Controlling sowie Leiter des Center for Accounting Research an der Karl-Franzens-Universität Graz. Er ist wirkliches Mitglied der Österreichischen Akademie der Wissenschaften. Aktuelle Forschungsgebiete sind Regulierung der Rechnungslegung, internationale Rechnungslegungsstandards, Enforcement, Anreizwirkung von Informationen, Performancemessung und Corporate Governance.

Sachverzeichnis

- Abgabenvollzug 175 ff.
- Abschlussprüfung 155, 159, 162, 168
- Aktiengesetz *siehe Aktienrecht*
- Aktienrecht 78 f., 88 f., 91 ff., 102, 211
 - Deutschland 78 f.
 - Österreich 78 f., 88 f., 91
 - Vereinigte Königreich 78
- Algorithmus 70, 72, 106, 116, 123, 134
 - Entscheidung *siehe dort*
 - Preissetzung 106 f.
 - Verhaltenssteuerung 72
- Aufklärungspflicht 144, 146, 149
 - Ausnahmen vom Aufklärungsgebot 150
 - Behandlungsalternativen 149
 - Behandlungsvorschlag 146
 - Diagnosevorschlag 146
 - Einwilligung 143 ff.
 - human in the loop 146, 150
 - Information 143 ff.
 - informed consent 143
 - Medizinrecht 143 ff.
 - Patientin 146 ff.
 - Stand der Wissenschaft 147, 149
 - Therapieaufklärung 146, 149
- Baruzzi, Arno 96
- Betriebswirtschaftslehre 101
 - Accounting 101
- Bilanzskandal 163, 171
 - Commercialbank Mattersburg 104
 - Wirecard 104, 158, 163
- Behavioral Economics *siehe Verhaltensforschung*
- Christliche Sozialethik 96
 - Brüderlichkeit, Geschwisterlichkeit 97 ff.
 - Caritas in Veritate 96 ff.
 - Centesimus Annus 98
 - Ethik *siehe dort*
 - Prinzip der Unentgeltlichkeit 98
 - Reine Wirtschaft 97
 - Umverteilung 98
 - Unentgeltlichkeit 97 ff.
 - Zivilgesellschaft 97 f., 100
- Communicative Responsibility 68
- Corona 63, 91, 103 ff.
- Corporate Citizenship 68
- Corporate Governance 67, 79, 84, 209 ff.
 - guidelines 82
 - Kodex 84, 210 f.
 - principal-agent-Beziehung 67
- Corporate Purpose *siehe Unternehmensinteresse*
- Corporate Social Responsibility *siehe CSR, Corporate Social Responsibility*
- CSR, Corporate Social Responsibility 67 ff., 75 ff., 89 ff., 101 ff., 106 f.
 - Berichterstattung 75 ff., 101 ff.
 - Diversitätsverbesserungsgesetz, NaDiVeG 87 f., 102
 - ESG-Bewegung, Kriterien 75, 87
 - Loi PACTE *siehe dort*
 - Offenlegung *siehe dort*
 - Publizitätspflicht *siehe Unternehmenspublizität*
 - Richtlinie 75, 83, 85, 101 ff., 106 f.
 - social reporting 68
 - triple-bottom-line reporting 67, 73
 - US Business Roundtable *siehe dort*
 - Wirtschaftsethik *siehe Ethik*
- CSR-Richtlinie *siehe CSR, Corporate Social Responsibility*

