

3. Teil: Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme

An die Analyse des bisherigen Standes der Dogmatik der Wissenszurechnung kann sich nun die Behandlung der eigentlichen Forschungsfrage anschließen. Diese lautet, ob und wie beim Einsatz autonomer Systeme innerhalb von Unternehmen in der Rechtsform der juristischen Person das in den Systemen verkörperte Wissen dem jeweiligen Rechtsträger zugerechnet werden kann.²⁷⁵ Aufgrund der Besonderheiten des Deliktsrechts ist es sinnvoll, zwischen dem vertraglichen sowie außervertraglichen Bereich zu differenzieren. Daher wird nachfolgend zunächst die Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme im vertraglichen Bereich untersucht (A.). Zum vertraglichen Bereich zählt für die Arbeit dabei auch der vorvertragliche Bereich. Auch hier spielt die Wissenszurechnung im Rahmen von Aufklärungspflichten eine nicht zu unterschätzende Rolle.²⁷⁶ Im vertraglichen Bereich sind die Grundsätze der Wissenszurechnung (im Hinblick auf menschliche Hilfspersonen) noch prinzipiell gesichert, insbesondere greift man auch auf das Konzept der Wissensorganisationspflicht zurück. Die für den vertraglichen Bereich gewonnenen Erkenntnisse können sodann in einem weiteren Schritt auf ihre Übertragbarkeit auf den deutlich problematischeren außervertraglichen Bereich überprüft werden (B.).

A. Vertraglicher Bereich

Innerhalb des vertraglichen Bereichs, zu dem für die Arbeit auch der vorvertragliche Bereich zählt, ist für die Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme weiter nach dem Grad deren Autonomie sowie deren Einsatzgebiet zu differenzieren. Dies soll zunächst im Folgenden näher erläutert werden (I.). Sodann unterteilt sich die weitere Untersuchung – dieser Einsicht folgend – in die verschiedenen Einsatzgebiete autonomer Systeme (II.–IV.). Innerhalb dieser verläuft die Untersuchung jeweils parallel: Eingebettet von einem (fiktiven) Beispiel, das der Veranschaulichung des zu behandelnden Einsatzgebietes dienen, aber auch die technischen sowie

275 Hierzu bereits 1. Teil, B.

276 Hierzu bereits 1. Teil, A.

juristischen Grenzen der Thematik ausreizen soll, wird zunächst die Problematik der Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme bereichsspezifisch herausgearbeitet, um im Anschluss daran ein eigenes Konzept für diese zu entwickeln. Abschließend werden die Ergebnisse der einzelnen Einsatzgebiete zusammengeführt und auf ihre Stimmigkeit überprüft (V.).

I. Differenzierung nach dem Grad der Autonomie sowie dem Einsatzgebiet autonomer Systeme

Die Dogmatik der Wissenszurechnung ist – wie im vorangegangenen Teil analysiert – auf natürliche Personen, also Menschen, als Zurechnungssubjekte zugeschnitten. Besonders deutlich wird dies im Bereich der unmittelbaren, aber auch der analogen Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB, wo eine Zurechnung allein bei Stellvertretern bzw. Wissensvertretern erfolgt und die Wissenszurechnung damit stark personenabhängig ist. Im Rahmen des Konzepts der Wissensorganisationspflicht erfolgt *argumentativ* zwar eine Verschiebung in Richtung einer übergeordneten Verantwortung der juristischen Person für in ihrer Sphäre vorhandene Informationen. Diese manifestiert sich in den Topoi des typischerweise aktenmäßig festgehaltenen Wissens sowie der ordnungsgemäßen Organisation der Kommunikation. *Konstruktiv* nimmt man aber auch hier eine Zurechnung des Wissens einer bestimmten Hilfsperson zur juristischen Person vor.²⁷⁷ Ohne weitere Schwierigkeiten bewältigt die aktuelle Dogmatik der Wissenszurechnung daher den Einsatz von Systemen, die bloße Werkzeuge in Händen menschlicher Akteure sind. Um Vorgänger solcher Systeme handelte es sich im Grunde bereits bei den EDV-Systemen, die zur Zeit der Grundsatzentscheidung des V. Zivilsenats zur Wissensorganisationspflicht im Jahr 1996 verwendet wurden. Nichts anderes gilt für heutige Systeme, die – wenn gleich deutlich moderner und leistungstärker – ständig von menschlichen Mitarbeitern bedient werden. Diese vereinfachen lediglich die Recherche externer Informationen sowie die Handhabung des typischerweise aktenmäßig festgehaltenen internen Wissens, indem sie Informationsweiterleitung sowie Informationsabruf erleichtern und beschleunigen. Die Informationen werden dabei aber stets vom jeweiligen menschlichen Mitarbeiter selbst zur Kenntnis genommen.

277 Hierzu bereits 2. Teil, C., I.

Ungleich komplizierter gestalten sich dagegen Konstellationen, in denen das eingesetzte System Informationen selbständig aufnimmt, weiterleitet oder abrufen. Hier übernimmt das System die Aufgabe der menschlichen Hilfsperson und wird somit selbst zum Akteur. Die menschliche Hilfsperson nimmt die rechtlich relevanten Informationen dagegen unter Umständen nicht mehr selbst wahr. Somit kann auch nicht auf diese als Zurechnungssubjekt einer Wissenszurechnung abgestellt werden. Dies stellt die bestehende Dogmatik bereits im Fall vollautomatisierter Datenverarbeitung vor enorme Herausforderungen.²⁷⁸ Noch diffiziler erweisen sich Konstellationen, in denen das eingesetzte System die Informationsverarbeitung völlig selbständig und unabhängig von externer Steuerung, d.h. nach eigenen Regeln, wahrnimmt, es sich also um ein autonomes System handelt.²⁷⁹ Hier ist nicht einmal mehr der Informationsfluss determiniert. Das autonome System erzeugt ferner gegebenenfalls selbst neue Informationen oder handelt gar auf Grundlage der von ihm verarbeiteten Informationen.

Bereits daran wird deutlich, dass die Autonomie eines Systems die bestehende Dogmatik der Wissenszurechnung an ihre Grenzen bringt. Autonomie ist indes keine absolute, sondern eine graduelle Eigenschaft.²⁸⁰ Zentral für ihre Abstufung im Hinblick auf das auch hier interessierende Verhältnis des Systems zum Menschen ist die Frage, ob und wie weit das System die menschlichen Prozesse (nur) unterstützt (dann tendenziell schwache Autonomie) oder den Menschen gänzlich ersetzt (dann tendenziell starke Autonomie).²⁸¹ Diese Perspektive spiegelt sich auch in der Taxonomie verschiedener Bereiche wider, in denen autonome Systeme zum Einsatz kommen und entsprechend nach ihrem jeweiligen Autonomiegrad klassifiziert werden.²⁸² So unterscheidet man etwa fünf Stufen des autonomen Fahrens nach dem Ausmaß der menschlichen Einflussnahme sowie – spiegelbild-

278 OLG Hamm ZIP 2011, 1916; OLG Saarbrücken BeckRS 2016, 112668; OLG Frankfurt/Main ZInsO 2019, 1944; LG Saarbrücken BeckRS 2016, 2971, die die Zurechnung der Informationen zum Betreiber jeweils – unter aufwändiger Begründung – bejahen.

279 Zum Begriff der Autonomie s. auch 1. Teil, C., II.

280 *Boden* in *Boden* (Hrsg.), *The Philosophy of Artificial Life*, 1996, 95 (102); *Russell/Norvig*, KI, 3. Aufl. 2012, S. 66; im juristischen Kontext so auch *Hildebrandt*, *Smart Technologies*, 2016, S. 21; *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (169); *Zech* in *Gless/Seelmann* (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, 163 (171).

281 Hierzu *Bitkom*, KI, 2017, S. 14.

282 Vgl. die Übersicht bei *Damm/Kalmar*, *Informatik Spektrum* 40 (2017), 400 (404) zu den verschiedenen Autonomiegraden der eingesetzten Systeme in den Anwendungsdomänen der Automobil-, Bahn-, Luftfahrt- sowie Produktionstech-

lich – dem Ausmaß der Übernahme der Fahrleistung durch das System.²⁸³ Bei abstrakter Betrachtung kann der Autonomiegrad eines Systems etwa anhand folgender Skala abgebildet werden:²⁸⁴

- Stufe 1: Der Mensch muss die Entscheidung selbst treffen und erhält keine Unterstützung vom System.
- Stufe 2: Das System bietet dem Menschen alle denkbaren Entscheidungsmöglichkeiten an. Dieser wählt eine davon aus und setzt diese um.
- Stufe 3: Das System wählt bereits eine Teilmenge der Entscheidungsmöglichkeiten aus und präsentiert diese dem Menschen, der hieraus eine auswählt und ausführt.
- Stufe 4: Das System wählt eine von ihm präferierte Entscheidungsmöglichkeit aus und präsentiert diese dem Menschen, der sie aber selbst ausführen muss.
- Stufe 5: Das System führt eine von ihm ausgewählte Entscheidungsmöglichkeit aus, wenn der Mensch zustimmt.
- Stufe 6: Das System führt eine Aktion aus, nachdem es dem Menschen eine gewisse Zeitspanne zur Ausübung eines Vetorechts eingeräumt hat.
- Stufe 7: Das System führt eine Aktion aus und informiert den Menschen im Anschluss darüber.
- Stufe 8: Das System führt eine Aktion aus und informiert den Menschen nur dann, wenn dieser es verlangt.
- Stufe 9: Das System führt eine Aktion aus und informiert den Menschen nur, wenn es dies für notwendig erachtet.

nik. Eine abstraktere Übersicht, die nach dem vom System übernommenen Aufgabentyp (Zahlen-, Sprach- und Bildanalyse, Erledigung digitaler sowie physischer Aufgaben) unterscheidet, findet sich bei *Davenport/Kirby*, MIT Sloan Management Review, 57/3 (2016), 20 (23).

283 *SAE International*, Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles, https://www.sae.org/standards/content/j3016_201806/ (zuletzt abgerufen am 4.1.2021).

284 *Sheridan/Verplank*, 1978, Kap. 8 S. 17–19, allerdings zur Automatik; für das Spektrum der Autonomie aber übernommen von *Ball/Callaghan*, IEEE Proceedings 2012, 114 (115); im juristischen Kontext rezipiert von *Reichwald/Pfisterer*, CR 2016, 208 (210f.); *Schulz*, Verantwortlichkeit, 2015, S. 44f.

Stufe 10: Das System entscheidet und führt alle Aktionen autonom und ohne jede Beteiligung des Menschen aus.

Am unteren Ende dieser Skala ist die Autonomie des Systems nicht oder nur schwach ausgeprägt (Stufe 1–2). Hier kann das System als bloßes Werkzeug menschlicher Akteure eingeordnet werden. Im oberen Bereich der Skala weist das System dagegen eine starke Autonomie auf, es handelt letztlich ohne vorherige menschliche Einflussnahme (Stufe 7–10). In diesem Bereich wird das System selbst zum Akteur und ersetzt im Wesentlichen den Menschen. Der dazwischenliegende Bereich mittlerer Autonomie ist differenzierter zu betrachten: Einerseits übernimmt das System hier zunehmend einen größeren Anteil der Aufgabenerledigung, andererseits entscheidet letztlich doch noch der menschliche Benutzer. Dieser bekommt aber zunehmend weniger Entscheidungsmöglichkeiten und damit auch weniger Informationen präsentiert. Im Hinblick auf den Zuschnitt der aktuellen Dogmatik der Wissenszurechnung, die Systeme als Werkzeuge menschlicher Akteure leicht bewältigen kann, bei autonom agierenden Systemen dagegen an ihre Grenzen stößt, ist somit festzuhalten, dass für die Frage der Wissenszurechnung bei autonomen Systemen nach dem Grad der Autonomie zu differenzieren ist. Je höher dieser ist, desto ungeeigneter erscheint die derzeitige Dogmatik der Wissenszurechnung. Diese Erkenntnis ist an den jeweiligen Stellen der weiteren Untersuchung noch zu vertiefen.

Die Differenzierung nach dem Grad der Autonomie bedarf jedoch einer entscheidenden Ergänzung: Die obige Skala ist auf das Treffen einer Entscheidung und deren Umsetzung fokussiert. Dabei handelt es sich aber nur um einen Teilbereich – nämlich den Output – des gesamten menschlichen Entscheidungsprozesses. Dieser lässt sich im Einzelnen in die Phasen bzw. Teilbereiche der Informationsbeschaffung, Informationsauswertung, Entscheidungsfindung, Entscheidung sowie Entscheidungsumsetzung unterteilen.²⁸⁵ Autonome Systeme können aber in jedem dieser Bereiche (isoliert) zur Anwendung kommen. Noch deutlicher wird dies bei Unternehmen aufgrund deren arbeitsteiliger Organisation. Dort sind die Informationsbeschaffung und Informationsauswertung, die Entscheidungsfindung

285 *Parasuraman/Sheridan/Wickens*, IEEE 30 (2000), 286 (287f.); hierzu auch *Ball/Callaghan*, IEEE Proceedings 2012, 114 (116). Eingehend zu den Phasen des Entscheidungsprozesses aus entscheidungstheoretischer Sicht *Kable*, Betriebliche Entscheidungen, 6. Aufl. 2001, S. 41–47; *Laux/Gillenkirch/Schenk-Mathes*, Entscheidungstheorie, 10. Aufl. 2018, S. 12–16.

sowie die Entscheidung und deren Umsetzung häufig sogar auf verschiedene organisatorische Bereiche des Unternehmens verteilt.²⁸⁶ Autonome Systeme kommen hier daher oftmals sehr spezifisch und im Verbund mit natürlichen Personen zum Einsatz und erfüllen dabei jeweils unterschiedliche Funktionen. Dies führt auch im Hinblick auf die Wissenszurechnung zu divergierenden Problemstellungen. Im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung etwa akquiriert und synthetisiert das System Informationen, die gegebenenfalls kein menschlicher Mitarbeiter zur Kenntnis nimmt. Im Bereich der Entscheidungsfindung gibt das System seinem Nutzer eine Entscheidungsempfehlung, deren Gründe für diesen unter Umständen nicht nachzuvollziehen sind. Im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung schließlich agiert das System selbst nach außen – in der Regel einem Dritten gegenüber – auf Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Informationen. Für die weitere Untersuchung soll daher für die Wissenszurechnung bei autonomen Systemen zwischen den Einsatzbereichen der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung (II.), der Entscheidungsfindung (III.) sowie der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung (IV.) unterschieden werden.²⁸⁷ Innerhalb dieser Bereiche kann dann jeweils eine Differenzierung nach dem Grad der Autonomie der eingesetzten Systeme vorgenommen werden.²⁸⁸

Die Differenzierung nach dem Einsatzgebiet kann auch im Hinblick auf die bestehende Dogmatik der Wissenszurechnung als Anknüpfungspunkt der Untersuchung überzeugen. Diese unterscheidet nämlich zwischen am konkreten rechtlichen Geschehen beteiligten Personen, deren Wissen in unmittelbarer oder analoger Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB zugerechnet werden kann, und unbeteiligten Hilfspersonen, bei denen eine Wissenszurechnung allein über die Wissensorganisationspflicht möglich ist. Autonome Systeme, die in den Bereichen der Informationsbeschaffung und -auswertung sowie der Entscheidungsfindung zum Einsatz kommen, agieren in der Regel rein unternehmensintern und bereiten lediglich

286 Zu arbeitsteiligen Entscheidungsprozessen *Kahle*, Betriebliche Entscheidungen, 6. Aufl. 2001, S. 159–164.

287 Diese Einteilung kommt der von der *Datenethikkommission* gewählten Einteilung in *algorithmenbasierte*, *algorithmengetriebene* sowie *algorithmendeterminierte* Entscheidungen sehr nahe, die ebenfalls die konkrete Aufgabenverteilung zwischen Menschen und Systemen im Blick hat, vgl. *Datenethikkommission*, Gutachten, 2019, S. 161. Im Gegensatz zu dieser stellt die vorliegende Einteilung die Tätigkeit des Systems noch mehr in den Mittelpunkt. Schließlich betrifft die hier zu untersuchende Forschungsfrage das in den Systemen enthaltene Wissen.

288 Hierzu *Parasuraman/Sheridan/Wickens*, IEEE 30 (2000), 286 (288f.).

Handlungen menschlicher Hilfspersonen vor. Daher liegt hier eine Wissenszurechnung über das Konzept der Wissensorganisationspflicht nahe. Autonome Systeme, die im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung verwendet werden, sind dagegen am rechtlich relevanten Geschehen selbst beteiligt, sodass hier über eine analoge Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB nachgedacht werden kann.

II. Einsatz im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung

1. Einführendes Beispiel: Versicherungsantrag

Die *Vital AG* (V) bietet private Krankenversicherungen an. Der Antrag auf Abschluss eines Versicherungsvertrags kann online gestellt werden, wovon die meisten Kunden inzwischen auch Gebrauch machen. Im für diese Zwecke von der V verwendeten Formular sind insbesondere etwaige Vorerkrankungen anzugeben und bestimmte Fragen zum Gesundheitszustand zu beantworten. Die eingehenden Versicherungsanträge überprüft ein von der V eingesetztes autonomes System. Dieses ist in der Lage, bestimmte Angaben aufgrund von Erfahrungswerten einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen sowie mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit – unter anderem aufgrund der Angaben des Kunden auf die Fragen zu seinem Gesundheitszustand – verschwiegene Vorerkrankungen zu identifizieren. Die Ergebnisse des Systems werden dem zuständigen Sachbearbeiter der V gemeinsam mit dem jeweiligen Antrag auf seinem Bildschirm angezeigt.²⁸⁹

Die Versicherungsnehmerin VN gibt in dem von ihr online ausgefüllten Antrag ihre Asthmaerkrankung nicht an. Aufgrund anderer Angaben gelangt das System aber mit einer achtzigprozentigen Wahrscheinlichkeit zum Ergebnis, dass VN eine Erkrankung an Asthma verschwiegen hat und zeigt dies dem Sachbearbeiter S an. Dieser achtet jedoch nicht auf die Anzeige, nimmt sie also nicht zur Kenntnis, und schließt den Versicherungsvertrag im Namen der V mit VN ab.

Nachdem aufgrund zu erstattender Rechnungen die Erkrankung der VN an Asthma bekannt wird, will die V wegen Nichtanzeige dieses Gefahrumstandes den Versicherungsvertrag wegen arglistiger Täuschung der VN nach § 22 VVG i.V.m. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB anfechten, hilfsweise nach § 19 Abs. 2 VVG vom Versicherungsvertrag zurücktreten. VN beruft sich darauf, dass bereits keine Täuschung der V gegeben sei, da diese aufgrund der Analyse des Systems schließlich von der Asthmaerkrankung Kenntnis gehabt hätte. Dies hatte die V ihr gegenüber in Gesprächen ein-

289 Zu Onlineantragsstrecken in der Versicherungswirtschaft *Goretzky*, VersR 2019, 916. Dessen Ausführungen zeigen, dass das hier gewählte Beispiel von der derzeitigen Realität nicht allzu weit entfernt ist. Anschaulich ebenfalls die Einsatzmöglichkeiten diverser Entwicklungen der KI in der Versicherungswirtschaft bei *Armbrüster/Prill*, ZfV 2020, 110 (110f.) sowie *Bain & Company*, Digitalisierung der Versicherungswirtschaft, 2016, passim.

geräumt. Aus demselben Grund sei auch das Rücktrittsrecht der V nach § 19 Abs. 5 S. 2 VVG ausgeschlossen. V hingegen stellt sich auf den Standpunkt, von der Asthmaerkrankung habe keine natürliche Person Kenntnis genommen. Ihr könne daher auch keine Kenntnis dieses Gefahrumstandes zugerechnet werden. Sind Anfechtungs- und Rücktrittsrecht der V aufgrund der Kenntnis des autonomen Systems ausgeschlossen?

Abwandlung: Wie ist dies zu beurteilen, wenn das System die Erkrankung zwar erkannt hat, diese dem S aber aufgrund eines technischen Fehlers nicht angezeigt wurde?

2. Problematik

Der Einsatz autonomer Systeme für die Zwecke der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung ermöglicht die wirtschaftliche Nutzung der aufgrund der flächendeckenden Digitalisierung und Vernetzung exponentiell wachsenden sowie hochgranularen Datenmengen. Er entlastet den Menschen aber auch in einfacher gelagerten, monoton wiederkehrenden Konstellationen der Informationsaufnahme.²⁹⁰ Durch Sammlung und Analyse sowohl externer, etwa über das Internet verfügbarer, als auch interner, innerhalb des Unternehmens vorhandener, Daten generieren autonome Systeme ständig neue Informationen. Dies führt zu einer immensen Zunahme der dem Unternehmen zur Verfügung stehenden Informationen. Diese werden vom System strukturiert, gespeichert und den verschiedenen Angestellten des Unternehmens proaktiv und kontextabhängig auf ihren Desktops zur Verfügung gestellt. Teilweise erfolgt die Informationsverarbeitung des Systems aber auch ohne jede menschliche Beteiligung. Autonome Systeme revolutionieren das Wissensmanagement der Unternehmen somit als *Organisational Memories*²⁹¹ in zweifacher Hinsicht: Sie bewirken zum einen eine signifikante Zunahme der zur Verfügung stehenden Informationen. Zum anderen vereinfachen sie den unternehmensinternen Informationsfluss. Diese beiden Effekte wirken sich unmittelbar auf

290 Eine solche Konstellation veranschaulicht etwa das einführende Beispiel mit der Erfassung und Überprüfung massenweise eingehender Versicherungsanträge.

291 Zu einem solchen durch die Potenziale der KI verwirklichten Organisational Memory bzw. Corporate Memory bereits *Kühn/Abecker* in Borghoff/Pareschi (Hrsg.), *Information Technology for Knowledge Management*, 1998, 183; ferner *Abecker/Decker/Kühn*, *Informatik Spektrum* 21 (1998), 213; *Dittmar*, *Knowledge Warehouse*, 2004, S. 229–307. Nach *Spindler/Seidel*, FS Marsch-Barner, 2018, 549 (552) entstehen „Smart Knowledge Organisations“.

die Wissenszurechnung aus. Ob sie mit der bestehenden Dogmatik hinreichend erfasst werden können, hängt indes vom Grad der Autonomie der eingesetzten Systeme sowie der Art und Weise deren Zusammenwirkens mit den Angestellten des Unternehmens ab. Sind die Angestellten am konkreten rechtlichen Geschehen, in der Regel dem Abschluss eines Rechtsgeschäfts, unmittelbar beteiligt, kann eine Zurechnung deren Wissens in unmittelbarer oder analoger Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB erfolgen. So ist dies auch im einführenden Beispiel, in dem der Sachbearbeiter schließlich den Versicherungsvertrag als Vertreter abschließt. Zumeist handelt es sich aber um unbeteiligte Hilfspersonen, sodass für eine Wissenszurechnung auf das Konzept der Wissensorganisationspflicht zurückzugreifen ist.

a) Integrationsfähigkeit der Wissensorganisationspflicht

Entsprechend der einleitenden Untersuchungshypothese²⁹² lautet hier die Ausgangsthese: Das Konzept der Wissensorganisationspflicht eignet sich für die Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme solange, wie diese aufgrund ihres niedrigen Autonomiegrades lediglich als Werkzeuge der jeweiligen Angestellten fungieren.

Nimmt ein Angestellter nämlich eine Information selbst wahr, die er mithilfe des Systems aus der Sammlung und Analyse von Daten akquiriert, hat er selbst von dieser Kenntnis. Er ist daher hinsichtlich dieser Information taugliches Zurechnungssubjekt einer Wissenszurechnung. Aufgrund des Einsatzes des Systems sowie der zunehmenden Datenmengen (Big Data) nimmt er nur signifikant mehr Informationen wahr. Damit steigt die Menge potenzieller Zurechnungsgegenstände.

Zudem beeinflusst der Einsatz autonomer Systeme die ordnungsgemäße Organisation der Kommunikation als bestimmendes Element der Wissenszurechnung. Die diesbezügliche Pflicht zur ordnungsgemäßen Organisation der Kommunikation unterteilt sich in zwei *konsequente* Unterpflichten: die Pflicht des konkret Wissenden, Informationen, deren Relevanz für andere Personen innerhalb der Organisation für ihn erkennbar ist, an diese weiterzuleiten (Informationsweiterleitungspflicht); sowie die daran anschließende Pflicht des in der jeweiligen Situation Handelnden, nach erkennbar anderswo innerhalb der Organisation vorhandenen und für den eigenen Bereich wesentlichen Informationen nachzufragen (Informations-

292 1. Teil, B., Untersuchungshypothese Nr. 1.

abfragepflicht).²⁹³ Diese beiden Pflichten beanspruchen aber keine absolute Geltung, sondern werden anhand verschiedener Kriterien maßvoll begrenzt. So ist für die Informationsweiterleitungspflicht maßgeblich, mit welcher Wahrscheinlichkeit die betreffende Information – *ex ante* aus der Sicht des konkret Wissenden – später erheblich werden könnte; auch die erforderliche Dauer der Speicherung richtet sich hiernach.²⁹⁴ Das Bestehen einer Informationsabfragepflicht bestimmt sich dagegen nach der Bedeutung des Anlasses zur Informationsabfrage sowie der Schwierigkeit der Suche nach der Information.²⁹⁵

Der Einsatz autonomer Systeme, die Informationen ohne Zutun proaktiv und kontextabhängig zur Verfügung stellen, reduziert die Schwierigkeit der Informationssuche auf ein Minimum. Er führt daher zu einer deutlichen Ausweitung der Informationsabfragepflicht. Die Zurechnung wird jedoch auf vorgelagerter Stufe mithilfe der Frage bestimmt, ob die betreffende Information überhaupt weiterzuleiten war. Die hierfür maßgebliche Rechtserheblichkeit der Information beeinflusst der Einsatz autonomer Systeme nicht unmittelbar. Für dieses Kriterium ist der Aufwand des Informationsmanagements zunächst unerheblich. Man könnte daher annehmen, dass der Einsatz autonomer Systeme zu keiner Ausweitung der Informationsweiterleitungspflicht führt, sondern nur dazu, dass alle (nach herkömmlicher Auffassung) weiterzuleitenden Informationen in einem zweiten Schritt aufgrund der signifikant vereinfachten Suche auch abzurufen und damit zuzurechnen sind. Bei näherer Betrachtung ist jedoch bereits eine Ausdehnung der Informationsweiterleitungspflicht zu bejahen.²⁹⁶ Auch diese ist nämlich Teil der Pflicht zur ordnungsgemäßen Organisation der Kommunikation. Was ordnungsgemäß ist, richtet sich nach dem Kriterium der Zumutbarkeit.²⁹⁷ Dieses korreliert den Nutzen der Weiterleitung bzw. des Abrufs der Information mit dem für die Organisation damit verbundenen Aufwand. Vereinfacht der Einsatz autonomer Systeme die Weiterleitung der Information signifikant – etwa aufgrund deren intelligenter Übernahme durch das System sowie beinahe grenzenloser

293 Grundlegend BGHZ 132, 30 (37) (1996); ferner BGHZ 140, 54 (61f.) (1998); 182, 85 (91f.) (2009); 190, 201 (207) (2011).

294 BGHZ 132, 30 (38f.) (1996).

295 BGHZ 132, 30 (39) (1996).

296 So wohl auch *Spindler/Seidel*, FS Marsch-Barner, 2018, 549 (552).

297 Die Rechtsprechung scheint dabei in BGHZ 132, 30 (39) (1996) davon auszugehen, dass das Kriterium der Zumutbarkeit sowohl für die Informationsweiterleitungs- als auch für die Informationsabfragepflicht gilt („Auch das richtet sich nach der Zumutbarkeit“) (Hervorhebung d. Verf.).

Speicherkapazitäten –, so ist umgekehrt die für die Informationsweiterleitungspflicht maßgebliche Schwelle der Rechtserheblichkeit der betreffenden Information abzusenken, was eine Ausdehnung der Informationsweiterleitungspflicht zur Folge hat. Aufgrund veränderter Umweltbedingungen ist der Organisation daher die Weiterleitung und Speicherung von mehr Informationen zumutbar. Dies ist über den unbestimmten, wertungsoffenen Begriff der Rechtserheblichkeit auch ohne Weiteres darstellbar. Ein solches Vorgehen kann kurz auf folgende Formel gebracht werden: Je geringer der Aufwand der Informationsweiterleitung, desto geringer die erforderliche Wahrscheinlichkeit einer späteren Rechtserheblichkeit der Information. Dies ist auch folgerichtig, da an eine unter dem transformativen Einfluss der Digitalisierung stehende, von der KI befeuerte ordnungsgemäße Organisation der Kommunikation gänzlich andere Anforderungen zu stellen sind als noch vor über zwanzig Jahren zur Zeit der Grundsatzentscheidung des V. Zivilsenats zur Wissensorganisationspflicht. Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass mit dem Einsatz autonomer Systeme sowohl Informationsweiterleitungs- als auch Informationsabfragepflicht ausgedehnt werden und somit eine Zurechnung der im Unternehmen vorhandenen Informationen deutlich häufiger zu bejahen ist.²⁹⁸

Durch die Zunahme der vorhandenen Informationen als potenziellem Zurechnungsgegenstand sowie deren umfassendere Zurechnung infolge der veränderten Erwartungen an eine ordnungsgemäße Organisation der Kommunikation nimmt die Häufigkeit einer Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme folglich deutlich zu.²⁹⁹ Solange die Systeme aber nur als Werkzeuge menschlicher Akteure fungieren, kann die Problematik noch mithilfe der derzeitigen Dogmatik der Wissenszurechnung bewältigt werden.

298 Nach *Spindler/Seidel*, FS Marsch-Barner, 2018, 549 (552); *dies.*, NJW 2018, 2153 tendiert die Grenze der Zumutbarkeit der Wissensorganisation „asymptotisch gegen null“. Zustimmend *Hacker*, RW 2018, 243 (274).

299 *Spindler/Seidel*, FS Marsch-Barner, 2018, 549 (552); *dies.*, NJW 2018, 2153; so auch – allerdings recht vage – *Naumann/Siegel*, ZHR 181 (2017), 273 (277, 301); *Noack*, ZHR 183 (2019), 105 (133f., 144); *Sattler*, BB 2018, 2243 (2248); *Spindler*, CR 2017, 715 (723); *ders.*, ZHR 181 (2017), 311 (321); *ders.*, DB 2018, 41 (45); *ders.*, ZGR 2018, 17 (43).

b) Grenzen der Integrationsfähigkeit

Anders ist dies jedoch zu beurteilen, wenn autonome Systeme den Menschen – jedenfalls in gewissem Umfang – ersetzen und dieser nicht mehr an der Informationsbeschaffung und -auswertung beteiligt ist. In diesen Fällen stößt die aktuelle Dogmatik der Wissenszurechnung nach der hier aufgestellten These an ihre Grenzen und ermöglicht keine hinreichende rechtliche Bewältigung der Problematik mehr.

aa) Fehlende menschliche Kenntnisnahme der Informationen

Der Grund hierfür ist die fehlende menschliche Kenntnisnahme der maßgeblichen Informationen. Die Anknüpfung der Wissenszurechnung an menschliche Hilfspersonen der juristischen Person als Zurechnungssubjekte ermöglicht die Erfassung autonomer Systeme nämlich nur solange, wie die Hilfsperson über diese von der relevanten Information selbst Kenntnis nimmt. Bei fehlender Kenntnisnahme dagegen geht die Wissenszurechnung mangels eines bei einem in Betracht kommenden Zurechnungssubjekt vorhandenen Zurechnungsgegenstands ins Leere.

Dies ist etwa der Fall, wenn die Informationsbeschaffung von vornherein so konstruiert ist, dass allein das System die Informationen aufnimmt, auswertet und schließlich eine bestimmte Aktion als Folge veranlasst oder die Informationen schlicht speichert. Hier erweist sich die bestehende Dogmatik bereits bei vollautomatisierter (nicht autonomer) Informationsverarbeitung als unzulänglich.

So hatte das OLG Hamm einen Fall der Insolvenzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO zu entscheiden, in dem die für die Annahme der Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes des Schuldners maßgeblichen Informationen allein innerhalb einer Datenverarbeitungsanlage vorhanden waren:³⁰⁰ Die beklagte Sozialversicherungsträgerin hatte ihr gesamtes Beitragseinzugsverfahren im Wege vollautomatisierter Datenverarbeitung organisiert. Dabei wurden durch ein bei den Arbeitgebern automatisiertes Meldeverfahren die für die dort Beschäftigten zu entrichtenden Beiträge – bereits zur Höhe ausgerechnet – elektronisch per Internet mitgeteilt. Erst wenn nach einem Monat der Computer der Beklagten keinen Zahlungseingang auf dem Bankkonto feststellte, druckte er eine Zahlungsaufforderung, die versandt wurde. Wurde bei einem erneuten elektronischen Zahlungsabgleich nach

300 Zum Folgenden OLG Hamm ZIP 2011, 1926 (1926, 1928).

einem weiteren Monat noch kein Zahlungseingang festgestellt, wurde – immer noch automatisch über das System – das Hauptzollamt informiert, das mit der weiteren Beitreibung beauftragt war. Bis dahin nahm kein menschlicher Sachbearbeiter die Vorgänge zur Kenntnis. Das OLG Hamm rechnete der Beklagten die im System vorhandenen, auf einen entsprechenden Benachteiligungsvorsatz des Schuldners hindeutenden Informationen schließlich zu. Die dogmatische Unzulänglichkeit der Wissenszurechnung für diese Konstellation zeigt sich in der ergebnisorientierten Begründung des Gerichts: In einem bunten Strauß an Begründungen qualifiziert es zunächst das System als Wissensvertreter. Sodann nimmt es eine Organisationspflicht der Beklagten als Betreiberin an, bei der Installation des Programms für eine Gestaltung zu sorgen, bei der eine Weiterleitung der relevanten Informationen an den Betreiber erfolgt. Schließlich argumentiert es noch damit, dass sich die Beklagte bei unterlassener Organisation wie ein Gläubiger verhalte, der die Augen vor offensichtlichen Umständen gezielt verschließt.³⁰¹

Auch wenn die Begründung des Gerichts aufgrund der Vermengung zahlreicher zu unterscheidender Rechtsfiguren dogmatisch nicht überzeugt, enthält sie doch eine zentrale Erkenntnis: Bei fehlender menschlicher Kenntnisaufnahme der rechtlich relevanten Informationen, kann allein an das (automatische) System für eine Wissenszurechnung angeknüpft werden. Dies lässt die aktuelle Dogmatik jedoch nicht zu. Autonome Systeme erschweren die Problematik zusätzlich dadurch, dass sie durch Auswertung der aufgenommenen Informationen selbständig neue zusätzliche Informationen generieren können und damit gleichsam synthetisiertes Wissen schaffen. Auch dieses wird von keinem Menschen zur Kenntnis genommen.

Vergleichbar mit der Konstellation der planmäßigen alleinigen Informationsakquise des Systems ist die Situation, in der das System selbständig Informationen beschafft und auswertet, diese aber an einen Angestellten weiterleitet, der hiervon (in aller Regel versehentlich) keine Kenntnis nimmt. Diese liegt auch dem einführenden Beispiel zugrunde. Auch hier kommt

301 OLG Hamm ZIP 2011, 1926 (1928) mit ablehnender Anm. *Cranshaw*, jurisPR-InsR 24/2011, Anm. 3, der kritisiert, die Entscheidung schaffe *de facto* eine Nachforschungspflicht des Betreibers; zustimmend dagegen *Kruth/Schneider*, EWiR 2011, 815 (816); *K. Maier*, ZInsO 2015, 1534 (1535); für eine ähnliche Konstellation im Anschluss hieran LG Saarbrücken BeckRS 2016, 2971 sowie in der Berufungsinstanz OLG Saarbrücken BeckRS 2016, 112668. Ähnlich – wenn auch mit überzeugenderer Begründung – OLG Frankfurt/Main, ZInsO 2019, 1944.

es zu einem Informationsverlust zwischen System und Mensch. Ein solcher Informationsverlust könnte zwischen zwei Angestellten im Wege der Wissenszurechnung gelöst werden. Diese knüpft an den wissenden Angestellten an und begründet die Zurechnung seines Wissens zur juristischen Person mit der ordnungsgemäßen Organisation der Kommunikation. In der vorliegenden Situation geht eine Wissenszurechnung mangels Zurechnungsgegenstands beim Zurechnungssubjekt Mensch erneut in die Leere. Eine Anknüpfung an das autonome System erlaubt die derzeitige Dogmatik nicht. Zwar wird dem Angestellten in dieser Konstellation aufgrund der ihm auf dem Bildschirm angezeigten Information fahrlässige Unkenntnis anzulasten sein, die dann wiederum der juristischen Person zugerechnet werden kann. Bei Wissensnormen, die – wie etwa auch § 19 Abs. 5 S. 2 VVG – allein an positive Kenntnis anknüpfen, hilft dies allerdings nicht weiter. Der juristischen Person kann hier somit keine positive Kenntnis zugerechnet werden, obwohl die Information innerhalb des Unternehmens vorhanden ist und eine Zurechnung erfolgen könnte, wenn deren Akquise und Auswertung statt durch das autonome System durch einen Menschen erfolgt wäre.

bb) Ablehnung einer Integration als Aktenwissen

Denkbar erscheint auf den ersten Blick eine Integration der lediglich im autonomen System vorhandenen Informationen in die bestehende Dogmatik der Wissenszurechnung über die Figur des Aktenwissens.³⁰² Hinter diesem auf *Medicus* zurückgehenden Begriff steckt die Überlegung, das in künstlichen Speichern (Akten, aber auch elektronischen Datenträgern) enthaltene Wissen dem im menschlichen Gedächtnis vorhandenen gleichzustellen.³⁰³ Eine solche Gleichstellung bejaht *Medicus* im Hinblick auf die Einzelperson ausgehend von einem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14.7.1993³⁰⁴ grundsätzlich, soweit für diese Anlass besteht, die im künstli-

302 Hiervon scheinen *Noack*, ZHR 183 (2019), 105 (134) sowie *Konertz/Schönhof*, KI, 2020, S. 134 auszugehen.

303 Grundlegend *Medicus*, Sonderheft VersR, Karlsruher Forum 1994, 4 (7); der Begriff „Aktenwissen“ findet sich explizit bei *Medicus/Petersen*, BGB AT, 11. Aufl. 2016, Rn. 904 c.

304 BGHZ 123, 224 (224f., 229) (1993). In diesem Urteil hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass einem Versicherer alle Daten über einen Versicherungsnehmer bekannt sind, die er in Datenbanken gesammelt hat, soweit Anlass besteht, sie abzurufen.

chen Speicher enthaltenen Informationen abzurufen.³⁰⁵ Diese Annahme überträgt er schließlich auf die arbeitsteilige Organisation, der das in künstlichen Wissensspeichern festgehaltene Wissen dann zuzurechnen sei, wenn ein Anlass zur Abfrage besteht.³⁰⁶ Diese Überlegungen wurden in der Diskussion über eine Wissenszurechnung bei juristischen Personen aufgenommen³⁰⁷ und teilweise als Lösung der Wissenszurechnung vom physischen Wissen natürlicher Personen interpretiert.³⁰⁸ Es drängt sich daher der Einwand gegen die hier vertretene These der Unzulänglichkeit der derzeitigen Dogmatik auf, diese naheliegende Möglichkeit zur Integration auch der in autonomen Systemen vorhandenen Informationen zu übersehen. Bei näherer Untersuchung wird jedoch deutlich, dass sich der Lösungsweg über die Figur des Aktenwissens hierfür nicht eignet.

Bei dieser handelt es sich zunächst nur um einen gedanklichen Auswuchs des am Beginn der Rechtsfortbildung der Wissensorganisationspflicht stehenden Dokumentationsarguments. Letzteres kommt im Topos des typischerweise aktenmäßig festgehaltenen Wissens zum Ausdruck, der dem Aktenwissen begrifflich sehr ähnlich ist.³⁰⁹ Das Dokumentationsargument ist später aber in der ordnungsgemäßen Organisation der Kommunikation als für die Wissenszurechnung maßgeblichem Grund aufgegangen. Dies ist daran zu erkennen, dass die Informationsabfragepflicht ebenfalls auf einen Anlass zum Abruf der relevanten Information abstellt. Entgegen der Konzeption *Medicus*⁴ nimmt die Rechtsprechung konstruktiv aber eine Anknüpfung an den konkret wissenden Angestellten als Zurechnungssubjekt vor.³¹⁰

Abgesehen davon, dass die Rechtsprechung die Wissenszurechnung anders konzipiert hat, eignet sich aber auch eine unmittelbare Zurechnung des Aktenwissens nicht zur Erfassung der soeben geschilderten Konstellationen. Nach *Medicus* setzt das Aktenwissen stets eine menschliche Kenntnisnahme der betreffenden Informationen vor deren Archivierung im

305 *Medicus*, Sonderheft VersR, Karlsruher Forum 1994, 4 (7).

306 *Medicus*, Sonderheft VersR, Karlsruher Forum 1994, 4 (12); bei *Medicus/Petersen*, BGB AT, 11. Aufl. 2016, Rn. 904 c wird deutlich, dass diese auch konstruktiv von einer Zurechnung des Aktenwissens als solchem – quasi ohne personalen Bezug – ausgehen.

307 *Buck*, Wissen, 2001, S. 55–57; *Dauner-Lieb*, FS Kraft, 1998, 43 (48f.); *PWW/Frensch*, § 166 BGB Rn. 12; *W. Schultz*, NJW 1996, 1392 (1393f.).

308 *Odersky*, FS Geiß, 2000, 135 (137f.).