- Delaware 77, 81
- Digitalisierung 111
- Algorithmen 114 ff., 119, 125
 - Audit 112
 - Black Box 112 ff.
 - Datenmenge 113 ff.
 - Dokumentationsstandards 118
 - Erklärbarkeit 112 ff.
 - Framework 118
 - Maschinelles Lernen 113
 - Prüfprozesse 118
- Diversitätsverbesserungsgesetz,
NaDiVeG *siehe* CSR, *Corporate Social Responsibility*
- Dodd-Frank Act 67
- DSGVO 33 ff., 43 ff., 117, 144 ff., 202
- Auditierung auf Modellebene 42
 - Datenschutzrecht 25, 27, 31, 36 ff., 42
 - Einwilligungstatbestand 38
 - Entwickler 29, 52, 114
 - Erlaubnistatbestand 38
 - Gesundheitsdaten 144 f.
 - Zustimmung Datenverwendung 144
- Dürig, Günter 96
- Entscheidung 9, 27 ff., 112 ff., 130 ff., 140 ff., 168 f.
- Algorithmen 49 ff., 70 ff., 114 f., 119, 133 ff., 143 ff., 203 f.
 - algorithmische Fairness 43
 - automatisiert 27, 44 f., 112
 - Black Box 134
 - elektronische Assistenten 133
 - Informationsdienste 135
 - selbstlernende Systeme 131
 - Transparenz 135
- Ethik 67, 69 f., 73, 87 ff.
- Aktiengesetz *siehe dort*
 - Christliche Sozialethik *siehe dort*
 - CSR, *Corporate Social Responsibility siehe dort*
 - diskursethischer Ansatz 70
 - Gerechtigkeitsansatz 70
 - Grenzmoral *siehe dort*
 - Kodizes 73, 92 f.
 - Kommission 93
 - Leitlinien 92
 - liberaler Ansatz 70
 - Sozialvertragsansatz 70
 - vertragstheoretischer Ansatz 70
- ESG, Environment, Social und Governance *siehe* CSR, *Corporate Social Responsibility*
- Explainable Artificial Intelligence 111 f., 119, 123, 140
- Deep Neural Networks 125
 - erklärbare Systeme 123
 - Klassifikation 113, 121
 - Systemverhalten 120
 - Qualitätskontrolle 121
- Fink, Larry 82
- Freeman, R. E. 69
- Friedman, Milton 77
- Global Reporting Initiative 88
- Governance 67, 69 f., 72 f., 101
- medienethisch 72
 - medienrechtlich 72
 - wirtschaftsethisch 67 f., 70, 72, 101
- Greenwashing 93, 100
- Grenzmoral 93
- Habermas, Jürgen 72, 97
- Hard Law 67
- Institutionelle Investoren 75, 82
- Kant, Immanuel 70, 95
- Kapitalmarktinformationshaftung 86
- KI-Einsatz in der Medizin 143, 148
- automatisierte Entscheidungsfindung 143, 145
 - Black Box 148
 - Diagnose 143, 145 ff.
 - Einsatzgebiete 143
 - Entscheidungsfindung 143 f
 - Erklärbarkeit 143
 - Verdachtsdiagnose 147
- Klick-Ökonomie 71

- Kunde 53 ff., 59, 80 ff. 87, 207, 216 f.
 - Entscheidungsverhalten 34
 - Kundenorientierung 53
 - Verbraucherverhalten 34
- Lauterkeitsrecht 31, 38 f., 41 f., 57, 62
 - AGB 42, 62 f.
 - aggressive Geschäftspraktiken 31
 - Geschäftspraxis 32, 34, 38, 57
 - Informationspflichten 31, 61
 - manipulative Geschäftspraktiken 62
 - Non-manipulation by Design 41, 47, 62
 - UGP-RL 27, 31 ff.
 - Unlauterkeit 34, 43
 - unternehmensinterne Compliance 44
 - unzulässige Beeinflussung 32
- Loi PACTE 80
- Marke 53 ff.
- Markenzeichen 53 ff.
- Marketing 27 ff., 44, 53 f.
 - Impulskäufe 41
 - Kaufentscheidung 28
 - KI-basierte Targetierung 37
 - Konsumententscheidung 40 f., 51
 - Konsumniveau 30
 - Marketingstrategie 30, 37 f., 46
 - Personalisierung 26, 34, 59, 63
 - Werbeanzeigen 116
 - Verkaufsstrategien 28
- Markt 60 ff., 70 ff., 75 ff., 127 f., 156 ff., 229
 - Angebot 32, 50, 57, 59 f., 62 f., 76
 - Händler 29
 - Marktentwicklung 60
 - Marktgestaltung 36
 - Marktinformation 75 ff.
 - Marktordnung 36
 - Marktpraktiken 26
 - stationärer Handel 30, 39 f., 47
 - Transparenz 55, 61
 - Vertragsangebot 29, 46
- Marktmechanismus 76, 85 f.
- Medizinrecht *siehe Aufklärungspflichten*
- Methoden
 - Medienökonomie 71
 - Spieltheorie 105
 - Verhaltensforschung *siehe dort*
 - Nachhaltigkeit 75, 83, 86 ff.
 - Berichterstattung 85, 88
 - Kodizes 84
 - Unternehmensführung 86
 - Ziele 75, 83, 92
 - Zielkonflikte 78 ff., 83
- Offenlegung 80, 82 f., 88, 107
 - freiwillig 83
 - Unternehmenspublizität *siehe dort*
 - Verpflichtend 83
- Papst Benedikt XVI 96 ff.
- Papst Johannes Paul II 98
- Plattformunternehmen 69 ff., 105 ff.
 - AirBnB 69
 - Algorithmus *siehe dort*
 - Amazon 69, 106
 - Big Data 70
 - Facebook 69
 - Google 69, 106
 - Huawei 106
 - Ko-Regulierung *siehe Regulierungskonzeptionen*
 - Medienökonomie *siehe Methoden*
 - Microtargeting 70 f.
 - Regulierung *siehe dort*
 - Smart Regulation *siehe dort*
 - Transaktionskosten 71
 - Uber 69
 - Unternehmenspublizität *siehe dort*
- Personalauswahl 116, 120 f., 139 ff.
 - App 126
 - automatisierte Entscheidungsunterstützungssysteme 115, 139
 - BewerberIn 116, 120 f., 126 f., 139 ff.
 - Bewerbungsdaten 126
 - Bewerbungsgespräch 50, 120, 126, 139
 - Chatbot 126
 - Einsatz KI 126, 127
 - Entscheidungsprozess 115, 119
 - Recruiter 116, 127
 - Vorauswahlentscheidung 126
- Pottmeyer, Hermann J. 96

- Privacy-Recht 63
 - auf Unsichtbarkeit 63
- Rawls, John 73
- Rechnungslegung 171
 - Enforcement 158, 172
 - Internes Kontrollsystem 162
 - Standard 154, 216
- Rechtsprechung 37ff., 59, 130, 144 ff.
 - case law 144
 - feste Geschäftsverteilung 130
 - Gericht 144, 155 ff., 216
 - Gerichtsbarkeit 130, 133, 144
 - Klagebfindnis 39
 - Rechtsordnung 77, 132
 - Rechtspflege 130
 - Rechtsunsicherheit 45, 212
 - Verfassungssystem 143
 - Verhältnis zur Gesetzgebung 10 ff., 25, 138, 163, 190 ff., 210 f.
- Regulierung 55, 58 ff., 101, 103 ff.
 - Abschreckungsmodell 179
 - Differenzierendes Modell 180
 - Durchsetzung 176 f.
 - Notwendigkeit 103 f.
 - Plattformunternehmen 105 ff.
 - Responsive Regulation *siehe Regulierungskonzeptionen*
 - Selbstregulierung *siehe dort*
 - Smarte Regulierung *siehe Smart Regulation*
 - Soft law *siehe dort*
 - Steuerregulierung 105
 - staatliche 58, 62, 182 ff.
- Regulierungsebenen
 - Berufsrecht und Regulierung *siehe dort*
 - Kodexregeln 73
 - Selbstregulierung *siehe dort*
- Regulierungskonzeptionen
 - kooperative *siehe Ko-Regulierung*
 - Ko-Regulierung 67, 70, 72 f., 101
 - Command-and-Control-Regulierung 11
 - Methoden *siehe dort*
 - Really Responsive Regulation 17
 - Regulation Arrangement Approach 19
 - Responsive Regulation 12, 194 f.
 - Risk-Based Regulation 16
 - Smart Regulation *siehe dort*
- Regulierungsversagen
 - Marktversagen 9, 75, 212
- Reputation 15, 78, 85, 190, 196
- Right to explanation 140
- Ruß-Mohl, Stephan 71
- Sarbanes-Oxley Act 67
- Schiedsgerichtsbarkeit 129 ff.
 - Bildung des Schiedsgerichts 130
 - Billigkeits Elemente 134
 - Entscheidungsbegründung 134
 - Konstituierung Schiedsgericht 129, 134 ff.
 - Parteien 130, 132, 134 ff.
 - Parteivereinbarung 133
 - Schiedsspruch 134
 - Schiedsverfahren 129, 133, 135 ff.
 - Schiedsrichter 130, 132 ff.
 - Schiedsrichterauswahl 134, 137 f.
 - Unparteilichkeit 133, 134
 - Unabhängigkeit 134
 - Verfahrensregeln 133
- Sen, Amartya 72
- Smart Regulation 3 ff., 75 f., 86, 101 ff., 153, 184
 - Ausprägungen 14
 - Begriff 20, 103, 105
 - Begleitende Kontrolle 202 f.
 - Corona 103 ff.
 - Gründe 103 f.
 - Herkunft 13
 - Methodik 103, 105
 - Plattformunternehmen 105 ff.
 - smart 104, 107, 153
 - Wohlfahrt 104, 106
 - Zielfunktion 104 f.
 - Zweck 103 ff.
- Selbstregulierung 193 ff., 209 f.
 - Handelsbrauch 209
 - Kodex/Kodizes 210
 - Schwächen 211