309 Hierzu BGHZ 109, 327 (332) (1989). Näher 2. Teil, C., I.

310 S. 2. Teil, C., I.

künstlichen Wissensspeicher voraus.³¹¹ Hieran hält auch *Fatemi* fest, der sich in jüngerer Zeit mit der Thematik auseinandergesetzt hat. Dieser geht davon aus, dass die einmal verschaffte tatsächliche, also menschliche Kenntnis der Anknüpfungspunkt zur Zurechnung ausgelagerten Wissens sei. Von Kenntnis könne daher nicht mehr gesprochen werden, wenn die Information, ohne zunächst in das Bewusstsein der betreffenden Person zu gelangen, unmittelbar in einem künstlichen Wissensspeicher gespeichert wurde.³¹² Das Aktenwissen ist folglich lediglich eine Ergänzung oder – vielleicht treffender – Erweiterung des menschlichen Gedächtnisses. Der Mensch steht auch hier im Mittelpunkt der Überlegungen und ist – wenn auch mittelbar über das gespeicherte Wissen – letztlich der alleinige Anknüpfungspunkt der Wissenszurechnung. Dies wird der Autonomie der hier im Mittelpunkt stehenden Systeme aber nicht mehr gerecht, sobald diese als wahre Akteure Informationen alleine verarbeiten. Eine Erweiterung der Wissenszurechnung auf neue, nicht von Menschen zur Kenntnis genommene Informationen muss somit auch über das Aktenwissen auscheiden.

cc) Ungeeignetheit der Anknüpfung an ein Sich-Verschließen

Zumindest in Konstellationen, in denen das autonome System die von ihm beschafften und ausgewerteten Informationen an einen Angestellten weiterleitet, der hiervon – wie im einführenden Beispiel – nur keine Kenntnis nimmt, liegt die Überlegung nahe, die Kenntnis des Angestellten mit der Begründung zu bejahen, dass er sich den auf seinem Bildschirm angezeigten Informationen verschlossen hat.³¹³ Zwar würden damit Konstellationen, in denen die Konstruktion der Informationsbeschaffung und -auswertung von vornherein auf deren alleinige Übernahme durch das Sys-

311 *Medicus*, Sonderheft VersR, Karlsruher Forum 1994, 4 (7); prägnant *Medicus/Petersen*, BGB AT, 11. Aufl. 2016, Rn. 904 b: „Weiß jemand alles das, was er in seinen Unterlagen als Wissen gespeichert hat“. Auch in BGHZ 123, 224 (1993) wurden die in der Datenbank gesammelten Daten von Menschen eingepflegt. Dies trifft auch für die neuere Entscheidung BGH NZG 2017, 194 (196) zu, der zufolge der Inhalt der in der Finanzbehörde geführten Steuerakte als bekannt anzusehen ist, da auch diese von einem Finanzbeamten angelegt wurde.

312 *Fatemi*, Obliegenheit zur Due Diligence, 2009, S. 64; *ders.*, NJOZ 2010, 2637 (2641).

313 So wohl *Spindler/Seidel*, FS Marsch-Barner, 2018, 549 (553f.).

tem ausgerichtet ist, nicht erfasst werden.³¹⁴ Immerhin ein Teil der neuralgischen Fälle ließe sich aber über eine derartige Fiktion der Kenntnis in das bestehende Konzept der Wissenszurechnung integrieren. Die aufgezeigten Überlegungen stützen sich dabei auf die in Rechtsprechung sowie Literatur grundsätzlich anerkannte Figur des *Sich-Verschließens*. Danach werden Sachverhalte der positiven Kenntnis gleichgestellt, diese quasi fingiert, in denen sich der Betroffene einer sich ihm ohne Weiteres anbietenden, gleichsam auf der Hand liegenden Erkenntnismöglichkeit verschließt, die weder besondere Kosten noch nennenswerte Mühen verursacht.³¹⁵ Dies könnte man auch dem Angestellten bei der Anzeige der Informationen auf dessen Bildschirm vorwerfen. Eine eingehendere Befassung mit der Rechtsfigur des Sich-Verschließens zeigt jedoch, dass sie sich für die allermeisten der ins Auge gefassten Sachverhalte nicht eignet.

So ist zunächst zweifelhaft, ob sie überhaupt bemüht werden kann, wenn bei dem Betroffenen keinerlei Tatsachenkenntnis vorhanden ist. Eine Vielzahl von Gerichtsentscheidungen sowie wissenschaftlichen Beiträgen stellt sich nämlich auf den Standpunkt, dass die Kenntnis der maßgeblichen Tatsachen stets nötig ist und eine Gleichstellung des Sich-Verschließens mit der Kenntnis daher lediglich in Betracht kommt, soweit es bei bestimmten Tatbestandsmerkmalen um eine rechtliche Gesamtbewertung von Tatsachen geht.³¹⁶ Teilweise wird jedoch die Gleichstellung des Sich-Verschließens mit der positiven Kenntnis auch auf die Tatsachenkenntnis erstreckt.³¹⁷ Die Rechtsprechung fordert zumindest eine Teil-

314 So aber wohl OLG Hamm ZIP 2011, 1926 (1928), nach dem sich ein Systembetreiber, der eine Organisation unterlässt, welche die Kenntnisnahme der Information durch Mitarbeiter sicherstellt, wie jemand verhält, der die Augen vor offensichtlichen Umständen gezielt verschließt.

315 So BGH NJW 1985, 2022 (2023); zur Figur des Sich-Verschließens auch BGHZ 26, 256 (260) (1958); 32, 76 (96) (1960); NJW 1989, 2323 (2324); 1994, 3092 (3093); 2003, 288 (289); 2016, 2569 (2572); *Buck*, Wissen, 2001, S. 69–76; *Larenz/Canaris*, SchR II/2, 13. Aufl. 1994, S. 309f.; *Reichel*, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 42 (1916), 173 (189f.); *Sallawitz*, Gleichstellung, 1973, S. 55f.; *Wetzel*, Zurechnung, 1971, S. 48.

316 Dezidiert BGH NJW 2013, 2182 (2183) zu § 463 S. 2 BGB a.F. Ähnlich BGHZ 26, 256 (260) (1958); 32, 76 (92) (1960) zu § 990 Abs. 1 BGB; BGHZ 133, 246 (250f.) (1996) zu § 819 Abs. 1 BGB; BGH NJW-RR 2003, 989 (990) zu § 463 S. 2 BGB a.F.; *Martinek*, JZ 1996, 1099 (1103); *Schreiber*, Anm. zu OLG Hamm Urt. v. 27.5.1977 – 11 U 56/77, JuS 1978, 230 (231).

317 BGH NJW 1955, 706; BGHZ 48, 181 (183) (1967); NJW 1973, 702 (703); 1985, 2022 (2023); 1989, 2323 (2324); 1990, 2808 (2809); 1994, 3092 (3093); BGHZ 133, 192 (198f.) (1996); NJW 2001, 1721 (1722); 2003, 288 (289); *Larenz/Canaris*, SchR II/2, 13. Aufl. 1994, S. 309f.; *Staudinger/Lorenz*, § 819 BGB Rn. 6.

kenntnis des Betroffenen: Diesem müssen bestimmte Tatsachen bekannt sein, die zwar *per se* für die tatbestandlich geforderte Kenntnis noch nicht ausreichen, aufgrund derer der Betroffene aber den Schluss auf weitere Tatsachen hätte ziehen müssen, die dann für die erforderliche Kenntnis ausgereicht hätten.³¹⁸ Die Erlangung der erforderlichen Tatsachenkenntnis muss also nicht lediglich objektiv möglich, sondern dem Betroffenen in der konkreten Situation aufgrund gewisser Anhaltspunkte auch subjektiv bewusst gewesen sein.³¹⁹ Somit setzt eine Gleichstellung über das Sich-Verschließen eine gewisse Tatsachenkenntnis als Anknüpfungspunkt voraus. Ein bloßes Kennenkönnen oder Kennenmüssen reicht gerade nicht.³²⁰ Eine solche (teilweise) Tatsachenkenntnis ist in den hier interessierenden Konstellationen des Einsatzes autonomer Systeme aber gerade nicht vorhanden. Der Angestellte nimmt die vom System angezeigten Informationen vielmehr überhaupt nicht wahr.³²¹

Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Figur des Sich-Verschließens auf den § 162 BGB zugrunde liegenden Rechtsgedanken zurückgeht,³²² wonach niemand aus seinem treuwidrigen Verhalten Vorteile ziehen darf.³²³ Diese dogmatische Verankerung muss daher auch bei der Anwendung des Sich-Verschließens berücksichtigt werden. Es bedarf daher für die Gleichstellung mit der positiven Kenntnis stets eines missbräuchlichen Verhaltens des Betroffenen.³²⁴ Dieser muss sich der Kenntnis geradezu absicht-

318 Ganz explizit BGHZ 48, 181 (183) (1967); NJW 1989, 2323 (2324); aber auch BGH NJW 1955, 706; 1973, 702 (703); 1985, 2022 (2023); 1990, 2808 (2809); 1994, 3092 (3093); 2001, 1721 (1722); 2003, 288 (289) stellen letztlich auf bestimmte dem Betroffenen bekannte Anhaltspunkte ab.

319 *Buck*, Wissen, 2001, S. 74.

320 BGH NJW 1985, 2022 (2023); 1989, 2323 (2324); 1994, 3092 (3093); 2001, 1721 (1722).

321 Daher hat das LG Saarbrücken r + s 1988, 320 (322) für eine Konstellation, in der einem Angestellten über seinen Bildschirm Informationen angezeigt wurden, die er aber nicht wahrgenommen hat, die Kenntnis des Angestellten abgelehnt, da dieser – auch wenn er sämtliche Tatsachen unmittelbar vor Augen hat – eine entscheidende Tatsache übersehen und daraus falsche rechtliche Schlüsse ziehen kann; a.A. noch LG Frankfurt NJW-RR 1986, 1085 (1086), das bei fast identischem Sachverhalt die Kenntnis des Angestellten bejahte.

322 BGH NJW 1985, 2022 (2023); 1989, 2323 (2324); 1994, 3092 (3093); *Buck*, Wissen, 2001, S. 74f.; *Sallawitz*, Gleichstellung, 1973, S. 56; *Schrader*, Wissen, 2017, S. 155; § 162 Abs. 2 BGB.

323 *Buck*, Wissen, 2001, S. 74f.; Palandt/Ellenberger, § 162 BGB Rn. 1, 6; BeckOGK/*Reymann*, § 162 BGB Rn. 2; MüKoBGB/H.P. Westermann, § 162 BGB Rn. 18.

324 So auch *Buck*, Wissen, 2001, S. 76.

lich verschließen.³²⁵ Dies wird in den hier interessierenden Sachverhalten nur in ganz besonders gelagerten Konstellationen zutreffen. In aller Regel ist die fehlende Kenntnisnahme des Angestellten als bloßes Versehen zu werten. Dieses vermag zwar unter Umständen den Vorwurf der Fahrlässigkeit zu begründen. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten kann hierin nicht erblickt werden. Auch in Konstellationen, die von vornherein auf eine alleinige Informationsverarbeitung durch das System ausgerichtet sind und in denen daher die Annahme eines Sich-Verschließens – wie erwähnt – ohnehin fern liegt, kann dem Betreiber des Systems kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden. Denn beim Einsatz autonomer Systeme handelt es sich um eine erlaubte, von der unternehmerischen Freiheit gedeckte und aufgrund der damit verbundenen Chancen auch gesamtgesellschaftlich erwünschte Innovation,³²⁶ bei der sich lediglich die Frage der adäquaten Verteilung der hiermit verbundenen Risiken stellt. Diese ist aber genuine Aufgabe der (Wissens-)Zurechnung.

Somit ist festzuhalten, dass sich auch die Anknüpfung an ein Sich-Verschließen des Angestellten – abgesehen von den wenigen Fällen dessen absichtlicher Ignoranz – nicht eignet, um die nur im System vorhandenen Informationen in das bestehende Modell der Wissenszurechnung zu integrieren.

3. Entwicklung eines Konzepts der Wissenszurechnung für autonome Systeme

Zur rechtlichen Erfassung der Situationen fehlender menschlicher Kenntnisnahme der vom autonomen System beschafften und ausgewerteten Informationen bedarf es daher einer Weiterentwicklung des Konzepts der Wissensorganisationspflicht. Eine hierüber begründete Wissenszurechnung muss unmittelbar bei den autonomen Systemen als Zurechnungs-subjekten ansetzen, um den rechtlich relevanten Wissensstand der juristischen Person als deren Betreiberin konstruieren zu können. Am Beginn der Bemühungen um eine entsprechende Weiterentwicklung der Wissens-

325 Rohlfing, MDR 2006, 721 (722): „bewusstes Wegschauen“; ähnlich Reichel, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 42 (1916), 173 (190): „Nichtwissen infolge absichtlichen Nichtwissenwollens“; Sallawitz, Gleichstellung, 1973, S. 55: „arglistiges Verhalten“.

326 Vgl. nur die optimistische Einschätzung der Europäischen Kommission, Weißbuch zur Künstlichen Intelligenz, KOM(2020)65 endg., S. 1–3; ferner hierzu Sommer, Haftung, 2020, S. 41f.

zurechnung qua Wissensorganisationspflicht steht dabei deren Einordnung als zulässige Rechtsfortbildung *extra legem* (a)). Da die Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme im hier untersuchten Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung auf dem Konzept der Wissensorganisationspflicht als Prämisse aufbaut, ist es unerlässlich, zu zeigen, dass deren Entwicklung die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung eingehalten hat. Hierbei handelt es sich um eine Frage des Verfassungsrechts. Die Einordnung der Wissensorganisationspflicht als Rechtsfortbildung *extra legem* ist aber auch aus methodischer Sicht für deren Weiterentwicklung von fundamentaler Bedeutung. Denn als solche bedient sie sich zu ihrer Herleitung allgemeiner Rechtsprinzipien, die in der Folge herauszuarbeiten sind (b)). Diese können dann in einem weiteren Schritt fruchtbar gemacht werden, um die Wissensorganisationspflicht in dogmatisch überzeugender Weise auf den Einsatz autonomer Systeme zu übertragen (c)).

a) Ausgangspunkt: Wissensorganisationspflicht als (zulässige) Rechtsfortbildung *extra legem*

Im Rahmen der vorausgegangenen Abhandlung der Grundlagen der Wissenszurechnung wurde die von der Rechtsprechung entwickelte Wissensorganisationspflicht bereits als gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung bezeichnet.³²⁷ Dies entspricht allgemeiner Meinung.³²⁸ Von ihren Kritikern wird die Wissensorganisationspflicht gar als unzulässige Rechtsfortbildung gebrandmarkt.³²⁹ Sie berufen sich hierfür zumeist jedoch nur auf ihre fehlende gesetzliche, d.h. positivrechtliche, Grundlage.³³⁰ Eine solche Argumentation wird der Problematik der Rechtsfortbildung aber nicht

327 2. Teil, C., III.

328 Vgl. etwa die Einschätzung des damaligen Vorsitzenden des V. Zivilsenats *Hagen*, DRiZ 1997, 157; ferner *Abegglen*, Wissenszurechnung, 2004, S. 116; *Allstadt-Schmitz*, FS Graßhof, 1998, 199 (204, 213); *Bohrer*, Anm. zu BGH Urt. v. 8.12.1989 – V ZR 246/87, DNotZ 1991, 124 (126); *Buck-Heeb*, CCZ 2009, 18 (21); *dies.*, AG 2015, 801 (803); *Dauner-Lieb*, FS Kraft, 1998, 43 (51); *Th. Raiser*, FS Bezenberger, 2000, 561 (563, 575); *Wagner*, ZHR 181 (2017), 203 (206).

329 *Faßbender/Neubaus*, WM 2002, 1253 (1259); *Koller*, JZ 1998, 75 (76); *C. Lehmann*, DStR 1995, 1027 (1029); *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2. Aufl. 2011, S. 637; *dies.*, ZHR 181 (2017), 311 (315); *Waltermann*, AcP 192 (1992), 181 (210–214, 226). Hierzu bereits unter 2. Teil, C., III.

330 Etwa *C. Lehmann*, DStR 1995, 1027 (1029); *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2. Aufl. 2011, S. 637; *Waltermann*, AcP 192 (1992), 181 (213, 226).

vollständig gerecht. Die Wissensorganisationspflicht ist daher im Folgenden zunächst begrifflich präzise in das breite Spektrum richterlicher Rechtsfortbildung einzuordnen. Sodann ist der ihr gemachte Vorwurf der Unzulässigkeit zu entkräften. Letzteres beurteilt sich nach Verfassungsrecht. Auf diese Weise können bestehende Zweifel an der Wissensorganisationspflicht beseitigt werden. Dies ermöglicht deren Heranziehung für das zu entwickelnde Konzept der Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme, dem auf diese Weise nicht vorgeworfen werden kann, bereits auf brüchiges, ja verfassungswidriges Fundament aufzusetzen.

Rechtsfortbildung ist ein schillernder Begriff mit zahlreichen Facetten.³³¹ Es existiert eine Vielzahl unterschiedlicher Begriffsverständnisse,³³² was eine präzise Einordnung – der Wissensorganisationspflicht – zusätzlich erschwert. Im Folgenden soll daher *terminologisch* dem Begriffsverständnis von *Larenz* und *Canaris* gefolgt werden.³³³ Auch wenn deren Methodenlehre inhaltlich nicht mehr in jedem Punkt auf dem aktuellen Stand sein mag, wurden die dort verwendeten Begrifflichkeiten bis heute vielfach rezipiert und können daher noch am ehesten als gemeinsamer Nenner einer Begriffsbildung dienen.³³⁴ Danach ist zwischen vier Stufen der Rechtsfindung zu unterscheiden: der Rechtsfindung *secundum/intra legem*, *praeter legem*, *extra legem* sowie *contra legem*.³³⁵ Rechtsfindung *secundum* oder auch *intra legem* bezeichnet die Auslegung mit dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung als Grenze.³³⁶ Außerhalb der Wortlautgrenze liegt typischerweise eine Rechtsfortbildung vor, wobei hier weiter danach unterschieden werden kann, ob diese der Lückenfüllung dient oder als ein Abweichen von den gesetzlichen Vorgaben einzustufen ist.³³⁷ In letzterem

331 So *Fischer*, Topoi, 2007, S. 95.

332 Umfassender Überblick bei *Fischer*, Topoi, 2007, S. 34–95.

333 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 187–252, insb. S. 252.

334 Sie finden sich – wenn auch leider i. E. mit unterschiedlicher Akzentuierung – etwa bei *A. Bruns*, JZ 2014, 162 (163); *Bydlinski*, Methodenlehre, 2. Aufl. 1991, S. 473; *v. Hoyningen-Huene*, FS Universität Heidelberg, 1986, 353 (354f.); *Kramer*, Methodenlehre, 5. Aufl. 2016, S. 249; *Kruse*, Rechtsfortbildung, 2019, S. 8–10; *Th. Möllers*, Methodenlehre, 3. Aufl. 2020, § 13 Rn. 13–18.

335 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 252; identisch bei *v. Hoyningen-Huene*, FS Universität Heidelberg, 1986, 353 (354f.).

336 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 187, 252; inhaltlich besteht diesbezüglich breiter Konsens, vgl. etwa *Th. Möllers*, Methodenlehre, 3. Aufl. 2020, § 13 Rn. 21; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 11. Aufl. 2020, Rn. 828.

337 Diese grundlegende Differenzierung findet sich etwa bei *Kruse*, Rechtsfortbildung, 2019, S. 9; *Looschelders/Roth*, Methodik, 1996, S. 220–223; *Th. Möllers*, Me-

Fall spricht man von einer Rechtsfortbildung *contra legem*.³³⁸ Im hier allein interessierenden Bereich der Lücke, also der ergänzenden Rechtsfortbildung, wird ferner zwischen gesetzesimmanenter Rechtsfortbildung (*praeter legem*) und gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung (*extra legem*) unterschieden.³³⁹ Eine gesetzesimmanente Rechtsfortbildung (*praeter legem*) liegt dann vor, wenn das Recht im Rahmen des ursprünglichen Plans der gesetzlichen Regelung und der daraus folgenden eigenen Teleologie weitergebildet wird; typische Anwendungsfälle sind die Analogie und die teleologische Reduktion.³⁴⁰ Von gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung (*extra legem*) spricht man dagegen dann, wenn für diese im Gesetz kaum noch Anhaltspunkte zu finden sind, die Lückenfüllung vielmehr anhand leitender Prinzipien der Gesamtrechtsordnung erfolgt.³⁴¹ Dieser Begriff ist hilfreich, da er verdeutlicht, dass der Richter hier den Bereich der gesetzlichen Regelung verlässt und zusätzlich gefordert ist, den erhöhten schöpferischen Anteil seiner Rechtsfindung mithilfe übergeordneter Wertungen zu legitimieren.

Hält man sich das so eingeteilte Spektrum der Rechtsfindung vor Augen, handelt es sich bei der Wissensorganisationspflicht um eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung *extra legem*.³⁴² Diese verlässt nämlich den

thodenlehre, 3. Aufl. 2020, § 13 Rn. 21–23; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 11. Aufl. 2020, Rn. 828.

338 Wobei auch hier – nicht zuletzt aufgrund der Unterschiede zwischen *objektiver* und *subjektiver Theorie* – unterschiedliche Verständnisse existieren. So ist nach Th. Möllers, Methodenlehre, 3. Aufl. 2020, § 13 Rn. 23 eine Rechtsfortbildung *contra legem* ausnahmslos unzulässig, wohingegen Neuner, Die Rechtsfindung *contra legem*, 1992, S. 132 unter einer *contra-lem*-Entscheidung nur eine solche Missachtung der Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers versteht, die mit dem Wortlaut vereinbar ist oder mittels Analogie oder Reduktion durchgesetzt werden kann.

339 Larenz/Canaris, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 252; so auch Reimer, Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 554. Oftmals wird allerdings in beiden Fällen von Rechtsfortbildung *praeter legem* gesprochen, vgl. etwa Bydlinski, Methodenlehre, 2. Aufl. 1991, S. 473; Canaris, Lücken, 2. Aufl. 1983, S. 17f.; Kramer, Methodenlehre, 5. Aufl. 2016, S. 249.

340 Larenz/Canaris, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 187, 191–223; Th. Möllers, Methodenlehre, 3. Aufl. 2020, § 13 Rn. 14.

341 Larenz/Canaris, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 187, 232–252, nach denen es sich um eine Rechtsfortbildung *extra legem*, aber *intra ius* handelt, vgl. S. 232; hierzu auch Bydlinski, Methodenlehre, 2. Aufl. 1991, S. 473; Th. Möllers, Methodenlehre, 3. Aufl. 2020, § 13 Rn. 15.

342 So etwa auch Abegglen, Wissenszurechnung, 2004, S. 116; Baum, Wissenszurechnung, 1999, S. 156, 210–213; Bohrer, Anm. zu BGH Urt. v. 8.12.1989 – V ZR 246/87, DNotZ 1991, 124 (126); Koller, JZ 1998, 75 (76).

ursprünglichen Plan der gesetzlichen Regelung des § 166 Abs. 1 BGB. Während die Figur des Wissensvertreters als dessen analoge Anwendung noch an der gesetzlichen Regelung orientiert ist, liegt der Rechtsprechung zur Wissensorganisationspflicht die Erkenntnis zugrunde, dass die arbeitsbedingte Wissensaufspaltung mit dieser nicht befriedigend gelöst werden kann. Dies ist dadurch bedingt, dass die Wissensnormen nur an Einzelpersonen anknüpfen.³⁴³ Hiervon ausgehend entwickelt die Rechtsprechung anhand der allgemeinen Rechtsprinzipien des Gleichstellungsarguments, des Verkehrs- und Vertrauensschutzes sowie der Korrelation von Vor- und Nachteil das neue Rechtsinstitut der Wissensorganisationspflicht, das die vorhandene gesetzliche Regelung übersteigt.³⁴⁴

Von der damit vorgenommenen Einordnung der Wissensorganisationspflicht als Rechtsfortbildung *extra legem* ist die Beurteilung von deren Zulässigkeit zu unterscheiden. Wie auch die bereits angesprochene Kritik der Wissensorganisationspflicht als unzulässiger Rechtsfortbildung zeigt, handelt es sich bei der Frage der Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung um eine vielerorts nicht ausreichend durchdrungene Problematik. Richterliche Rechtsfortbildung ist keineswegs *per se* unzulässig.³⁴⁵ Sie spielt vielmehr angesichts des damals wie heute zu konstatierenden sozialen sowie raschen technischen Wandels eine herausragende praktische Rolle.³⁴⁶ Sie wurde daher bereits von den Verfassern des BGB als selbstverständlich vorausgesetzt³⁴⁷ und vom Bundesgerichtshof seit jeher praktiziert.³⁴⁸ Die Beurteilung ihrer Zulässigkeit ist zunächst keine Aufgabe der Methodenlehre. Diese liefert zwar Werkzeuge und Begründungsansätze für eine dogmatisch überzeugende Rechtsfortbildung, ist für deren Grenzziehung aber ungeeignet.³⁴⁹ Die Bestimmung der Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung ist vielmehr als Problem der Rollenverteilung von Legislative und Judikative bei der Weiterentwicklung und Modernisierung des Rechts genuine

343 Hierzu bereits 2. Teil, C., III.

344 Hierzu bereits 2. Teil, C., II.

345 So aber wohl Müller, FS Universität Heidelberg, 1986, 65 (80).

346 Hierzu bereits Gamillscheg, AcP 164 (1964), 385 (445): „Richterrecht bleibt unser Schicksal“; ähnlich Hirsch, ZRP 2009, 61 (62).

347 Mot. bei Mugdan I, S. 365; Prot. bei Mugdan I, S. 568.

348 Vgl. bereits BGHZ 3, 308 (315) (1951); 4, 153 (157–160) (1951); 11, 27 (35) (1953); 17, 266 (275f.) (1955); 20, 88 (94) (1956).

349 Drechsler, ZJS 2015, 344 (355); Hassemer, Rechtstheorie 39 (2008), 1 (21); Leenen in Hähnchen (Hrsg.), Methodenlehre zwischen Wissenschaft und Handwerk, 2019, 65 (78); Wank, Rechtsfortbildung, 1978, S. 78; ders., ZGR 1988, 314 (319).

Aufgabe des Verfassungsrechts.³⁵⁰ Dieses stellt verbindliche Regeln für die Beurteilung einer Rechtsfortbildung als zulässig oder unzulässig zur Verfügung. Normativer Ausgangspunkt ist dabei Art. 20 Abs. 3 GG, der die Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ bindet und nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Befugnis der Gerichte zur Rechtsfortbildung zugleich begründet und begrenzt.³⁵¹ Das Bundesverfassungsgericht hat die richterliche Rechtssetzung im Lückenbereich bereits früh als echte Aufgabe der rechtsprechenden Gewalt verstanden.³⁵² Richterliche Rechtsfortbildung ist danach aufgrund des beschleunigten Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse und der begrenzten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers sowie der offenen Formulierung zahlreicher Normen im modernen Rechtsstaat unverzichtbar.³⁵³ Die Gesetzesbindung des Richters ist daher unter dem Grundgesetz in Art. 20 Abs. 3 GG zu einer Bindung an Gesetz und Recht abgewandelt worden, wobei gegenüber dem Gesetz ein Mehr an Recht bestehen kann. Dieses zu finden und zu verwirklichen ist Aufgabe des Richters.³⁵⁴ Die Befugnis der Gerichte zur Rechtsfortbildung hat der Gesetzgeber zudem in § 132 Abs. 4 GVG für die Großen Senate des Bundesgerichtshofs sowie in den verschiedenen Verfahrensordnungen, etwa in §§ 511 Abs. 4 S. 1 Nr. 1, 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO, als Aufgabe der Rechtsmittelgerichte anerkannt.³⁵⁵ Zusätzlich wird die Befugnis zur Rechtsfortbildung mit dem aus dem rechtsstaatlichen Justizgewährungsanspruch abgeleiteten Rechtsverweigerungsverbot begründet.³⁵⁶

350 *Leenen* in Hähnchen (Hrsg.), Methodenlehre zwischen Wissenschaft und Handwerk, 2019, 65 (78); *Roth/Jopen* in Riesenhuber, Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 13 Rn. 51; so auch bereits *Larenz*, Kennzeichen, 1965, S. 3.

351 Grundlegend BVerfGE 34, 269 (286–288) (1973) – Soraya; zur Bedeutung des Art. 20 Abs. 3 GG für die Rechtsfortbildung auch *Fikentscher*, Methoden IV, 1977, S. 327f.; *Kaufmann*, FS Wolf, 1962, 357 (passim); *Wiedemann*, NJW 2014, 2407 (2408). Dagegen sieht *Hillgruber*, JZ 1996, 118 (125); *ders.*, JZ 2008, 745 (746f.) aus verfassungsrechtlicher Perspektive kaum Raum für richterliche Rechtsfortbildung.

352 BVerfGE 3, 225 (242–244) (1953); 13, 153 (164) (1961); 20, 162 (219) (1966); 25, 167 (181) (1969).

353 BVerfGE 96, 375 (394) (1997) – Kind als Schaden; 128, 193 (210) (2011) – Dreiteilungsmethode.

354 BVerfGE 34, 269 (286f.) (1973) – Soraya.

355 Hierzu BVerfGE 34, 269 (288) (1973) – Soraya; 54, 100 (111f.) (1980); 132, 99 (127) (2012) – Delisting; zur Bedeutung einer solchen Ermächtigung auch *Jestaedt* in Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, 49 (69).

356 BVerfG NJW 2014, 1874 (1876f.); hierzu bereits *Schumann*, ZZZ 81 (1968), 79; ferner *Drechsler*, ZJS 2015, 344 (346); v. *Dücker*, FS Maurer, 2001, 49 (53).

Der Befugnis des Richters zur Rechtsfortbildung sind durch die Gesetzesbindung nach Art. 20 Abs. 3 GG aber zugleich Grenzen gesetzt. Diese beruhen auf der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG), nach der die Aufgabe der Rechtssetzung zuvörderst dem Gesetzgeber zugewiesen ist, auf der im Vergleich zum Richter stärkeren demokratischen Legitimation des Gesetzgebers³⁵⁷ sowie dem Rechtsstaatsprinzip.³⁵⁸ Zudem ergeben sich auch aus den Grundrechten Grenzen: Soweit die Rechtsfortbildung dazu dient, Rechte des Einzelnen durchzusetzen, sind ihre Grenzen weiter; umgekehrt sind diese bei einer Verschlechterung der rechtlichen Situation des Einzelnen enger gesteckt.³⁵⁹ Dies ergibt sich letztlich bereits aus der Wesentlichkeitslehre, der zufolge der Gesetzgeber die wesentlichen, d.h. vor allem grundrechtsrelevanten, Entscheidungen selbst zu treffen hat.³⁶⁰ Von zentraler Bedeutung für die Prüfung der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung ist jedoch, dass es nicht zur Entscheidungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts gehört zu beurteilen, ob sich die vom jeweiligen Fachgericht abgeleitete Rechtsfolge vom Boden der zivilrechtlichen Dogmatik aus begründen lässt.³⁶¹ Die Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts ist vielmehr auch hier auf die Prüfung spezifisch verfassungsrechtlicher Aspekte und damit darauf beschränkt, ob die rechtsfortbildende Rechtsfindung des Fachgerichts die gesetzgeberische Grundentscheidung und deren Ziele respektiert und den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung folgt.³⁶² Man könnte insoweit von einer reinen Vertretbarkeitskontrolle sprechen. Während nach diesem Maßstab die Weiterentwicklung eines

357 Zur demokratischen Legitimation des Richters *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673.

358 BVerfGE 49, 304 (318) (1976) – Sachverständigenhaftung; 65, 182 (191) (1983) – Sozialplan; 69, 315 (371f.) (1985) – Brokdorf; 128, 193 (209) (2011) – Dreiteilungsmethode; ausführlich zu den verfassungsrechtlichen Grenzen *Wank*, Rechtsfortbildung, 1978, S. 154–250 sowie aktuell *Kruse*, Rechtsfortbildung, 2019, S. 21–37, 69–100.

359 So explizit BVerfGE 138, 377 (392) (2015); diese Tendenz liegt aber bereits etwa BVerfGE 34, 269 (1973) – Soraya; 65, 182 (1983) – Sozialplan zugrunde. Hierzu auch *Ch. Möllers*, JZ 2009, 668 (672).

360 Zur Wesentlichkeitslehre im Kontext der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung auch *A. Bruns*, JZ 2014, 162 (164, 170).

361 So bereits BVerfGE 34, 269 (284) (1973) – Soraya.

362 BVerfGE 34, 269 (284f., 290f.) (1973) – Soraya; 82, 6 (13) (1990); 96, 375 (395) (1997) – Kind als Schaden; 122, 248 (258) (2009) – Rügeverkümmung; hierzu auch *Bumke* in *Bumke* (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, 33 (47); *Söllner*, ZG 1995, 1 (9f.). Im Zuge der Entscheidung zur Rügeverkümmung stimmten drei Richter jedoch in einem Sondervotum für eine höhere Prüfungsdichte, vgl. BVerfGE 122, 248 (284–286) (2009), wohingegen sich ein weiterer Richter im Rahmen eines zweiten Sondervotums zu-

Grundgedankens der Rechtsordnung mit systemimmanenten Mitteln zulässig ist, sind die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung erreicht, wenn der Richter Rechtspolitik betreibt, indem er sich in die Rolle der normsetzenden Instanz begibt und seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle der klar erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung setzt.³⁶³ Eine Interpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den klaren Wortlaut des Gesetzes hintanstellt, keinen Widerhall im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich oder stillschweigend gebilligt wird, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein.³⁶⁴ Hierauf deuten nach dem Dafürhalten des Bundesverfassungsgerichts etwa das Bestehen einer abschließenden gesetzlichen Regelung³⁶⁵ oder das Fehlen einer allgemeinen Rechtsüberzeugung³⁶⁶ für die vom Gericht gewählte rechtliche Lösung hin. Auch die Grundrechtsintensität einer Rechtsfortbildung spricht nach dem oben Gesagten tendenziell gegen deren Zulässigkeit.³⁶⁷ Umgekehrt wächst die Freiheit des Richters zur Rechtsfortbildung mit zunehmendem zeitlichem Abstand zwischen Gesetzesbefehl und richterlicher Entscheidung.³⁶⁸

Der Bundesgerichtshof reagierte mit der Wissensorganisationspflicht auf das Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach einer Wissenszurechnung zum Ausgleich der Wissensaufspaltung innerhalb arbeitsteiliger Organisationen. Letztere beruht auf dem Zuschnitt der Wissensnormen auf Einzelpersonen³⁶⁹ sowie dem sozialen Phänomen der Arbeitsteilung. Für dieses hat der Gesetzgeber keine allgemeine Regelung getroffen. Er hat sich bei der Schaffung von § 166 BGB – beinahe hundert Jahre vor der richterlichen

gunsten einer bloßen Willkürkontrolle aussprach, vgl. BVerfGE 122, 248 (302f.) (2009). Das BVerfG hielt jedoch an seiner bisherigen Prüfungsdichte fest, s. etwa BVerfG NJW-RR 2016, 1366 (1368f.); NVwZ 2017, 617 (618).

363 BVerfGE 34, 269 (292) (1973) – Soraya; 65, 182 (194) (1983) – Sozialplan; 82, 6 (15) (1990); 96, 375 (394) (1997) – Kind als Schaden; 128, 193 (209f.) (2011) – Dreiteilungsmethode; 132, 99 (127) (2012) – Delisting.

364 BVerfGE 128, 193 (210) (2011) – Dreiteilungsmethode; 132, 99 (128) (2012) – Delisting.

365 BVerfGE 65, 182 (191) (1983) – Sozialplan; 69, 188 (204) (1985) – Betriebsaufspaltung.

366 BVerfGE 65, 182 (195) (1983) – Sozialplan, wobei dieser Aspekt aufgrund seiner strukturellen Ähnlichkeit zu einem *argumentum ab auctoritate* wenig überzeugend ist.

367 BVerfGE 49, 304 (319f.) (1978) – Sachverständigenhaftung; 59, 330 (334) (1982); 65, 182 (195) (1983) – Sozialplan; 138, 377 (392) (2015).

368 Sog. Alterungsthese, vgl. BVerfGE 34, 269 (288) (1973) – Soraya; 82, 6 (12) (1990); 96, 375 (394) (1997) – Kind als Schaden.

369 Hierzu bereits 2. Teil, C., III.

Entwicklung der Wissensorganisationspflicht – nur mit der Stellvertretung als einem Teilbereich der Arbeitsteilung befasst.³⁷⁰ § 166 BGB kann daher nicht als abschließende Regelung der Wissenszurechnung verstanden werden. Er regelt vielmehr nur einen bruchstückhaften Teil derselben. Die Rechtsprechung hat daher den Grundgedanken des § 166 Abs. 1 BGB, die Zurechnung des Wissens von Hilfspersonen, aufgenommen und mithilfe allgemeiner Rechtsprinzipien der Gesamtrechtsordnung wie auch des § 166 BGB weiterentwickelt. Sie hat die hierfür maßgeblichen Wertungen folglich dem Gesetz entnommen und bewegt sich so im Plan des Gesetzgebers fort. Entsprechend konnte im Rahmen der Analyse der *lex lata* der Wissenszurechnung bereits festgestellt werden, dass der analogen Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB sowie der Wissensorganisationspflicht weitgehend dieselben Prinzipien zugrunde liegen.³⁷¹ Jedenfalls hinsichtlich des Ergebnisses, einer umfassenderen Wissenszurechnung innerhalb arbeitsteiliger Organisationen, stößt die Rechtsprechung zudem auf weit überwiegende Zustimmung.³⁷² Auch die Grundrechte sowie die Wesentlichkeitslehre stehen der Wissensorganisationspflicht schließlich nicht entgegen. Hinsichtlich der Grundrechtsintensität der Rechtsfortbildung ist zunächst zu beachten, dass – wie regelmäßig in zivilrechtlichen Streitigkeiten – die Beeinträchtigung einer Rechtsposition auf der einen Seite mit der Förderung einer Rechtsposition auf der anderen Seite zusammentrifft.³⁷³ Die Belastung der arbeitsteiligen Organisation mit der Zurechnung des Wissens ihrer Hilfspersonen erfolgt zum Schutz der ihr gegenüberstehenden Partei. Auch dürfte auf Seiten der Organisation allein Art. 2 Abs. 1 GG als Aufanggrundrecht betroffen sein.³⁷⁴ Die Rechtsprechung kann sich hierfür ihrerseits auf die gesetzliche Wertung des § 166 Abs. 1 BGB sowie die allgemein stärker ausgeprägte, etwa auch in den Generalklauseln der §§ 242,

370 Mot. bei *Mugdan* I, S. 477f.

371 2. Teil, C., IV.

372 Hierzu bereits 2. Teil.

373 Hierzu allgemein BVerfGE 138, 377 (392f.) (2015).

374 Daneben kommt allenfalls noch ein Eingriff in die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht. Hierfür verlangt das BVerfG jedoch eine objektiv berufsregelnde Tendenz der betreffenden Regelung, vgl. BVerfGE 13, 181 (186) (1961); 97, 228 (254) (1998); 111, 191 (213) (2004); 129, 208 (266f.) (2011). Diese ist im Fall der Wissenszurechnung abzulehnen, da diese nicht die Rahmenbedingungen einer bestimmten beruflichen Tätigkeit betrifft, sondern nur – losgelöst von deren Ausgestaltung – das Wissen von Hilfspersonen zurechnet. Dies wäre aber auch bei einer nichtberuflichen Tätigkeit der Fall.

311 Abs. 3 S. 1 BGB zum Ausdruck kommende, Befugnis der Zivilgerichte zur Rechtsfortbildung stützen.

Die Wissensorganisationspflicht ist folglich insgesamt als zulässige Rechtsfortbildung *extra legem* anzusehen.³⁷⁵ Auf sie kann daher auch für die Entwicklung eines Konzepts der Wissenszurechnung für den Einsatz autonomer Systeme zurückgegriffen werden.

b) Legitimierende Rechtsprinzipien

Um die Übertragung der Wissensorganisationspflicht auf autonome Systeme zu ermöglichen, muss jedoch zunächst deren methodische Herleitung durch die Rechtsprechung analysiert werden. Da das Gesetz für die Problematik der Wissensaufspaltung keine unmittelbare Antwort enthält, hatte die Rechtsprechung diese dem System der Gesamtrechtsordnung sowie der zu ergänzenden Regelung des § 166 Abs. 1 BGB zu entnehmen.³⁷⁶ Dies gelingt mittels der dort zum Ausdruck kommenden allgemeinen Rechtsprinzipien. Rechtsprinzipien sind nur teilweise, in der Regel überhaupt nicht gesetzlich geregelt. Sie werden aus der Rechtsordnung als Gesamtheit der geschriebenen und ungeschriebenen Rechtsnormen gewonnen.³⁷⁷ Sie erlauben so eine gewisse Verallgemeinerung, bilden „Tiefenstrukturen des Rechts“ und beanspruchen als solche normative Geltung.³⁷⁸ Allerdings sind sie regelmäßig für sich gesehen noch nicht subsumtionsfähig und bedürfen weiterer Präzisierung durch die Ausformung spezifischer Rechtsinstitute.³⁷⁹ Innerhalb dieses Prozesses wirken oftmals verschiedene Rechtsprinzipien zusammen. Diese entfalten dabei ihren Sinngehalt in einem

375 So im Ergebnis etwa auch *Abegglen*, Wissenszurechnung, 2004, S. 116; *Allstadt-Schmitz*, FS Graßhof, 1998, 199 (204, 213); *Bohrer*, Anm. zu BGH Urt. v. 8.12.1989 – V ZR 246/87, DNotZ 1991, 124 (126); *Drexl* in Hadding/Hopt/Schilmansky (Hrsg.), Neues Schuldrecht und Bankgeschäfte, 2003, 85 (93); *Hagen*, DRiZ 1997, 157; *Lang*, FS Odersky, 1996, 583 (586); *Odersky*, FS Geiß, 2000, 135; *Th. Raiser*, FS Bezzenger, 2000, 561 (563, 575); *Schulenburg*, Bankenhaftung, 2002, S. 32; *Wagner*, ZHR 181 (2017), 203 (206).

376 Zu dieser Vorgehensweise allgemein *Th. Möllers*, FS Baums, 2017, 805 (806); *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtslehre, 11. Aufl. 2020, Rn. 909f.; *H. Westermann*, FS Larenz, 1983, 723 (734).

377 *Th. Möllers*, Methodenlehre, 3. Aufl. 2020, § 9 Rn. 13.

378 *Röhl/Röhl*, Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 283; ähnlich *Bumke*, Rechtsdogmatik, 2017, S. 139.

379 *Th. Möllers*, Methodenlehre, 3. Aufl. 2020, § 9 Rn. 13.