- Rechtsökonomie 212
- Rechtsvergleichung 214
- Vorteile 210
- Shareholder value *siehe Unternehmensinteresse*
- Soft Law 67
- Soziale Verantwortung *siehe Unternehmensinteresse*
- Stakeholder value *siehe Unternehmensinteresse*

- Taxonomie-Verordnung 85

- Unternehmen 53 ff., 57 ff., 111, 118, 127 f., 133, 140
 - FAT-Prinzipien 112, 127
 - Geschäftsmodelle 111
 - Vertrauen 112 f., 116, 119, 127, 140
- Unternehmensinteresse 75
 - Aktionärsinteresse, Anteilseignerinteresse *siehe shareholder value*
 - Bezugsgruppen *siehe stakeholder value*
 - Corporate purpose *siehe Unternehmenszweck*
 - Corporate social responsibility *siehe dort*
 - Enlightened shareholder value 78
 - Nachhaltigkeitsziele *siehe Nachhaltigkeit*
 - öffentliches Interesse 91
 - Sachgesetzlichkeit 90 f.
 - shareholder value 67, 69, 77 ff., 87 ff.
 - soziale Verantwortung 67, 69, 75 ff., 80 f., 83 f.
 - Sozialziel 77, 79 f., 82 ff.
 - Stakeholder-Management System 73
 - stakeholder value 67, 69 f., 70, 72 f., 77 ff., 88 ff.
 - Unternehmenszweck 77, 81, 84
 - Zielkonflikt 78 ff., 83
 - Unternehmenspublizität 75 ff., 101 ff.
 - Achtung der Menschenrechte 75, 102, 107
 - Arbeitnehmerbelange 75, 102, 107
 - Bekämpfung von Korruption und Bestechung 75, 102, 107
 - CSR, Corporate social responsibility *siehe dort*
 - Green Deal 85, 103
 - Informationsauswertung 84
 - Informationsfunktion 101, 107
 - Jahresabschluss
 - Loi PACTE *siehe dort*
 - nichtfinanzielle Informationen 101 f.
 - richtlinienkonforme Berichterstattung 102
 - Rechenschaftsfunktion 101, 107
 - Regulierung *siehe dort*
 - Satzung 80
 - Smart Regulation *siehe dort*
 - Sozialbelange 75, 102, 107
 - Steuerungswirkung, -instrument 76, 82 f.
 - Taxonomie-Verordnung 85
 - Umweltbelange 75, 101 f., 107
 - Umweltschutz *siehe Umweltbelange*
 - Verhaltenssteuerung 76, 82, 101, 103, 106 f.
- Unternehmensstrategie, -ziele, -zweck *siehe Unternehmensinteresse*
- US Business Roundtable 81

- Verbraucherschutz 54, 59 f.
 - Anpassung 25 f., 30, 46 f.
 - exploitative contracts 27, 30, 35, 46, 59
 - Klauselrichtlinie 38
 - Konsument 51, 57 f., 60 ff.
 - mind-reading technologies 27, 46
 - personalized law 59
 - Schutz vulnerabler Gruppen 37
 - Sittenwidrigkeit 40, 59, 61
 - Verbraucher 32 f., 35 f., 39 ff., 57, 59 ff., 132
 - Verbrauchergeneralklausel 31 f., 35, 46
 - Verbrauchergruppen 35, 57, 60, 63
 - Verbraucherrecht 25 ff., 31, 36, 47
 - Verbraucherschutzregulierung 59
 - Verbraucherverbände 39
 - Widerrufsrecht 39 ff.
 - Widerspruchsrecht bei Direktwerbung 37

- Verhaltensforschung 40
- Algorithmen 49ff., 62, 70, 114f., 119, 125, 133, 203
 - Behavioral Economics 58, 61
 - Bewertungen 55
 - Clusteranalysen 51
 - Diagnostik 49f.
 - Emotional Artificial Intelligenc 29, 31
 - homo oeconomicus 57, 179, 182
 - Individuum 49, 59
 - Kontrolle 49f., 57, 62
 - Manipulation 27f., 31, 39, 41, 47, 49f., 52, 59ff.
 - Maschinelles Lernen 29, 31, 43, 46, 113, 143, 148
 - Psychologie 49, 51 ff., 57f., 180, 182 ff.
 - Verhalten 11, 14f., 32, 49ff., 54f., 58, 67, 82, 112f., 179ff., 211
 - Verhaltensvorhersage 50
- Verhaltenssteuerung *siehe Unternehmenspublizität*
- Wilde, Oscar 95
- Wirtschaftsethik *siehe Ethik*
- Wirtschaftsprüfung 86, 87, 153, 171
- Wirtschaftsrecht 209 f.