Zusammenspiel wechselseitiger Ergänzung und Beschränkung.³⁸⁰ Allgemeine Rechtsprinzipien sind somit bei der Entwicklung neuer Rechtsinstitute im Wege richterlicher Rechtsfortbildung die verbindende Brücke zwischen dem bestehenden und dem neu zu erschließenden Recht. Sie vermögen die Fortbildung des Rechts rational zu strukturieren und machen diese damit vorhersehbar und nachvollziehbar.³⁸¹ Nicht zuletzt deswegen kommt ihnen im Bereich der Gesetzeslücke eine kaum hoch genug einzuschätzende legitimierende Wirkung zu.

Die für die Entwicklung der Wissensorganisationspflicht maßgeblichen Rechtsprinzipien wurden bereits im Rahmen der Ausführungen zu den Grundlagen der Wissenszurechnung kurz herausgestellt.³⁸² Es handelt sich dabei um das Gleichstellungsargument, den Gedanken der angemessenen Verteilung des Risikos der Wissensaufspaltung, der durch die Aspekte des Vertrauens- sowie des Verkehrsschutzes ausgefüllt wird, sowie die Korrelation von Vor- und Nachteil der Arbeitsteilung. Auf diese, der Wissensorganisationspflicht zugrunde gelegten Prinzipien ist im Folgenden näher einzugehen. Dadurch soll ihr Bedeutungsgehalt im Allgemeinen sowie ihr Einfluss auf das Rechtsinstitut der Wissensorganisationspflicht im Besonderen erhellt werden. Auf diese Weise kann das zu entwickelnde Konzept der Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme durch Abgleich mit den vorstehenden Rechtsprinzipien bruchlos in die bisherige Dogmatik der Wissenszurechnung eingepasst werden.

aa) Gleichstellungsargument

Am Beginn der Rechtsfortbildung der Wissensorganisationspflicht stand die Erkenntnis der Rechtsprechung, dass nur auf diese Weise die strukturelle Besonderheit juristischer Personen, nämlich die organisatorische Aufspaltung einzelner Funktionen in personeller und zeitlicher Hinsicht, als Ursprung der Wissensaufspaltung ausgeglichen werden kann.³⁸³ Denn der Vertragspartner einer juristischen Person dürfe nicht schlechter, aber auch

380 *Canaris*, Systemdenken, 2. Aufl. 1983, S. 55f.; *Langenbucher*, Richterrecht, 1996, S. 42, 45f.

381 So bereits *Heck*, AcP 112 (1914), 1 (233); zustimmend *Alexy*, Rechtstheorie 18 (1987), 405 (416); *Th. Möllers*, FS Baums, 2017, 805 (806f.).

382 2. Teil, C., II.

383 BGHZ 109, 327 (332) (1989).

nicht besser gestellt sein als derjenige einer natürlichen Person.³⁸⁴ Der Bundesgerichtshof zog das Gleichstellungsargument somit zugleich zur Begründung wie auch zur Begrenzung einer Wissenszurechnung – im Ausgangspunkt bei juristischen Personen, schließlich allgemein bei arbeitsteiligen Organisationen – heran.³⁸⁵ Dessen Herleitung hat er dabei aber nicht offengelegt. Dies hat Raum zur Interpretation des Gleichstellungsarguments in der wissenschaftlichen Diskussion eröffnet.

Wohl vor allem deswegen hat dieses in der Folge nicht allein Zustimmung gefunden,³⁸⁶ sondern wurde teilweise auch scharf kritisiert.³⁸⁷ Dabei wurde der Rechtsprechung vor allem vorgeworfen, bei der Leistungserbringung durch eine natürliche Person einerseits und eine juristische Person andererseits handle es sich bereits nicht um vergleichbare Tatbestände.³⁸⁸ Zudem übersehe das Gleichstellungsargument, dass der Vertragspartner einer juristischen Person im Gegenzug von einer gerade aufgrund der Arbeitsteilung gegebenen Wissensvermehrung sowie generell von den hieraus resultierenden Vorteilen profitiere.³⁸⁹

Die am Gleichstellungsargument geübte Kritik verkennt jedoch dessen dogmatischen Ursprung. Bei der grundsätzlichen Gleichstellung juristischer und natürlicher Personen handelt es sich nämlich um ein allgemeines Rechtsprinzip.³⁹⁰ Dieses ist etwa in den Rechtsordnungen Österreichs und der Schweiz in § 26 S. 2 ABGB bzw. Art. 53 ZGB ausdrücklich normiert.³⁹¹ Es liegt aber auch der Konzeption des Bürgerlichen Gesetzbuchs zugrunde. Dessen historischer Gesetzgeber ist ebenfalls von einer Gleichstellung natürlicher und juristischer Personen ausgegangen.³⁹² Diese spie-

384 BGHZ 109, 327 (332) (1989); 132, 30 (36) (1996); grundlegend hierzu *Medicus*, Sonderheft VersR, Karlsruher Forum 1994, 4 (11–16).

385 BGHZ 132, 30 (36, 38) (1996).

386 Zustimmend etwa *Abegglen*, Wissenszurechnung, 2004, S. 137f.; *Armbrüster/Kosich*, ZIP 2020, 1494 (1501); *Medicus*, Sonderheft VersR, Karlsruher Forum 1994, 4 (11–16); *Nobbe* in Hadding/Hopt/Schimansky (Hrsg.), Neues Schuldrecht und Bankgeschäfte, 2003, 121 (134); *Thomale*, Emittent, 2018, S. 11–13.

387 Hierzu bereits 2. Teil, C., III.

388 *Baum*, Wissenszurechnung, 1999, S. 209; *Dauner-Lieb*, FS Kraft, 1998, 43 (57).

389 *Adler*, Wissenszurechnung, 1997, S. 85; *Baum*, Wissenszurechnung, 1999, S. 210; *Grigoleit*, ZHR 181 (2017), 160 (190, 192); *Harke*, Wissen, 2017, S. 44; *Koller*, JZ 1998, 75 (77); *Meyer*, WM 2012, 2040 (2044); *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2. Aufl. 2011, S. 643.

390 Hierzu *Bydlinski*, System, 1996, S. 142f., 773.

391 Prägnant § 26 S. 2 ABGB: „Im Verhältnisse gegen Andere genießen erlaubte Gesellschaften in der Regel gleiche Rechte mit den einzelnen Personen“.

392 Mot. bei *Mugdan* I, S. 409.

gelt sich auch im Nebeneinander der Vorschriften über natürliche und juristische Personen im ersten und zweiten Titel des ersten Abschnitts des Bürgerlichen Gesetzbuchs als Teile eines einheitlichen Personenrechts wider.³⁹³ Beide sind als Rechtspersonen gleich. Nur die prinzipiell vollständige Gleichstellung ermöglicht die Teilnahme juristischer Personen am Rechtsverkehr als vollwertige Partner.³⁹⁴ Das Bürgerliche Gesetzbuch orientiert sich in seiner Konzeption dennoch am Leitbild des Menschen, also der natürlichen Person. Es enthält kein Sonderrecht für juristische Personen als arbeitsteilige Organisationen, sondern nur einzelne Spezialvorschriften (etwa § 31 BGB) und behandelt diese im Übrigen wie eine (natürliche) Einzelperson.³⁹⁵ Auch die Wissensnormen des bürgerlichen Rechts sind daher auf die Einzelperson zugeschnitten. Juristische Personen sind demnach aufgrund des Gleichstellungsarguments bei der Bestimmung ihres rechtlich relevanten Wissens wie eine Einzelperson zu behandeln; es geht mit anderen Worten um eine sachgerechte Anpassung der Wissensbestimmungskriterien an die arbeitsteilige Persönlichkeitserweiterung.³⁹⁶ Eine Anpassung an die Einzelperson kann dabei entweder über den Wissensbegriff erfolgen, der hierzu von der Einzelperson auf die Organisation zu übertragen ist.³⁹⁷ Eine solche Vorgehensweise würde in einem organisatorischen Wissensbegriff münden. Da juristische Personen rechtlich aber als nicht wissensfähig gelten,³⁹⁸ hat deren Gleichstellung mit der Einzelperson vielmehr durch Konstruktion ihres Wissensstandes über die Zurechnung des Wissens der für sie tätigen natürlichen Personen zu geschehen. Eine solche, durch Wissenszurechnung bewirkte Gleichstellung erfolgt dabei nicht willkürlich, sondern anhand nachvollziehbarer Kriterien, die auf zusätzliche Rechtsprinzipien zurückzuführen sind.³⁹⁹ Dies ent-

393 *Th. Raiser*, AcP 199 (1999), 104 (115).

394 *Th. Raiser*, AcP 199 (1999), 104 (134); hierzu auch *M. Lehmann*, AcP 207 (2007), 225 (236).

395 *Baum*, Wissenszurechnung, 1999, S. 168.

396 *Abegglen*, Wissenszurechnung, 2004, S. 124; *Thomale*, Emittent, 2018, S. 11. Diese Gleichstellung mit der natürlichen Person hat der Bundesgerichtshof schließlich allgemein auf arbeitsteilige Organisationen übertragen, vgl. BGH NJW 2001, 359 (360).

397 So in der Tat *Bott*, Wissenszurechnung, 2000, S. 147–207, der diese Übertragung mithilfe eines organisationstheoretischen Ansatzes vornimmt. Ähnlich jüngst *Guski*, ZHR 184 (2020), 363 (376–384), der hierfür auf Erkenntnisse der Systemtheorie zurückgreift.

398 Hierzu bereits 2. Teil. Dies konzediert auch *Guski*, ZHR 184 (2020), 363 (377).

399 So allgemein zur Gleichstellung juristischer mit natürlichen Personen *Bydlinski*, System, 1996, S. 143.

spricht auch der überwiegenden Einschätzung in der Literatur, die das Gleichstellungsargument für die Wissenszurechnung zwar als richtungsweisend, aber noch konkretisierungsbedürftig erachtet.⁴⁰⁰ Aus diesem selbst lassen sich noch keine klaren, subsumierbaren Zurechnungskriterien entwickeln. Deren Ausformung ist vielmehr eine Frage der Risikoverteilung, die schließlich in den Überlegungen der Rechtsprechung im Topos der ordnungsgemäßen Organisation der Kommunikation als zentralem Element der Wissenszurechnung mündete. Auch dieses trägt dem Gleichstellungsargument aber insoweit Rechnung, als gerade der wechselseitige Austausch des Wissens der für die jeweilige Organisation agierenden natürlichen Personen untereinander als Pendant zur Informationsvernetzung im menschlichen Gehirn der Einzelperson anzusehen ist.

bb) Risikoverteilung

Der für die Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht maßgebliche Gesichtspunkt wird überwiegend in der Risikoverteilung zwischen Organisation und deren Vertragspartner gesehen.⁴⁰¹ Auch der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs sah die Wissenszurechnung bei arbeitsteiligen Organisationen bereits zu Beginn der von ihm vorgenommenen Rechtsfortbildung als eine „Frage der Risikoverteilung“.⁴⁰² Diesen Gedanken führte er in seiner Grundsatzentscheidung vom 2.2.1996 fort, als er davon ausging, dass das Risiko einer Wissensaufspaltung derjenige tragen solle, der sie veranlasst hat und mittels zweckmäßiger Organisation beherrschen kann.⁴⁰³ Dies erscheint insofern kohärent, als die Risikoverteilung bereits der gesetzlichen Regelung des § 166 Abs. 1 BGB als maßgebliche Wertung zugrunde liegt und somit auch für deren analoge Anwendung richtungs-

400 Abegglen, Wissenszurechnung, 2004, S. 138; Baum, Wissenszurechnung, 1999, S. 208; Thomale, Emittent, 2018, S. 13; letztlich konzidierte dies bereits *Medicus*, Sonderheft VersR, Karlsruher Forum 1994, 51 (52).

401 Etwa Buck, Wissen, 2001, S. 314–316; Buck-Heeb, ZHR 182 (2018), 96 (97); Canaris, Bankvertragsrecht I, 3. Aufl. 1988, Rn. 106, 499, 800a; Drexl in Hadding/Hopt/Schimansky (Hrsg.), Neues Schuldrecht und Bankgeschäfte, 2003, 85 (98); Taupitz, Sonderheft VersR, Karlsruher Forum 1994, 16 (27).

402 BGHZ 109, 327 (332) (1989).

403 BGHZ 132, 30 (38) (1996).

weisend ist.⁴⁰⁴ Auch die Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht erfolgt daher nach dem Risikoprinzip.⁴⁰⁵

Das Risiko als Kriterium der Zurechnung spielt vor allem im Schadensersatzrecht, zunehmend aber auch im Vertragsrecht eine Rolle.⁴⁰⁶ Ganz allgemein liegt eine zentrale Aufgabe der Zivilrechtsordnung in der angemessenen Risikoverteilung zwischen den beteiligten Parteien.⁴⁰⁷ Angesichts dieser Bedeutung überrascht die vorhandene Unschärfe des Risikobegriffs in der juristischen Diskussion. Risiko wird überwiegend als Synonym für Gefahr verwendet und durch ein Element der Ungewissheit charakterisiert, das die Gefahr einer planwidrigen Entwicklung begründet.⁴⁰⁸ In der Soziologie hat sich *Luhmann* mit dem Risikobegriff näher beschäftigt und dabei das Risiko von der Gefahr unterschieden: Gemeinsam sei den Begriffen, dass sie eine Unsicherheit über einen künftigen Schaden ausdrücken. Von Risiko spreche man dabei dann, wenn dieser Schaden als Folge einer Entscheidung gesehen, also auf eine Entscheidung zugerechnet wird; von Gefahr, wenn der Schaden extern veranlasst ist, also auf die Umwelt zugerechnet wird.⁴⁰⁹ Diese Begriffsbestimmung ist insofern hilfreich, als sie für die Abgrenzung des Risikoprinzips als Zurechnungsprinzip von den anderen Zurechnungsprinzipien, namentlich dem Veranlassungsprinzip sowie dem Verschuldensprinzip, herangezogen werden kann. Das Risikoprinzip steht dabei – was die interne Veranlassung des Schadens bzw. allgemeiner den Zusammenhang von Entscheidung und rechtlich relevanter Umweltveränderung betrifft – zwischen den beiden anderen Zurechnungsprinzipien. Das Veranlassungsprinzip lässt nämlich für die Zurechnung eine bloße Kausalbeziehung genügen.⁴¹⁰ Die Veränderung der Umwelt muss hier gerade nicht auf eine bewusste oder gar gewollte Entscheidung zurückge-

404 *Buck*, Wissen, 2001, S. 127–130, 314; *Müller-Freienfels*, Vertretung, 1955, S. 392; *Waltermann*, AcP 192 (1992), 181 (197).

405 Hierzu schon 2. Teil, C., I.

406 Monografisch *Henssler*, Risiko, 1994, passim; *Koller*, Risikozurechnung, 1979, passim; *Meder*, Schuld, Zufall, Risiko, 1993, S. 252–277.

407 *Henssler*, Risiko, 1994, S. 13.

408 *Henssler*, Risiko, 1994, S. 12; *Koller*, Risikozurechnung, 1979, S. 1; v.a. früher wurde der Begriff der Gefahr verwendet, vgl. etwa *H. Hübner*, Rechtsverlust, 1955, S. 103–105; *Müller-Erzbach*, AcP 106 (1910), 309 (346f.); *Stern*, Gefahrtragung, 1910, S. 2, 5.

409 *Luhmann*, Soziologie des Risikos, 1991, S. 30f.; rezipiert im juristischen Kontext von *Meder*, JZ 1993, 539 (543); dagegen kritisch zur Übertragbarkeit auf das (öffentliche) Recht *Klafki*, Risiko, 2017, S. 8f.

410 *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 474; *Hager*, Verkehrsschutz, 1980, S. 385; so auch bereits *Müller-Erzbach*, AcP 106 (1910), 309 (329).

führt werden. Dies ist beim Risikoprinzip sowie beim Verschuldensprinzip anders. Bei diesen kann und muss die rechtlich relevante Veränderung der Außenwelt gerade auf eine bewusste Entscheidung zurückzuführen sein. Die beiden Zurechnungsprinzipien unterscheiden sich voneinander aber insofern, als über das Risikoprinzip noch als intern veranlasst zugerechnet werden kann, was vom Verschuldensprinzip mangels Vorwurfs vorsätzlichen oder fahrlässigen Verhaltens gerade nicht mehr erfasst ist.⁴¹¹ Im vorliegenden Kontext ist danach die Wissensaufspaltung als Risiko der bewussten Entscheidung zur arbeitsteiligen Organisation anzusehen. Ein schuldhaftes, ja sorgfaltswidriges, verbotenes Verhalten liegt in dieser Entscheidung dagegen nicht. Die Zurechnung des Wissens des jeweiligen Mitarbeiters folgt daher als Frage der Zuweisung des Wissensaufspaltungsrisikos dem Risikoprinzip.⁴¹²

Das Risikoprinzip als solches liefert jedoch noch keine Lösung, solange es nicht gelingt herauszuarbeiten, welche Gesichtspunkte für die Verteilung des Risikos maßgeblich sind.⁴¹³ Hierzu bedarf es der Verbindung dieses Zurechnungsprinzips mit einem spezifischen Zurechnungsgrund.⁴¹⁴ Als solche wurden in der Literatur etwa die abstrakte Beherrschbarkeit des Risikos, das Absorptionsprinzip, das Prinzip der arbeitsteiligen Veranlassung,⁴¹⁵ der Vertrauensschutz⁴¹⁶ sowie die im Sphärengedanken zum Ausdruck kommende Nähe des Betroffenen zum Risiko⁴¹⁷ herausgearbeitet. Für die Wissensorganisationspflicht werden der Vertrauensschutz sowie der Verkehrsschutz als Zurechnungsgründe bemüht. Mit diesen wurde die Pflicht zur ordnungsgemäßen Organisation der Kommunikation als maß-

411 So auch *Meder*, JZ 1993, 539 (543); ferner *Wiebe*, Willenserklärung, 2002, S. 156.

412 So auch *Buck*, Wissen, 2001, S. 315; *Drexler*, ZHR 161 (1997), 491 (504f.); *Jung*, Wissenszurechnung, 2017, S. 241f.; *Taupitz*, FS Lorenz, 1994, 673 (688f.); *Vogel*, Arglistiges Verschweigen, 1998, S. 225–229.

413 *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 481; so auch *Buck*, Wissen, 2001, S. 315 im Kontext der Wissenszurechnung; kritisch *Goldschmidt*, Wissenszurechnung, 2001, S. 34.

414 *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 469f. spricht insoweit von „Haftungsgrund“. Diese Begrifflichkeit scheint aber für den hiesigen Kontext zu stark an die Terminologie des Schadensersatzrechts angelehnt.

415 Zu den vorstehenden Kriterien *Koller*, Risikozurechnung, 1979, S. 77–98; ansatzweise auch *Berger*, Schadensverteilung, 1980, S. 42–46; *J. Hübner*, Schadenszurechnung, 1974, S. 139–149.

416 *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 470 sowie passim.

417 Bereits *Müller-Erzbach*, AcP 106 (1910), 309 (347); ferner *Bohrer*, Haftung, 1980, S. 313; *Nassauer*, Sphärentheorien, 1978, passim; *v. Schenk*, Sphäre, 1977, passim; *Wilburg*, Elemente, 1941, S. 40f.

geblicher Grund der Zurechnung und damit lenkender Maßstab der Risikoerteilung begründet.

(1) Ausrichtung am Prinzip des Vertrauensschutzes

Auch wenn der Bundesgerichtshof in der Folge häufig (allein) im Verkehrsschutz den maßgeblichen Grund für die von ihm entwickelte Wissensorganisationspflicht sah,⁴¹⁸ spielte in den Überlegungen des V. Zivilsenats der Vertrauensschutz eine nicht unwesentliche Rolle.⁴¹⁹ Der V. Zivilsenat stellte maßgeblich auf das Vertrauen des Vertragspartners der juristischen Person ab und sah konsequenterweise die Pflicht zur ordnungsgemäßen Organisation der Kommunikation auch und gerade in den berechtigten Erwartungen des Rechtsverkehrs begründet.⁴²⁰ In der wissenschaftlichen Diskussion wurde der Vertrauensschutz von einigen Vertretern gar als zentraler Grund der Wissensorganisationspflicht herausgestellt.⁴²¹ So argumentiert etwa *Taupitz*, dass der einer Organisation gegenüberstehende Vertragspartner hinter dieser einen Verbund von vielfältigen Hilfspersonen erwarte, die untereinander bei wichtigen Dingen zur Informationsweitergabe verpflichtet sind. Er erwarte daher, dass sein konkreter Verhandlungspartner die Fakten kennt, die bei einer Organisation dieses Zuschnitts üblicherweise von den tatsächlich Wissenden an andere, möglicherweise auf das Wissen Angewiesene, weitergegeben werden.⁴²² Andererseits erwarte der Vertragspartner eben nicht die Weitergabe sämtlicher, sondern nur besonders relevanter Informationen und damit eine *ordnungsgemäß* organisierte Kommunikation.⁴²³

418 Etwa BGHZ 133, 129 (139) (1996); 135, 202 (205) (1997); NJW 2012, 1789 (1790).

419 Zum Verhältnis von Vertrauensschutz und Verkehrsschutz sogleich 3. Teil, A., II., 3., b), bb), (3).

420 BGHZ 109, 327 (332f.) (1989); 132, 30 (37) (1996).

421 *Grunewald*, FS Beusch, 1993, 301 (304); *Taupitz*, Sonderheft VersR, Karlsruher Forum 1994, 16 (20, 24); *ders.*, FS Lorenz, 1994, 673 (683–685); ferner *W. Schultz*, NJW 1996, 1392 (1393); *Vogel*, Arglistiges Verschweigen, 1998, S. 250–252; in diese Richtung wohl auch jüngst *Koch*, AG 2019, 273 (278).

422 *Taupitz*, FS Lorenz, 1994, 673 (683).

423 *Taupitz*, Sonderheft VersR, Karlsruher Forum 1994, 16 (27); *ders.*, FS Lorenz, 1994, 673 (684f.). Dagegen plädiert *Canaris*, Sonderheft VersR, Karlsruher Forum 1994, 33 (34) für den strengeren Maßstab einer „idealen Organisation“; zustimmend *Guski*, ZHR 184 (2020), 363 (375).

Der Vertrauensschutz gehört zu den fundamentalen Prinzipien der Rechtsordnung.⁴²⁴ Seine Bedeutung als allgemeines Rechtsprinzip für das Zivilrecht war bereits Gegenstand zahlreicher Untersuchungen.⁴²⁵ Als solches durchzieht der Vertrauensschutz die Zivilrechtsordnung etwa in den Bereichen der Rechtsscheinhaftung, des gutgläubigen Erwerbs aber auch der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre. Dabei will der Gesetzgeber eine Person regelmäßig dann schützen, wenn diese auf einen äußeren Tatbestand vertraut und dieser mit Zutun desjenigen zustande gekommen ist, dem der Schutz des Vertrauens zum Nachteil gereichen soll.⁴²⁶ Die Gewährung von Vertrauensschutz kann indes unterschiedlich motiviert sein: zum einen durch das Bestreben nach Verkehrssicherheit, zum anderen durch das Gebot, sich nach Treu und Glauben zu verhalten.⁴²⁷ Aufgrund der zahlreichen Ausformungen des Vertrauensschutzprinzips ist es schwierig, allgemeine Voraussetzungen für die Gewährung rechtlichen Vertrauensschutzes aufzustellen. Am ehesten eignen sich hierfür *prima facie* die von *Canaris* herausgearbeiteten Voraussetzungen, die für das Zivilrecht wegweisend waren und auch im Kontext der Wissenszurechnung zahlreich rezipiert wurden.⁴²⁸ Dabei sei jedoch darauf hingewiesen, dass diese auf den von ihm untersuchten Bereich der Vertrauenshaftung als (lediglich einem) Teilbereich des Vertrauensschutzes zugeschnitten sind.⁴²⁹ Zudem hält er selbst nicht stets sämtliche Merkmale für unabdingbar.⁴³⁰ Danach sind die allgemeinen Voraussetzungen des Vertrauensschutzes das Bestehen eines Vertrauenstatbestandes, dessen Zurechenbarkeit zum durch den Vertrauensschutz Belasteten, ein schutzwürdiges Vertrauen des Dritten sowie eine Vertrauensinvestition desselbigen.⁴³¹ Als Rechtsfolge des Vertrauensschut-

424 *Maurer* in *Isensee/Kirchhof*, HdbStR, 3. Aufl. 2006, § 79 Rn. 12; so auch *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 3.

425 *Bydlinski*, Privatautonomie, 1967, S. 137f.; *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, passim; v. *Crausbaar*, Vertrauen, 1969, passim; *Eichler*, Vertrauen, 1950, passim; *Loges*, Vertrauensschutz, 1991, S. 37–87; *Werk*, Vertrauensschutz, 1932, passim.

426 So bereits *Werk*, Vertrauensschutz, 1932, S. 3.

427 *Neuner*, BGB AT, 12. Aufl. 2020, § 10 Rn. 82.

428 Hierzu und zu den daraus resultierenden Missverständnissen noch 3. Teil, B., III., 1.

429 Hierzu noch 3. Teil, B., III., 1.

430 *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 3, 491.

431 *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 491, der aber insbesondere eine Vertrauensdisposition für u.U. entbehrlich hält; ähnlich *Neuner*, BGB AT, 12. Aufl. 2020, § 10 Rn. 83.

zes ergibt sich bei abstrakter Betrachtung entweder eine Vertrauensentsprechung oder ein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens.⁴³²

Die Heranziehung des Vertrauensschutzprinzips für die mit der Wissensorganisationspflicht vorgenommene Risikoverteilung überzeugt im Ausgangspunkt deswegen, weil auf dieses schon in den Beratungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch für die Wissenszurechnung abgestellt worden ist.⁴³³ Überträgt man die oben genannten Voraussetzungen auf die Konstellation der Wissensaufspaltung innerhalb der arbeitsteilig organisierten juristischen Person, so ist in der ordnungsgemäßen Organisation der organisationsinternen Kommunikation der rechtlich relevante Vertrauenstatbestand zu sehen. Dieser ist der juristischen Person auch zurechenbar, da sie die arbeitsteilige Organisation geschaffen hat, von der ebenjener Vertrauenstatbestand des Informationsaustauschs zwischen den einzelnen Hilfspersonen ausgeht. Dies genügt für eine Zurechnung nach dem Risikoprinzip. Zuletzt vertraut der Vertragspartner auf die ordnungsgemäße Organisation der Kommunikation und tritt infolgedessen mit der juristischen Person in Kontakt. Er ist somit auch schutzwürdig. Als Rechtsfolge ergibt sich mit der Zurechnung des Wissens der wissenden Hilfsperson zur juristischen Person eine Vertrauensentsprechung. Auch das Wissen des konkreten Verhandlungspartners, auf das der Vertragspartner im konkreten Fall vertraut, wäre der juristischen Person nämlich bei ordnungsgemäßer Informationsweiterleitung zugerechnet worden.⁴³⁴ Der Vertrauensschutz ist somit plausibler Zurechnungsgrund für eine Wissenszurechnung im vertraglichen Bereich. Für den außervertraglichen Bereich wird dies allerdings anders beurteilt.⁴³⁵ Hierauf wird an späterer Stelle noch zurückzukommen sein.

432 *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 491.

433 Prot. bei *Mugdan* I, S. 740; hierzu auch *Buck*, Wissen, 2001, S. 316; *Vogel*, Arglistiges Verschweigen, 1998, S. 250f.

434 Eine ähnliche Prüfung findet sich bei *Baum*, Wissenszurechnung, 1999, S. 213–225, der aber den Vertrauensschutz im Ergebnis u.a. mangels ausreichenden Vertrauenstatbestandes ablehnt.

435 *Baum*, Wissenszurechnung, 1999, S. 223; *Buck*, Wissen, 2001, S. 317; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2. Aufl. 2011, S. 645; a.A. wohl *Grunewald*, FS Beusch, 1993, 301 (317). Allgemein geht *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 442f. davon aus, dass die Vertrauenshaftung ein Handeln innerhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehrs voraussetzt, da sich in ihr als Korrelat zur Privatautonomie eine gesteigerte Selbstverantwortung konkretisiert, die mit der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit verbunden ist. Näher hierzu noch 3. Teil, B., III., 1.

(2) Ausrichtung am Prinzip des Verkehrsschutzes

Von zentraler Bedeutung in der Entwicklung, aber auch späteren Anwendung der Wissensorganisationspflicht war und ist für den Bundesgerichtshof der Aspekt des Verkehrsschutzes.⁴³⁶ Bereits auf dem Weg zur Wissensorganisationspflicht referierte der V. Zivilsenat in seinem Urteil vom 24.1.1992 die Ausführungen *Bohrers*⁴³⁷, nach dem sich die Zurechnung von Wissen daran orientiert, dass die juristische Person Aktenwissen besitze, dessen Nutzung nicht in ihrem Belieben stehe, sondern normativen Verkehrsschutzanforderungen unterliege, ohne sich diesen im konkreten Fall anschließen zu müssen.⁴³⁸ In der Grundsatzentscheidung vom 2.2.1996 betonte der V. Zivilsenat sodann, dass die Wissenszurechnung im Gedanken des Verkehrsschutzes und der daran geknüpften Pflicht zur ordnungsgemäßen Organisation der Kommunikation gründet.⁴³⁹

Nun handelt es sich beim Verkehrsschutz um einen äußerst facettenreichen, vielerorts anzutreffenden Begriff, der ohne spezifischen Bezug konturenlos ist. Verkehrsschutz als Argument oder Prinzip begegnet uns in der Rechtsgeschäftslehre, dem Recht der Stellvertretung oder auch im Bereich des gutgläubigen Erwerbs.⁴⁴⁰ Er steht dabei oftmals in engem Zusammenhang mit dem Vertrauensschutzprinzip, erscheint aber als diesem übergeordnet im Sinne von umfassender und von generalisierender Tendenz. Synonym für Verkehrsschutz wird oftmals auch der Begriff der Verkehrssicherheit verwendet.⁴⁴¹ Versteht man Verkehrssicherheit wiederum als Bedürfnis nach Verbindlichkeit und Verlässlichkeit des Handelns der Teilnehmer des Rechtsverkehrs,⁴⁴² erscheint diese beinahe auf Ebene einer

436 BGHZ 109, 327 (332) (1989); 117, 104 (107) (1992); 132, 30 (37) (1996); 133, 129 (139) (1996); 135, 202 (205) (1997); NJW 2012, 1789 (1790); hierzu auch *Buck*, Wissen, 2001, S. 318; *Siol* in Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 43 Rn. 23.

437 *Bohrer*, Anm. zu BGH Urt. v. 8.12.1989 – V ZR 246/87, DNotZ 1991, 124 (129f.), der dies als Prinzip der „Wissensverantwortung“ bezeichnet.

438 BGHZ 117, 104 (107) (1992).

439 BGHZ 132, 30 (37) (1996).

440 *Bydlinski*, Privatautonomie, 1967, S. 131–151; *Hager*, Verkehrsschutz, 1990, passim; *Schwonke*, Verkehrsschutz, 1990, S. 45–53; *Singer*, Selbstbestimmung, 1995, S. 54f.

441 Etwa *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 566; *Singer*, Selbstbestimmung, 1995, S. 54f.

442 So etwa *Bydlinski*, Privatautonomie, 1967, S. 131f., 137.

Rechtsidee.⁴⁴³ Der Begriff des Verkehrsschutzes bedarf daher einer Konkretisierung durch Kontextualisierung. Erst dadurch wird er für den Rechtsanwender operabel.

Diesbezüglich weisen die Ausführungen des V. Zivilsenats in seinem Urteil vom 2.2.1996 den Weg. Danach gründet die Pflicht zur ordnungsgemäßen Organisation der Kommunikation, ähnlich wie eine Verkehrspflicht, auf der Beherrschung eines selbsteröffneten Verkehrsbereichs.⁴⁴⁴ Von entscheidender Bedeutung ist somit die Parallele der Wissensorganisationspflicht zu einer Verkehrspflicht. Verkehrspflichten bezwecken den Schutz der Verkehrsteilnehmer, somit Verkehrsschutz. Sie stellen einen Ausgleich zwischen dem Schutzinteresse des Rechtsgutsinhabers und dem Freiheitsinteresse des Handelnden her und steuern damit – ebenfalls – die Risikoverteilung zwischen Verpflichtetem und Gefährdetem.⁴⁴⁵ Dabei gilt der Grundsatz, dass derjenige, der Gefahrenquellen schafft oder andauern lässt, alle erforderlichen Sicherungsmaßnahmen zum Schutz anderer Personen zu treffen hat.⁴⁴⁶ Klassischer Anknüpfungspunkt hierfür ist die Eröffnung eines Verkehrsbereichs.⁴⁴⁷ Ein solcher kann auch in einem Unternehmen als arbeitsteiliger Organisation bestehen. Entsprechend können Verkehrspflichten das Gebot zum Inhalt haben, das Unternehmen als eigene Sphäre so zu organisieren, dass Schädigungen Dritter vermieden werden (sogenannte Organisationspflichten).⁴⁴⁸ Verkehrspflichten sollen die Enttäuschung schutzwürdiger Erwartungshaltungen des in einen Gefahrenkreis geratenden Publikums verhindern. Dabei sind Art und Ausmaß der Gefahrerhöhung sowie deren Beherrschbarkeit durch den Verpflichteten einerseits sowie der Vertrauensschutz im Hinblick auf den oder die Gefährdeten andererseits durch Abwägung in Ausgleich zu bringen.⁴⁴⁹ Maßgebliches Kriterium zur Begründung einer Verkehrspflicht ist danach die

443 Allgemein zum Begriff der gegenüber dem Rechtsprinzip auf noch abstrakterer Ebene stehenden Rechtsidee *Th. Möllers*, Methodenlehre, 3. Aufl. 2020, § 9 Rn. 10.

444 BGHZ 132, 30 (37) (1996).

445 *Habersack/Zickgraf*, ZHR 182 (2018), 252 (267).

446 BGHZ 5, 378 (380f.) (1952); 14, 83 (85) (1954); 34, 206 (209) (1961); 65, 221 (224) (1975); hierzu auch *Larenz/Canaris*, SchR II/2, 13. Aufl. 1994, S. 400.

447 BGHZ 14, 83 (85) (1954); 108, 273 (274) (1989); 121, 367 (375) (1993); *Larenz/Canaris*, SchR II/2, 13. Aufl. 1994, S. 407; *Mertens*, VersR 1980, 397 (402); *BeckOGK/Spindler*, § 823 BGB Rn. 394–396; *MüKoBGB/Wagner*, § 823 BGB Rn. 459. Auch der V. Zivilsenat knüpft – wie geschildert – für die Begründung der Wissensorganisationspflicht an die Eröffnung eines Verkehrsbereichs an.

448 Hierzu bereits *v. Bar*, Verkehrspflichten, 1980, S. 96.

449 *v. Bar*, Verkehrspflichten, 1980, S. 112.

Risikoschaffung und -beherrschung: Verkehrspflichtig ist, wer ein in seiner Sphäre bestehendes Risiko beherrschen kann.⁴⁵⁰ Bei diesem Kriterium handelt es sich um ein allgemeines Rechtsprinzip mit Bedeutung weit über den Bereich der Verkehrspflichten hinaus.⁴⁵¹ Es liegt auch § 166 Abs. 1 BGB zugrunde, der dem Vertretenen die Risiken der Einschaltung eines Stellvertreters mit der Zurechnung seines Wissens zuweist, da nur er die Möglichkeit zur Auswahl und Kontrolle desselbigen hat.⁴⁵² Daher ist es nur folgerichtig, beim Einsatz zahlreicher Hilfspersonen das Risiko der Wissensaufspaltung demjenigen zuzuweisen, der dieses durch Arbeitsteilung geschaffen hat und durch entsprechende Organisation beherrschen kann.⁴⁵³ Vor diesem Hintergrund leuchtet auch die Äußerung *Schlechtriems* ein, der Bundesgerichtshof habe im Bereich der Wissenszurechnung nur nachvollzogen, was mit dem Begriff des Organisationsverschuldens für die Verhaltenszurechnung längst ständige Rechtsprechung sei.⁴⁵⁴ Die Begründung der Wissensorganisationspflicht sowie der damit vorgenommenen Risikoverteilung mit dem Verkehrsschutz wird also im Prinzip der Risikoschaffung und -beherrschung konkretisiert.⁴⁵⁵

(3) Verhältnis der Prinzipien

Analysiert man nun das Verhältnis von Vertrauensschutz, Verkehrsschutz sowie dem Prinzip der Risikoschaffung und -beherrschung für die mit der Wissensorganisationspflicht vorgenommene Risikoverteilung, ist es hilfreich, sich die Parallele zu einer Verkehrspflicht vor Augen zu führen. Bei der Verkehrspflicht sind die Prinzipien des Vertrauensschutzes sowie der Risikoschaffung und -beherrschung als Kriterien für das Bestehen und die

450 v. Schenck, Sphäre, 1977, S. 96; so auch v. Bar, Verkehrspflichten, 1980, S. 122; Larenz/Canaris, SchR II/2, 13. Aufl. 1994, S. 407f.; MüKoBGB/Wagner, § 823 BGB Rn. 475f.

451 Bydliniski, System, 1996, S. 182f., 774.

452 So bereits Müller-Erzbach, AcP 106 (1910), 309 (439); ähnlich MüKoBGB/Schubert, § 166 BGB Rn. 49; Taupitz, Sonderheft VersR, Karlsruher Forum 1994, 16 (27).

453 So auch Baum, Wissenszurechnung, 1999, S. 305–307; Medicus, Sonderheft VersR, Karlsruher Forum 1994, 4 (11f.); Th. Raiser, FS Bezzenger, 2000, 561 (576f.); Taupitz, FS Lorenz, 1994, 673 (688f.); kritisch dagegen Singer, ZHR 164 (2000), 67 (73f.).

454 Schlechtriem, FS Heiermann, 1995, 281 (291f.), der aber fälschlicherweise von einer Zurechnung nach dem Verschuldensprinzip ausgeht.

455 So im Ergebnis auch Seidel, AG 2019, 492 (495).

Reichweite der jeweiligen Verkehrspflicht heranzuziehen.⁴⁵⁶ Der Verkehrsschutz bildet dabei das Ausgangsmotiv und Ziel zugleich. Er wird dadurch verwirklicht, dass die einzelnen Verkehrsteilnehmer auf ein normgemäßes Verhalten des Verpflichteten vertrauen können. Die Verkehrspflichtigen tragen daher dem Umstand Rechnung, dass die Verkehrsteilnehmer einerseits im Rechtsverkehr auf Regeltatbestände vertrauen, andererseits vertrauen müssen, da ihnen nichts anderes übrig bleibt, als sich den Verkehrsrissen auszusetzen, wenn sie sich nicht ganz vom Rechtsverkehr ausschließen wollen.⁴⁵⁷ Dies besagt für sich aber noch nichts über die Berechtigung bzw. Schutzwürdigkeit dieses Vertrauens. Hierzu bedarf es zusätzlicher Wertungsgesichtspunkte.⁴⁵⁸ Ein solcher Wertungsgesichtspunkt ist im Hinblick auf das Bestehen einer Verkehrspflicht, aber vor allem auch im Hinblick auf die Wissensorganisationspflicht, im Prinzip der Risikoschaffung und Risikobeherrschung zu sehen. Aufgrund der Zugehörigkeit des Risikos der Wissensaufspaltung zur Sphäre der arbeitsteiligen Organisation und deren Möglichkeit zur Beherrschung des Risikos darf der Vertragspartner der Organisation bei normativer Betrachtung auf eine ordnungsgemäße Organisation der Kommunikation vertrauen. Der Maßstab hierfür bestimmt sich wiederum nach den Erwartungen des Gegenübers, die im Topos des Vertrauensschutzes zum Ausdruck kommen.⁴⁵⁹ Vertrauen auf Seiten des Vertragspartners und Risikoschaffung und -beherrschung auf Seiten der juristischen Person stehen also im Verhältnis der Reziprozität. Sie bedingen und beeinflussen sich einander und führen so im Wechselspiel zur Pflicht der ordnungsgemäßen Organisation der gesellschaftsinternen Kommunikation, der Wissensorganisationspflicht.

cc) Korrelation von Vor- und Nachteil

Häufig unterschätzt wird der legitimierende Einfluss des Prinzips der Korrelation von Vor- und Nachteil auf die Entwicklung der Wissensorganisationspflicht. Zwar hat der V. Zivilsenat dieses nicht explizit erwähnt, es spielte aber bereits in seinen Überlegungen eine Rolle.⁴⁶⁰ Besonders plas-

456 v. Bar, Verkehrspflichten, 1980, S. 112–124; Habersack/Zickgraf, ZHR 182 (2018), 252 (268–270).

457 v. Craushaar, Vertrauen, 1969, S. 31.

458 Habersack/Zickgraf, ZHR 182 (2018), 252 (270).

459 So zur Verkehrspflicht MüKoBGB/Wagner, § 823 BGB Rn. 481.

460 BGH NJW 2001, 359 (360).

tisch wurde das Prinzip dann in einer späteren Entscheidung des Bundesgerichtshofs, in der sich die Frage einer übergreifenden Wissenszurechnung zwischen zwei Behörden desselben Rechtsträgers stellte.⁴⁶¹ Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs sind dabei die Zuständigkeitsgrenzen der Behörden (auch desselben Rechtsträgers) grundsätzlich zu respektieren. Eine behördenübergreifende Informationspflicht bestehe aber dann, wenn eine Behörde gezielt das Wissen einer anderen Behörde zum Vorteil des gemeinsamen Rechtsträgers nutzt. In einem solchen Fall mache sich der Rechtsträger das Wissen verschiedener Behörden zunutze, sodass er sich im Gegenzug nicht darauf berufen könne, dass eine behördenübergreifende Wissenszurechnung nicht stattfinden dürfe.⁴⁶² Die Vergrößerung der Wissenseinheit zum Vorteil des Rechtsträgers bringt also eine korrespondierende Ausdehnung der Wissensorganisationspflicht und damit der Wissenszurechnung mit sich.

Die Korrelation von Vorteil und Nachteil liegt als gesetzliche Wertung bereits § 166 BGB als zentraler Norm der Wissenszurechnung zugrunde.⁴⁶³ Der Vertretene, der sich die Vorteile einer Arbeitsteilung in seinem Interesse zunutze macht, begibt sich damit der Möglichkeit, selbst von Umständen Kenntnis zu nehmen. Er muss sich deshalb im Gegenzug die vom Vertreter erlangte Kenntnis zurechnen lassen.⁴⁶⁴ Bezogen auf arbeitsteilige Organisationen bedeutet das weitergedacht, dass derjenige, der seine Autonomie durch Arbeitsteilung verwirklicht und daraus (wirtschaftliche) Vorteile zieht, die reziproke Verantwortung für damit einhergehende Risiken, hier der Wissensaufspaltung, zu übernehmen hat.⁴⁶⁵

Die Korrelation von Vorteil und Nachteil ist aber auch darüber hinaus als allgemeines Rechtsprinzip für die Risikoverteilung von Bedeutung.⁴⁶⁶ Es liegt mit § 31 BGB⁴⁶⁷ und § 278 BGB⁴⁶⁸ weiteren Vorschriften aus dem

461 BGHZ 190, 201 (2011).

462 BGHZ 190, 201 (207–209) (2011).

463 Buck, Wissen, 2001, S. 131; Staudinger/Schilken, § 166 BGB Rn. 5; M. Schultz, NJW 1990, 477 (480); Thomale, Leistung, 2012, S. 75f.; Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 450f.; Waltermann, AcP 192 (1992), 181 (197f.).

464 Waltermann, AcP 192 (1992), 181 (197f.).

465 MüKoBGB/Schubert, § 166 BGB Rn. 49; Thomale, Emittent, 2018, S. 12f.; ähnlich bereits Canaris, Bankvertragsrecht I, 3. Aufl. 1988, Rn. 106, 810; Taupitz, Anm. zu BGH Urt. v. 2.2.1996 – V ZR 239/94, JZ 1996, 734 (735); kritisch dagegen Goldschmidt, Wissenszurechnung, 2001, S. 31f.

466 Hierzu auch Bydlinski, System, 1996, S. 183.

467 Mot. bei Mugdan I, S. 409.

468 Gernhuber, Erfüllung, 2. Aufl. 1994, S. 445f.; MüKoBGB/Grundmann, § 278 BGB Rn. 3.

Bereich der Arbeitsteilung zugrunde. Auch Verkehrspflichten, zu denen die Rechtsprechung für die Wissensorganisationspflicht eine Parallele gezogen hat, werden teilweise auf dieses Prinzip gestützt.⁴⁶⁹ Dabei kommt ihm – wie auch für die Wissensorganisationspflicht – keine allein legitimierende, sondern eine ergänzende Funktion zu.

Auch die Wissensorganisationspflicht kann also nicht allein mit der Korrelation von Vorteil und Nachteil begründet werden. Dieses Prinzip eignet sich aber hervorragend für eine Stimmigkeitskontrolle der aufgrund anderer Prinzipien gefundenen Ergebnisse. Mit ihm können zudem die Grundsätze der Wissensorganisationspflicht – wie etwa die oben angesprochene Entscheidung zeigt – sinnvoll erweitert oder modifiziert werden. Gerade aus diesem Grund erscheint es auch für die hier angestrebte Weiterentwicklung der Wissensorganisationspflicht auf den Einsatz autonomer Systeme besonders fruchtbar.

c) Übertragung der Wissensorganisationspflicht auf den Einsatz autonomer Systeme

Nachdem im vorangegangenen Teil der Untersuchung festgestellt werden konnte, dass die Wissensorganisationspflicht die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung einhält, kann diese nun mithilfe der soeben herausgearbeiteten, für ihre Entwicklung maßgeblichen Rechtsprinzipien auf den Einsatz autonomer Systeme übertragen werden. Dabei handelt es sich in der Sache um eine erneute Rechtsfortbildung *extra legem*. Diese ist aufgrund der technischen Innovation autonomer Systeme erforderlich geworden. Wie im Vorhergehenden ausführlich analysiert, ist deren Integration in das bisherige Konzept der Wissensorganisationspflicht nur solange möglich, wie ein menschlicher Angestellter von den rechtlich relevanten Informationen Kenntnis nimmt. Ist dies nicht der Fall, können allein im System vorhandene Informationen der juristischen Person als dessen Betreiberin nicht zugerechnet werden.⁴⁷⁰ Dies widerspricht intuitiv dem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden, da die Informationen innerhalb des Unternehmens vorhanden sind und auch zugerechnet werden könnten, wenn ihre Akquise und Auswertung statt durch das autonome System durch einen Menschen erfolgt wäre.

469 v. Bar, Verkehrspflichten, 1980, S. 125; MüKoBGB/Wagner, § 823 BGB Rn. 479.

470 Vgl. hierzu 3. Teil, A., II., 2., a) sowie 3. Teil, A., II., 2., b), aa).

Eine entsprechende Ausweitung der Wissenszurechnung auf Informationen, die überhaupt nicht von Menschen wahrgenommen werden, sondern allein in Computersystemen vorhanden sind, wurde in der Literatur – neben *Hacker*⁴⁷¹, der sich explizit mit der Wissenszurechnung bei autonomen Systemen beschäftigt – bereits vereinzelt bejaht.⁴⁷² Auch der Bundesgerichtshof selbst hat den Weg für eine Rechtsfortbildung in diese Richtung bereitet. In einem insolvenzrechtlichen Urteil vom 15.4.2010 hatte sich dieser mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Möglichkeit, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit einer Einzelabfrage aus dem Internet unter www.insolvenzbekanntmachungen.de in Erfahrung zu bringen, zur Kenntnis einer Organisation hiervon führt.⁴⁷³ Zwar sah er im Ergebnis für eine im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu entwickelnde, diesbezügliche „Informationsobliegenheit“ *derzeit* keine Möglichkeit. Er begründete dies jedoch unter Verweis darauf, dass nicht vorgetragen worden sei, dass die Möglichkeit bestand, mit verhältnismäßig geringem Aufwand Insolvenzbekanntmachungen im Internet programmgesteuert mit eigenen Kundendaten abzugleichen und wesentliche Informationen fortlaufend in die eigenen Unternehmensdateien zu übernehmen.⁴⁷⁴ Dies beinhaltet aber implizit die Aussage, dass der Bundesgerichtshof unter den beschriebenen Umständen eine Rechtsfortbildung durchaus für möglich und notwendig hält. Mögen solche Rahmenbedingungen zur Zeit der Entscheidung noch visionär geklungen haben, sind sie inzwischen mit autonomen Systemen zur Realität geworden. Diese ermöglichen nämlich gerade die angesprochene „programmgesteuerte“ Informationsbeschaffung und -auswertung für die Organisation.

Ganz allgemein besteht im Bereich technischer Innovationen ein ausgeprägtes Bedürfnis nach Rechtsfortbildung. Fortschritte in Wissenschaft und Technik verlangen eine stetige Anpassung des Rechts. Doch der hierfür originär zuständige Gesetzgeber kommt seiner Regelungsaufgabe – teilweise aufgrund der Geschwindigkeit des Fortschritts, teilweise aufgrund bewussten Absehens hiervon – häufig nicht nach.⁴⁷⁵ Das entstehende Regelungsvakuum ruft Gerichte und Wissenschaft auf den Plan. Für diese sollten technische Veränderungen Anlass sein, die bestehende Dog-

471 *Hacker*, RW 2018, 243 (273).

472 *Harke*, Wissen, 2017, S. 65f.; *Spindler/Schuster/Spindler*, § 166 BGB Rn. 8.

473 BGH NJW 2010, 1806.

474 BGH NJW 2010, 1806 (1807).

475 Zu dieser Problematik *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht, 2016, S. 526f. sowie bereits *Nicklisch*, FS Universität Heidelberg, 1986, 231 (232, 234).

matik kritisch zu hinterfragen und bei Bedarf weiterzuentwickeln.⁴⁷⁶ Gerade im Bereich teilweise über hundert Jahre alter Regelungen im Bürgerlichen Gesetzbuch wächst dabei die Freiheit zur Rechtsfortbildung mit zunehmendem zeitlichem Abstand zwischen Normerlass und technischer Innovation.⁴⁷⁷ Das Recht darf nicht aufgrund seiner Starrheit zum Hemmnis technischen Fortschritts verkommen.⁴⁷⁸ Die Ermöglichung gesellschaftlich wünschenswerter Innovationen als zentrale Bezugsgröße auch des Rechts führt daher zum Auftrag an Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, Entwicklungsmöglichkeiten für Innovationen zu eröffnen, gleichwohl aber normativ unerwünschte Wirkungen mit angemessenen Gegenvorkehrungen zu vermeiden.⁴⁷⁹ *Hoffmann-Riem* bringt dies mit den wechselbezüglichen Begriffen der Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung des Rechts auf den Punkt.⁴⁸⁰

Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass technische Innovationen in den meisten Fällen (nicht-technische) soziale Innovationen nach sich ziehen, die nicht nur Annexe der technischen Innovationen sind, sondern vielfach eigenständige Bedeutung haben und so eine spezifische Dynamik entfalten.⁴⁸¹ Beispiele hierfür sind etwa die Änderung von Kommunikationsformen, die Änderung menschlichen Verhaltens und menschlicher Einstellungen sowie die Umbildung gesellschaftlicher Strukturen. Zur Erfassung derartiger geänderter Sozialstrukturen und damit zur Gewährleistung einer gesellschaftsadaquaten Weiterentwicklung des Rechts muss die Rechtsdogmatik auf interdisziplinäre Arbeitsteilung setzen. Sie „übersetzt“ dabei sozialwissenschaftliche Erkenntnisse ins Recht, indem sie die von den Sozialwissenschaften gelieferten Beschreibungen ihrer Umwelt als Irritationen behandelt und darauf mit autonomer Normbildung und Normkonkretisierung reagiert.⁴⁸² Dabei muss die Rechtsdogmatik einschätzen, wie sich die von ihr vorgenommene rechtliche Normänderung wiederum

476 *Th. Möllers*, Methodenlehre, 3. Aufl. 2020, § 9 Rn. 7f. Zur Vorgehensweise dabei bereits 1. Teil, B.

477 Sog. Alterungsthese des BVerfG, vgl. etwa BVerfGE 34, 269 (288) (1973) – Soraya.

478 Zu dieser Wahrnehmung in der nicht-rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung *Hoffmann-Riem*, AöR 131 (2006), 255 (258); ferner *Boehme-Neßler*, MMR 2009, 439 (444).

479 *Hoffmann-Riem*, AöR 131 (2006), 255 (267); *ders.*, Innovation und Recht, 2016, S. 28–35; ähnlich *Eidenmüller*, ZEuP 2017, 765 (771).

480 *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht, 2016, S. 32f.

481 *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht, 2016, S. 25.

482 *Teubner* in Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich, 2015, 145 (159–162); so auch *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213 (243f.);

auf ihre Umwelt auswirkt.⁴⁸³ Letzteres erfordert eine folgenorientierte Anwendung des Rechts.⁴⁸⁴ Dabei sind am Ende des Rechtsanwendungsprozesses die Folgen der Rechtsanwendung zu ermitteln und abzuwägen.⁴⁸⁵ Diese Notwendigkeit besteht besonders bei Vorliegen mehrerer gleichwertiger Entscheidungsalternativen. Folgenorientierte Überlegungen haben dabei aber keinen Absolutheitsanspruch, sondern können die Wertungen des Gesetzes nur ergänzen.⁴⁸⁶

Für die hier anzustellende Untersuchung bedeutet dies Folgendes: Eine Übertragung der Wissensorganisationspflicht auf den Einsatz autonomer Systeme mit Blick allein auf deren Substitution menschlicher Angestellter würde der Komplexität der tatsächlichen Gegebenheiten nicht gerecht. Sie würde daher zu kurz greifen. Die technischen Innovationen der Digitalisierung, zu denen auch autonome Systeme gehören, führen nämlich ihrerseits zu grundlegenden Veränderungen der Unternehmens- bzw. Organisationsstrukturen und damit auch zu einer sozialen Innovation. Da diese (veränderten) Organisationsstrukturen das Setting sind, in dem die Wissensorganisation erfolgt, setzt eine umweltsensible Weiterentwicklung der Wissensorganisationspflicht ein Verständnis dieser Strukturen voraus. Nur so kann die Transformation der analogen menschlichen Wissensorganisation in die digitale Wissensorganisation autonomer Systeme gelingen. Aus den auf diese Weise gewonnenen sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen können in einem zweiten Schritt – quasi „übersetzend“ – Implikationen für die Wissenszurechnung abgeleitet werden. Diese helfen dann bei deren angemessener Anknüpfung an autonome Systeme, insbesondere bei der Entwicklung eines – autonom rechtlichen – Wissensbegriffs. Sie sind auch im Rahmen der Zurechnungsgründe zu beachten, mit denen nach vorangegangener Analyse der hierfür maßgeblichen Rechtsprinzipien eine nahtlose und damit dogmatisch überzeugende Anknüpfung an die bisherige Wissensorganisationspflicht gelingen kann. Im Rahmen der Zurechnungsgründe ist aber zugleich zu berücksichtigen, wie sich die Übertragung der Wissensorganisationspflicht auf autonome Systeme wiederum auf die Um-

ders., AcP 219 (2019), 924 (929–932), der dies anschaulich als „responsive Rechtsdogmatik“ bezeichnet.

483 Teubner in Grundmann/Thiessen (Hrsg.), *Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich*, 2015, 145 (160); Grünberger, AcP 218 (2018), 213 (244); ähnlich auch Hellgardt, *Regulierung*, 2016, S. 409.

484 So schon Deckert, *Folgenorientierung*, 1995, S. 55f., 60f.; ferner Wagner, *FS Canaris*, 2017, 281 (311).

485 Hassemer, *JZ* 2008, 1 (7); Th. Möllers, *Methodenlehre*, 3. Aufl. 2020, § 5 Rn. 56.

486 Th. Möllers, *Methodenlehre*, 3. Aufl. 2020, § 5 Rn. 58.

welt des Rechts auswirkt. Die Rechtsfortbildung hat also folgenorientiert zu geschehen. Hier geben sozialwissenschaftliche Erkenntnisse, vor allem der ökonomischen Analyse des Rechts, dem Rechtsanwender Maßstäbe an die Hand.

aa) Sozioökonomischer Wandel der Unternehmensstrukturen

Die disruptiven Kräfte der Digitalisierung bewirken einen grundlegenden sozioökonomischen Wandel, der über die Entstehung technischer Innovationen weit hinausgeht.⁴⁸⁷ Sie führen zur Herausbildung neuer Geschäftsmodelle und transformieren Unternehmensstrukturen. Dies haben die Wirtschaftswissenschaften – und innerhalb dieser insbesondere die Organisationswissenschaft – ausführlich untersucht. Forschungsgegenstand dieser ökonomischen Disziplin sind nämlich gerade die Entstehung, Funktionsweise und Führung von Organisationen.⁴⁸⁸

Eine Organisation lässt sich allgemein definieren als System koordinierten Handelns von Einzelpersonen und Gruppen, deren Präferenzen, Kenntnisse und Interessen unterschiedlich sind.⁴⁸⁹ Jede funktionsfähige Organisation hat zwei grundlegende, eng miteinander verbundene Probleme zu lösen: Arbeitsteilung (*Differenzierung*) und Arbeitsverbindung (*Integration*).⁴⁹⁰ Während Arbeitsteilung dadurch erfolgt, dass übergeordnete Organisationsziele in Teilaufgaben zerlegt und an einzelne Personen als Positionen zugewiesen werden, müssen für die Integration der gebildeten Positionen Kooperation sowie Koordination der beteiligten Personen gewährleistet sein. Kooperation wird dabei durch Motivation der beteiligten Personen erreicht, herkömmlicherweise mittels Entlohnung. Die Koordination der Beteiligten gelingt durch Informationsaustausch.⁴⁹¹ Der Ausgleich arbeitsteilungsbedingter Funktionsaufspaltung durch Informationsaustausch – als auch der Wissensorganisationspflicht zugrunde liegender Gedanke – ist somit betriebswirtschaftliches Charakteristikum einer jeden Organisation. Die im Einzelfall gewählte Organisationsform ist schließlich

487 Sauer u.a. in Gassmann/Sutter, Digitale Transformation, 2019, S. 19.

488 Vgl. etwa Bergmann/Garrecht, Organisation, 2. Aufl. 2016, S. 1–7; Frese u.a., Organisation, 11. Aufl. 2019, S. 20–26.

489 March/Simon, Organizations, 2. Aufl. 1993, S. 2.

490 Puranam/Alexy/Reitzig, Academy of Management Review 39 (2014), 162 (165). Dabei meint Arbeitsverbindung (Integration) die Bündelung der Anstrengungen der Beteiligten zum Nutzen der Organisation.

491 Puranam/Alexy/Reitzig, Academy of Management Review 39 (2014), 162 (165f.).

stets das Ergebnis der Suche nach einer effizienten Koordination wirtschaftlicher Tätigkeit.⁴⁹²

Traditionelle Organisationsformen zeichnen sich durch klare Hierarchien sowie formale routinemäßige Prozesse und Mechanismen aus. Es existieren spezialisierte Abteilungen und Stabsstellen, die durch vertikale Kommunikations- und Befehlswege miteinander verbunden sind.⁴⁹³ Unternehmensgrenzen sind hier klar durch Vermögensgegenstände sowie Arbeitsverträge definiert. Ganz im Sinne von *Coase* galten so umrissene vertikal integrierte Unternehmen (*firms*) sowie der Markt (*market*) lange als die beiden Alternativen der Koordination wirtschaftlicher Tätigkeit.⁴⁹⁴ In dieser dichotomen Perspektive von Organisation und Markt, von Hierarchie und Preis, erscheinen die einzelnen Organisationen klar (voneinander) abgegrenzt, ja geradezu als „Inseln geplanter Koordination in einem Meer von Marktbeziehungen“.⁴⁹⁵

Die Digitalisierung bringt nun disruptiven technologischen Fortschritt, exponentiell zunehmende Datenmengen sowie eine weltweite Vernetzung von Akteuren und Gegenständen mit sich.⁴⁹⁶ Dies führt zu einer Globalisierung der Wirtschaft, volatilen Märkten und Hyperwettbewerb.⁴⁹⁷ Kundenbedürfnisse ändern sich stetig aufgrund der großen Auswahl an Angebot sowie ständig neuer Innovationen.⁴⁹⁸ Das Internet sowie moderne Technologien ermöglichen die massiv vereinfachte Suche nach und Infor-

492 Siebert in Sydow (Hrsg.), Management von Netzwerkorganisationen, 5. Aufl. 2010, 7 (8).

493 Schreyögg/Sydow, Organization Science 21 (2010), 1251; ähnlich Kellogg/Orlikowski/Yates, Organization Science 17 (2006), 22.

494 Coase, *Economica* 4 (1937), 386 (388); hieran anknüpfend Williamson, *Markets and Hierarchies*, 1975, S. 8 sowie passim; ders., *Administrative Science Quarterly* 36 (1991), 269 (280). Die auf diese beiden zurückgehende *Transaktionskostenökonomik* begründet gar die Existenz von Unternehmen mit der Entstehung von Transaktionskosten (Such-, Informations-, Verhandlungs-, Entscheidungs-, Überwachungs- und Durchsetzungskosten) bei der Benutzung des Preismechanismus des Marktes, die eine vertikale Integration wirtschaftlicher Tätigkeit bis zu einem bestimmten Grad als effizientere Alternative erscheinen lässt, vgl. hierzu überblicksartig Erlei/Leschke/Sauerland, *Institutionenökonomik*, 3. Aufl. 2016, S. 177–189.

495 Richardson, *The Economic Journal* 82 (1972), 883: „islands of planned co-ordination in a sea of market relations“. Hierzu auch Powell, *Research in Organizational Behavior* 12 (1990), 295 (297).

496 Hutterer, *Dynamic Capabilities*, 2013, S. 1; Wareham/Fox/Cano Giner, *Organization Science* 25 (2014), 1195 (1196).

497 Schreyögg/Sydow, *Organization Science* 21 (2010), 1251.

498 Wareham/Fox/Cano Giner, *Organization Science* 25 (2014), 1195 (1196).

mation über potenzielle Vertragspartner sowie ortsunabhängige Verhandlungen und Vertragsschlüsse. Dies reduziert die entstehenden Transaktionskosten massiv.⁴⁹⁹ Derartige Rahmenbedingungen stellen an Organisationen – zumindest auf den ersten Blick – geradezu paradoxe Anforderungen: Gefordert sind Agilität bei Stabilität, Umweltsensibilität und Koordination sowie die richtige Balance zwischen Innovation und Effizienz.⁵⁰⁰ Dies resultiert in einem grundlegenden Wandel wirtschaftlicher Verhältnisse: Die neue Ökonomie ist global, in Netzwerken organisiert und informationell.⁵⁰¹

Die traditionellen Organisationsformen genügen den Anforderungen der digitalisierten Ökonomie nicht mehr. Sie sind zu starr, für ein Schritthalten mit dem disruptiven Wandel zu langsam und für die Wahrnehmung ihrer Umwelt zu introvertiert. Stattdessen entstehen fluide Organisationen mit netzwerkartigen statt hierarchischer Strukturen. Diese zeichnen sich durch spontane Interaktion statt formaler Abläufe, temporäre Projektteams statt spezialisierter Abteilungen sowie laterale organisationsweite Kommunikation statt vertikaler Befehlswege aus.⁵⁰² Doch die Transformationen gehen weit über den organisationsinternen Bereich hinaus. Sie erfassen auch – und gerade – das Verhältnis zu anderen Akteuren. Unternehmen sind nicht länger Inseln innerhalb des Marktes, sondern gehen untereinander mannigfaltige – teils losere, teils engere – Verbindungen ein.⁵⁰³ Die dabei entstehenden Kooperationen reichen von der Einbeziehung zahlloser Einzelpersonen – etwa in Open Communities oder beim Crowdsourcing – über unterschiedliche Formen von Netzwerken und Plattformen bis hin zu (Wirtschafts-)Ökosystemen.⁵⁰⁴ Sie umfassen stets eine Reihe von autonomen Akteuren – Unternehmen oder Einzelpersonen –, die nicht hierarchisch kontrolliert werden, sondern miteinander in un-

499 Amit/Zott, *Strategic Management Journal* 22 (2001), 493 (499); Jahn, *Industrie 4.0 konkret*, 2017, S. 5f.

500 Gulati/Puranam/Tushman, *Strategic Management Journal* 33 (2012), 571 (571f.); Helfat/Raubitschek, *Research Policy* 47 (2018), 1391 (1392); Kellog/Orlikowski/Yates, *Organization Science* 17 (2006), 22; Wareham/Fox/Cano Giner, *Organization Science* 25 (2014), 1195 (1196).

501 Gulati/Puranam/Tushman, *Strategic Management Journal* 33 (2012), 571 (572); so auch bereits Castells, *Berliner Journal für Soziologie* 11 (2001), 423 (427f.).

502 Schreyögg/Sydow, *Organization Science* 21 (2010), 1251; Kellog/Orlikowski/Yates, *Organization Science* 17 (2006), 22 (23); zum Konzept einer fluiden Organisation bereits Ciborra, *Organization Science* 7 (1996), 103.

503 Brusoni/Prencipe/Pavitt, *Administrative Science Quarterly* 46 (2001), 597 (598).

504 Gulati/Puranam/Tushman, *Strategic Management Journal* 33 (2012), 571 (576); hierzu auch Adner, *Journal of Management* 43 (2017), 39 (54).

terschiedlichem Grad an multilateraler, spezifischer Komplementarität verbunden sind; zumeist um ein fokales Unternehmen (*focal/hub firm*). Dabei verfolgen sie als gemeinsames Ziel eine kollektive Wertschöpfung, die über die Summe der individuellen Beiträge hinausgeht.⁵⁰⁵ In diesem Zusammenhang ermöglichen digitale Technologien auf Grundlage einheitlicher Standards zunehmend leichtere Interoperabilität, die bestehende Wertschöpfungsketten und Industriezweige verbindet.⁵⁰⁶ Zwar sind Netzwerke nicht neu und existierten bereits vor Beginn der Digitalisierung.⁵⁰⁷ Diese hebt die Möglichkeiten und Chancen ihrer Bildung aber auf ein neues Level: Das Internet als Infrastruktur und Koordinationsmechanismus erlaubt weltweite Arbeitsteilung ohne Rücksicht auf geographische Grenzen sowie kostengünstige und effektive Koordination.⁵⁰⁸ Netzwerke bzw. Plattformen entstehen nicht nur in der High-Tech-Industrie, sondern spätestens dank des Internet of Things (IoT) auch in traditionellen Produktionsbereichen, wie etwa der Automobilindustrie.⁵⁰⁹ Sie werden als organisatorische Lösung für unternehmensübergreifende Forschung und Entwicklung ebenso eingesetzt wie für gemeinsame Geschäftsmodelle.⁵¹⁰

Durch ihre hybridartige Struktur⁵¹¹ zwischen Markt und Organisation verbinden Netzwerke die Vorteile dieser Institutionen und werden damit

505 Vgl. etwa *Jacobides/Cennamo/Gawer*, *Strategic Management Journal* 39 (2018), 2255 (2264); ähnlich *Adner*, *Journal of Management* 43 (2017), 39 (40–43); *Gulati/Puranam/Tushman*, *Strategic Management Journal* 33 (2012), 571 (573); *Valkokari*, *Technology Innovation Management Review* 5/8 (2015), 17 (18f.).

506 *Teece*, *Research Policy* 47 (2018), 1367 (1384), der von der großen Konvergenz („Grand Convergence“) zahlreicher Branchen in einem vollständig digitalisierten und integrierten Wirtschaftsraum spricht.

507 Vgl. etwa bereits die Beiträge von *Powell*, *Research in Organizational Behavior* 12 (1990), 295 und *Williamson*, *Administrative Science Quarterly* 36 (1991), 269.

508 *Adner*, *Journal of Management* 43 (2017), 39 (50); *Castells*, *Netzwerkgesellschaft I*, 2. Aufl. 2017, S. 212–215; *Gulati/Puranam/Tushman*, *Strategic Management Journal* 33 (2012), 571 (575); *Parker/van Alstyne/Jiang*, *MIS Quarterly* 41 (2017), 255 (256); *Walton*, *Internet*, 2017, S. 86.

509 *Adner*, *Journal of Management Review* 43 (2017), 39 (40); *Fleisch/Weinberger/Wortmann*, *HMD* 51 (2014), 812.

510 *Jacobides/Cennamo/Gawer*, *Strategic Management Journal* 39 (2018), 2255 (2256–2258); zur Forschung und Entwicklung ausführlich *Järvi/Almpanopoulou/Ritala*, *Research Policy* 47 (2018), 1523.

511 *Schreyögg/Sydow*, *Organization Science* 21 (2010), 1251 (1255); *Valkokari*, *Technology Innovation Management Review* 5/8 (2015), 17 (22); *Wareham/Fox/Cano Giner*, *Organization Science* 25 (2014), 1195 (1198, 1211); so auch schon *Williamson*, *Administrative Science Quarterly* 36 (1991), 269 (280); dagegen betonen *Gulati/Puranam/Tushman*, *Strategic Management Journal* 33 (2012), 571 (573) mit ihrem Begriff der „Meta-Organization“ die Nähe zur Organisation.

den geradezu paradoxen Anforderungen ihrer volatilen Umwelt doch gerecht.⁵¹² Der lose Verbund wirtschaftlich selbständiger Akteure schafft nämlich einerseits unternehmerische Anreize⁵¹³ sowie Flexibilität durch hohe Skalierbarkeit.⁵¹⁴ Die dennoch bestehenden Interdependenzen reduzieren aber andererseits das für den Markt charakteristische opportunistische Verhalten und sorgen so für Stabilität.⁵¹⁵ Mit der funktionalen Integration vieler Beteiligten können zudem über das Netzwerk Skalen- und Verbundeffekte erzielt werden.⁵¹⁶ Vor allem aber ermöglicht die Verbindung stark spezialisierter Kompetenzen bei gelungener Integration raschen technischen Fortschritt und damit Innovation als zentralen Wettbewerbsvorteil der neuen Ökonomie.⁵¹⁷ Daher besteht bei zahlreichen Organisationen die Tendenz, ihren „Kern zu schrumpfen“ und ihre „Peripherie zu erweitern“. Dadurch verlagert sich ein Großteil der Arbeit und damit der Wertschöpfung nach außen, jenseits der traditionellen Grenzen des Unternehmens.⁵¹⁸ Der Fokus der Organisation verschiebt sich von innen nach außen.

Netzwerke, Plattformen und Ökosysteme definieren auf diese Weise organisatorische Grenzen neu. Diese verlieren an Bedeutung. Wissenschaftler sprechen sogar von „grenzenlosen Organisationen“ oder zumindest von „verschwommenen Grenzen“.⁵¹⁹ Grenzen mutieren von einer scharfen Trennlinie zu einer definierten Schnittstelle der Kooperation, an der ein Spannungsfeld zwischen Transparenz, Durchlässigkeit und Geheimhaltung entsteht.⁵²⁰ An dieser Schnittstelle finden Wertschöpfung und Informationsaustausch statt.

Gerade letzteres ist – auch für die Untersuchung – von zentraler Bedeutung. Daten sind das Kapital der digitalisierten Ökonomie.⁵²¹ Diese beruht auf Informationsströmen anstatt auf Rohstoffen.⁵²² Daten, Informationen

512 Zu dieser Chance bereits *Williamson*, *Administrative Science Quarterly* 36 (1991), 269 (280f.).

513 *Williamson*, *Administrative Science Quarterly* 36 (1991), 269 (279).

514 *Parker/van Alstyne/Jiang*, *MIS Quarterly* 41 (2017), 255 (256).

515 *Williamson*, *Markets and Hierarchies*, 1975, S. 26–30.

516 *Gulati/Puranam/Tushman*, *Strategic Management Journal* 33 (2012), 571 (575).

517 *Felin/Zenger*, *Strategic Organization* 9 (2011), 163 (168); *Wareham/Fox/Cano Giner*, *Organization Science* 25 (2014), 1195 (1198).

518 *Gulati/Puranam/Tushman*, *Strategic Management Journal* 33 (2012), 571 (572).

519 Hierzu *Schreyögg/Sydow*, *Organization Science* 21 (2010), 1251 (1252f.).

520 *Baldi* in *Jung/Kraft*, *Digital vernetzt*, 2017, S. 372.

521 *Walton*, *Internet*, 2017, S. 113.

522 Hierzu *Child/McGrath*, *Academy of Management Journal* 44 (2001), 1135 (1139f.); *Kellog/Orlikowski/Yates*, *Organization Science* 17 (2006), 22.

und daraus entstehende Innovationen sind die neue Quelle von Wettbewerbsvorteilen. Unternehmensgrenzen im herkömmlichen Sinn würden diese Quelle jedoch auf die innerhalb einer Organisation vorhandenen Personen und Ressourcen beschränken. Daher greifen Organisationen immer mehr auf externe Akteure zurück. Sie profitieren dabei von der zunehmenden Bedeutungslosigkeit physischer Komponenten für die Informationsverkörperung sowie vom drastischen Rückgang von Kommunikationskosten.⁵²³ Durch die Verbindung unterschiedlichster Informationen sowie hochspezialisierten Wissens entstehen so neue Informationen und aus diesen neues Wissen. Dies ist der entscheidende Unterschied netzwerkartiger Strukturen zu den hierarchischen Strukturen vertikal integrierter Unternehmen. Während sich Informationen in hierarchischen Strukturen kontrolliert und unverändert bewegen, ist der Informationsfluss im Netzwerk freier und ergiebiger. Neue Verbindungen und Bedeutungen von Informationen werden auf diese Weise generiert und ausgewertet.⁵²⁴ Das Internet und die dazugehörige Technik ermöglichen so die komplementäre Produktion und Verteilung von Wissen.⁵²⁵ Denn über diese Infrastruktur gelingt die Bewältigung von Arbeitsteilung und Koordination als grundlegenden Herausforderungen einer jeden Organisation. Das Internet verbindet Organisationen aber nicht nur innerhalb ihrer bestehenden Netzwerke. Es verbindet diese auch mit weiteren Akteuren (Einzelpersonen, Organisationen und Netzwerken) sowie Gegenständen und ermöglicht damit den Zugriff auf noch gewaltigere Informationsströme. Das Internet wird auf diese Weise zum Meta-Netzwerk oder Netzwerk der Netzwerke einer informationellen Ökonomie.⁵²⁶

Zwar waren Unternehmen schon immer informationsverarbeitende Entitäten. Die Informationsverarbeitung beschränkte sich bei traditionellen Organisationsformen aber auf den unternehmensinternen Bereich. Sie erfolgte durch Menschen, zu Beginn mittels Aktenführung, später unter unterstützendem Einsatz elektronischer Datenverarbeitung. Die Informationsverarbeitung in der digitalisierten Ökonomie erfolgt dagegen in einem mehrdimensionalen Netzwerk mit nach außen hin zunehmend looserem

523 Benkler, Yale Law Journal 112 (2002), 369 (405f.).

524 Zum Vorstehenden bereits Powell, Research in Organizational Behavior 12 (1990), 295 (325); ferner Boehme-Neßler, Unscharfes Recht, 2008, S. 505, 517f.

525 Gulati/Puranam/Tushman, Strategic Management Journal 33 (2012), 571 (572); ähnlich Felin/Zenger, Strategic Organization 9 (2011), 163 (168).

526 Castells, Netzwerkgesellschaft I, 2. Aufl. 2017, S. 54; Walton, Internet, 2017, S. 152. Die letztere Bezeichnung findet sich im juristischen Kontext auch bei Boehme-Neßler, Unscharfes Recht, 2008, S. 502.

Zusammenhang. Dieses besteht aus unternehmensinternem Netzwerk, unternehmensexternem Netzwerk sowie dem Internet als Meta-Netzwerk. Informationsverarbeitung gestaltet sich hier so komplex, dass eine gewinnbringende Ausschöpfung des Informationspotenzials nur unter Einsatz intelligenter Systeme gelingen kann. Der Mensch ist mit der gigantischen Menge an Informationen schier kognitiv überfordert und wird so zum Informationsverarbeitungsgengpass.⁵²⁷ Autonome Systeme unterstützen oder ersetzen daher den Menschen. Sie werden so zu den Knoten des mehrdimensionalen Informationsnetzwerks.

bb) Implikationen für die Wissenszurechnung

Der sozioökonomische Wandel von Unternehmensstrukturen bleibt nicht ohne Folgen für das Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach einer Wissenszurechnung. Da dieses Bedürfnis schon den Ausgangspunkt für die Entwicklung der Wissensorganisationspflicht bildete, setzt die adäquate Übertragung derselben auf den Einsatz autonomer Systeme eine Vergegenwärtigung dieser Implikationen voraus. Die Weiterentwicklung der Wissensorganisationspflicht hat also nicht allein mit Blick auf die Substitution menschlicher Angestellter durch autonome Systeme zu erfolgen, sondern die veränderten Organisationsstrukturen mit in den Blick zu nehmen. Wie gesehen, sind diese beiden Aspekte eng miteinander verknüpft. Die Digitalisierung ist der Motor der Veränderung von Organisationsstrukturen. Die geänderten Organisationsstrukturen wirken sich wiederum auf die Art und Weise des Informationsaustauschs aus, in dessen Mittelpunkt die autonomen Systeme als Knoten des entstandenen Informationsnetzwerkes stehen. Für eine umweltsensible Weiterentwicklung des Rechts sind daher im Folgenden die sozialwissenschaftlichen Erkenntnisse auf ihre Implikationen für die Wissenszurechnung zu untersuchen und damit in das Recht zu „übersetzen“.

Wie bereits mehrfach betont, entspricht die Wissensorganisationspflicht dem Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach einer Wissenszurechnung als Ausgleich der Wissensaufspaltung innerhalb arbeitsteiliger Organisationen. Die Wissensaufspaltung resultiert dabei traditionellerweise aus der Arbeitsteilung innerhalb eines (einzigen) vertikal integrierten Unternehmens. Der Umfang des der Organisation zuzurechnenden Wissens ist damit aufgrund

⁵²⁷ Gassmann/Sutter in Gassmann/Sutter, Digitale Transformation, 2019, S. 12. Ganz ähnlich Martini, Blackbox, 2019, S. 13.

deren klarer Grenzen durch die Zugehörigkeit ihrer Angestellten als Zurechnungssubjekte zur Organisation bestimmt. Das typischerweise aktentmäßig festgehaltene Wissen befindet sich hier innerhalb des Unternehmens.

Ungleich schwieriger ist die Zuordnung des Wissens in der vernetzten Organisation. Im Netzwerk ist das Wissen nämlich auf mehrere (wirtschaftlich und) rechtlich selbständige Akteure – natürliche oder juristische Personen – verteilt und wird zwischen diesen über rechtliche Organisationsgrenzen hinweg ausgetauscht.⁵²⁸ Zwar erfolgen auch im Netzwerk organisationsübergreifend Arbeitsteilung und deren Koordination, sodass auch hier die Aufspaltung des vorhandenen Wissens letztlich Folge einer arbeitsteiligen Organisation ist. Diese realisiert sich aber nicht innerhalb eines einzigen Zurechnungsobjekts – etwa einer juristischen Person –, sondern über mehrere Rechtsträger hinweg. Diese sind miteinander nur durch vertragliche Beziehungen verbunden. Auf der Ebene vertraglicher Kooperation erfolgt aber grundsätzlich gerade keine umfassende Wissenszurechnung über die Wissensorganisationspflicht.⁵²⁹ Eine solche setzt nämlich nach überwiegender Auffassung voraus, dass der als Zurechnungsobjekt maßgebliche Rechtsträger die Herrschaftsmacht hat, die geforderte Wissensorganisation auf das relevante Zurechnungssubjekt zu erstrecken und dieses somit in das System der Informationsweiterleitung einzubeziehen.⁵³⁰ Dies wird bei den losen Zusammenschlüssen in Netzwerken jedoch nur selten der Fall sein. Daher kann allenfalls in einzelnen Konstellationen – und dann auf diese beschränkt⁵³¹ – § 166 Abs. 1 BGB in unmittelbarer oder analoger Anwendung zu einer Wissenszurechnung führen. Andererseits gleicht das Netzwerk aufgrund seiner faktischen

528 Dabei soll die Wissenszurechnung im Konzern ausgeklammert sein, vgl. hierzu bereits 1. Teil, B.

529 Zu dieser Problematik etwa beim Outsourcing von Dienstleistungen an Drittunternehmen schon Spindler/Schuster/*Spindler*, § 166 BGB Rn. 6; allgemein zur organisationsübergreifenden Wissenszurechnung bei faktischer Bildung aufgabenbezogener Handlungs- und Informationseinheiten *Broemel*, RW 2013, 62 (77), der eine solche jedoch pauschal bejaht.

530 *Ibrig*, ZHR 181 (2017), 381 (411); *Mader*, Der Konzern 2015, 476 (477, 484); *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2. Aufl. 2011, S. 968; *Verse*, AG 2015, 413 (419f.) (jeweils zum Konzern); Spindler/Schuster/*Spindler*, § 166 BGB Rn. 6 (zum Outsourcing auf einen vertraglich verbundenen Akteur). Großzügiger *Bork*, DB 2012, 33 (40f.); *Broemel*, RW 2013, 62 (77) (jeweils zu losen Unternehmenszusammenschlüssen, z.B. Netzwerken).

531 Vgl. zur Beschränkung des § 166 Abs. 1 BGB auf ein konkretes Rechtsverhältnis schon 2. Teil, A.

Handlungskollektivierung doch einer (rechtlichen) Organisation. In dieser erfolgt aber gerade eine umfassende Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht. Die Hybridität des Netzwerks, seine Ansiedlung zwischen unverbundenem bilateralem Austausch und gesellschaftsrechtlicher Integration,⁵³² irritiert somit das Recht. „Network is not a legal concept.“⁵³³ Dieses Ergebnis der Untersuchung *Buxbaums* bildet zugleich die Wurzel der juristischen Netzwerkproblematik. Aufgabe der Rechtsdogmatik ist es, die Realitäten des Netzwerks – umweltsensibel, aber rechtlich autonom – mithilfe der ihr eigenen Institute und Instrumentarien abzubilden und somit in das Rechtssystem zu integrieren. Mit dieser Zielsetzung sind bereits zahlreiche Beiträge zu Netzwerken⁵³⁴ und Plattformen⁵³⁵ erschienen. Hierbei standen Probleme der im Netzwerk bestehenden Vertragsbeziehungen sowie der Haftung im Mittelpunkt, wobei die zentrale Frage stets lautete: Wie können die Realitäten des Netzwerks in das Recht übertragen werden? Auch die Wissenszurechnung wurde in der juristischen Netzwerkforschung als Problem des Netzwerkes erkannt, aber noch nicht näher behandelt.⁵³⁶

Noch diffuser ist das Bedürfnis nach einer Wissenszurechnung hinsichtlich der im Meta-Netzwerk Internet vorhandenen Informationen. Diese sind dort für die Organisation – wie für jedermann – größtenteils frei verfügbar. Warum und unter welchen Voraussetzungen sollten diese Informationen daher der Organisation zugerechnet werden? Zugleich ist das Internet aber auch Kommunikationskanal von Organisation und Externen, etwa Kunden, wie im einführenden Beispiel. Das Internet of Things verbindet die Organisation sogar mit permanent Daten produzierenden Gegenständen. Informationen, die früher postalisch ausgetauscht, von einem Angestellten gelesen und archiviert wurden, werden daher heute zunehmend häufiger über das Internet ausgetauscht und von autonomen Systemen ausgewertet.

Die angestellten Überlegungen zeigen, dass es bei der vernetzten Organisation nicht mehr allein um den Ausgleich einer *organisationsinternen*, ar-

532 *Rohe*, Netzverträge, 1998, S. 2.

533 *Buxbaum*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 149 (1993), 698 (704).

534 *Grundmann*, AcP 207 (2007), 718; *Möschel*, AcP 186 (1986), 187 (211–232); *Rohe*, Netzverträge, 1998, passim; *Teubner*, ZHR 154 (1990), 295; *ders.*, ZHR 165 (2001), 550; *ders.*, Netzwerk, 2004, passim.

535 *Engert*, AcP 218 (2018), 304.

536 Knapp bei *Rohe*, Netzverträge, 1998, S. 286–288; vage *Teubner*, Netzwerk, 2004, S. 56: „(...) und es stellen sich die Probleme der Zurechnung von Wissen“.

beitteilungsbedingten Wissensaufspaltung geht. Im Mittelpunkt steht nunmehr die Frage der Verantwortung für Informationen außerhalb der Organisation. Während diese in einem Unternehmensnetzwerk ebenfalls infolge von Arbeitsteilung verteilt sind und damit eine Art externe Wissensaufspaltung vorliegt, stehen die im Internet frei verfügbaren Informationen in keinem Zusammenhang mehr zur Organisation. Infolge der gewandelten Organisationsstrukturen rückt daher die Zurechnung *organisati-onsexterner* Informationen in den Vordergrund. Diese ist noch mehr als die Zurechnung organisationsinterner Informationen eine Frage der Risikoverteilung zwischen Organisation und Gegenüber. Für ihre angemessene Ausgestaltung rücken die Aspekte der Sphärenzugehörigkeit, der Korrelation von Vor- und Nachteil, aber auch der Effizienz mehr denn je in den Vordergrund.

Von zentraler Bedeutung für die Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme in der vernetzten Organisation ist dabei aufgrund seiner katalysierenden Wirkung bereits der Wissensbegriff. Diesem kommt schon bei menschlichen Angestellten eine „Filterwirkung“ zu. Über die Wissensorganisationspflicht kann der juristischen Person nur das Wissen zugerechnet werden, das zu einem bestimmten Zeitpunkt bei (irgend)einem Angestellten tatsächlich vorhanden war. Externe Informationen können der juristischen Person daher erst und nur dann zugerechnet werden, wenn einer ihrer Angestellten von diesen Kenntnis genommen hat bzw. im Fall des Wissenmüssens Kenntnis hätte nehmen müssen. Beim Informationsaustausch im Netzwerk werden Angestellte so zu Schnittstellen der Wissenszurechnung. Im Netzwerk vorhandene Informationen können der jeweiligen Organisation bei Kenntnisnahme durch einen ihrer Angestellten als positive Kenntnis zugerechnet werden; im Übrigen bei bestehender Zugriffsmöglichkeit aufgrund der dann vorhandenen objektiven Nähe der Information zur Sphäre der Organisation gegebenenfalls als fahrlässige Unkenntnis. Wie beschrieben, werden in der vernetzten Organisation aber zunehmend autonome Systeme zu den Schnittstellen des Informationsaustauschs im Netzwerk. In ihnen laufen die Verbindungen des mehrdimensionalen Informationsnetzwerks zusammen. Die Informationsverarbeitung durch das System wird somit zum zentralen Kriterium der Wissenszurechnung. An dieses hat der Wissensbegriff bei autonomen Systemen daher anzuknüpfen, um eine sachgerechte Abgrenzung von positiver Kenntnis und fahrlässiger Unkenntnis und damit eine angemessene Risikoverteilung zu gewährleisten.⁵³⁷

537 Hierzu 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (1), (c) sowie 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (2), (a).

cc) Autonome Systeme als Zurechnungssubjekte

Bei fehlender menschlicher Kenntnissnahme der rechtlich relevanten Informationen muss die Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht unmittelbar an das autonome System als Zurechnungssubjekt anknüpfen. Zurechnungssubjekt im Sinne der allgemeinen Zurechnungslehre ist die Person bzw. Entität, welche die für die Zurechnung relevanten Verhältnisse verwirklicht hat, im Fall der Wissenszurechnung also über das rechtlich relevante Wissen verfügt.⁵³⁸ Dabei wurde bereits zu Beginn der Untersuchung darauf hingewiesen, dass der Begriff im Hinblick auf autonome Systeme nicht zwingend Rechtsfähigkeit voraussetzen, sondern hiervon unabhängig lediglich den konstruktiven Anknüpfungspunkt der Zurechnung bezeichnen soll.

Eine Wissenszurechnung über die Wissensorganisationspflicht setzt nicht zwingend die Rechtsfähigkeit des Zurechnungssubjekts voraus. Zwar geht § 166 Abs. 1 BGB als Norm des Stellvertretungsrechts – wie sich aus § 165 BGB ergibt – grundsätzlich von einem rechtsfähigen und zumindest beschränkt geschäftsfähigen Vertreter aus.⁵³⁹ Auf die Problematik der (Teil-)Rechtsfähigkeit autonomer Systeme ist daher in diesem Zusammenhang noch an späterer Stelle der Untersuchung einzugehen.⁵⁴⁰ Für die Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht stellt sich dieses Problem aber nicht. Diese hat sich nämlich – wie gezeigt – als Rechtsfortbildung *extra legem* derart von der Regelung des § 166 Abs. 1 BGB gelöst, dass dessen Anforderungen nicht auf die Wissensorganisationspflicht zu übertragen sind. Die Rechtsprechung hat mit dieser – wie insbesondere im Topos des aktenmäßig festgehaltenen Wissens zum Ausdruck kommt – die Wissenszurechnung argumentativ vom Personenbezug des § 166 Abs. 1 BGB gelöst und auf die Verantwortung der juristischen Person für in ihrer Sphäre vorhandene Informationen gestützt.⁵⁴¹ Entscheidend ist danach, dass die juristische Person Aktenwissen besitzt und dessen Nutzung nicht in ihrem Belieben steht, sondern normativen Verkehrsanforderungen unterliegt.⁵⁴² Nur technisch handelt es sich bei dieser Konzeption der Wissenszurechnung (nach wie vor) um eine Anknüpfung an einen bestimm-

538 Vgl. 2. Teil.

539 Hierzu etwa *Cornelius*, MMR 2002, 353 (355); *MüKoBGB/Schubert*, § 164 BGB Rn. 109; *Wiebe*, Willenserklärung, 2002, S. 130.

540 3. Teil, A., IV., 3.

541 Vgl. bereits 2. Teil, C., I.

542 BGHZ 117, 104 (107) (1992) unter Rekurs auf *Bohrer*, Anm. zu BGH Urt. v. 8.12.1989 – V ZR 246/87, DNotZ 1991, 124 (129).

ten menschlichen Wissensträger als Zurechnungssubjekt. Noch weiter gingen insofern *Medicus*, der von einer unmittelbaren Zurechnung des Aktenwissens ausgeht,⁵⁴³ sowie *Bohrer*, demzufolge es sich nicht mehr um die Zurechnung realen Wissens, sondern eine Risikozuweisung aufgrund der zeitlichen, personellen und inhaltlichen Verfügbarkeit von Informationen handelt.⁵⁴⁴ In diesen Modellen einer Wissenszurechnung spielt die Person des originären Wissensträgers keinerlei Rolle mehr. Die konstruktive Anknüpfung der Rechtsprechung an den jeweiligen menschlichen Angestellten als Zurechnungssubjekt war indes der Tatsache geschuldet, dass die Informationsaufnahme und -verarbeitung innerhalb der Organisation durch diesen erfolgte. Die Akten sowie später die elektronische Datenverarbeitung dienten nur der Informationsweiterleitung sowie dem Informationsabruf, d.h. dem Ausgleich der arbeitsteiligen Wissensaufspaltung durch organisationsinterne Kommunikation. Sie waren damit nur Mittel zur Wissensorganisation. Nun übernehmen autonome Systeme aber bereits die Aufgaben der Informationsaufnahme sowie der Informationsverarbeitung. Sie treten insoweit an die Stelle des Menschen. Dies rechtfertigt eine Anknüpfung der Wissenszurechnung an das autonome System als Zurechnungssubjekt.⁵⁴⁵ Diese Anknüpfung unmittelbar an das rechtlich relevante Wissen ohne menschliche Bezugsperson vollendet damit nur die verobjektivierende Entwicklung⁵⁴⁶ der Wissenszurechnung, die die Rechtsprechung mit der Wissensorganisationspflicht bereits argumentativ, aber noch nicht konstruktiv vollzogen hatte. Die Zurechnung von Informationen ohne deren menschliche Kenntnisnahme ist also bereits in der Wissensorganisationspflicht angelegt und wird nun mit der Anknüpfung an autonome Systeme als Zurechnungssubjekte aufgrund der gewandelten Verhältnisse „zu Ende gedacht“.

543 *Medicus/Petersen*, BGB AT, 11. Aufl. 2016, Rn. 904 c; so auch *Odersky*, FS Geiß, 2000, 135 (135, 137f.).

544 *Bohrer*, Anm. zu BGH Urt. v. 8.12.1989 – V ZR 246/87, DNotZ 1991, 124 (129).

545 Anders jurisPK-BGB/*Lakkis*, § 199 BGB Rn. 186 unter pauschalem Hinweis auf die fehlende Rechtsfähigkeit.

546 Hierzu auch *Wiebe*, Willenserklärung, 2002, S. 171: „Die Rechtsprechung hat damit praktisch eine Objektivierung des rechtlichen Wissensbegriffs durchgeführt, der die immer stärkere Bedeutung technischer Wissensspeicher gegenüber dem menschlichen Gehirn berücksichtigt“.

dd) Wissen als Zurechnungsgegenstand

Am Anfang der Überlegungen zu einer unmittelbar an autonome Systeme anknüpfenden Wissenszurechnung steht die grundlegende Frage, was bei diesen überhaupt als Wissen im rechtlichen Sinne angesehen werden kann. Die Existenz (irgend)eines rechtlich relevanten Wissens als Zurechnungsgegenstand ist nämlich Grundvoraussetzung einer jeden Wissenszurechnung. Daher bedarf der rechtliche Wissensbegriff im Kontext autonomer Systeme einer vertieften Auseinandersetzung. Während es sich bei Wissen im Fall von Menschen nämlich scheinbar um eine Selbstverständlichkeit handelt,⁵⁴⁷ muss der im Ausgangspunkt auf Menschen bezogene Wissensbegriff für autonome Systeme erst „neu gedacht“, mit anderen Worten normativ-konstruktiv bewältigt werden. Hierzu ist zunächst an die im einleitenden Teil der Untersuchung aufgeworfenen Probleme des rechtlichen Wissensbegriffs⁵⁴⁸ anzuknüpfen, um diesen sodann einer sachgerechten Interpretation für autonome Systeme zuzuführen.

Zahlreiche Wissensnormen stellen zudem das Wissenmüssen als die (grob) fahrlässige Unkenntnis dem Wissen gleich. Darüber hinaus ist Wissen als kognitives Element auch Bestandteil von Vorsatz und Arglist. Auch auf diese Begrifflichkeiten ist daher im Folgenden einzugehen. Dabei ist stets zu untersuchen, ob diese Merkmale als potenzielle Zurechnungsgegenstände auch beim Einsatz autonomer Systeme vorliegen können.

Die nachstehenden Ausführungen erfolgen zwar im Rahmen des Bereichs der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung. Sie gelten jedoch für sämtliche Einsatzgebiete autonomer Systeme, sodass im weiteren Verlauf der Untersuchung für den Bereich der Entscheidungsfindung sowie den Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung ebenfalls hierauf zurückgegriffen werden kann. Gerade Vorsatz und Arglist setzen – aufgrund des zusätzlich erforderlichen voluntativen Elements – ein Handeln im Zusammenhang mit dem vorhandenen Wissen voraus. Ein solches ist bei autonomen Systemen allein im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung gegeben. Die Verwirklichung von Vorsatz und Arglist ist aber auch im Zusammenwirken autonomer Systeme

547 Dies lässt jedenfalls die zumeist fehlende Auseinandersetzung mit dem Wissensbegriff in Untersuchungen zur Wissenszurechnung vermuten, vgl. hierzu bereits 1. Teil, D. Bereits für menschliche Zurechnungssubjekte wirft die Feststellung von Wissen (bzw. Wissenmüssen) als Vorfrage der Wissenszurechnung jedoch bei näherer Untersuchung zahlreiche Probleme auf, vgl. nur *Buck*, Wissen, 2001, S. 31–102.

548 1. Teil, D., I.

me mit menschlichen Angestellten derselben Organisation zu beurteilen. Hier stellt sich die für die Wissenszurechnung in arbeitsteiligen Organisationen typische und dennoch höchst problematische Frage nach der Zurechnung von Wissen und Handeln zweier unterschiedlicher Zurechnungssubjekte, bekannt als „gespaltene Arglist“, in neuem Gewand.

(1) Wissen

(a) Problematik bei autonomen Systemen

In der KI, die sich als Teilbereich der Informatik mit autonomen Systemen als Forschungsgegenstand beschäftigt, ist der Wissensbegriff im Kontext solcher Systeme weithin geläufig. So enthält etwa die Architektur der Systeme eine sogenannte Wissensbasis, in der das Wissen des Systems gespeichert wird. Aufgrund von Methoden des maschinellen Lernens sind die Systeme zudem in der Lage, selbständig Wissen zu generieren.⁵⁴⁹ Auch in der Rechtswissenschaft, in der insofern allerdings eine autonome Begriffsbildung zu erfolgen hat,⁵⁵⁰ wird der Begriff des Wissens zunehmend vom Menschen losgelöst verstanden.⁵⁵¹ In der Regel fehlen hier aber Überlegungen dazu, wie das rechtlich relevante Wissen als Zurechnungsgegenstand in diesen Fällen zu bestimmen ist. Andernorts wird hingegen nach wie vor auf den biologisch-zerebralen Bezug von Wissen insistiert, das daher nur bei Menschen vorliegen könne.⁵⁵² Auf Datenträgern oder in Systemen gespeicherte Informationen würden danach erst mit ihrem Abruf zum Wissen einer natürlichen Person.⁵⁵³ Dies mag auch für den Fall zutreffend sein, dass Systeme den Menschen allein bei der Wissensorganisation im Unternehmen, also bei Weiterleitung und Abruf menschlich wahrgenommener Informationen, unterstützen.⁵⁵⁴ Wie die vorangegangenen Ausführungen gezeigt haben, ersetzen autonome Systeme den Menschen

⁵⁴⁹ Hierzu bereits 1. Teil, D., III.

⁵⁵⁰ Wank, Begriffsbildung, 1985, S. 79; hierzu auch Teubner in Grundmann/Thiesen (Hrsg.), Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich, 2015, 145 (160f.).

⁵⁵¹ Etwa bereits das Aktenwissen bei Medicus, Sonderheft VersR, Karlsruher Forum 1994, 4 (14); Odersky, FS Geiß, 2000, 135 (135–139); ferner Heidrich, Wissen, 2001, S. 240: „rein maschinelles Wissen“; ähnlich Bott, Wissenszurechnung, 2000, S. 5f.

⁵⁵² Grigoleit, ZHR 181 (2017), 160 (173f.); Warts, Wissenszurechnung, 2015, S. 15.

⁵⁵³ Warts, Wissenszurechnung, 2015, S. 15.

⁵⁵⁴ 2. Teil, C., I. und III.

aufgrund der Komplexität der Informationsverarbeitung zunehmend aber bereits bei der Beschaffung und Auswertung von Informationen. Sie treten somit funktional als Wissensträger an dessen Stelle. Ein Festhalten am biologisch-zerebralen Bezug des Wissens führt daher in diesen Situationen unweigerlich dazu, dass Unternehmen das in autonomen Systemen vorhandene Wissen zu ihrem wirtschaftlichen Vorteil nutzen können, ohne hierfür die reziproke rechtliche Verantwortung übernehmen zu müssen. Wegen der funktionalen Äquivalenz der Informationsverarbeitung durch Mensch und System erscheint eine Wissenszurechnung – auch – im letzteren Fall und damit eine Gleichbehandlung der beiden Sachverhalte somit als eine Frage juridischer Gerechtigkeit.⁵⁵⁵ Es bedarf daher der Herausbildung funktionaler Begriffsäquivalente für autonome Systeme zu den – im Ursprung – auf Menschen bezogenen Begrifflichkeiten des Wissens und Wissenmüssens.⁵⁵⁶ Diesem Bemühen kommt zugute, dass der Gesetzgeber den Wissensbegriff als bekannt vorausgesetzt und seine Entfaltung der Rechtswissenschaft übertragen hat, die dabei auch sich wandelnden technischen und wirtschaftlichen Verhältnissen Rechnung tragen soll.⁵⁵⁷ Zudem sind autonome Systeme dank ihrer Architektur tatsächlich mit kognitiven Fähigkeiten ausgestattet. Anders als bei Haftung und Vertragsschluss, bei denen Verschuldens- sowie Geschäftsfähigkeit stets ein voluntatives Element fordern und damit ethisch belastete Diskussionen über Selbstbestimmung und Verantwortlichkeit autonomer Systeme entfachen,⁵⁵⁸ ist die rechtliche Konstruktion von Wissen als rein kognitivem Element daher durchaus naheliegend.

555 So auch zur Haftung für autonome Systeme *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (188); zustimmend *Klingbeil*, JZ 2019, 718 (719).

556 So zum Verschulden im Bereich der Haftung *Hacker*, RW 2018, 243 (259); *Zech*, ZfPW 2019, 198 (211f.).

557 So bereits *Becker*, *Kennen und Kennenmüssen*, 1899, S. 6.

558 Hierzu *Kluge/Müller*, InTeR 2017, 24 (26). Daher wird die (analoge) Anwendung der §§ 164ff. BGB mangels Fähigkeit des Systems zur Abgabe einer eigenen Willenserklärung überwiegend abgelehnt, vgl. etwa *Bauer*, *Elektronische Agenten*, 2006, S. 69; *Cornelius*, MMR 2002, 353 (354); *Wettig*, *Vertragsschluss*, 2010, S. 183; *Wiebe*, *Willenserklärung*, 2002, S. 131. Auch eine (analoge) Anwendung des § 278 BGB wird vielfach unter Verweis auf die fehlende Verschuldensfähigkeit der Systeme abgelehnt, vgl. *Staudinger/Caspers*, § 278 BGB Rn. 5; *Foerster*, ZfPW 2019, 418 (431); *Grapentin*, *Vertragsschluss*, 2018, S. 131; *MüKoBGB/Grundmann*, § 278 BGB Rn. 46; *Grützmacher*, CR 2016, 695 (697); *Güntber*, *Roboter*, 2016, S. 84; *Güntber/Böglmüller*, BB 2017, 53 (55); *Horner/Kaulartz*, CR 2016, 7; *Klingbeil*, JZ 2019, 718 (720); *Köhler*, AcP 182 (1982), 126 (168f.); *Lieser*, JZ 1971, 759 (761); *Schaub*, JZ 2017, 342 (343).

Die bestehenden Definitionen des rechtlichen Wissensbegriffs erweisen sich hierfür aber als nicht besonders hilfreich: Sie enthalten keinen eigenständigen Erkenntnisgewinn und knüpfen zudem an die menschliche Bewusstseinslage an.⁵⁵⁹ Der fehlende Erkenntnisgewinn bestehender Definitionen zum Wissensbegriff ist dabei der Tatsache geschuldet, dass es nicht möglich ist, einen einheitlichen Inhalt des Begriffs „Wissen“ oder – in der Terminologie des Gesetzes – „Kenntnis“ festzulegen, der im gesamten Zivilrecht Geltung beanspruchen kann.⁵⁶⁰ Dies ist der Methode juristischer Begriffsbildung geschuldet. Rechtsbegriffe werden im Hinblick auf das verfolgte Regelungsziel bzw. die Rechtsfolge einer Norm – also funktional – gebildet.⁵⁶¹ Das Tatbestandsmerkmal der Kenntnis bewirkt in den jeweiligen Wissensnormen aber unterschiedlichste Rechtsfolgen. Es führt zum Beginn von Fristen (etwa § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB), zum Ausschluss eines Rechtserwerbs (etwa § 892 Abs. 1 S. 1 BGB) oder zu einer Verschlechterung der Rechtsstellung des Wissenden (etwa § 442 Abs. 1 S. 1 BGB).⁵⁶² Die Vielfalt der Rechtsfolgen und damit Funktionen des rechtlichen Wissens wirkt sich auf dessen jeweilige normspezifische Anforderungen aus und verhindert so eine einheitliche Begriffsbildung. Es geht daher darum, den Wissensbegriff wissensnormabhängig zu definieren und dann auf den gegebenen Sachverhalt anzuwenden. Dabei ist der von der jeweiligen Wissensnorm geforderte Kenntnisstand mit dem Kenntnisstand des konkreten Wissensträgers zu vergleichen. Hinsichtlich dieses methodischen Vorgehens bestehen aber durchaus Gemeinsamkeiten zwischen den einzelnen Wissensnormen.⁵⁶³ Für die weitere Untersuchung steht daher weniger die einheitliche Definition von Wissen als die Erarbeitung einer Methode für dessen Feststellung im Mittelpunkt.

Die Anknüpfung bestehender Wissensdefinitionen an die menschliche Bewusstseinslage verstellt den Blick auf die Anwendbarkeit des Wissensbegriffs auf autonome Systeme. Über ein Bewusstsein in diesem Sinne verfügt nämlich nur die sogenannte starke KI, die bislang technisch nicht realisierbar ist.⁵⁶⁴ Der deutlich funktionalere Wissensbegriff der Wirtschafts-

559 Hierzu bereits 1. Teil, D., I.

560 So zu Recht *Schrader*, Wissen, 2017, S. 387.

561 *Wank*, Begriffsbildung, 1985, S. 90–92; ähnlich *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 11. Aufl. 2020, Rn. 204.

562 Vgl. die Übersicht bei *Medicus*, Sonderheft VersR, Karlsruher Forum 1994, 4 (4f.) sowie bereits 1. Teil, A.

563 *Schrader*, Wissen, 2017, S. 390.

564 1. Teil, C., I. Wohl allein deswegen lehnt *Biermann*, Wissenszurechnung, 2019, S. 21 autonome Systeme als Zurechnungssubjekte (noch?) ab.

wissenschaften rückt dagegen – vor dem Hintergrund der Wissenserzeugung sowie des Wissenstransfers – unter Heranziehung der Regeln der Semiotik die Entstehung des Wissens aus Daten und Informationen in den Vordergrund. Mit dieser Zergliederung des Wissens schafft er eine funktionale Vergleichbarkeit von menschlichen und systemischen Kognitionsprozessen.⁵⁶⁵ Denn sowohl Menschen als auch autonome Systeme empfangen Daten unterschiedlichster Art.⁵⁶⁶ Dabei steigt die Menge der vorhandenen Daten aufgrund der technischen sowie wirtschaftlichen Rahmenbedingungen exponentiell an (Big Data). Informationen ergeben sich aus diesen Daten aber nur bei deren Verknüpfung mit einer Bedeutung oder Einordnung in einen Kontext. Der Begriff der Information umfasst daher stets eine bestimmte Menge von Daten unter Berücksichtigung deren Informationsgehalt für den Empfänger, unabhängig davon, ob es sich hierbei um einen Menschen oder ein System handelt. Diese Informationen werden mit ihrer Kenntnisnahme oder – funktionsäquivalenter – Verarbeitung in den Kenntnisstand des Menschen bzw. des autonomen Systems aufgenommen und so – in Vernetzung mit anderen Informationen – zu Wissen. Das Verständnis auch rechtlich relevanten Wissens als Informationszusammenhang ermöglicht somit eine funktionsäquivalente Anwendung des Wissensbegriffs auf Menschen und autonome Systeme.

Diese beiden – für die anzustellende Untersuchung zentralen – Aspekte des Wissensbegriffs finden in *Schraders* Habilitationsschrift zum „Wissen im Recht“ Berücksichtigung. Dieser weist dort auf die Relativität des Wissensbegriffs hin und versteht Wissen (des Menschen) unter Heranziehung der wirtschaftswissenschaftlichen Begrifflichkeiten als Informationszusammenhang.⁵⁶⁷ Auf diese Weise gelangt er zu einer Methode der „Definition des Gegenstandes der Kenntnis und Bestimmung des Kenntnisstandes als rechtlich relevantes Wissen“, die sich aufgrund ihrer Funktionalität hervorragend auch für die Anwendung des Wissensbegriffs auf autonome Systeme eignet. Diese Methode soll daher im Folgenden für die Untersuchung fruchtbar gemacht werden. Hierzu ist zunächst auf *Schraders* ursprünglichen Ansatz einzugehen, der die Anwendung des rechtlichen Wissensbegriffs auf Menschen zum Gegenstand hat. In einem zweiten Schritt

565 1. Teil, D., II.

566 Diese lassen sich etwa anhand des Datentyps (binär, nominal, ordinal, metrisch und textuell), des datengenerierenden Prozesses (Umfragedaten, Sensordaten) oder des Entstehungsbereichs (Finanzdaten, Maschinendaten) einteilen, vgl. hierzu *Datenethikkommission*, Gutachten, 2019, S. 52.

567 *Schrader*, Wissen, 2017, S. 12f., 387–390, 456f. sowie passim.

kann dann die Übertragung dieses Ansatzes auf autonome Systeme erfolgen.

(b) Der Ansatz Schraders

Aufgrund der Relativität des Wissensbegriffs sowie der dadurch bedingten Unmöglichkeit dessen einheitlicher Definition weist *Schrader* auf eine zentrale Gemeinsamkeit hin. Danach stellen sich bei seiner Anwendung regelmäßig zwei Fragen: „Was ist das rechtlich relevante Wissen (Definition des Tatbestandsmerkmals „Wissen“)? Wie wird das Vorliegen des Wissens bestimmt (Bestimmung des Vorliegens des tatbestandlichen Wissens)?“⁵⁶⁸ Beide Fragen seien strikt voneinander zu trennen, hingen aber konsekutiv miteinander zusammen.⁵⁶⁹ *Schraders* Untersuchung verfolgt daher das Ziel, dem im Zivilrecht relevanten Wissen unterschiedlichster Tatbestände mehr Konturen zu verleihen und dadurch die Definition und Bestimmung des rechtlich relevanten Wissens vorhersehbarer und klarer zu gestalten. Es geht ihm um die Entwicklung einer Methode, die Anforderungen an das tatbestandlich vorausgesetzte Wissen zu definieren und anschließend anhand des Einzelfalls zu bestimmen, ob dieses Wissen vorliegt.⁵⁷⁰ Hierzu fasst *Schrader* den von der jeweiligen Wissensnorm geforderten Kenntnisstand als Informationszusammenhang auf, der als solcher mit dem Kenntnisstand der betroffenen Person zu vergleichen sei.⁵⁷¹ Dieser Vorgang erfolgt in drei streng voneinander zu trennenden Schritten:

Im ersten Schritt der Prüfung ist der Gegenstand zu definieren, auf den sich die Kenntnis in der einschlägigen Wissensnorm bezieht. Es handelt

⁵⁶⁸ *Schrader*, Wissen, 2017, S. 15.

⁵⁶⁹ *Schrader*, Wissen, 2017, S. 15, 17.

⁵⁷⁰ *Schrader*, Wissen, 2017, S. 18. Hierzu überträgt er eine aus dem Patentrecht bekannte Methode zur Beurteilung erfinderischer Tätigkeit (§ 4 S. 1 PatG) als Voraussetzung patentrechtlichen Schutzes auf das allgemeine Zivilrecht, vgl. insb. S. 18–20, 417–423; ausführlich zu dieser Methode S. 21–93. Zwar könnte man dem methodischen Vorgehen *Schraders* vorwerfen, die verfahrensmäßigen Unterschiede zwischen Patentrecht (vom Offizialprinzip beherrschte Ermittlung der Voraussetzungen eines Verwaltungsakts) und allgemeinem Zivilrecht (Entstehung und Erlöschen subjektiver Rechte zwischen privaten Akteuren) nicht kritisch berücksichtigt zu haben; dem Wert des Ansatzes für die hier anzustellende Untersuchung ist dies jedoch nicht abträglich.

⁵⁷¹ *Schrader*, Wissen, 2017, S. 456f. Informationen wiederum würden sich aus Daten zusammensetzen, die in einem Kontext stehen, der regelmäßig durch deren Relevanz für eine bestimmte Rechtsfolge begründet wird, vgl. S. 12.

sich dabei um eine abstrakte Rechtsfrage.⁵⁷² Die exakte Definition des Gegenstandes der Kenntnis ist die Zielvorgabe für die nachfolgenden Schritte und fungiert als eine Vergleichsgröße im Rahmen der Subsumtion. Hier hat der Rechtsanwender die Informationsdichte festzulegen, die gegeben sein muss, um den Gegenstand der Kenntnis hinreichend zu umreißen.⁵⁷³ Dabei ist zu beachten, dass die Wissensnormen selten an reine Tatsachenkenntnis anknüpfen. Meist müssen die Tatsachen erst in einen rechtlich relevanten Kontext gebracht werden.⁵⁷⁴ Setzt die Wissensnorm gar Rechtskenntnis voraus, bezieht sich die Kenntnis nicht (nur) auf eine Tatsache, sondern umfasst die rechtliche Bewertung bekannter Tatsachen.⁵⁷⁵ In diesem Fall muss der Rechtsanwender festlegen, welche Informationen dem Normadressaten bekannt sein müssen und welche Folgerungen er aus diesen gezogen haben muss.⁵⁷⁶ Der erste Schritt ist erst abgeschlossen, wenn ein subsumtionsfähiger Begriff definiert ist, der die Einzelinformationen enthält, die einer Person bekannt sein müssen, damit die tatbestandlichen Anforderungen des Merkmals der Kenntnis erfüllt sind.⁵⁷⁷

Im zweiten Schritt sind sodann diejenigen Informationen zu bestimmen, die dem Betroffenen tatsächlich bekannt sind. Dies sind vor allem Informationen, über die er aus Sicht des Rechtsanwenders – aufgrund eines Geständnisses des Betroffenen oder deren Mitteilung durch einen Dritten – nachweislich verfügt. Bei dieser Stufe des Prüfungsvorgangs handelt es sich um eine Tatfrage.⁵⁷⁸ Bei der Zusammenstellung der Informationen ist darauf zu achten, dass sich die Ermittlung auf die dem Betroffenen tatsächlich bekannten Informationen beschränkt.⁵⁷⁹ Von zentraler Bedeutung ist hierbei Folgendes: Eine der Person bloß *verfügbare* Information darf nicht mit deren Kenntnis gleichgesetzt werden. Die Aufnahme einer Information in den Kenntnisstand, also das Wissen der jeweiligen Person, erfolgt vielmehr (erst) mit dem Verstehen der Information. Dies geschieht durch deren Verbindung mit bereits bekannten und verstandenen Informatio-

572 Schrader, Wissen, 2017, S. 103.

573 Schrader, Wissen, 2017, S. 414.

574 Im Fall des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB (Kenntnis „von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners“) müssen etwa die bekannten Tatsachen in den Kontext des verjährenden Anspruchs gebracht werden, vgl. Schrader, Wissen, 2017, S. 16.

575 Schrader, Wissen, 2017, S. 16.

576 Schrader, Wissen, 2017, S. 415.

577 Schrader, Wissen, 2017, S. 424.

578 Schrader, Wissen, 2017, S. 114.

579 Schrader, Wissen, 2017, S. 415.

nen. Jede Verarbeitung einer Information zu Wissen bedeutet daher, dass die Information in einen Zusammenhang mit dem Vorbekannten gebracht wird. Daher sind bei der Ermittlung des Kenntnisstandes auch bereits bekannte Informationen sowie Fähigkeiten des Betroffenen zu berücksichtigen. Diese bilden den Kontext, in den eine Information gestellt wird.⁵⁸⁰

Erst im letzten Schritt der Prüfung ist der im ersten Schritt definierte Gegenstand der tatbestandlich geforderten Kenntnis mit den im zweiten Schritt festgestellten, dem Betroffenen bekannten Informationen zu vergleichen. Hierzu ist zunächst ein Gesamtvergleich der beiden Kenntnisstände vorzunehmen. Kennt der Betroffene sämtliche im ersten Schritt geforderten Informationen, erübrigt sich jegliche weitere Wertung. Er besitzt zweifellos die von der Wissensnorm geforderte Kenntnis. In den meisten Fällen trifft dies nicht zu. Dem Betroffenen sind hier vielmehr zahlreiche einzelne Informationen bekannt, die sich zwar nicht mit dem gesetzlich geforderten Kenntnisstand decken, aber in engem sachlichem Zusammenhang mit diesem stehen. In diesem Fall ist ein wertender Vergleich zwischen den beiden Kenntnisständen anhand der Einzelinformationen vorzunehmen.⁵⁸¹ Dabei muss folgende zentrale Frage beantwortet werden: *Würde* die betroffene Person, deren Kenntnisstand zu ermitteln ist, in der Situation, in der sie über den Sachverhalt nachdenkt, den die Norm zugrunde legt und tatbestandlich die Kenntnis voraussetzt, ausgehend von den ihr bekannten Einzelinformationen zu dem Gegenstand der geforderten Kenntnis gelangen, wenn sie dabei auf ihr allgemeines und besonderes Fakten- und Erfahrungswissen zurückgreift? Die Formulierung dieser Frage zielt darauf ab, die üblicherweise erwartbare Aktualisierung des Kenntnisstandes („würde“) von der Formulierung von Sorgfaltsanforderungen („könnte“) abzugrenzen, um auf diese Weise die Grenze zwischen positiver Kenntnis und fahrlässiger Unkenntnis zu wahren.⁵⁸² Ausgangspunkt der Frage ist die (hypothetische) Reflexion des Betroffenen über den tatbestandlichen Sachverhalt.⁵⁸³ Wissen bzw. Kenntnis des Betroffenen ist (nur) dann anzunehmen, wenn der Abstand zwischen den beiden innerhalb der vorangegangenen Prüfschritte aufgestellten Vergleichsgrößen, also dem gesetzlich geforderten Kenntnisstand sowie dem beim Betroffenen festgestellten Kenntnisstand, gering genug ist. Maßgeblich hierfür ist, ob der Be-

580 Schrader, Wissen, 2017, S. 425–427, 431.

581 Schrader, Wissen, 2017, S. 415f.

582 Schrader, Wissen, 2017, S. 427, sowie ausführlich S. 428–433.

583 Schrader, Wissen, 2017, S. 412.

troffene Anlass hatte, ausgehend von den ihm bekannten Einzelinformationen und anlässlich der situationsbedingten Aktualisierung seines Kenntnisstandes in die Richtung des tatbestandlich geforderten Gegenstandes der Kenntnis zu denken.⁵⁸⁴ Bei diesem Prüfungsschritt handelt es sich um eine Rechtsfrage.⁵⁸⁵

(c) Übertragung auf autonome Systeme

Die dreistufige Prüfungsmethode *Schraders* zur Definition des tatbestandlich vorausgesetzten Wissens und Bestimmung seines Vorliegens im Einzelfall kann auch für autonome Systeme fruchtbar gemacht werden. Ihre Übertragung ermöglicht die Anwendung des Tatbestandsmerkmals der Kenntnis auf autonome Systeme.

Dabei bestehen hinsichtlich des ersten Prüfungsschritts keine Unterschiede zur Anwendung beim Menschen. Die Definition des tatbestandlichen Gegenstands der Kenntnis als Informationszusammenhang erfolgt gerade abstrakt. Daher ist auf dieser Stufe auch keine Rücksicht darauf zu nehmen, ob es sich beim Wissensträger im Einzelfall um einen Menschen oder ein autonomes System handelt.

Im zweiten Schritt sind diejenigen Informationen zu bestimmen, die dem autonomen System „bekannt“ sind. An dieser Stelle ist der zentrale Aspekt dieses Prüfungsschritts nochmals in Erinnerung zu rufen: Die bloße *Verfügbarkeit* einer Information darf nicht mit deren Kenntnis gleichgesetzt werden. Ihre Aufnahme in den Kenntnisstand erfolgt – bei Menschen – erst mit dem Verstehen der Information. Das Pendant hierzu ist bei autonomen Systemen die *Verarbeitung* der Information. Autonome Systeme haben im mehrdimensionalen Informationsnetzwerk Zugriff auf unterschiedlichste Informationen. Diese können sich unternehmensintern, unternehmensextern, etwa in einer Cloud, oder gar unternehmensübergreifend innerhalb eines Netzwerks oder auf einer Plattform befinden. Sie können aber auch über das Internet für jedermann frei verfügbar sein. Eine in diesem mehrdimensionalen Netzwerk nur verfügbare Information ist aber noch nicht zum Kenntnisstand des Systems zu zählen. Die Aufnahme in diesen erfolgt erst mit der Verarbeitung der Information. Erst durch diesen Vorgang werden aus Daten aufgrund deren Kontextualisierung mit bereits verarbeiteten Informationen überhaupt Informationen. Durch die

584 *Schrader*, Wissen, 2017, S. 429f.

585 *Schrader*, Wissen, 2017, S. 114.

Verbindung der Informationen untereinander entstehen wiederum neue Informationen. Gerade im Internet (aber gegebenenfalls auch in der Wissensbasis des Systems) vorhandene abstrakte Informationen (wie Fachwissen) gelangen erst auf diese Weise überhaupt zu rechtlicher Relevanz. So stehen dem System etwa über die Enzyklopädie *Wikipedia* derzeit über 53 Millionen Artikel zur Verfügung.⁵⁸⁶ Diese enthalten noch weit mehr Einzelinformationen. Doch sind diese Informationen aufgrund des fehlenden Einzelfallbezugs für sich genommen nicht *rechtlich* relevant. Sie werden dies erst durch ihre Verbindung mit anderen konkreten, einzelfallbezogenen Informationen. Hierzu werden sie vom autonomen System anlassbezogen abgerufen und verarbeitet. Eine Information ist daher erst ab ihrer Verarbeitung dem System bekannt.

Unzutreffende Informationen bereiten dabei keine Schwierigkeiten. Sie können vom System generiert werden, wenn die zugrunde liegenden Daten fehlerhaft sind oder aber das System selbst einen Fehler hat. Da die Wissensnormen das Wissen aber stets auf einen objektiv gegebenen Tatbestand beziehen, schadet nur dessen (zutreffende) Kenntnis. Fehlerhafte Informationen über einen objektiv nicht gegebenen Gegenstand können daher nicht zu Wissen, sondern allenfalls zu einem Irrtum führen. An einen solchen knüpfen Wissensnormen (für die positive Kenntnis) aber gerade nicht an.

Deutlich problematischer erweist sich die Nachweisbarkeit der vom System verarbeiteten Informationen. Auch wenn die Befassung mit Beweisfragen ausgeklammert wurde,⁵⁸⁷ sind hierzu einige knappe Ausführungen angezeigt, da es sich um eine bedeutende Schnittstelle der Arbeit zum Zivilprozess handelt. Auch für das Tatbestandsmerkmal des Wissens gilt die ungeschriebene Grundregel: Der Anspruchsteller trägt die Beweislast für die rechtsbegründenden, der Anspruchsgegner für die rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Tatbestandsmerkmale, – kurz – jede Partei für die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm.⁵⁸⁸ Anderes gilt nur für die Wissensnormen, die ausdrücklich gesetzliche Beweislastregeln enthalten.⁵⁸⁹ Die Schwierigkeit der Beweisführung – im Fall von Menschen als Wissensträgern – liegt nun darin, dass es sich bei Wissen um

586 *Statista*, Anzahl der Artikel bei Wikipedia in den Jahren 2002 bis 2020, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/195081/umfrage/anzahl-der-artikel-auf-wikipedia-weltweit/> (zuletzt abgerufen am 4.1.2021).

587 1. Teil, B.

588 So schon *Rosenberg*, Beweislast, 5. Aufl. 1965, S. 90f., 98f.; ferner Musielak/Voit/*Foerste*, § 286 ZPO Rn. 34–36; *MüKoZPO/Prütting*, § 286 ZPO Rn. 113–116.

589 *Buck*, Wissen, 2001, S. 49 mit Beispielen.

eine innere Tatsache handelt, die nur mittels eines Geständnisses des Betroffenen oder mithilfe eines Indizienbeweises zu beweisen ist.⁵⁹⁰ Bei autonomen Systemen sind die von diesen verarbeiteten Informationen dagegen keine inneren Tatsachen mehr, da sie nicht dem menschlichen Innenleben, sondern der Außenwelt angehören. Es handelt sich bei diesen daher um äußere Tatsachen. Dennoch sind sie für die der Organisation gegenüberstehende Partei mangels Zugriffs auf das autonome System nicht zu erkennen, sodass auch hier meist nur eine Beweisführung über Indizien möglich sein wird. Andererseits bereitet der Zugriff auf diese Informationen der Organisation selbst – gerade im Fall der Protokollierung der verarbeiteten Informationen – keine großen Schwierigkeiten.⁵⁹¹

Angesichts dieser Umstände dürften bei autonomen Systemen daher regelmäßig die Grundsätze der sekundären Darlegungslast eingreifen. Danach obliegt der nicht beweisbelasteten Partei eine gesteigerte Substantiierungslast, wenn die an sich beweisbelastete Partei außerhalb des für ihren Anspruch erheblichen Geschehensablaufs steht und deshalb die maßgeblichen Tatsachen nicht kennt, während diese der Gegenseite bekannt und ihr daher nähere Angaben hierzu zumutbar sind.⁵⁹² Diese Grundsätze hat die Rechtsprechung bereits bisher bei Wissensfragen innerhalb arbeitsteiliger Organisationen angewendet.⁵⁹³ Aufgrund des nun noch drastischeren Informationsgefälles zwischen Organisation und Vertragspartner wird daran erst recht bei der Feststellung der von autonomen Systemen verarbeiteten Informationen festzuhalten sein. Erfüllt die Organisation die an sie gestellten Anforderungen nicht durch detaillierte Darlegung der Unrichtigkeit der von ihr bestrittenen Behauptung, sondern begnügt sich mit einfachem Bestreiten, gilt die Behauptung nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestan-

590 Buck, Wissen, 2001, S. 51f.; MüKoZPO/Prütting, § 284 ZPO Rn. 41; Saenger/Saenger, § 284 ZPO Rn. 9.

591 Zur Bedeutung einer Protokollierung für Beweisfragen Stürner, FS Picker, 2010, 809 (817f.); Wiebe, Willenserklärung, 2002, S. 370. Die Datenethikkommission, Gutachten, 2019, S. 190 schlägt – wohl nicht zuletzt deswegen – aus regulatorischer Sicht für bestimmte autonome Systeme Dokumentations- und Protokollierungspflichten vor. Auch Lohmann, AJP 2017, 152 (159) und Martini, JZ 2017, 1017 (1022) sprechen sich für eine Protokollierung der Programmabläufe aus.

592 BGHZ 100, 190 (195f.) (1987); 140, 156 (158f.) (1998); 163, 209 (214) (2005).

593 BGHZ 193, 67 (77f.) (2012); Engelhardt, Wissensverschulden, 2019, S. 171; Grigoletti, ZHR 181 (2017), 160 (176); MüKoBGB/Grothe, § 199 BGB Rn. 46. Auch BGH NZI 2020, 223 (225) tendiert – wenn auch nicht explizit – in diese Richtung. Für die Wissenszurechnung im Konzern Schüler, Wissenszurechnung, 2000, S. 195f., 274.

den.⁵⁹⁴ Ein *non liquet* geht hier aber dennoch zu Lasten der beweisbelasteten Partei.

Anders wäre dies nur im Fall einer Beweislastumkehr. Eine solche setzt als Abweichung von der Beweislast des Gesetzes aber dessen Fortbildung voraus und kommt daher nur in seltenen Fallgruppen in Betracht. Keinesfalls darf sie aus einzelfallbezogenen Billigkeitserwägungen, sondern nur als generelle Regelbildung erfolgen.⁵⁹⁵ Völlig fernliegend ist sie nicht. So hat der Bundesgerichtshof in der *Hühnerpestentscheidung* die Beweislastumkehr im Bereich der Produzentenhaftung auch darauf gestützt, dass der Produzent „näher daran“ sei, den Sachverhalt aufzuklären, das Risiko der Beweislosigkeit daher seiner Sphäre zuzuordnen sei.⁵⁹⁶ Dem Geschädigten wurde die Beweislast mit der Erwägung abgenommen, die Größe des Betriebs, dessen komplizierte, verschachtelte, auf Arbeitsteilung beruhende Organisation sowie verwickelte technische, chemische oder biologische Vorgänge würden es diesem praktisch unmöglich machen, die Ursache des Fehlers aufzuklären. Der Grund hierfür liege in der Risikosphäre des Produzenten, der diese kraft seiner Organisation beherrsche.⁵⁹⁷ Diese Gründe für eine Beweislastumkehr treffen auch für die Wissenszurechnung innerhalb arbeitsteiliger Organisationen, insbesondere die Situation der Feststellung der vom autonomen System verarbeiteten Informationen zu. Daher wird hier über eine Beweislastumkehr jedenfalls nachzudenken sein.⁵⁹⁸ Als Rechtsfortbildung sind an eine solche aber strenge Voraussetzungen zu knüpfen. Sie ist zudem fundiert zu begründen.

Deutlich wird somit jedenfalls, dass gerade aufgrund der Metamorphose des Wissens bei autonomen Systemen von einer inneren in eine äußere Tatsache Möglichkeiten vorhanden sind, die prekäre Lage der beweisbelasteten Partei zu entschärfen. Möglicherweise können diesbezüglich auch Er-

⁵⁹⁴ MüKoZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 106.

⁵⁹⁵ MüKoZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 122, 131.

⁵⁹⁶ BGHZ 51, 91 (105) (1968). Die Nähe algorithmengesteuerter Verfahren zur Produzentenhaftung betont auch *Martini*, JZ 2017, 1017 (1023f.), der sich daher für eine Beweislastumkehr – allerdings im Kontext der Haftung für autonome Systeme – ausspricht.

⁵⁹⁷ BGHZ 51, 91 (105f.) (1968); hierzu auch MüKoBGB/Wagner, § 823 BGB Rn. 1014.

⁵⁹⁸ Skeptisch im Allgemeinen für die Wissenszurechnung *Engelhardt*, Wissensverschulden, 2019, S. 172–174. Deren Erwägungen stützen sich aber u.a. auf die Tatsache, dass der Beweis des Nichtwissens als negativer Tatsache für die Organisation ebenso schwer zu führen ist; dies dürfte – jedenfalls bei entsprechender Protokollierung – für autonome Systeme anders zu beurteilen sein.

kenntnisse aus dem weiter fortgeschrittenen Bereich der Haftung für autonome Systeme fruchtbar gemacht werden.⁵⁹⁹

Im letzten Schritt der dreistufigen Prüfung ist auch bei autonomen Systemen der im ersten Schritt definierte Gegenstand der Kenntnis als Informationszusammenhang mit den im zweiten Schritt festgestellten, vom System verarbeiteten Informationen abzugleichen. Hierzu ist zunächst ein Gesamtvergleich der beiden Kenntnisstände vorzunehmen. Fällt dieser negativ aus, ist auch für das autonome System ein wertender Vergleich zwischen den beiden Kenntnisständen anhand der Einzelinformationen durchzuführen. Diese Vorgehensweise gelingt problemlos, wenn Wissensnormen reine Tatsachenkenntnis verlangen.⁶⁰⁰ Diese ergibt sich ohne Weiteres aus den vom System verarbeiteten Informationen. Auch die teilweise probabilistische Generierung von Informationen⁶⁰¹ ist bei näherer Betrachtung keine dem Recht unbekannte Eigentümlichkeit derartiger Systeme. So wie das System im einführenden Beispiel des Versicherungsantrags zur Information über die Asthmaerkrankung der Versicherungsnehmerin nur mit einer achtzigprozentigen Wahrscheinlichkeit gelangt, haben auch Menschen kein „sicheres“ Wissen. Absolut sicheres Wissen gibt es nicht.⁶⁰² Wenn das Gesetz an Kenntnis anknüpft, verlangt es daher keine sichere, über jeden Zweifel erhabene Kenntnis.⁶⁰³ Kenntnis setzt also gerade nicht die von allen Zweifeln befreite Gewissheit der Existenz oder Nichtexistenz eines Tatbestandes voraus.⁶⁰⁴ Das Maß der erforderlichen Sicherheit hängt dabei vom Zweck der einschlägigen Wissensnorm ab und kann damit durchaus variieren.⁶⁰⁵ Folglich kann eine Information, die auf einer bestimmten Wahrscheinlichkeit beruht, durchaus für die Annahme von Kenntnis ausreichen. Dies ist eine Frage der Wertung. Zudem stehen hin-

599 Vgl. etwa die eindrucklichen Ausführungen bei *Sommer*, Haftung, 2020, S. 371–405.

600 So etwa der für das einführende Beispiel relevante § 19 Abs. 5 S. 2 VVG (Kenntnis des Gefahrumstands oder der Unrichtigkeit der Anzeige); ferner § 356 Abs. 4 S. 1 BGB (Kenntnis der Belehrung über den Verlust des Widerrufsrechts bei vollständiger Vertragserfüllung durch den Unternehmer) sowie § 442 Abs. 1 S. 1 BGB (hinsichtlich der Kenntnis von Sachmängeln).

601 Hierzu 1. Teil, D., III.

602 *Buck*, Wissen, 2001, S. 53.

603 So schon RGZ 74, 117 (120) (1910); 88, 4 (6) (1916).

604 *Sallawitz*, Gleichstellung, 1973, S. 54.

605 *Buck*, Wissen, 2001, S. 53f., 59–66, die als Beispiel die Gutgläubensvorschriften des BGB anführt, bei denen die Voraussetzungen für eine Gutgläubigkeit mit abnehmender Rechtsscheinwirkung des Vertrauenstatbestandes strenger würden, vgl. S. 59f.

ter der probabilistisch geschlussfolgerten Information weitere Informationen, deren Verbindung durch das System erst zu der relevanten Schlussfolgerung geführt hat.⁶⁰⁶ Auch diese können aber im Rahmen des auf dieser Prüfungsstufe anzustellenden Vergleichs der Informationszusammenhänge Berücksichtigung finden. Zwar wäre ein Mensch in manchen Fällen auf den vom System erkannten Zusammenhang gar nicht aufmerksam geworden. In der Retrospektive ist der Zusammenhang aber dennoch zumeist erklärbar und somit auch einer Bewertung durch den Rechtsanwender zugänglich.

Problematisch wird der Vergleich zwischen gesetzlich gefordertem Kenntnisstand und Kenntnisstand des Systems aber, wenn die Wissensnorm mehr als bloße Tatsachenkenntnis verlangt. So müssen die Tatsachen häufig in einen rechtlich erheblichen Kontext gebracht werden.⁶⁰⁷ Wissensnormen, die Rechtsfolgen an Rechtskenntnis knüpfen, setzen gar eine rechtliche Bewertung der bekannten Tatsachen voraus.⁶⁰⁸ Die Algorithmen autonomer Systeme sind aber in aller Regel nicht auf die rechtliche Kontextualisierung oder gar rechtliche Bewertung von Informationen programmiert. Dies dürfte allenfalls bei Implementierung einer Art „Legal Tech-Algorithmus“ der Fall sein.⁶⁰⁹ Die für viele Wissensnormen erforderliche Kontextualisierung oder rechtliche Bewertung erfolgt daher bei der Informationsverarbeitung durch autonome Systeme in der Regel nicht. Auch die in *Schraders* Ansatz enthaltene hypothetische, situationsbezogene Aktualisierung des Kenntnisstandes hilft daher nicht unmittelbar weiter.

Angesichts dieser Umstände bestehen für die Anwendung der Wissensnormen auf autonome Systeme grundsätzlich drei Möglichkeiten: (1) die Ablehnung der tatbestandlich geforderten Kenntnis in Fällen einer erforderlichen rechtlichen Kontextualisierung oder Rechtskenntnis; (2) der Verzicht auf diese beiden Bestandteile des rechtlichen Wissens bei autonomen

606 Etwa im hier gebildeten Beispiel die Angaben der Versicherungsnehmerin sowie vorhandene abstrakte medizinische Informationen.

607 *Schrader*, Wissen, 2017, S. 16. Etwa in § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB (Kontext des verjährenden Anspruchs), § 536c Abs. 1 S. 1 BGB (Kontext der mietvertraglichen Gewährleistung) sowie § 626 Abs. 2 S. 2 BGB (Kontext des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses), vgl. hierzu auch *Schrader*, Wissen, 2017, S. 403–405.

608 Etwa § 173 BGB (Kenntnis des Erlöschens der Vertretungsmacht), § 407 Abs. 1 BGB (Kenntnis der Abtretung), §§ 814, 819 Abs. 1 BGB (Kenntnis des fehlenden Rechtsgrundes) sowie § 892 Abs. 1 S. 1 BGB (Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs).

609 Eingehend hierzu *Hoch*, AcP 219 (2019), 646; ferner *Hähnchen u.a.*, JuS 2020, 625.

Systemen; oder (3) die Konstruktion eines funktionsäquivalenten Maßstabs.⁶¹⁰ Die Ablehnung der tatbestandlich geforderten Kenntnis ist vordergründig die konsequenteste Lösung. Man hat in diesem Fall jedenfalls das Argument auf seiner Seite, die geforderte rechtliche Kontextualisierung bzw. Bewertung werde *de facto* nun einmal nicht vorgenommen. Diese Lösung hat jedoch eine enorme Regelungslücke zur Folge. Viele Wissensnormen könnten dann nämlich auf autonome Systeme keine Anwendung finden. Dies ermöglicht der Organisation die Externalisierung der mit dem Einsatz von autonomen Systemen verbundenen Risiken. Bei funktionaler Ersetzung menschlicher Angestellter durch die Systeme gelingt der Organisation nämlich die Nutzung der von diesen verarbeiteten Informationen, ohne hierfür rechtlich eintreten zu müssen. Folglich ist diese Lösung abzulehnen. Andererseits ist auch der schlichte Verzicht auf die rechtliche Kontextualisierung bzw. Bewertung im Fall autonomer Systeme zu weitgehend. Dieser hätte nämlich die vollständige Gleichsetzung von Tatsachen- und Rechtskenntnis zur Folge. Die autonome Systeme einsetzende Organisation stünde damit ohne ersichtlichen Grund schlechter als im Fall des Einsatzes menschlicher Angestellter. Das würde den Einsatz dieser gesamtgesellschaftlich durchaus wünschenswerten Innovation in Unternehmen infrage stellen. Das Recht würde auf diese Weise zum Innovationshindernis.

Vorzugswürdig im Sinne einer innovationsermöglichenden Rechtsfortbildung ist daher die Begrenzung der Annahme von (Rechts-)Kenntnis mithilfe eines entsprechenden Maßstabs, der der funktionalen Äquivalenz des Einsatzes von Mensch und System gerecht wird. Hierzu kann die deutlich fortgeschrittenere Diskussion im Bereich der Haftung für autonome Systeme fruchtbar gemacht werden. Dort stellt sich nämlich eine ähnlich gelagerte Problematik: Aufgrund der fehlenden Verschuldensfähigkeit autonomer Systeme werden für die Anwendung des § 278 BGB auf ebenjene Verschuldensäquivalente benötigt.⁶¹¹ Als solche werden ein *anthropoparalleler* sowie ein *systembezogener* Maßstab diskutiert.⁶¹² Während der anthropoparallele Maßstab sich die Aktion des autonomen Systems als Handlung

610 Zu diesen Optionen für die Anwendung des Verschuldens auf autonome Systeme im Bereich der Haftung Hacker, RW 2018, 243 (256–265).

611 Hacker, RW 2018, 243 (259); Sommer, Haftung, 2020, S. 137; Zech, ZfPW 2019, 198 (211f.).

612 Hierzu bereits Wolf, JuS 1989, 899 (902); ferner Wiebe, Willenserklärung, 2002, S. 188f.; im Kontext autonomer Systeme Hacker, RW 2018, 243 (259–265); Sommer, Haftung, 2020, S. 137f. Zu einem systembezogenen Maßstab für (nicht-autonome) Systeme bereits Brunner, Computerfehlleistungen, 1970, S. 102–107.

des menschlichen Geschäftsherrn (bei Gesellschaften derer Organe) denkt und anhand dieser (hypothetischen) Handlung die Frage des Verschuldens beantwortet, stellt der systembezogene Maßstab auf ein Zurückbleiben des Systems hinter technischen Standards ab.⁶¹³ Ein systembezogener Maßstab hilft aber für die Frage der rechtlichen Kontextualisierung oder Bewertung von Informationen gerade nicht weiter, da autonome Systeme diese schließlich derzeit nicht vornehmen. Er würde somit etwas voraussetzen, das er gerade zu ersetzen sucht und sich somit als Zirkelschluss erweisen.⁶¹⁴ Für die *rechtliche Kontextualisierung und Bewertung* von Informationen muss daher auf einen anthropoparallelen Maßstab zurückgegriffen werden.⁶¹⁵ Mit der von *Schrader* entwickelten Prüfungsmethode wäre somit im Fall der erforderlichen rechtlichen Kontextualisierung oder Rechtskenntnis auf dritter Stufe der Prüfung folgende Frage zu stellen: *Würde* ein menschlicher Angestellter in der Situation, in der er über den von der Wissensnorm zugrunde gelegten Sachverhalt nachdenkt, aufgrund der vom autonomen System verarbeiteten Informationen zum Gegenstand der geforderten Kenntnis gelangen?

Auf diese Weise gelingt es, Sachverhalte menschlicher sowie systemischer Informationsverarbeitung entsprechend ihrer Funktionsäquivalenz gleichzubehandeln. Die anthropoparallele Betrachtung wird zudem dadurch gerechtfertigt, dass aufgrund des Zusammenwirkens von autonomem System und Mensch innerhalb der arbeitsteiligen Organisation die vom System verarbeiteten Informationen in der Regel, d.h. bei rechtlich geforderter Wissensorganisation, an den Menschen weitergeleitet werden.⁶¹⁶ Dieser ist es – zumindest in den Bereichen der Informationsbeschaffung und -auswertung sowie der Entscheidungsfindung – auch, der

Auch im Produkthaftungsrecht findet sich zur Bestimmung des Produktfehlers ein anthropoparalleler Maßstab bei *Borges*, CR 2016, 272 (275f.); *Gomille*, JZ 2016, 76 (77); dagegen favorisiert *Wagner*, AcP 217 (2017), 707 (733–736) einen systembezogenen Maßstab. Generell ablehnend *Heiderhoff/Gramsch*, ZIP 2020, 1937 (1940f.).

613 *Hacker*, RW 2018, 243 (259); *Sommer*, Haftung, 2020, S. 137f.; so auch bereits *Wolf*, JuS 1989, 899 (902); ferner *Wiebe*, Willenserklärung, 2002, S. 188f.

614 Dies könnte allerdings bei fortschreitender Entwicklung und Implementierung eines rechtliche Bewertungen ermöglichenden Algorithmus anders zu beurteilen sein. Dann dürfte aber zuvörderst auf die eigenen (dann auch rechtlichen) Schlussfolgerungen des jeweiligen Systems abzustellen sein.

615 Anders ist dies aber bei reiner Tatsachenkenntnis, vgl. soeben, sowie fahrlässiger Unkenntnis, vgl. 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (2), (c).

616 Dahinter steht nicht zuletzt das Gebot eines menschenzentrierten Designs autonomer Systeme, vgl. *Datenethikkommission*, Gutachten, 2019, S. 163.

letztlich aufgrund oder trotz dieser Informationen handelt oder die rechtlich erwartete Handlung unterlässt. Gerade auf diese Handlungssituation nehmen die Wissensnormen aber in der Regel Bezug.⁶¹⁷ Mit der Wissenszurechnung wird daher (lediglich) der Umstand ausgeglichen, dass aufgrund der arbeitsteilungsbedingten Wissensaufspaltung innerhalb der juristischen Person das rechtlich relevante Wissen beim für diese Handelnden nicht vorhanden ist. Bei diesem würde das Vorliegen der Kenntnis aber gerade anthropozentrisch bestimmt. All dies spricht für einen anthropoparallelen Maßstab in den Fällen der rechtlichen Kontextualisierung sowie Rechtskenntnis beim autonomen System. Ein weiterer Vorteil des Maßstabs ist dessen offensichtliche Praktikabilität, da so die bestehende Dogmatik zur Rechtskenntnis angewendet und das Vorliegen von Rechtskenntnis wie bisher bestimmt werden kann.

In die bestehende Dogmatik zur Rechtskenntnis fügt sich die anthropoparallele und damit verobjektivierende Feststellung des rechtlich relevanten Wissens auch problemlos ein. Auch innerhalb dieser gibt es nämlich starke Tendenzen hin zu einer Verobjektivierung der Rechtskenntnis. Bereits die auf autonome Systeme übertragene Methode *Schraders* führt aufgrund der hypothetischen Aktualisierung des Kenntnisstandes („würde“) zu einer gewissen Verobjektivierung. Auch darüber hinaus besteht aufgrund der erheblichen Beweisschwierigkeiten im Zusammenhang mit der Rechtskenntnis weitgehend Einigkeit über eine Verobjektivierung und damit Reduktion der Anforderungen an deren Vorliegen.⁶¹⁸ Mit im Einzelnen unterschiedlicher Akzentuierung wird dabei die Rechtskenntnis bei Feststellung der Kenntnis der ihr zugrunde liegenden Tatsachen durch objektive Kriterien ersetzt. Auf die Feststellung der tatsächlich vorhandenen subjektiven Kenntnis des Einzelnen wird dabei verzichtet.⁶¹⁹ Stattdessen wird darauf abgestellt, ob aufgrund der dem Betroffenen bekannten Tatsachen ein „verständiger Durchschnittsmensch“⁶²⁰, ein „redlich Denkender“⁶²¹ oder „jedermann mit seiner Verkehrserfahrung verständigerwei-

617 Hierzu *Baum*, Wissenszurechnung, 1999, S. 32–34.

618 *Buck*, Wissen, 2001, S. 84.

619 Hierzu treffend *Buck*, Wissen, 2001, S. 90f.

620 So schon *Reichel*, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 42 (1916), 173 (189).

621 BGHZ 26, 256 (260) (1958); 32, 76 (92) (1960); hierzu auch *J.P. Bauer*, GS Schultz, 1987, 21 (24f.).

se“⁶²² zur Rechtskenntnis gelangt wäre. Teilweise findet sich gar die Ansicht, die Rechtskenntnis sei allein normativ-objektiv aufgrund der dem Betroffenen bekannten Tatsachen zu bestimmen. Dessen subjektive Vorstellungen seien hierfür daher völlig unbeachtlich.⁶²³ Der vorgeschlagene anthropoparallele Maßstab für die Bestimmung der rechtlichen Kontextualisierung oder Bewertung der vom autonomen System verarbeiteten Informationen geht somit über die auch bei Menschen bestehenden Objektivierungstendenzen nicht hinaus.

(d) Mögliche Einwände

Gegen die herausgearbeitete Methode der Anwendung des Tatbestandsmerkmals des Wissens auf autonome Systeme ist mit zwei Einwänden zu rechnen. Zwar ist die Untersuchung auf diese bereits beiläufig eingegangen. Die beiden Einwände sind an dieser Stelle jedoch noch einmal präzise zu benennen, um sie zu entkräften und damit die entwickelte Methode zu stärken.

Für Kritiker, die sich auf den Standpunkt stellen, Wissen weise zwingend einen biologisch-zerebralen Bezug auf und sei daher nur auf Menschen bezogen, liegt der Vorwurf nahe, der hier entwickelte Ansatz stelle diesem Befund elektronische Speichermedien als objektive Verfügbarkeitsdimension von Informationen gleich. Er verwische somit die Grenzen zwischen Wissen und Wissenmüssen.⁶²⁴ Dieser Vorwurf mag bei bloßer Erweiterung des menschlichen Gedächtnisses durch Akten oder Computer berechtigt sein. Er wird jedoch der funktionalen Äquivalenz der autonomen Systeme nicht gerecht, die den Menschen nun bereits bei der Informationsbeschaffung und -auswertung ersetzen. Vielmehr leugnet er diese aufgrund einer – der technischen Innovation nicht gerecht werdenden – anthropozentrischen Perspektive. Er führt damit zu erheblichen Rege-

622 BGH NJW 1995, 2103 (2105); ähnlich bereits RG JW 1932, 2083 (2085) („bei verständiger Würdigung“); BGH NJW 1977, 581 (582) („nach allgemeiner Kenntnis“).

623 RGZ 60, 200 (204) (1905); BGH NJW 1997, 3175 (3175f.); OLG Hamm NJW 1977, 1824; Martinek, JZ 1996, 1099 (1101f.); D. Reuter/Martinek, Bereicherung, 1983, S. 643; Schreiber, Anm. zu OLG Hamm Urt. v. 27.5.1977 – 11 U 56/77, JuS 1978, 230 (231).

624 So etwa die Argumentation bei Grigoleit, ZHR 181 (2017), 160 (173f.), wobei dieser hierbei nicht den Einsatz autonomer Systeme berücksichtigt. Für autonome Systeme so aber Kianička, Agentenerklärung, 2012, S. 110–113.

lungslücken und gesamtgesellschaftlich unerwünschten Anreizen für Unternehmen.⁶²⁵ Um den geänderten technischen wie wirtschaftlichen Rahmenbedingungen gerecht zu werden, sind daher situationsadäquate Rechtskonstruktionen gefragt.⁶²⁶ Ersetzen autonome Systeme menschliche Angestellte als „Augen und Ohren“ des Unternehmens, ist eine interessengerechte Anwendung des rechtlichen Wissensbegriffs auf diese nur konsequent. Dass dabei – eben bezogen auf die Systeme – eine sachgerechte Abgrenzung zwischen Wissen und Wissenmüssen möglich ist, wurde mit dem zentralen Kriterium der Informationsverarbeitung bereits aufgezeigt und ist im Folgenden hinsichtlich des Wissenmüssens noch zu vertiefen. Zudem werden auch Verfechter eines rein auf Menschen bezogenen Wissensbegriffs konzедieren müssen, dass aufgrund der Fähigkeiten autonomer Systeme sowie ihres Zusammenwirkens mit menschlichen Angestellten in der Regel eine Kommunikation der Information an einen menschlichen Angestellten zu erwarten ist und anders als in prädigitalen Zeiten dieser nicht proaktiv nach der Information suchen muss. Die ordnungsgemäße Organisation der Kommunikation ist aber seit jeher Anliegen der Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht. Diese setzt aber zunächst einen Zurechnungsgegenstand voraus.

Ein weiterer Einwand könnte darin liegen, dass der vorgeschlagene Ansatz zu einer Gleichsetzung von Tatsachen- mit Rechtskenntnis führt und damit – jedenfalls hinsichtlich der Rechtskenntnis – den Unterschied zwischen positiver Kenntnis und fahrlässiger Unkenntnis einebnet. Denn anders als im Fall von Menschen, bei denen Rechtskenntnis tatsächlich vorliegen kann, handelt es sich hierbei im Fall von autonomen Systemen um eine reine Fiktion. Daran ist zunächst zutreffend, dass das Ergebnis der Rechtskenntnis als solches im Fall von autonomen Systemen eine rechtliche Fiktion ist. Die unbefriedigenden Alternativen wurden jedoch aufgezeigt.⁶²⁷ Entscheidend ist zudem der Weg, auf dem man zu dieser Fiktion gelangt. Dieser liegt nicht in einem schlichten Verzicht auf die Rechtskenntnis, sondern in einer wertenden anthropoparallelen Betrachtung, die eine Gleichbehandlung der Sachverhalte menschlicher sowie systemischer Informationsverarbeitung erlaubt. Auch bei der Feststellung der Rechtskenntnis von Menschen bestehen aber starke Objektivierungstendenzen. Somit werden auch dort Bedenken hinsichtlich der Abgrenzung von Wis-

625 Vgl. 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (1), (a) sowie 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (1), (c).

626 Teubner, AcP 218 (2018), 155 (163).

627 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (1), (c).

sen und Wissenmüssen geäußert.⁶²⁸ Es handelt sich daher um kein spezifisches Problem autonomer Systeme. Wissen und Wissenmüssen sind zudem nicht völlig andersartig. Es bestehen zwischen diesen eher graduelle Unterschiede hinsichtlich der Informationsintensität.⁶²⁹ Dass diese auch bei einer hypothetischen Als-Ob-Betrachtung gewahrt werden können, hat bereits *Schrader* mit seiner Unterscheidung zwischen „würde“ und „könnte“ gezeigt.⁶³⁰

(2) Wissenmüssen

Wissenszurechnung meint – entgegen dem insoweit zu engen Begriff – die Zurechnung von Wissen und Wissenmüssen.⁶³¹ Dies verdeutlicht bereits ein Blick in die zentrale Regelung des § 166 Abs. 1 BGB. Daher ist im Folgenden auch zu untersuchen, ob und unter welchen Umständen im Zusammenhang mit autonomen Systemen von einem Wissenmüssen auszugehen ist. Das Gesetz spricht insoweit von Kennenmüssen, § 166 Abs. 1 BGB. Ein solches liegt nach der Legaldefinition des § 122 Abs. 2 BGB vor, wenn der Betroffene den von der Wissensnorm vorausgesetzten Gegenstand der Kenntnis infolge von Fahrlässigkeit nicht kennt. Fahrlässigkeit meint dabei nach der allgemeinen Definition des § 276 Abs. 2 BGB das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Zahlreiche Wissensnormen stellen das Kennenmüssen der positiven Kenntnis gleich.⁶³² Teilweise wird insoweit aber auch grob fahrlässige Unkenntnis verlangt.⁶³³ Eine solche ist nach allgemeiner Definition dann anzunehmen, wenn der Betroffene auch ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt hat oder

628 Hierzu *Buck*, Wissen, 2001, S. 92f.

629 In diese Richtung schon *Bohrer*, Anm. zu BGH Urt. v. 8.12.1989 – V ZR 246/87, DNotZ 1991, 124 (130).

630 *Schrader*, Wissen, 2017, S. 432f.

631 *Schilken*, Wissenszurechnung, 1983, S. 7f.; zum Wissenmüssen als Zurechnungsgegenstand ferner etwa *Baisch*, Verjährungsbeginn, 2018, S. 49–53; *Buck*, Wissen, 2001, S. 31–46; *Grigoleit*, ZHR 181 (2017), 160 (172–174); *Heidrich*, Wissen, 2001, S. 256f.

632 Etwa §§ 122 Abs. 2, 123 Abs. 2, 142 Abs. 2, 173, 179 Abs. 3 S. 1, 254 Abs. 2 S. 2, 434 Abs. 1 S. 3 BGB; § 12 Abs. 1 ProdHaftG.

633 Etwa §§ 199 Abs. 1 Nr. 2, 442 Abs. 1 S. 2, 536b S. 2, 932 Abs. 2 BGB.

das nicht beachtet hat, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen.⁶³⁴

Die Projektion der Verschuldensform der Fahrlässigkeit in die Wissensnormen macht zunächst eine allgemeine Befassung mit der dogmatisch problematischen Verbindung von Fahrlässigkeit und Unkenntnis erforderlich. Diese legt nämlich auf den ersten Blick Parallelen zur Problematik der Haftung für autonome Systeme nahe. Dort ist nach § 278 BGB ein Verschulden des Erfüllungsgehilfen erforderlich. Ein solches setzt nach §§ 276 Abs. 1 S. 2, 827, 828 BGB die Verschuldensfähigkeit desselben voraus. Die Grundlage der Verschuldensfähigkeit wiederum ist die Fähigkeit zur willentlichen Steuerung des eigenen Verhaltens.⁶³⁵ Autonome Systeme verfügen aber über keinen freien Willen in diesem Sinn. Trotz Lernfähigkeit sowie Anpassung an die Umwelt ist deren Verhalten durch die ihnen zugrunde liegenden Algorithmen vorherbestimmt – wenn auch etwa im Fall künstlicher neuronaler Netze auf höchst komplexe und opake Weise. Daher wird im Kontext der Haftung die analoge Anwendung des § 278 BGB auf autonome Systeme oftmals mit schlichtem Verweis auf deren fehlende Verschuldensfähigkeit abgelehnt.⁶³⁶ Die folgende Analyse des Wissenmüssens soll aber verdeutlichen, dass es sich bei der in dieses implementierten Fahrlässigkeitskomponente gerade um kein Verschulden in diesem Sinn handelt, sondern um ein normatives Zurechnungselement zur Gleichstellung von Unkenntnis mit Kenntnis. Dies ermöglicht die Anwendung des Wissenmüssens auch auf autonome Systeme. Im Anschluss daran soll untersucht werden, in welchen Konstellationen bereits an ein Wissenmüssen eines menschlichen Angestellten angeknüpft werden kann. In diesen Fällen bedarf es des autonomen Systems als Zurechnungssubjekt erst gar nicht. Es gibt aber Konstellationen, in denen allein an ein Wissenmüssen des autonomen Systems angeknüpft werden kann.

634 RGZ 141, 129 (131) (1933); BGHZ 10, 14 (16) (1953); 89, 153 (161) (1983); 186, 152 (161) (2010); NJW-RR 2016, 1187 (1189); MüKoBGB/Grothe, § 199 BGB Rn. 31.

635 Staudinger/Oechsler, § 827 BGB Rn. 1; BeckOKBGB/Spindler, § 827 BGB Rn. 1; MüKoBGB/Wagner, § 827 BGB Rn. 1.

636 Vgl. hierzu schon Fn. 558 m.w.N.

(a) Allgemeine dogmatische Problematik

Im Wissenmüssen hat der Gesetzgeber mit der Fahrlässigkeit und der Unkenntnis zwei Merkmale miteinander verbunden, die nicht reibungsfrei ineinander greifen. Die dogmatische Einordnung dieser Verbindung ist daher bis heute ungeklärt.⁶³⁷ Bei der Fahrlässigkeit handelt es sich um eine Verschuldensform (§ 276 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB), die sich als solche stets auf ein rechtswidriges, d.h. gegen die Rechtsordnung verstoßendes, Verhalten bezieht.⁶³⁸ Die Unkenntnis als solche ist aber kein Verhalten, sondern lediglich ein in der Vorstellungswelt des Betroffenen vorhandener Bewusstseinszustand, der für sich genommen nicht im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen und daher weder rechtswidrig noch Gegenstand eines Schuldvorwurfs sein kann.⁶³⁹ Eine fahrlässige – im Sinne einer verschuldeten – Unkenntnis wäre daher nur denkbar, wenn eine allgemeine Rechtspflicht bestünde, einen bestimmten Kenntnisstand zu erreichen.⁶⁴⁰ Die Wissensnormen enthalten eine solche Rechtspflicht allerdings nicht. Es ist vielmehr der diesen gemeinsame Gedanke des Selbstschutzes des Betroffenen, der bei Wissen sowie Wissenmüssen desselben zu für diesen nachteiligen Rechtsfolgen führt.⁶⁴¹ Hieran vermag auch die teilweise vorgenommene – dogmatisch unzutreffende – vorverlagernde Anknüpfung an den Vorgang der Kenntniserlangung nichts zu ändern.⁶⁴²

Teilweise wird daher für das Wissenmüssen eine Obliegenheitsverletzung als „Verschulden gegen sich selbst“ konstruiert, auf die sich die Fahrlässigkeit beziehen soll.⁶⁴³ Auch diese dogmatische Konstruktion vermag jedoch gleich aus mehreren Gründen nicht zu überzeugen. Eine Obliegen-

637 So *Baisch*, Verjährungsbeginn, 2018, S. 49f.

638 *Buck*, Wissen, 2001, S. 33–35; *Deutsch*, Fahrlässigkeit, 1963, S. 56; *MüKoBGB/Grundmann*, § 276 BGB Rn. 53; *BeckOKBGB/Lorenz*, § 276 BGB Rn. 8. Das rechtswidrige Verhalten liegt dabei im vertraglichen Bereich in der Pflichtverletzung, im deliktischen Bereich in einer Rechtsguts- bzw. Rechtsverletzung.

639 So bereits *Rabe*, Bösgläubigkeit, 1970, S. 88; ferner *Buck*, Wissen, 2001, S. 35; *Schilken*, Wissenszurechnung, 1983, S. 54; *Wetzel*, Zurechnung, 1971, S. 46f.

640 Zutreffend *Baisch*, Verjährungsbeginn, 2018, S. 50.

641 *Buck*, Wissen, 2001, S. 34; *Riedhammer*, Kenntnis, 2004, S. 54, 61–67; *Schilken*, Wissenszurechnung, 1983, S. 56; a.A. dagegen *Grigoleit*, ZHR 181 (2017), 160 (172), der informationelle Sorgfaltspflichten aus Schutz- bzw. Verkehrspflichten konstruiert.

642 Eine solche findet sich etwa bei *Oldenbourg*, Wissenszurechnung, 1934, S. 15f.; ebenfalls kritisch *Buck*, Wissen, 2001, S. 35f.

643 BGHZ 186, 152 (161) (2010); NJW 2015, 2956; NJW-RR 2016, 1187 (1189) (jeweils zu § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB); *Baisch*, Verjährungsbeginn, 2018, S. 51; *Bartels*,

heit ist nach allgemeiner Definition gegeben, wenn an ein bestimmtes Verhalten eine nachteilige Rechtsfolge geknüpft wird, die weder in einem Erfüllung- noch in einem Schadensersatzanspruch besteht.⁶⁴⁴ Auch eine Obliegenheitsverletzung setzt daher ein „analog rechtswidriges Verhalten“⁶⁴⁵ voraus, das mit dem Wissenmüssen als bloßem Zustand nicht gegeben ist.⁶⁴⁶ Ein Abstellen auf den Vorgang der Kenntniserlangung als möglichem Verhalten würde dagegen der gesetzlichen Gleichstellung von Kennen und Kennenmüssen widerstreben.⁶⁴⁷ Denn (auch) für die Kenntnis ist allein der Kenntnisstand als Zustand relevant. Die diesbezügliche Gleichstellung von Kennen und Kennenmüssen kommt auch darin zum Ausdruck, dass das Kennenmüssen als bloßer Zustand ausweislich dessen Wortlauts ebenfalls der Zurechnungsnorm des § 166 Abs. 1 BGB unterfällt, wohingegen die Zurechnung von Verhalten in § 278 BGB geregelt ist.⁶⁴⁸ Die Annahme einer Obliegenheit würde daher dem eher graduellen Unterschied zwischen Wissen und Wissenmüssen nicht gerecht. Schließlich würde die Annahme einer Obliegenheit zu dem – zumindest dogmatisch – befremdlichen Ergebnis führen, dass deren Erfüllung wie auch Verletzung gleichermaßen den Eintritt der nachteiligen Folge der Wissensnorm bewirkt.⁶⁴⁹

Die Fahrlässigkeit der Unkenntnis ist daher nicht als eine solche im technischen Sinn gemäß § 276 BGB zu verstehen.⁶⁵⁰ Das Wissenmüssen ist vielmehr die Zusammenfassung der Umstände, die es nach der Wertung des Gesetzgebers als unbillig erscheinen lassen, dass jemand aus seiner Un-

AcP 205 (2005), 687 (689f.); *Deutsch*, Fahrlässigkeit, 1963, S. 357–359; *MüKo-BGB/Grothe*, § 199 BGB Rn. 31; *Zeuner*, JZ 1966, 1 (1f.).

644 Grundlegend *R. Schmidt*, Obliegenheiten, 1953, S. 315.

645 *R. Schmidt*, Obliegenheiten, 1953, S. 206, 318.

646 *Becker*, Kennen und Kennenmüssen, 1899, S. 10; *Buck*, Wissen, 2001, S. 34, 36; *Huber*, FS Huber, 1973, 253 (262); *Schilken*, Wissenszurechnung, 1983, S. 55; *Wetzel*, Zurechnung, 1971, S. 46f.

647 *Wetzel*, Zurechnung, 1971, S. 48; dies erkennt auch *Bartels*, AcP 205 (2005), 687 (712).

648 Hierzu bereits 2. Teil, A.

649 *Sturm*, Verjährung, 2005, S. 519f. So wird bei Erfüllung der „Informationsobliegenheit“ stets positive Kenntnis vorliegen, während deren Verletzung zu fahrlässiger Unkenntnis führt. Diese Situation wird aber dem Charakter der Obliegenheit als teleologischem Nötigungstatbestand nicht gerecht, da sich die rechtliche Lage des Betroffenen in beiden Fällen verschlechtert. Zum Charakter der Obliegenheit als teleologischem Nötigungstatbestand *R. Schmidt*, Obliegenheiten, 1953, S. 103, 314f.

650 *Bohrer*, Anm. zu BGH Urt. v. 8.12.1989 – V ZR 246/87, DNotZ 1991, 124 (125); *Buck*, Wissen, 2001, S. 37.

kenntnis einen Rechtsvorteil zieht.⁶⁵¹ Es enthält ein normatives Zurechnungselement: Dem Betroffenen wird zugemutet, sich *verfügbare* Kenntnis zu verschaffen, weil ihm Umstände zugerechnet werden, aus denen Kenntnis zu folgern wäre.⁶⁵² Entsprechend handelt es sich auch bei den teilweise angenommenen „Nachforschungspflichten“ letztlich um nichts anderes als ein Zurechnungs- und damit Wertungskriterium innerhalb des Tatbestandsmerkmals des Wissenmüssens.⁶⁵³

Um dieses Verständnis des Wissenmüssens schließlich für die Rechtsanwendung zu operationalisieren, bietet sich dessen Feststellung im Einzelfall anhand einer Art *beweglichen Systems*⁶⁵⁴ an. Als Zurechnungskriterien können dabei der von der Wissensnorm vorausgesetzte Verschuldensgrad (einfache oder grobe Fahrlässigkeit),⁶⁵⁵ der beim Betroffenen festgestellte Kenntnisstand und dessen Nähe zum gesetzlich geforderten Kenntnisstand, die Art des zugrunde liegenden Geschäfts, Anlass sowie Aufwand und Nutzen der Informationssuche⁶⁵⁶ sowie schließlich die Nähe der maßgeblichen Information zur Sphäre des Betroffenen dienen. Mit dem von der Wissensnorm verlangten Verschuldensgrad hat der Gesetzgeber die Schutzbedürftigkeit des Betroffenen zum Ausdruck gebracht. Die Gleichstellung von Unkenntnis mit Kenntnis ist bei einfacher Fahrlässigkeit somit eher, bei grober Fahrlässigkeit dagegen nur unter gewichtigen Umständen anzunehmen. Der Verschuldensgrad bildet damit den Maßstab für die jeweilige Begründungslast des Rechtsanwenders. Die Bedeutung der Nähe des festgestellten Kenntnisstandes des Betroffenen zum gesetzlichen Kenntnisstand ergibt sich bereits aus der hier vertretenen Prüfungsmetho-

651 Wetzel, Zurechnung, 1971, S. 49; zustimmend Buck, Wissen, 2001, S. 37; ähnlich Richardi, AcP 169 (1969), 385 (390) sowie bereits Hölder, AcP 73 (1888), 1 (135f.).

652 Bohrer, Anm. zu BGH Urt. v. 8.12.1989 – V ZR 246/87, DNotZ 1991, 124 (125); zustimmend Adler, Wissenszurechnung, 1997, S. 10; Buck, Wissen, 2001, S. 37; ähnlich Bott, Wissenszurechnung, 2000, S. 201.

653 Buck, Wissen, 2001, S. 42. Zu „Nachforschungspflichten“ im Rahmen der (grob) fahrlässigen Unkenntnis RGZ 58, 162 (164) (1904); 141, 129 (131–133) (1933); 147, 321 (331) (1935); BGHZ 10, 14 (17) (1953); 86, 300 (311) (1983); NJW 1996, 2226 (2227); Bartels, AcP 205 (2005), 687 (689–695); Staudinger/Wiegand, § 932 BGB Rn. 55–67.

654 Zur aus dem Schadensrecht stammenden Methode des beweglichen Systems Th. Möllers, Methodenlehre, 3. Aufl. 2020, § 8 Rn. 2–8; diese geht auf Wilburg, Bewegliches System, 1951, passim zurück.

655 Hierzu bereits Bohrer, Anm. zu BGH Urt. v. 8.12.1989 – V ZR 246/87, DNotZ 1991, 124 (125).

656 Hierzu Buck, Wissen, 2001, S. 44.

de zur Feststellung des Wissens. Ist der Unterschied dieser beiden Informationszusammenhänge so groß, dass der Betroffene bei hypothetischer, situationsbezogener Aktualisierung seines Kenntnisstandes nicht zur tatbestandlich geforderten Kenntnis gelangen *würde*, sondern allenfalls unter Heranziehung zusätzlicher Informationen gelangen *könnte*,⁶⁵⁷ so liegt die Annahme fahrlässiger Unkenntnis umso näher, je geringer die Divergenz der beiden Kenntnisstände ist. Die Nähe der relevanten Information zur Sphäre des Betroffenen kann im Einzelfall – gerade angesichts des mehrdimensionalen Informationsnetzwerks, in dem sich Organisationen heute bewegen – ein weiteres hilfreiches Kriterium sein. Je näher die *verfügbare* Information der Sphäre des Betroffenen ist, desto eher ist ihm deren Kenntnisnahme zuzumuten. Aufwand und Nutzen der Informationssuche schließlich korrelieren miteinander und öffnen die vorzunehmende Wertung auch für ökonomische Erwägungen.⁶⁵⁸

Ein solches Vorgehen entspricht im Ergebnis auch der in der Praxis letztlich vorgenommenen Bildung von Fallgruppen.⁶⁵⁹ Einer solchen ist es aber aufgrund seiner systematisierenden Wirkung sowie der damit einhergehenden Nachvollziehbarkeit seiner Ergebnisse deutlich überlegen. Es eignet sich zudem mangels Anknüpfung an ein Verschulden im technischen Sinn auch für die hier anzustellende Untersuchung der Wissenszurechnung bei autonomen Systemen.⁶⁶⁰

657 Hierzu *Schrader*, Wissen, 2017, S. 432.

658 Zur Bedeutung von Aufwand und Nutzen für die Frage der Fahrlässigkeit unter Effizienzgesichtspunkten, insbesondere deren Bestimmung anhand der *Learned Hand*-Formel, *Posner*, Economic Analysis of Law, 9. Aufl. 2014, S. 191–196; ferner *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 182f.

659 Hierzu BeckOGK/*Piekenbrock*, § 199 BGB Rn. 128.

660 Sollte man der hier vertretenen Ansicht allerdings nicht folgen und die Fahrlässigkeit auf eine Obliegenheitsverletzung beziehen, erscheint eine Anwendung des Tatbestandsmerkmals des Wissenmüssens auf autonome Systeme dennoch denkbar. Zum einen wäre der Fahrlässigkeitsbezug in diesem Fall auf das kognitive Element beschränkt, sodass es auf das – für autonome Systeme problematische – voluntative Element nicht ankäme, vgl. *Riedhammer*, Kenntnis, 2004, S. 68. Zudem wäre die Fahrlässigkeit nach überwiegender Ansicht anhand eines streng objektiven, typisierten Maßstabs zu bestimmen, vgl. etwa *Becker*, Kennen und Kennenmüssen, 1899, S. 8; *Kramer*, AcP 171 (1971), 422 (438f.); *Riedhammer*, Kenntnis, 2004, S. 71; *Walter*, Wissenszurechnung, 2005, S. 27. Für autonome Systeme könnte daher mit entsprechenden funktionalen Verschuldensäquivalenten operiert werden, vgl. Fn. 612.

(b) Wissenmüssen des menschlichen Angestellten

Bei organisationsbedingtem Zusammenwirken von autonomem System und menschlichem Angestellten dürfte in aller Regel bereits ein Wissenmüssen des menschlichen Angestellten vorliegen. Denn in dieser Konstellation ist die Weiterleitung der vom System beschafften sowie ausgewerteten Informationen an den Menschen vorgesehen. Unterlässt der jeweilige Angestellte daher etwa die Nutzung des Systems, sei es mangels Aufrechterhaltung von dessen Betriebsbereitschaft oder aufgrund schlichten Verzichts auf dessen Einsatz im Einzelfall, kann folglich bereits an seine Unkenntnis angeknüpft werden. Ob diese als (grob) fahrlässig zu beurteilen ist, muss allerdings erst anhand der oben aufgezeigten Kriterien bestimmt werden. Bei vom autonomen System ohne Weiteres zu verarbeitenden Informationen dürfte ein Wissenmüssen freilich regelmäßig anzunehmen sein. Ein weiterer Fall möglichen Wissenmüssens des Angestellten liegt in dessen Kenntnisnahme von vom autonomen System beschafften Informationen, die zwar für den gesetzlich geforderten Kenntnisstand (des Systems wie auch des Angestellten) nicht ausreichen, aber aufgrund ihrer dennoch vorhandenen Nähe zu selbigem sowie weiterer Umstände (grob) fahrlässige Unkenntnis zu begründen vermögen. Derartige Umstände können dabei etwa in bestimmten Verdachtsmomenten liegen, die Anlass zur Beschaffung weiterer Informationen geben. Ist der mit der Informationsbeschaffung verbundene Aufwand gering und/oder sind die noch fehlenden Informationen der Sphäre der Organisation zuzuordnen – etwa aufgrund deren Verfügbarkeit in einem Unternehmensnetzwerk – liegt die Annahme eines Wissenmüssens des Angestellten ebenfalls nahe.⁶⁶¹ Es kann daher in den aufgezeigten Konstellationen an das Wissenmüssen des Angestellten und damit an diesen als Zurechnungssubjekt der juristischen Person angeknüpft werden. Hierbei handelt es sich um eine Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht im herkömmlichen Sinn. Einer Heranziehung des autonomen Systems als Zurechnungssubjekt bedarf es hierfür nämlich gerade nicht.

⁶⁶¹ Hiervon zu unterscheiden ist der Fall, dass die vom System verarbeiteten Informationen und damit dessen Kenntnisstand dem gesetzlich geforderten Kenntnisstand entsprechen, der Angestellte hiervon aber – etwa aus Unachtsamkeit – keine Kenntnis nimmt, vgl. hierzu bereits 3. Teil, A., II., 2., b), aa). In einem solchen Fall liegt ebenfalls ein Wissenmüssen des Angestellten vor. Es kann aber zudem für eine tatbestandlich erforderliche positive Kenntnis an das autonome System als Zurechnungssubjekt angeknüpft werden.

Anders zu beurteilen ist dies allerdings, wenn der Mensch von vornherein nicht am relevanten Informationsverarbeitungsvorgang beteiligt ist. Dies kann etwa daran liegen, dass die Informationsbeschaffung und -auswertung generell allein durch das System erfolgen soll. Beim Einsatz autonomer Systeme im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung ist die Beteiligung menschlicher Angestellter zudem grundsätzlich nicht vorgesehen. In diesen Fällen kann somit allein an ein Wissenmüssen des autonomen Systems angeknüpft werden.

(c) Wissenmüssen des autonomen Systems

Da es beim Wissenmüssen – wie aufgezeigt – nicht um ein Verschulden im technischen Sinn des § 276 BGB geht, ist die fehlende Verschuldensfähigkeit autonomer Systeme hierfür kein Hindernis. Die Ermittlung des Wissenmüssens anhand des hierfür vorgeschlagenen beweglichen Systems ist aufgrund dessen Objektivierung sowie Informationsbezogenheit genauso für autonome Systeme möglich. Auf diese sind sämtliche Zurechnungskriterien anwendbar. Daher bedarf es hier auch keiner funktionalen Verschuldensäquivalente. Zwar ist der hier vorgeschlagenen Vorgehensweise bereits aufgrund der Berücksichtigung des Kenntnisstandes des autonomen Systems als eines Zurechnungskriteriums – jedenfalls im Fall der Rechtskenntnis – zwangsläufig ein anthropoparalleler Maßstab immanent. Andererseits können über die Kriterien des Nutzens sowie des Aufwands der für die Erlangung des rechtlich relevanten Wissens erforderlichen Informationssuche auch die – dem Menschen in dieser Hinsicht regelmäßig überlegen – technischen Fähigkeiten autonomer Systeme berücksichtigt werden. So kann deren Überlegenheit gegenüber Menschen im Stadium der Informationsverarbeitung hinreichend Rechnung getragen werden.⁶⁶²

Ein Wissenmüssen des autonomen Systems kann danach etwa vorliegen, wenn der Abstand von dessen Kenntnisstand zum gesetzlich geforderten Kenntnisstand zu groß für die Annahme von Wissen ist, aber dennoch – möglicherweise unter Berücksichtigung weiterer verfügbarer Informationen – die Annahme eines Wissenmüssens rechtfertigt.⁶⁶³ Ein Wissenmüs-

662 Zum diesbezüglichen Defizit eines anthropoparallelen Maßstabs *Hacker*, RW 2018, 243 (263).

663 Vgl. zu dieser Problematik noch das einführende Beispiel im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung, 3. Teil, A., IV., 1. sowie 3. Teil, A., IV., 4., b).

sen kann außerdem anzunehmen sein, wenn der fehlende Kenntnisstand des autonomen Systems allein auf der fehlenden Verarbeitung objektiv verfügbarer Informationen beruht. Dies dürfte in aller Regel einem Defekt des Systems geschuldet sein. Da für die Bestimmung des Wissenmüssens aber nicht an den Vorgang der Kenntniserlangung anzuknüpfen ist, kommt es in einem solchen Fall auf die soeben aufgezeigten Kriterien an. Folglich spielen etwa die mit dem gesetzlichen Verschuldensgrad ausgedrückte Schutzbedürftigkeit des Betroffenen, die Nähe der verfügbaren Information(en) zur Sphäre der Organisation sowie die technischen Möglichkeiten derartiger Systeme⁶⁶⁴ eine Rolle. Auf diese Weise gelingt eine sachgerechte Begrenzung des Wissenmüssens. Die Zuweisung des Informationsrisikos erfolgt bei einem Defekt des autonomen Systems so nicht einseitig zu Lasten der Organisation, sondern anhand objektiver Kriterien.

(3) Arglist

Die zentralen Entscheidungen des V. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, in denen dieser die Wissensorganisationspflicht entwickelte, hatten ihren eigentlichen normativen Aufhänger nicht im Tatbestandsmerkmal der Kenntnis, sondern der Arglist, in deren Rahmen Wissen freilich eine ganz wesentliche Rolle spielt.⁶⁶⁵ Dabei kann es sich beim Einsatz autonomer Systeme auch um deren Wissen handeln. Aus diesem Grund hat sich die Untersuchung mit der Arglist als potenziellem Zurechnungsgegenstand beim Einsatz autonomer Systeme zu beschäftigen.

Arglist als Tatbestandsmerkmal kommt in zahlreichen Normen des Zivilrechts vor.⁶⁶⁶ Sie führt zur Anfechtbarkeit von Willenserklärungen (§ 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB), zur Haftungsverlängerung (§§ 438 Abs. 3 S. 1,

⁶⁶⁴ Hier dürfte entsprechend der allgemeinen Meinung ein objektiver Maßstab anzulegen sein, vgl. etwa *Becker*, *Kennen und Kennenmüssen*, 1899, S. 8; *Kramer*, AcP 171 (1971), 422 (438f.); *Riedhammer*, *Kenntnis*, 2004, S. 71; *Walter*, *Wissenszurechnung*, 2005, S. 27.

⁶⁶⁵ BGHZ 109, 327 (1989); 117, 104 (1992); 132, 30 (1996) liegt jeweils ein Schadensersatzanspruch wegen arglistigen Verschweigens eines Mangels nach § 463 S. 2 BGB a.F. zugrunde. Einen vergleichbaren Anspruch sehen seit dem 1.1.2002 nur noch die §§ 523 Abs. 1, 524 Abs. 1, 600 BGB für Schenkung und Leihe vor. Zur Arglist als Aufhänger der genannten Entscheidungen auch *Baum*, *Wissenszurechnung*, 1999, S. 295.

⁶⁶⁶ §§ 123 Abs. 1 Alt. 1, 438 Abs. 3 S. 1, 442 Abs. 1 S. 2, 444 Alt. 1, 445 Alt. 1, 523 Abs. 1, 524 Abs. 1, 536b S. 2, 536d, 600, 634a Abs. 3 S. 1, 639 Alt. 1, 2183 S. 2, 2385 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BGB; § 377 Abs. 5 HGB; § 21 Abs. 2 S. 2 VVG.

634a Abs. 3 S. 1 BGB), zum Nichteingreifen von Ausschlussgründen (§§ 442 Abs. 1 S. 2, 444 Alt. 1 BGB; § 377 Abs. 5 HGB) oder zur Haftungsbegründung (§ 524 Abs. 1 BGB).⁶⁶⁷ Bei der Schutzunwürdigkeit des arglistigen Schuldners handelt es sich daher um ein gesetzgeberisch vorgegebenes und strukturbildendes Grundprinzip.⁶⁶⁸ Der Begriff der Arglist ist vom Gesetzgeber bewusst unter Eröffnung von Interpretationsspielraum für Rechtsprechung und Wissenschaft undefiniert gelassen worden.⁶⁶⁹ Er setzt entgegen des allgemeinen Sprachgebrauchs des Kompositums⁶⁷⁰ kein moralisch vorwerfbares Verhalten voraus.⁶⁷¹ Vielmehr ist Arglist – im Ausgangspunkt – gleichbedeutend mit Vorsatz, wobei bedingter Vorsatz genügt.⁶⁷² Arglist enthält daher ebenfalls ein kognitives sowie ein voluntatives Element. Arglistig handelt nach allgemeiner Definition, wer einen Umstand (häufig: einen Mangel) mindestens für möglich hält und gleichzeitig weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragspartner diesen Umstand nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte.⁶⁷³ Die Arglist hat daher im Allgemeinen drei Bezugspunkte: den maßgeblichen Umstand, den Irrtum des Gegenübers hierüber sowie die Ursächlichkeit dieses Irrtums für den konkreten Vertragsschluss. Hinsichtlich der letzten

667 Vgl. hierzu die gelungene systematisierende Übersicht bei Rösler, AcP 207 (2007), 564 (578–588).

668 Rösler, AcP 207 (2007), 564 (589).

669 Mot. bei Mugdan I, S. 467; hierzu Kolbe, JZ 2009, 550; Rösler, AcP 207 (2007), 564 (570).

670 Arglist setzt sich zusammen aus „arg“ (i.S.v. böse, niederträchtig) und „list“.

671 BGHZ 109, 327 (333) (1989); 117, 363 (368) (1992); MüKoBGB/Armbrüster, § 123 BGB Rn. 18; Dauner-Lieb, FS Kraft, 1998, 43 (54); Jüttner, Arglistige Täuschung, 1998, S. 238; Kolbe, JZ 2009, 550 (550f.); grundlegend hierzu v. Lübtow, FS Bartholomeyczik, 1973, 249 (268f.); a.A. aber Arnold, JuS 2013, 865 (866, 870); Flume, Anm. zu BGH Ur. v. 8.12.1989 – V ZR 246/87, JZ 1990, 550 (551); Hoenig/Klingen, NZG 2013, 1046 (1050).

672 BGHZ 7, 301 (302) (1952); 117, 363 (368) (1992); NJW 2007, 3057 (3059); 2015, 1669 (1670); Hartung, NZG 1999, 524 (528); Jaques, BB 2002, 417 (420); Staudinger/Matusche-Beckmann, § 444 BGB Rn. 43; BeckOGK/Stöber, § 442 BGB Rn. 34; a.A. Vogel, Arglistiges Verschweigen, 1998, S. 62–70, insb. S. 62f., der hinsichtlich der Gewährleistungsvorschriften unter arglistigem schlicht wissentliches Verschweigen versteht.

673 BGHZ 109, 327 (332) (1989); 117, 363 (368) (1992); NJW 1996, 1205; Buck, Wissen, 2001, S. 330; Ehling/Kappel, BB 2013, 2955; MüKoHGB/Grunewald, § 377 HGB Rn. 89; Staudinger/Matusche-Beckmann, § 442 BGB Rn. 40; Rösler, AcP 207 (2007), 564 (573).

beiden Bezugspunkte spricht man auch vom Motivationselement der Arglist.⁶⁷⁴

Aufgrund der Gleichsetzung mit Vorsatz sowie des dadurch enthaltenen voluntativen Elements kommt Arglist bei isolierter Betrachtung autonomer Systeme aufgrund deren fehlender Verschuldensfähigkeit⁶⁷⁵ an sich nicht in Betracht.⁶⁷⁶ Denkbar wäre die alleinige Verwirklichung des Arglistmerkmals durch diese aufgrund des Bezugspunkts des Vertragsschlusses ohnehin nur im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung. Von nicht zu unterschätzender Relevanz für die Untersuchung ist aber die Konstellation der „gespaltenen Arglist“⁶⁷⁷, die als solche beim Zusammenspiel von autonomem System und menschlichem Angestellten – in den Einsatzbereichen der Informationsbeschaffung und -auswertung sowie der Entscheidungsfindung – denkbar ist. Hierbei geht es um Fälle, in denen innerhalb einer arbeitsteiligen Organisation ein Angestellter das maßgebliche Wissen über den relevanten Umstand, etwa einen Sachmangel, hat, von dem – oftmals zeitlich nachgelagerten – konkreten Vertragsschluss aber nichts weiß. Diesen nimmt ein weiterer Angestellter vor, der den Vertragspartner über den relevanten Umstand aber nicht aufklären kann, weil ihm wiederum das hierfür erforderliche Wissen fehlt. Ein derartiger Sachverhalt war Gegenstand der zentralen Entscheidungen des V. Zivilsenats zur Wissensorganisationspflicht.⁶⁷⁸ Wie unschwer zu erkennen, ist die Wissenszurechnung die entscheidende Vorfrage in dieser Konstellation. Die darauf aufbauende Annahme von Arglist ist jedoch der eigentliche Anstoß der Kritik an dieser Rechtsprechung.⁶⁷⁹ Der V. Zivilsenat nimmt nämlich in seinem diesbezüglich grundlegenden Urteil vom 8.12.1989 nach Bejahung einer Wissenszurechnung auch Arglist der juristischen Person an.⁶⁸⁰ Dabei gelangt er zunächst im Wege der Wissenszurechnung aufgrund des Wissens der am konkreten Vertragsschluss nicht beteiligten

674 Buck, Wissen, 2001, S. 332f.; Jüttner, Arglistige Täuschung, 1998, S. 35.

675 Hierzu bereits 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (2) sowie Fn. 558 m.w.N.

676 Zum Vorsatz sogleich noch 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (4).

677 Hierbei handelt es sich um den überkommenen Begriff für die nachfolgende Problematik, vgl. erstmals *Reinking/Kippels*, ZIP 1988, 892 (894); ferner *Baum*, Wissenszurechnung, 1999, S. 299; *Buck*, Wissen, 2001, S. 332; *Chou*, Wissen, 1. Aufl. 2002, S. 113; *Jüttner*, Arglistige Täuschung, 1998, S. 182; *C. Lehmann*, DStR 1995, 1027 (1029).

678 Vgl. soeben Fn. 665.

679 So *Flume*, AcP 197 (1997), 441 (442); *Schlechtriem*, FS Heiermann, 1995, 281 (282).

680 BGHZ 109, 327 (332f.) (1989).

Hilfsperson zur Kenntnis der juristischen Person vom maßgeblichen Mangel. Anschließend weist er zwar auf die – soeben aufgezeigten – weiteren Bezugspunkte der Arglist hin. Sollte aber der Vertragspartner der juristischen Person in seinem Vertrauen geschützt werden und aus der Eigenart deren Organisation keinen Nachteil erfahren, so sei die juristische Person auch diesbezüglich nicht besser als eine natürliche Person zu stellen. Bei einer solchen könnte aber nach der Lebenserfahrung von der Kenntnis eines Mangels auf die Einsicht und Billigung geschlossen werden, dass der Vertragspartner den Mangel nicht kennt und andernfalls den Vertrag möglicherweise nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt abgeschlossen hätte. Eine solche Gleichstellung rechtfertigt sich umso eher, als das Tatbestandsmerkmal der Arglist kein moralisch vorwerfbares Verhalten erfordere. Gerade im Fall der Wissenszurechnung bei juristischen Personen gehe es bei diesem nicht um eine Sanktion für moralisch vorwerfbares Verhalten, sondern um eine angemessene Risikoverteilung zwischen den Beteiligten.⁶⁸¹ An dieser Argumentation fällt sofort der Widerspruch zur späteren Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum Vorsatz im Rahmen von § 826 BGB auf.⁶⁸² Dort lehnte der Bundesgerichtshof einen solchen Schluss von kognitivem auf voluntatives Element für die juristische Person gerade ab. Innerhalb der Rechtsprechung zur Arglist handelt es sich dagegen um den – konstruktiven – Kern der Begründung. Allerdings sieht sich der V. Zivilsenat in der Literatur auch – mitunter scharfer – Kritik ausgesetzt. So war nämlich bereits im Fall mehrerer Vertreter desselben Vertretenen zu § 166 Abs. 1 BGB die Ansicht vertreten worden, dem Vertretenen sei die Arglist eines Vertreters, der von einem Umstand und dem diesbezüglichen Irrtum des konkreten Vertragspartners sowie dessen Ursächlichkeit für den konkreten Vertragsschluss weiß, auch dann zuzurechnen, wenn den konkreten Vertrag ein anderer, gutgläubiger Vertreter abschließt. Dagegen wurde die Annahme von Arglist abgelehnt, wenn der (nur) um den relevanten Umstand wissende Vertreter nichts vom konkreten Vertragsschluss wusste.⁶⁸³ Auch auf Grundlage einer Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht wurde der V. Zivilsenat daher dafür kritisiert, dass er mit der An-

681 BGHZ 109, 327 (332f.) (1989); zustimmend etwa BeckOGK/Arnold, § 438 BGB Rn. 207; Staudinger/Matusche-Beckmann, § 444 BGB Rn. 49; Schwab, JuS 2017, 481 (489); hierauf baut auch der Ansatz von Jüttner, Arglistige Täuschung, 1998, S. 202–232, 246f. auf.

682 Vgl. bereits 2. Teil, D. sowie sogleich noch 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (4).

683 Hierzu RGZ 81, 433 (435f.) (1913); Müller-Freienfels, Vertretung, 1955, S. 420f.; Reinking/Kippels, ZIP 1988, 892 (894f.); Schilken, Wissenszurechnung, 1983, S. 35f.

nahme von Arglist aufgrund einer Zurechnung des Wissens (nur vom Mangel) auf das für die Arglist wesentliche Motivationselement und damit vor allem auf das für die Arglist konstitutive voluntative Element verzichtet habe.⁶⁸⁴ Auf diese Weise gehe das für die Arglist unverzichtbare Täuschungselement verloren, da weder der Handelnde noch der Wissensträger bewusst manipulativ auf die Willensbildung des Vertragspartners einwirke.⁶⁸⁵ Dies führe zur Erosion des Arglisttatbestandes, der endgültig zugunsten einer angemessenen Risikoverteilung ethisch neutralisiert werde.⁶⁸⁶

Wie bereits die Wissensorganisationspflicht ist die Annahme von Arglist in der eben aufgezeigten Konstellation als Rechtsfortbildung einzuordnen. Die Wissensorganisationspflicht ist die Reaktion der Rechtsprechung auf die arbeitsteilungsbedingte Wissensaufspaltung innerhalb der juristischen Person durch deren Gleichstellung mit einer natürlichen Person. Hieran knüpft die vom V. Zivilsenat konzipierte Anwendung des Arglistbegriffs an. Sie bildet so besehen den „Schlussstein“ dieser Gleichstellung. Unbestritten werden dabei das Motivationselement und damit auch das voluntative Element fingiert. Dies ist allerdings für eine Zurechnung nicht ungewöhnlich. Gerade im Fall der juristischen Person ergibt sich bereits deren Kenntnisstand allein konstruktiv aufgrund der Zurechnung des Wissens (ursprünglich) natürlicher Personen.⁶⁸⁷ Auch eine interessengerechte Anwendung des Arglisttatbestandes auf juristische Personen oder allgemeiner arbeitsteilige Organisationen kann daher allein aufgrund einer konstruktiv-wertenden Betrachtungsweise gelingen. Es handelt sich bei der „gespaltenen Arglist“ durchweg um Fälle, in denen Arbeitsteilung und Funktionsaufspaltung das (tatsächliche) Vorliegen von Arglist beim für die juristische Person Handelnden vereiteln. Es geht daher um die Frage, wer dieses Risiko der Arbeitsteilung tragen soll.⁶⁸⁸ Würde dem Vertragspartner gegenüber nämlich eine Einzelperson handeln, so wäre bei deren Kenntnis vom Mangel in aller Regel auch bedingter Vorsatz hinsichtlich der weiteren Bezugspunkte der Arglist anzunehmen. Allein aufgrund der Arbeitsteilung treten nun Situationen auf, in denen eine Person vom Mangel Kenntnis erlangt und eine weitere Person unwissend den maßgeblichen Vertrag abschließt. Bei ordnungsgemäßer Organisation der Kommunikation zwi-

684 *Baum*, Wissenszurechnung, 1999, S. 297f., 302; *Buck*, Wissen, 2001, S. 330f., 334; *Chou*, Wissen, 1. Aufl. 2002, S. 113–116; *Faust*, Anm. zu BGH Urt. v. 7.6.2006 – VIII ZR 209/05, JZ 2007, 101 (102).

685 *Dauner-Lieb*, FS Kraft, 1998, 43 (55).

686 *Dauner-Lieb*, FS Kraft, 1998, 43 (55); ähnlich *Flume*, AcP 197 (1997), 441 (443).

687 Hierzu bereits 2. Teil.

688 *Jüttner*, Arglistige Täuschung, 1998, S. 231.

schen diesen beiden Personen hätte die kontrahierende Person aber ebenfalls vom Mangel und in der Folge vom spiegelbildlichen Irrtum des Vertragspartners sowie der Vertragskausalität – jedenfalls bedingte – Kenntnis erlangt. Spiegelbildlich vertraut der Vertragspartner aufgrund des Auftretens der Organisation als Einheit mit der ordnungsgemäßen Organisation der Kommunikation auch darauf, dass innerhalb der Organisation kein Wissen über den Mangel vorhanden ist, das ihm verschwiegen wird.⁶⁸⁹ Die Annahme von Arglist im Fall der juristischen Person knüpft daher an den bereits für die Wissenszurechnung maßgeblichen Argumentationstopos der ordnungsgemäßen Organisation der Kommunikation an und denkt diesen konsequent zu Ende.

Sie entspricht zudem einer auch in anderen Zusammenhängen zu beobachtenden Verobjektivierung des Arglistbegriffs und fügt sich damit in dessen moderne Dogmatik ein. So nimmt die Rechtsprechung etwa bei „Behauptungen ins Blaue hinein“ Arglist an, obwohl in den meisten Fällen kein bedingter Vorsatz feststellbar sein dürfte.⁶⁹⁰ Grund hierfür ist das durch solche Behauptungen in Anspruch genommene Vertrauen des Vertragspartners, der infolgedessen eigene Informationsanstrengungen unterlässt.⁶⁹¹ Ähnlich liegen die Dinge beim Vertrauen in die ordnungsgemäße Organisation der Kommunikation der dem Vertragspartner gegenüber als Einheit auftretenden arbeitsteiligen Organisation. Ein weiteres Beispiel für die Verobjektivierung der Arglist ist deren Gleichstellung mit einem Organisationsverschulden des Werkunternehmers im Werkvertragsrecht. Hier nimmt die Rechtsprechung im Rahmen der Verjährungsvorschrift des § 634a Abs. 3 S. 1 BGB Arglist desselbigen an, wenn dieser die Schaffung organisatorischer Voraussetzungen unterlässt, unter denen er Kenntnis von der Mangelhaftigkeit des Werkes bei Ablieferung erlangt hätte.⁶⁹² In diesen Fällen kommt es nicht mehr auf die Intention des Handelnden an, sondern auf dessen *objektiv* mit Treu und Glauben unvereinbare Verhaltensweise.⁶⁹³ Mit der Verobjektivierung der Arglist wird der Fokus somit

689 In diese Richtung auch MüKoBGB/*Grundmann*, § 276 BGB Rn. 163.

690 BGHZ 168, 64 (69) (2006); hierzu *Faust*, Anm. zu BGH Urt. v. 7.6.2006 – VIII ZR 209/05, JZ 2007, 101 (102f.): „Wer etwas ins Blaue hinein behauptet, wird sich häufig „Wird schon stimmen“ denken und nicht „Na wenn schon“; ferner MüKoBGB/*Grundmann*, § 276 BGB Rn. 163; *Rösler*, AcP 207 (2007), 564 (573, 607).

691 Hierzu *Rösler*, AcP 207 (2007), 564 (607, 610f.).

692 BGHZ 117, 318 (320f.) (1992); NJW 2005, 893 (893f.); BGHZ 179, 55 (60–63) (2008).

693 *Rösler*, AcP 207 (2007), 564 (607, 613); kritisch *Kolbe*, JZ 2009, 550 (555f.).

von einer moralischen Ächtung des Lügners auf die Vertragseffizienz verschoben: Das Recht erlegt das Informationsrisiko derjenigen Partei auf, die eine etwaig bestehende Informationsasymmetrie zwischen den Vertragsparteien am kostengünstigsten beheben kann. Angesichts dieses Bedeutungswandels wird die Arglist zunehmend zum unpassenden, willentheoretisch verhafteten „Etikett“, obwohl sich ihre Bedeutung zum erweiterten Vertrauensschutz verschoben hat.⁶⁹⁴

Hierin liegt auch der entscheidende Grund für die unterschiedliche Behandlung von Arglist und Vorsatz und damit letztlich der Wissenszurechnung im Rahmen der Gewährleistungsvorschriften einerseits und § 826 BGB andererseits. An sich gilt: Arglist = Vorsatz. Die Anwendung der Begriffe auf die juristische Person ist daher konstruktiv auf identische Art und Weise möglich. Doch hält die Rechtsprechung – nicht zuletzt aufgrund des Merkmals der Sittenwidrigkeit, auf das sich der Vorsatz in § 826 BGB bezieht – für diese Norm am Erfordernis eines moralischen Unwerturteils sowie ihrem personalen Charakter fest.⁶⁹⁵ Dies hat erhebliche Auswirkungen. Die Modalitäten der Wissenszurechnung werden nämlich durch die Wertungen der jeweiligen Wissensnorm konkretisiert oder auch eingeschränkt.⁶⁹⁶ Dies gilt erst recht, wenn Wissen nur Bestandteil anderer Tatbestandsmerkmale ist. Bei den hier interessierenden Arglistnormen hat die Arglist keine anspruchsbegründende Wirkung.⁶⁹⁷ Sie führt allein zur Aufrechterhaltung oder Verlängerung bereits aufgrund eines Mangels gegebener Ansprüche und verteilt dabei das Mängelrisiko unter Berücksichtigung der Schutzwürdigkeit des Schuldners. Hierfür sind das Motivierungselement sowie das voluntative Element aber von untergeordneter Bedeutung.⁶⁹⁸ Der anspruchsbegründende Schädigungsvorsatz des § 826 BGB setzt dagegen gerade ein von Wissen geleitetes Wollen der Schädigung des

694 Rösler, AcP 207 (2007), 564 (607–611, 613).

695 BGH NJW 2017, 250 (252f.); hierzu bereits 2. Teil, D.

696 Hierzu 3. Teil, A., II., 3., c), ff), (2) sowie bereits ansatzweise 2. Teil, D. Für die Arglist weist Odersky, FS Geiß, 2000, 135 (141–143) darauf hin, dass die Gleichsetzung von „Aktenwissen“ und „Täuschung“ durchaus kontextabhängig sein kann.

697 Eine solche kommt ihr nur noch in den – praktisch wenig bedeutsamen – Vorschriften der §§ 523 Abs. 1, 524 Abs. 1, 600 BGB als Relikten aus der Zeit vor der Schuldrechtsmodernisierung zu.

698 Ähnlich Staudinger/Oechsler, § 826 BGB Rn. 81b. Dies kann etwa für die arglistige Täuschung i.S.v. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB aufgrund der hier im Vordergrund stehenden Entscheidungsfreiheit des Anfechtungsberechtigten durchaus anders zu beurteilen sein, vgl. Vogel, Arglistiges Verschweigen, 1998, S. 66f. Ein derartiges unterschiedliches Begriffsverständnis ließe sich ohne Weiteres mit dem

Opfers voraus. Ihm ist insofern ein personaler Vorwurf immanent, als der Täter aufgrund des Normzwecks, der Deprivilegierung des Vorsatztäters, gerade aufgrund *seines* Wissens einen rechtsfeindlichen Willen entfalten muss.⁶⁹⁹ Angesichts dessen ist das voluntative Element hier unverzichtbar. Eine Betrachtung unter dem Aspekt der Risikoverteilung würde dem Charakter des § 826 BGB gerade nicht gerecht.⁷⁰⁰ Dies – und nicht ein etwaiger Unterschied zwischen den Zurechnungsgegenständen des Vorsatzes und der Arglist – ist der eigentliche Grund für die unterschiedliche Behandlung durch die Rechtsprechung.

Folgt man daher für die Konstellation der „gespaltenen Arglist“ der Rechtsprechung, so ist Arglist der juristischen Person auch bei Wissen des autonomen Systems (vom Mangel) sowie Vertragsschluss eines menschlichen Angestellten anzunehmen. Das Wissen des autonomen Systems kann – funktionsäquivalent zu einer menschlichen Hilfsperson – der juristischen Person zugerechnet werden. Dann aber besteht kein Unterschied mehr zum Fall zweier menschlicher Hilfspersonen. Werden die relevanten Informationen nicht an den kontrahierenden Menschen weitergeleitet, ist zur Gleichstellung der juristischen Person mit der natürlichen Person daher auch bei Wissen eines autonomen Systems deren Arglist anzunehmen.

Besinnt man sich auf die hier aufgezeigte veränderte Funktion des Arglistmerkmals, ist sogar dessen alleinige Verwirklichung durch autonome Systeme im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung denkbar. Zwar würde dies einen vollständigen Verzicht auf das voluntative Element der Arglist bedeuten. Dies ist jedoch bereits bei der „gespaltenen Arglist“ der Fall. Für eine Verwirklichung des Arglistmerkmals allein durch autonome Systeme spricht, dass auch in diesem Fall die juristische Person in Gestalt des autonomen Systems über die relevanten Informationen verfügt, aufgrund derer eine Zuweisung des Mängelrisikos gerechtfertigt ist. Sie ist die Vertragspartei, welche die bestehende Informationsasymmetrie am kostengünstigsten beheben kann. Entsprechend geht der Vertragspartner auch beim Einsatz eines autonomen Systems von einer entsprechenden Aufklärung aus. Die Annahme von Arglist kann hier Anreize für die Schaffung entsprechender technischer Vorkehrungen setzen.

Wortlaut von § 123 Abs.1 Alt.1 BGB („zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung (...) bestimmt“) einerseits sowie der Gewährleistungsvorschriften („den Mangel arglistig verschwiegen“) andererseits begründen. Letzteren ist hiernach zwingend ein voluntatives Element immanent.

699 Staudinger/Oechsler, § 826 BGB Rn. 81b.

700 Hierzu noch 3. Teil, B., III., 3.

(4) Vorsatz

Wissen ist als kognitives Element auch Bestandteil von Vorsatz als Verschuldensform im vertraglichen sowie deliktischen Bereich. Vorsatz setzt darüber hinaus aber stets auch ein voluntatives Element voraus.⁷⁰¹ Ein solches kommt allerdings von vornherein nur im Zusammenhang mit einem Verhalten in Betracht. Es kann daher – bei isolierter Betrachtung autonomer Systeme – allein bei deren Einsatz im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung gegeben sein. Nur hier handeln autonome Systeme auf der Grundlage ihres Wissens. Gegenstand der Untersuchung ist auch in diesem Bereich aber allein die Zurechnung des Wissens autonomer Systeme. Die Zurechnung von deren Verhalten und damit auch eine etwaige Zurechnung von Vorsatz als hierauf bezogener Verschuldensform geht darüber hinaus und ist eine Frage der Haftung für autonome Systeme. Gleichwohl sei an dieser Stelle die Bemerkung erlaubt, dass die Annahme von Vorsatz bei autonomen Systemen kaum vorstellbar ist. Dieser setzt als schwerste Schuldform die Verschuldensfähigkeit des Zurechnungssubjekts voraus, §§ 276 Abs. 1 S. 2, 827f. BGB. Diese ist bei autonomen Systemen aber nicht gegeben.⁷⁰² Hierüber dürften im Fall des Vorsatzes auch nicht etwaige Verschuldensäquivalente hinweghelfen, da hier – anders als bei der Fahrlässigkeit – keine Objektivierungstendenzen bestehen, sondern der Vorsatz stets mit Blick auf die subjektive Einstellung des Schädigers und damit auf dessen individuellen Willensentschluss festzustellen ist.⁷⁰³

Mit Blick auf die Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme ist für die Untersuchung die Anwendung des Vorsatzbegriffs auf juristische Personen von Relevanz. Dieses Problem stellt sich bei deren deliktischer Haftung nach § 826 BGB. Hier werden der juristischen Person vorsätzliche sittenwidrige Schädigungen ihrer Organwalter strikt nach § 31 BGB zugerechnet, während sie für solche sonstiger Mitarbeiter nur nach Maßgabe des § 831 Abs. 1 BGB einzustehen hat. Handelt der maßgebliche Organwalter in Unkenntnis der die sittenwidrige Schädigung begründen-

701 BGH NJW 1965, 962 (963); 2002, 1643 (1645); 2014, 1380 (1381); 2018, 1751 (1752); so bereits *Becker*, *Kennen und Kennenmüssen*, 1899, S. 11; ferner *Staudinger/Caspers*, § 276 BGB Rn. 22; *BeckOGK/Schaub*, § 276 BGB Rn. 45.

702 Hierzu bereits 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (2) sowie Fn. 558 m.w.N.

703 BGH NJW 2002, 1643 (1645); *Staudinger/Oechsler*, § 826 BGB Rn. 73; *MüKo-BGB/Wagner*, § 826 BGB Rn. 28; zur Heranziehung von Erfahrungssätzen zur Feststellung des Vorsatzes aber *MüKoBGB/Wagner*, § 823 BGB Rn. 47; für eine Objektivierung gar *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235 (254–256).

den Umstände, scheidet eine Haftung der juristischen Person nach §§ 826, 31 BGB aus. Verfügt allerdings eine sonstige (Hilfs-)Person innerhalb der Organisation über die maßgeblichen Informationen oder – im hier interessierenden Fall – das autonome System, ist die Zurechnung dieses Wissens zur juristischen Person nach den Grundsätzen der Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht grundsätzlich denkbar. Die Konstellation entspricht nämlich derjenigen der soeben behandelten „gespaltenen Arglist“.⁷⁰⁴ Die juristische Person würde aufgrund der so bewirkten Zurechnung des Wissens (des autonomen Systems) sowie der nach § 31 BGB zugeordneten Handlung ihres Organwalters im Ergebnis nach § 826 BGB haften, obwohl keine natürliche Person innerhalb der Organisation sämtliche Tatbestandsmerkmale der Norm verwirklicht hat.⁷⁰⁵ In Anlehnung an die im Bereich der Arglist gebräuchliche Terminologie läge ein Fall des „gespaltenen Vorsatzes“ vor. Der Bundesgerichtshof ist einer solchen „Zusammenrechnung“ von kognitivem und voluntativem Element allerdings für den Vorsatz im Rahmen des § 826 BGB entschieden entgegengetreten.⁷⁰⁶ Er ist der Ansicht, das voluntative Element der zumindest billigenden Inkaufnahme der Schädigung eines anderen setze die damit korrespondierende Kenntnis derselben Person als kognitives Element voraus. Möge es auch bei einer einzelnen natürlichen Person gerechtfertigt sein, von deren Wissen auf deren Willen zu schließen, käme dies bei mehreren natürlichen Personen innerhalb einer juristischen Person einer Fiktion gleich.⁷⁰⁷ Danach kommt auch die Zurechnung des Wissens eines autonomen Systems als Bestandteil des Vorsatzes der juristischen Person nicht in Betracht. Grund hierfür ist aber nicht etwa die Unterschiedlichkeit der Zurechnungsgegenstände Arglist und Vorsatz. Konstruktiv wäre die Annahme von Vorsatz der juristischen Person hier bei Zurechnung des Wissens des autonomen Systems genauso wie im Fall der Arglist möglich. Allein die unterschiedlichen Wertungen der jeweiligen Wissensnormen führen zu

704 Hierzu soeben 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (3).

705 Hierfür (allerdings ohne Berücksichtigung autonomer Systeme als Zurechnungssubjekt) KG WM 2015, 2365 (2369f.); MüKoBGB/Wagner, § 826 BGB Rn. 39–42; ders., Anm. zu BGH Urt. v. 28.6.2016 – VI ZR 536/15, JZ 2017, 522 (524f.); tendenziell auch Heese, NJW 2019, 257 (260); ders., JZ 2020, 178 (184); im Zusammenhang mit autonomen Systemen als Zurechnungssubjekten befürwortend Hacker, RW 2018, 243 (287).

706 BGH NJW 2017, 250 (253); so i.E. auch Staudinger/Oechsler, § 826 BGB Rn. 81b; BeckOGK/Spindler, § 826 BGB Rn. 24. Hierzu auch bereits 2. Teil, D.

707 BGH NJW 2017, 250 (253).

diesen divergierenden Ergebnissen.⁷⁰⁸ Hierauf wird an späterer Stelle nochmals zurückzukommen sein.⁷⁰⁹

ee) Zurechnungsgründe

Nachdem die Anwendung des rechtlichen Wissensbegriffs auf autonome Systeme konstruktiv bewältigt wurde und damit der für die Wissenszurechnung maßgebliche Zurechnungsgegenstand geklärt ist, bleibt zu untersuchen, ob dessen Zurechnung zur juristischen Person gerechtfertigt ist. Diese Überprüfung erfolgt anhand der Rechtsprinzipien, die der Wissensorganisationspflicht bereits bisher zugrunde liegen. Dies gewährleistet die bruchlose Einfügung der Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme in die bestehende Dogmatik und damit eine nicht nur (verfassungsrechtlich) zulässige, sondern auch (dogmatisch) überzeugende Fortbildung des Rechts hinsichtlich des Einsatzes autonomer Systeme.

(1) Gleichstellungsargument

Kern des Gleichstellungsarguments ist der Ausgleich der arbeitsteilungsbedingten Wissensaufspaltung durch eine sachgerechte Anwendung der Wissensnormen auf juristische Personen. Danach darf der Vertragspartner einer juristischen Person (im Hinblick auf die Anwendung der Wissensnormen) nicht schlechter, aber auch nicht besser gestellt sein als derjenige einer natürlichen Person. Das Gleichstellungsargument begründet und begrenzt die Wissenszurechnung damit zugleich, bleibt aber bei isolierter Betrachtung konkretisierungsbedürftig.⁷¹⁰ Die aus ihm hervorgegangene Wissensorganisationspflicht verdeutlicht, dass der organisationsinterne Informationsaustausch das Pendant zur Informationsvernetzung im menschlichen Gehirn der Einzelperson ist.⁷¹¹ Ob dieser Informationsaustausch allein zwischen natürlichen Personen oder auch autonomen Systemen erfolgt, ist zunächst irrelevant. Das Gleichstellungsargument ist hinsichtlich der informationsverarbeitenden Entität indifferent. Sein alleiniges Anliegen ist die Gleichstellung der juristischen Person als arbeitsteiliger Organi-

708 Hierzu soeben 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (3).

709 3. Teil, A., II., 3., c), ff), (2) sowie 3. Teil, B., III., 3.

710 Hierzu ausführlich 3. Teil, A., II., 3., b), aa).

711 So bereits 3. Teil, A., II., 3., b), aa).

sation in ihrer Gesamtheit mit einer einzelnen natürlichen Person. Es begründet die Wissenszurechnung innerhalb der juristischen Person daher beim Einsatz natürlicher Personen wie autonomer Systeme gleichermaßen, ohne selbst Argumente für eine Wissenszurechnung bei autonomen Systemen zu liefern.

Dennoch bleibt der Einsatz autonomer Systeme nicht ohne Folgen für das Gleichstellungsargument und dessen Einfluss auf die Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht. Zum einen verliert die daran geübte Kritik angesichts der gewandelten technischen Gegebenheiten weiter an Überzeugungskraft.⁷¹² Insbesondere der Vorwurf, die Wissensorganisationspflicht benachteilige arbeitsteilige Organisationen, da diese deutlich mehr Wissen zu organisieren haben als natürliche Personen,⁷¹³ wird beim Einsatz autonomer Systeme in sein Gegenteil verkehrt. Die bei autonomen Systemen eingesetzten Methoden des maschinellen Lernens profitieren gerade von großen Datenbeständen, sodass mit deren Quantität die Qualität der Informationsverarbeitung typischerweise gerade steigt.⁷¹⁴ Zum anderen ist das Gleichstellungsargument noch zu stark vom Modell der menschlichen Informationsverarbeitung geprägt.⁷¹⁵ Die aus ihm hervorgegangene Informationsweiterleitungspflicht sowie Informationsabfragepflicht orientieren sich an von Menschen kontrollierten Informationsprozessen und werden daher den Realitäten autonomer Systeme nicht gerecht. Mit deren Einsatz verändert sich nämlich der organisationsinterne Informationsaustausch als Pendant der juristischen zur natürlichen Person. Die beiden Unterpflichten der Wissensorganisationspflicht sind daher auf die Informationsverarbeitung durch autonome Systeme umzustellen.⁷¹⁶

Beim Einsatz autonomer Systeme kommt zudem ein weiterer Aspekt der Gleichstellung hinzu: die Gleichbehandlung von Fällen der Informationsverarbeitung durch autonome Systeme mit jenen der Informationsverarbeitung durch menschliche Angestellte. Diese dürfen aufgrund der

712 Zur Kritik bereits 2. Teil, C., III. sowie 3. Teil, A., II., 3., b), aa). Dort wurde auch bereits hinlänglich auf deren unzutreffenden Ansatz hingewiesen.

713 *Goldschmidt*, Wissenszurechnung, 2001, S. 33; *Grigoleit*, ZHR 181 (2017), 160 (190f.); *Koller*, JZ 1998, 75 (78).

714 *Hacker*, RW 2018, 243 (282). Hierzu auch 1. Teil, C., IV.

715 Hierzu bereits *Wiebe*, Willenserklärung, 2002, S. 174; ferner *Kianička*, Agentenerklärung, 2012, S. 114f.

716 Hierzu 3. Teil, A., II., 3., c), ff), (5). Da die Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht nach dem Risikoprinzip erfolgt, haben die beiden Pflichten als Wertungskriterien vor allem eine beschränkende Wirkung.

Funktionsäquivalenz autonomer Systeme und menschlicher Angestellter nicht zu unterschiedlichen Rechtsfolgen und damit einer Privilegierung des Einsatzes autonomer Systeme führen.⁷¹⁷ Besinnt man sich der Kritik am „traditionellen“ Gleichstellungsargument, so liegt hinsichtlich dieser Gleichstellung der Einwand auf der Hand, die Informationsverarbeitung durch Menschen und autonome Systeme dürfe nicht gleichbehandelt werden, da sie (kognitiv) völlig unterschiedlich erfolge und damit überhaupt nicht vergleichbar sei. Dieser Einwand ist hinsichtlich der Andersartigkeit der Informationsverarbeitung zutreffend. Diese ist jedoch für die Frage der Gleichbehandlung der beiden Sachverhalte im Hinblick auf die Wissenszurechnung rechtlich nicht entscheidend. Zweck der Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht ist der Ausgleich der Wissensaufspaltung innerhalb arbeitsteiliger Organisationen. Diese entsteht bei der Aufgabenerfüllung und Informationsverarbeitung durch mehrere menschliche Angestellte ebenso wie beim Einsatz autonomer Systeme. Deren *Funktionsäquivalenz* innerhalb der Organisation ist daher die maßgebliche Eigenschaft und macht diese im Hinblick auf die mit der Wissenszurechnung auszugleichende Wissensaufspaltung vergleichbar. In beiden Fällen profitiert die Organisation letztlich von der vorgenommenen Arbeitsteilung, sodass sie auch die entsprechenden Risiken tragen muss.⁷¹⁸ „Wie“ die Informationsverarbeitung dabei kognitiv bzw. technisch im Einzelnen erfolgt, ist hierfür aber irrelevant.

Damit steht jedoch lediglich fest, dass die Informationsverarbeitung durch menschliche Angestellte und autonome Systeme im Hinblick auf die Wissenszurechnung im Ausgangspunkt gleich zu behandeln ist. Das Gleichstellungsargument bedarf daher weiterhin der Konkretisierung durch weitere Rechtsprinzipien.

717 *Hacker*, RW 2018, 243 (281f.), der dies als „KI-spezifisches Gleichstellungsargument“ bezeichnet; ansatzweise auch OLG Frankfurt/Main ZInsO 2019, 1944 (1948f.); Spindler/Schuster/*Spindler*, § 166 BGB Rn. 8; im Kontext der Haftung *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (188); zustimmend *Klingbeil*, JZ 2019, 718 (719); ferner *Schirmer*, JZ 2019, 711 (716), der insbesondere auf den für die Untersuchung zentralen Aspekt hinweist, dass die Systeme Informationen aufnehmen, verarbeiten und mit ihrer Umgebung interagieren. Im US-amerikanischen Recht bezeichnet *Balkin*, California Law Review Circuit 6 (2015), 45 (57) dies als „substitution effect“. Vgl. zum Ganzen auch bereits 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (1), (a) sowie 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (1), (c).

718 Hier wird der Zusammenhang dieses Aspekts der Gleichstellung mit dem weiteren, die Wissenszurechnung tragenden Rechtsprinzip der Korrelation von Vor- und Nachteil besonders deutlich.

(2) Risikoverteilung

Bereits bisher war die Risikoverteilung zwischen Organisation und deren Gegenüber der maßgebliche Gesichtspunkt der Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht. Dabei fungiert die Pflicht zur ordnungsgemäßen Organisation der Kommunikation (kurz: Wissensorganisationspflicht) als maßgeblicher Zurechnungsgrund und damit Maßstab der Risikoverteilung.⁷¹⁹ Diese wiederum gründet – wie herausgearbeitet – im Prinzip des Vertrauensschutzes sowie im Prinzip der Risikoschaffung und -beherrschung. Danach vertrauen die Teilnehmer des Rechtsverkehrs auf ein normgemäßes Verhalten der Organisation; hier auf eine ordnungsgemäße Kommunikation des gesellschaftsinternen Wissens. Dieses Vertrauen ist auch normativ berechtigt, da die Organisation das Risiko der Wissensaufspaltung durch ihre Arbeitsteilung geschaffen hat und mittels Organisation beherrschen kann.⁷²⁰ Diese Überlegungen treffen auch auf die Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme zu.

Dabei ist hinsichtlich des zu schützenden Vertrauens zunächst danach zu differenzieren, ob der Vertragspartner der Organisation von der Informationsverarbeitung durch ein autonomes System weiß. Bei fehlendem Hinweis auf den Einsatz eines solchen geht der Vertragspartner nämlich in der Regel von einer Informationsverarbeitung durch Menschen aus.⁷²¹ In diesem Fall verlangt der Schutz seines diesbezüglichen Vertrauens, dass die Wissenszurechnung nicht davon abhängen darf, ob die Informationsverarbeitung *in concreto* durch einen Menschen oder ein System erfolgt.⁷²² Etwas anders liegen die Dinge bei Kennzeichnung des Einsatzes eines autonomen Systems durch die Organisation. Entsprechende Informationspflichten sehen Art. 13 Abs. 2 lit. f, Art. 14 Abs. 2 lit. g DS-GVO vor. Danach hat der Verantwortliche die betroffene Person zum Zeitpunkt der Datenerhebung über das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling gemäß Art. 22 DS-GVO zu informieren. Er hat ihr darüber hinaus – „zumindest in diesen Fällen“ – aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für sie zur Verfügung zu stellen. Eine automatisierte Entscheidung nach Art. 22 DS-GVO

719 Hierzu 3. Teil, A., II., 3., b), bb).

720 3. Teil, A., II., 3., b), bb), (1) – (3).

721 Sollte dies jedoch nicht der Fall sein, gelten die nachstehenden Ausführungen zur Kennzeichnung des Einsatzes autonomer Systeme entsprechend.

722 Ähnlich zur Haftung bereits Wolf, JuS 1989, 899 (901).

liegt im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung durch autonome Systeme zwar nicht vor.⁷²³ Aufgrund des Wortlautes von Art. 13 Abs. 2 lit. f, Art. 14 Abs. 2 lit. g DS-GVO, die im Gegensatz zu Art. 22 DS-GVO von Entscheidungsfindung anstatt von Entscheidung sprechen und zudem eine Informationspflicht „zumindest in diesen Fällen“ vorsehen, wird aber vielfach eine weite Auslegung der Regelungen befürwortet. Danach treffe den Verantwortlichen eine Informationspflicht jedenfalls auch bei Profilingmaßnahmen, die in eine (menschliche) Entscheidung nur einfließen sollen.⁷²⁴ Dies wäre etwa wohl auch bei der Prüfung von Gesundheitsangaben im Antragsverfahren einer privaten Krankenversicherung wie im einführenden Beispiel der Fall. Zudem wird – nicht zuletzt von der *Datenethikkommission* – zur Herstellung von mehr Transparenz eine Erweiterung der Informationspflichten angeregt.⁷²⁵ Bei gesetzlich vorgeschriebener oder aber freiwilliger Kennzeichnung des Einsatzes eines autonomen Systems weiß der Vertragspartner der Organisation von dessen Informationsverarbeitung. Ein Vertrauen in eine menschliche Informationsverarbeitung besteht hier daher nicht. Er vertraut in diesem Fall aber in die Technik des Systems und erwartet daher eine entsprechende Weiterleitung der Information innerhalb der Organisation.⁷²⁶ Die Relevanz dieses Vertrauens ist bei autonomen Systemen, deren Inferenzmechanismen oftmals analytisch nicht mehr vollständig nachzuvollziehen sind, gerade besonders hoch. Dem Vertragspartner bleibt hier nämlich nichts

723 Hierzu noch 3. Teil, A., II., 3., c), ff), (3).

724 Kühling/Buchner/Bäcker, Art. 13 DS-GVO Rn. 52; Simitis/Hornung/Spiecker/Dix, Art. 13 DS-GVO Rn. 16; Taeger/Gabel/Mester, Art. 13 DS-GVO Rn. 27; ebenfalls für eine extensive Auslegung Klar, BB 2019, 2243 (2251); Strassmeyer, K&R 2020, 176 (179); für eine Beschränkung der Informationspflichten auf den Anwendungsbereich des Art. 22 DS-GVO dagegen Gola/Franck, Art. 13 DS-GVO Rn. 26f.; Kumkar/Roth-Isigkeit, JZ 2020, 277 (282); Martini, JZ 2017, 1017 (1020); BeckOKDSR/Schmidt-Wudy, Art. 15 DS-GVO Rn. 76f. Für eine restriktive Auslegung der Informationspflichten wird dabei insbesondere deren Bußgeldbewehrung angeführt.

725 Die *Datenethikkommission*, Gutachten, 2019, S. 185 empfiehlt deren Einführung bei kritischen Systemen sowie stets im Fall einer Verwechslungsgefahr zwischen Mensch und System; ähnlich Martini, JZ 2017, 1017 (1020), der für eine Erweiterung auf alle persönlichkeitsensiblen Felder plädiert.

726 Dieses Vertrauen in technische Systeme wurde bereits technosoziologisch untersucht und belegt, vgl. etwa Fink, Vertrauen in autonome Technik, 2014, S. 189–209; Büscher/Sumpf in Kühne/Weber (Hrsg.), Bausteine der Energiewende, 2018, 129 (147–153); im juristischen Kontext bereits Wiebe, Willenserklärung, 2002, S. 148–154; ferner Gruber in Hilgendorf/Günther (Hrsg.), Robotik und Gesetzgebung, 2013, 123 (154–157).

anderes übrig, als dem technischen Verfahren zu vertrauen, wenn er sich nicht vom Rechtsverkehr ausschließen will.⁷²⁷ Der Schutz dieses Vertrauens wird somit zur grundlegenden Voraussetzung der gesellschaftlichen Akzeptanz der Systeme.

Das Vertrauen des Vertragspartners ist normativ berechtigt und damit schutzwürdig, da es wiederum die Organisation ist, die das maßgebliche Risiko schafft und beherrschen kann.⁷²⁸ Diese entscheidet sich nämlich bewusst für den Einsatz des autonomen Systems und schafft damit das Risiko der fehlenden menschlichen Kenntnisnahme der rechtlich relevanten Information als Limitation der bisherigen Wissenszurechnung. Hierbei handelt es sich um ein für die Interaktion von Mensch und autonomem System typisches Verbundrisiko. Hinzu kommen das Autonomierisiko sowie das Transparenzrisiko als weitere, für autonome Systeme typische Risiken.⁷²⁹ Da das System in der Sphäre der Organisation zum Einsatz kommt, kann diese die von ihm ausgehenden Risiken – zumindest abstrakt – beherrschen.⁷³⁰ Sie kann diese zudem besser versichern.⁷³¹ Auch wenn die

727 Nach *Luhmann*, Vertrauen, 5. Aufl. 2014, S. 27–38 dient Vertrauen generell der Reduktion von Komplexität. Daraus erschließt sich seine hohe Relevanz gerade im Fall technisch hochkomplexer und unvorhersehbar handelnder autonomer Systeme, vgl. auch *Boehme-Neßler*, MMR 2009, 439 (441). Mit Vertrauen geht aber das Risiko der Enttäuschung von Erwartungen einher, das der Vertrauende mit der Vertrauensinvestition auf sich nimmt. Dabei differenziert *Luhmann*, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2008, S. 42–50; *ders.*, Recht, 1993, S. 131–143 zwischen kognitiven Erwartungen, die der Vertrauende im Enttäuschungsfall der Wirklichkeit anpasse, und normativen Erwartungen, an denen der Vertrauende auch im Enttäuschungsfall festhalte; letztere stabilisiere das Recht, indem es sie als kontrafaktische Projektion in seinen Normen institutionalisiere. So besehen reduziert das Recht mit einer Wissenszurechnung bei autonomen Systemen das Enttäuschungsrisiko der normativen Erwartung einer Informationsweiterleitung. Dadurch wird die hohe Komplexität der Systeme erst gesellschaftlich tragbar.

728 So auch (für automatisierte Systeme) OLG Frankfurt/Main ZInsO 2019, 1944 (1948f.).

729 Hierzu bereits 1. Teil, C., III. Das Autonomierisiko dürfte v.a. beim Einsatz der Systeme ohne menschliche Beteiligung eine Rolle spielen, das Transparenzrisiko v.a. im Bereich der Entscheidungsfindung.

730 Zu diesem Aspekt bei automatisierter Informationsverarbeitung bereits BGH NJW 1977, 581 (582); ferner OLG Hamm ZIP 2011, 1926 (1928); OLG Frankfurt/Main ZInsO 2019, 1944 (1948f.); im Kontext der Haftung zu § 278 BGB *Berger*, Schadensverteilung, 1980, S. 145–149; *Brunner*, Computerfehlleistungen, 1970, S. 98f.; *Klingbeil*, JZ 2019, 718 (719); *Lieser*, JZ 1971, 759 (764); *Möschel*, AcP 186 (1986), 187 (200); *Wolf*, JuS 1989, 899 (901). Die Argumentation zu

Beherrschung der Risiken teilweise von der Konstruktion des Systems abhängt und damit dessen Hersteller zuzuschreiben ist, ist eine Zuweisung des Risikos zur Organisation aus der Steuerungsperspektive sinnvoll.⁷³² Denn die Organisation wählt das System auf dem Markt aus. Die Hersteller erhalten auf diese Weise aufgrund entstehender Wettbewerbsvorteile bei geeigneter Konstruktion der Systeme sowie drohender Haftung im umgekehrten Fall Anreize zu einer entsprechenden Konstruktion.⁷³³

Die Zuweisung des Risikos an die juristische Person bzw. die Organisation entspricht zudem dem ökonomischen Desiderat einer effizienten Ressourcenallokation. Unabhängig von der Frage, welchen Stellenwert die ökonomische Analyse des Rechts für die Gesetzesauslegung sowie Rechtsfortbildung im Bereich des Zivilrechts hat,⁷³⁴ kann dessen faktische Steuerungswirkung für das Verhalten der einzelnen Akteure kaum geleugnet werden.⁷³⁵ Dem hat eine umweltsensible und damit folgenorientierte Anwendung des Rechts Rechnung zu tragen. Sie hat daher stets die mit einer bestimmten judiziellen Entscheidung verbundenen Folgen zu ermitteln und zu bewerten.⁷³⁶ Hierin liegt die eigentliche Attraktivität der ökonomischen Analyse des Rechts, die mit ihrem am *homo oeconomicus* ausgerichteten Verhaltensmodell über eine klar formulierte Konzeption der Folgener-

§ 278 BGB kann übertragen werden, da das Prinzip der Risikoschaffung und -beherrschung sowohl § 278 BGB als auch der Wissenszurechnung zugrunde liegt.

731 Im Kontext der Haftung *Klingbeil*, JZ 2019, 718 (719); zur Versicherbarkeit (Absorptionsprinzip) als Zurechnungsgrund des Risikoprinzips bereits *Koller*, Risikozurechnung, 1979, S. 89–95.

732 Zur Anwendung des Privatrechts als Regulierungsinstrument *Hellgardt*, Regulierung, 2016, S. 673–709.

733 Hierzu *Friehe* in Faust/Schäfer (Hrsg.), Zivilrechtliche und rechtsökonomische Probleme des Internet und der künstlichen Intelligenz, 2019, 41 (44); allgemein *Hay/Spier*, *The American Economic Review* 95 (2005), 1700 (1700, 1702). Ein solches Konzept einer Regulierung „übers Dreieck“ enthält auch Art. 25 DSGVO mit der von ihm angestrebten *privacy by design*. Hierzu *Buss*, CR 2020, 1.

734 Hierzu bereits knapp unter 1. Teil, B. sowie dezidiert *Fezer*, JZ 1986, 817; *ders.*, JZ 1988, 223 einerseits sowie *Ott/Schäfer*, JZ 1988, 213 andererseits; eingehend *Eidenmüller*, Effizienz, 4. Aufl. 2015, S. 450–480.

735 *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 (424f.); ähnlich *Eidenmüller*, AcP 197 (1997), 80 (135). Eingehend zur Regulierungsfunktion des Privatrechts *Hellgardt*, Regulierung, 2016, S. 98–171.

736 Hierzu *Th. Möllers*, Methodenlehre, 3. Aufl. 2020, § 5 Rn. 56.

mittlung und mit dem *Effizienzkriterium*⁷³⁷ über eine ebenso klar formulierte Konzeption der Folgenbewertung verfügt.⁷³⁸ Mit der Integration der ökonomischen Analyse in den Prozess der Rechtsanwendung erhält der Effizienzgedanke die Funktion eines Indikators, der dem Rechtsanwender anzeigt, welche Effizienzwirkungen mit den aus *juristischer* Sicht vertretbaren Entscheidungsalternativen verbunden sind.⁷³⁹

Der Einsatz autonomer Systeme liegt grundsätzlich im gesamtgesellschaftlichen Interesse, da er zu einer erheblichen Senkung von Produktionskosten, vor allem aber auch von Transaktionskosten⁷⁴⁰ führt. Dies liegt zum einen an den Fähigkeiten autonomer Systeme, die in deren speziellem Einsatzbereich Menschen – mitunter weit – überlegen sind.⁷⁴¹ Vor allem aber profitieren autonome Systeme von ihrer Vernetzung über das Internet. Hierdurch bewältigen sie für den Menschen schier unüberschaubare Datenmengen, was zu geringeren Suchkosten führt. Autonome Systeme ermöglichen ferner ortsunabhängige Verhandlungen sowie erleichterte Entscheidungsfindung und senken damit auch Verhandlungs- und Entscheidungskosten. Schließlich reduzieren sie aufgrund besserer Risikoanalyse auch Prozesskosten. Dadurch ermöglichen autonome Systeme den beschriebenen sozioökonomischen Wandel hin zu Netzwerken und Plattformen in vorher noch nicht dagewesenem Ausmaß. Dieser geht mit der Entstehung von Skalen-, Verbund- sowie Netzwerkeffekten als weiteren wirtschaftlichen Vorteilen einher.⁷⁴² Infolgedessen ist den Unternehmen eine kostengünstigere Leistungserbringung möglich, an der der Kunde über einen entsprechend niedrigeren Preis der angebotenen Leistung partizi-

737 Als Effizienzkriterium ist dabei nicht das *Pareto*-Kriterium, sondern das *Kaldor/Hicks*-Kriterium heranzuziehen, vgl. *Eidenmüller*, Effizienz, 4. Aufl. 2015, S. 50; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 19–24; *Taupitz*, AcP 196 (1996), 114 (146f.). Danach wird Effizienz (auch) erreicht, wenn ein Zustand Y eine oder mehrere Personen besser und andere Personen schlechter stellt als ein Zustand X; Voraussetzung ist lediglich, dass die Vorteile der Begünstigten so groß sind, dass sie die Benachteiligten kompensieren *könnten* und für sie selbst immer noch ein Restvorteil gegenüber X verbleibt, vgl. *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 20.

738 *Eidenmüller*, Effizienz, 4. Aufl. 2015, S. 400; ähnlich bereits *Horn*, AcP 176 (1976), 307 (311f.).

739 *Kirchner/Koch*, Analyse & Kritik 11 (1989), 111 (124).

740 Zu diesen zählen Such-, Informations-, Verhandlungs-, Entscheidungs-, Überwachungs- und Durchsetzungskosten, vgl. *Erlei/Leschke/Sauerland*, Institutionenökonomik, 3. Aufl. 2016, S. 178; *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 4. Aufl. 2010, S. 58–61 sowie bereits Fn. 494.

741 Hierzu schon 1. Teil, C., III.

742 Hierzu 3. Teil, A., II., 3., c), aa).

piert. Er wird sich hierauf aber nur einlassen, wenn er sich auf die Funktionsfähigkeit der eingesetzten Systeme, im vorliegenden Bereich insbesondere auf deren Informationsverarbeitung und -weiterleitung, verlassen kann. Diese wiederum liegt im Bereich der Risikobeherrschung des jeweiligen Unternehmens, das daher der *cheapest cost avoider*⁷⁴³, jedenfalls aber der *cheapest cost insurer*⁷⁴⁴ ist. Nach dem hierzu in der ökonomischen Analyse etablierten Grundsatz sind Schäden und Kosten demjenigen rechtlich aufzuerlegen, der sie mit dem geringsten Aufwand vermeiden oder jedenfalls durch den Abschluss einer Eigen- oder Fremdversicherung absorbieren kann. Dieser Grundsatz lässt sich auch für die Wissenszurechnung fruchtbar machen und in deren Kontext entsprechend auf den *cheapest knowledge bearer* übertragen.⁷⁴⁵ Wissen und die damit verbundenen Rechtsfolgen sollten danach demjenigen auferlegt werden, der am einfachsten wissensgerecht handeln und die Rechtsfolgen der Wissensnormen vermeiden oder durch Versicherung bewältigen kann.⁷⁴⁶ Mit der Zurechnung des in autonomen Systemen enthaltenen Wissens können der Organisation wirksame Anreize vermittelt werden, für die erforderliche Informationsweiterleitung oder ein wissensgerechtes Handeln der Systeme zu sorgen.⁷⁴⁷ Dabei wird die Organisation aufgrund der mit der Wissenszurechnung bewirkten Internalisierung der Risiken des Einsatzes autonomer Systeme zum Zwecke der Gewinnmaximierung Kosten und Nutzen von höherer Zuverlässigkeit und Sicherheit der eingesetzten Systeme minimierend abwägen und solange hierin investieren, bis die entsprechenden Grenzkosten den Grenznutzen erreichen. Die entstehenden Kosten können schließlich über den Preis an den Kunden weitergegeben werden. Zu diesem Ergebnis würden nach *Coase* kooperative Parteien auf einem Markt ohne

743 Grundlegend *Calabresi*, *The Costs of Accidents*, 1970, S. 135–173, der sich dabei auf die Überlegungen von *Coase*, *The Journal of Law & Economics* 3 (1960), 1 (6–8, 15f.) und *Demsetz*, *The American Economic Review* 57 (1967), 347 stützt; hierzu auch *Behrens*, *Ökonomische Grundlagen*, 1986, S. 159f.; *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 252–254; *Shavell*, *Economic Analysis of Law*, 2004, S. 189f.

744 Hierzu *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 9. Aufl. 2014, S. 109–114; *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 437f.

745 Zum Begriff *Thomale*, *Emittent*, 2018, S. 23; für eine Übertragbarkeit ferner *Abegglen*, *Wissenszurechnung*, 2004, S. 141f.; *Wagner*, *ZHR* 181 (2017), 203 (260–262).

746 *Thomale*, *Emittent*, 2018, S. 23.

747 Hierin sieht *Wagner*, *ZHR* 181 (2017), 203 (260) bereits bisher die Rechtfertigung der Wissenszurechnung; ähnlich *DeMott*, *Duke Journal of Comparative & International Law* 13 (2003), 291 (299).

Transaktionskosten auch mittels vertraglicher Vereinbarung gelangen.⁷⁴⁸ Das Recht wird daher auf diese Weise seiner Aufgabe gerecht, die entsprechende Regelung zu rekonstruieren.⁷⁴⁹ Die Zurechnung des Wissens autonomer Systeme genügt nach alledem dem ökonomischen Kriterium der Effizienz und leuchtet damit (auch) aus folgenorientierter Perspektive ein.

Im Fall des Wissenmüssens, also der fahrlässigen oder grob fahrlässigen Unkenntnis, als weiterem potenziellem Zurechnungsgegenstand erlegt der Gesetzgeber dem Betroffenen Mindestanforderungen auf, bei deren Einhaltung künftige, weitaus höhere Transaktionskosten in Gestalt von Rückabwicklungs- sowie Prozesskosten vermieden werden können.⁷⁵⁰ Diese Mindestanforderungen sind gerechtfertigt, da in den erfassten Konstellationen die Informationskosten des Betroffenen aufgrund der gegebenen Umstände, etwa der Nähe zu einer bestimmten Information oder des Bestehens etwaiger Verdachtsmomente, gegenüber dem Vermeidungsaufwand der anderen Partei deutlich geringer sind.⁷⁵¹ Deshalb ist es hier aus Effizienzgründen sinnvoll, für den Betroffenen Anreize zu schaffen, der Suche nach weiteren Informationen nachzugehen. Überträgt man diese Überlegungen auf den Einsatz autonomer Systeme, so stellt die Zurechnung des Wissenmüssens in den eben beschriebenen Konstellationen gerade die wohlfahrtssteigernde Nutzung deren oftmals – gegenüber einem menschlichen Angestellten – noch deutlich größeren Suchpotenzials und damit die Einsparung weiterer Transaktionskosten sicher. Natürlich dürfen die Anforderungen dabei nicht überspannt werden, da sich sonst ein ineffizienter Zustand einstellt. Dies kann aber gerade über das – auch ökonomischen Erwägungen zugängliche⁷⁵² – bewegliche System zur Bestimmung des Wissenmüssens gelingen.

748 Sog. *Coase*-Theorem, vgl. *Coase*, *The Journal of Law & Economics* 3 (1960), 1 (6–8, 15f.).

749 Hierzu *Eidenmüller*, AcP 197 (1997), 80 (85f.); ferner *Cziupka*, *Dispositives Vertragsrecht*, 2010, S. 10f., 283–287.

750 *Fleischer*, *Informationsasymmetrie*, 2001, S. 477. So sind die Informationskosten des Betroffenen etwa im Fall des Ausschlusses der Gewährleistungsrechte bei grob fahrlässiger Unkenntnis nach § 442 Abs. 1 S. 2 BGB deutlich geringer als die drohenden Rückabwicklungskosten oder im Fall des Ausschlusses des gutgläubigen Erwerbs bei grob fahrlässiger Unkenntnis nach § 932 Abs. 2 BGB deutlich geringer als die drohenden Prozesskosten hinsichtlich des Eigentums.

751 *Fleischer*, *Informationsasymmetrie*, 2001, S. 476; *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 613.

752 Hierzu 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (2), (a).

Schließlich fügt sich auch die oben skizzierte⁷⁵³ Interpretation der Arglist, insbesondere der Fälle der „gespaltenen Arglist“, in die hier angestellten effizienzorientierten Überlegungen ein. Wenn die rechtlich relevante Information nämlich bereits im System vorhanden ist, ist die Organisation zugleich der *cheapest information gatherer*⁷⁵⁴, da sie die zwischen den Vertragsparteien bestehende Informationsasymmetrie am kostengünstigsten beheben kann. Mit der Zurechnung des im autonomen System enthaltenen Wissens und der Annahme von Arglist in diesem Fall wird somit ein Anreiz zur Informationsweitergabe an den Vertragspartner geschaffen. Dieser soll im Vertrauen darauf unnötige (da kostenintensivere) eigene Überprüfungen unterlassen. Dadurch werden die entstehenden Transaktionskosten wiederum gesenkt.

Diese ökonomischen Erwägungen sprechen auch für die Anwendung der Arglist auf autonome Systeme im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung, da so auch dort Anreize für eine Gestaltung geschaffen werden, die (rechtlich) relevante Information – in diesem Fall durch das System selbst – dem Gegenüber mitzuteilen.

An diesen Überlegungen wird zudem noch ein Weiteres deutlich: Eine Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme ist vor allem im B2C-Bereich aufgrund der hier bereits bisher bestehenden strukturellen Imparität sowie Informationsasymmetrie zwischen den Vertragsparteien erforderlich. Gerade Verbraucher müssen sich auf den Einsatz autonomer Systeme einlassen und verfügen nicht selbst über vergleichbare Mittel. Die Annahme einer Wissenszurechnung entspricht damit hier der allgemeinen Tendenz des heutigen Vertragsrechts hin zum Vertrauensschutz durch eine stärkere Verantwortung für die andere Partei.⁷⁵⁵ Dies kann aber im B2B-Bereich durchaus anders zu beurteilen sein. Hier begegnen sich die Vertragspartner auf Augenhöhe und verfügen mitunter auf beiden Seiten über autonome Systeme. Daher kann in dieser Konstellation eine vertragli-

753 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (3).

754 Dieser für die ökonomische Beurteilung von Aufklärungspflichten verwendete Begriff geht zurück auf *Kronman*, *The Journal of Legal Studies* 7 (1978), 1 (4f., 7); s. auch *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 9. Aufl. 2014, S. 118–122; hierzu auch in der nationalen Diskussion zur Arglist *Wagner* in Zimmermann (Hrsg.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, 2007, 59 (76f.).

755 Hierzu *Rösler*, *AcP* 207 (2007), 564 (579); allgemein zur „Materialisierung“ des Vertragsrechts *Canaris*, *AcP* 200 (2000), 273 (277–292 sowie passim) sowie aus neuerer Zeit *Rosenkranz*, *GPR* 2018, 28.

che Abbedingung der hier entwickelten weitreichenden Wissenszurechnung aus Sicht der Parteien vorzugswürdig sein.⁷⁵⁶

(3) Korrelation von Vor- und Nachteil

Schließlich fordert auch das Prinzip der Korrelation von Vor- und Nachteil eine Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme in mehrfacher Hinsicht. Bei diesem handelt es sich um ein Grundprinzip der Arbeitsteilung, das mit den §§ 31, 166, 278 BGB auch deren zentralen Vorschriften zugrunde liegt.⁷⁵⁷ Entsprechend bestehen hier auch im Hinblick auf autonome Systeme starke argumentative Überschneidungen zwischen Wissens- und Verhaltenszurechnung. Im Kontext der Wissenszurechnung innerhalb arbeitsteiliger Organisationen folgt aus der Korrelation von Vor- und Nachteil, dass die Organisation, die von der Arbeitsteilung profitiert, auch die daraus resultierende Wissensaufspaltung als korrespondierenden Nachteil tragen soll. Das Rechtsprinzip ermöglicht zudem eine angemessene Erweiterung der Wissensorganisationspflicht bei Vergrößerung der jeweiligen Wissensseinheit über Organisationsgrenzen hinweg.⁷⁵⁸

Hieran anknüpfend ist zunächst festzustellen, dass die mit der Wissenszurechnung auszugleichenden Vorteile der Arbeitsteilung (Erweiterung des Tätigkeitsbereichs sowie der Verdienstmöglichkeiten) beim Einsatz autonomer Systeme in gleicher Weise vorliegen wie bei der Delegation an menschliche Angestellte.⁷⁵⁹ Bereits dies spricht für eine Zuweisung des Risikos der Wissensaufspaltung an die Organisation in beiden Fällen.

Die mit dem Einsatz autonomer Systeme verbundenen Vorteile gehen darüber hinaus. Wie bereits mehrfach erwähnt, arbeiten die Systeme in ihrem speziellen Einsatzbereich – zum Teil deutlich – leistungstärker und kostengünstiger als Menschen. Insbesondere gelingt eine gewinnbringende Nutzung der gewaltigen Informationsströme im mehrdimensionalen Informationsnetzwerk nur mit dem Einsatz autonomer Systeme. Daher soll die Organisation, die autonome Systeme zu ihrem Vorteil einsetzt,

756 Hierzu noch näher 3. Teil, A., II., 3., c), ff), (1).

757 3. Teil, A., II., 3., b), cc).

758 3. Teil, A., II., 3., b), cc).

759 So zu § 278 BGB *Berger*, Schadensverteilung, 1980, S. 155; *Brunner*, Computerfehleistungen, 1970, S. 98f.; *Loewenheim*, BB 1967, 593 (597); *Wolf*, JuS 1989, 899 (901). Wie bereits erwähnt, ist die Argumentation zu § 278 BGB aufgrund der Identität des zugrunde liegenden Rechtsprinzips auf die Wissenszurechnung übertragbar.

auch die entsprechende rechtliche Verantwortung tragen.⁷⁶⁰ Eine Ablehnung der Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme würde aber zu einer Internalisierung der Vorteile sowie einer Externalisierung der Nachteile führen, die hiermit verbunden sind. Eine solche Rechtslage würde für Unternehmen Anreize schaffen, Aufgaben bewusst an autonome Systeme zu delegieren, um dadurch Wissensressourcen zu ihrem Vorteil zu erschließen, ohne hierfür rechtlich einzustehen.⁷⁶¹ Durch eine Wissenszurechnung – auch – beim Einsatz autonomer Systeme hat die Organisation dagegen den Anreiz, bei der Wahl zwischen menschlicher Arbeit und dem Einsatz derartiger Systeme nicht nur Anschaffungs- und Unterhaltungskosten der Systeme mit den akkumulierten Lohnkosten eines Mitarbeiters, sondern auch die jeweiligen Schadenskosten zu vergleichen.⁷⁶² Die Internalisierung auch der Nachteile des Einsatzes autonomer Systeme wird daher dazu führen, dass dieser grundsätzlich erst dann erfolgt, wenn er auch gesamtwirtschaftlich sinnvoll ist.

Eine Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme trägt schließlich auch dem gewandelten Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach einer Zurechnung an sich organisationsexterne Informationen im Netzwerk Rechnung. Eine (rechtliche) Organisationsgrenzen überschreitende Wissenszurechnung wird zwar sowohl innerhalb des Konzerns als auch innerhalb faktischer Unternehmensverbünde, wie Netzwerke oder Plattformen, diskutiert.⁷⁶³ Die als Zurechnungsobjekt maßgebliche Organisation muss dafür aber die Herrschaftsmacht haben, die geforderte Wissensorganisation auf das relevante Zurechnungsobjekt zu erstrecken und dieses somit in das System der Informationsweiterleitung einzubeziehen.⁷⁶⁴ Andernfalls kann eine Zurechnung des (externen) Wissens erst erfolgen, wenn dieses

760 Zu (automatisierten) EDV-Systemen bereits BGH NJW 1977, 581 (582); OLG Frankfurt/Main ZInsO 2019, 1944 (1949); zur Haftung *Lieser*, JZ 1971, 759 (764f.); rezipiert von *Köhler*, AcP 182 (1982), 126 (157).

761 *Hacker*, RW 2018, 243 (280f.). Die Argumentation entspricht derjenigen zur Gleichbehandlung des Einsatzes von Menschen und Systemen und verdeutlicht damit den Gleichlauf der beiden Prinzipien.

762 *Wagner*, ZHR 181 (2017), 203 (258); *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 9. Aufl. 2014, S. 218, allerdings jeweils im Kontext der Haftung.

763 Siehe bereits 3. Teil, A., II., 3., b), cc) sowie 3. Teil, A., II., 3., c), bb); zu Organisationsgrenzen übersteigenden Informationseinheiten *Bork*, DB 2012, 33 (40f.); *Broemel*, RW 2013, 62 (77); *Ihrig*, ZHR 181 (2017), 381 (394f., 411f.); *Spindler/Schuster/Spindler*, § 166 BGB Rn. 6. Die Wissenszurechnung im Konzern soll hier aber ausgeklammert bleiben.

764 Ansatzweise BGH NJW-RR 1990, 285 (286) sowie explizit OLG Frankfurt/Main NZG 2020, 348 (350) mit zustimmender Anm. *Buck-Heeb*, WuB 2020, 29 (31)

in die Unternehmenssphäre gelangt ist.⁷⁶⁵ Diese ist heute aber aufgrund der zunehmenden Vernetzung von Organisationen und sonstigen Akteuren sowie des Einsatzes autonomer Systeme rechtstatsächlich neu zu definieren. Da Arbeitsteilung und Integration ungeachtet traditioneller Organisationsgrenzen erfolgen, organisieren autonome Systeme als Schnittstellen Informationsströme über lose miteinander verbundene Organisationen und Akteure hinweg. Daher ist die Zurechnung externen Wissens bei Bejahung einer Wissenszurechnung bei autonomen Systemen realitätsgerecht möglich. Der Wissensbegriff stellt dabei entsprechend der Korrelation von Vor- und Nachteil über das Kriterium der Informationsverarbeitung sicher, dass die *Zurechnung* des Wissens autonomer Systeme stets an einen konkret eingetretenen (Wissens- bzw. Informations-)Vorteil anknüpft.⁷⁶⁶ Lediglich beim Wissenmüssen ist dies anders, da hier bereits ein potenzieller (Wissens- bzw. Informations-)Vorteil genügt. Die so skizzierte, maßvolle Wissenszurechnung wird daher den Anforderungen der Korrelation von Vor- und Nachteil gerecht.

ff) Immanente Grenzen der Wissenszurechnung

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, dass sich eine Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme im Bereich der Informationsbeschaffung und -auswertung mithilfe der die Wissensorganisationspflicht tragenden Rechtsprinzipien begründen lässt. Jetzt soll der nachgelagerten Frage nachgegangen werden, welche Grenzen einer solchen Wissenszurechnung immanent sind. Mit immanenten Grenzen sind dabei diejenigen Aspekte gemeint, die im Rahmen der Wissenszurechnung stets zu beachten sind, da sie sich unmittelbar aus deren Normen und Systematik erge-

sowie *Fuchs/Grimm*, EWiR 2020, 73 (74); ferner *Ihrig*, ZHR 181 (2017), 381 (411); *Mader*, Der Konzern 2015, 476 (477, 484); *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2. Aufl. 2011, S. 968; *Verse*, AG 2015, 413 (419f.) (jeweils zum Konzern); *Spindler/Schuster/Spindler*, § 166 BGB Rn. 6 (zum Outsourcing auf einen vertraglich verbundenen Akteur); großzügiger *Bork*, DB 2012, 33 (40f.); *Broemel*, RW 2013, 62 (77) (jeweils zu losen Unternehmenszusammenschlüssen, wie etwa Netzwerken). Nur bei bestehender Möglichkeit der Erstreckung der Wissensorganisationspflicht auf das jeweilige Zurechnungssubjekt beherrscht die Organisation den maßgeblichen Verkehrsbereich. Zentrales Argument ist also das Prinzip der Risikoschaffung und -beherrschung. Dies zeigt erneut, wie die verschiedenen Prinzipien der Wissenszurechnung miteinander interagieren.

⁷⁶⁵ So *Ihrig*, ZHR 181 (2017), 381 (395).

⁷⁶⁶ 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (1), (c).

ben. Hierunter fallen etwa die Konkretisierung der Wissenszurechnung durch die jeweiligen Wissensnormen sowie die der Wissensorganisationspflicht inhärenten sachlichen und zeitlichen Grenzen. Dagegen sollen externe Grenzen der Wissenszurechnung, die nur in bestimmten Zusammenhängen zu beachten sind und sich aus selbständigen Regelungsmaterien ergeben, ausgeklammert werden.⁷⁶⁷ Eine gewisse Sonderstellung nimmt Art. 22 DS-GVO ein. Das Datenschutzrecht als externe Grenze der Wissenszurechnung ist nicht Untersuchungsgegenstand, die Regelung des Art. 22 DS-GVO ist aber beim Einsatz autonomer Systeme derart omnipräsent, dass sie in diesem Kontext der Wissenszurechnung zu beachten ist. Sie ist daher quasi eine immanente Grenze.

(1) Vertragliche Vereinbarungen

Ausgehend vom Prinzip der Privatautonomie stellt sich zunächst die Frage nach einem Ausschluss der Wissenszurechnung bei autonomen Systemen durch vertragliche Vereinbarung der Parteien. Eine solche wird zwar nicht generell, aber doch für bestimmte Fälle relevant werden können.⁷⁶⁸ Dabei ist die vertragliche Abbedingung der Wissenszurechnung (also des § 166 Abs. 1 BGB sowie der Wissensorganisationspflicht) zunächst von der Abbe-

767 Hierzu bereits 1. Teil, B. mit einigen Beispielen, etwa Verschwiegenheitspflichten.

768 So – ohne Berücksichtigung autonomer Systeme – *Buck-Heeb* in Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 2 Rn. 59. Diskutiert wird die Problematik der vertraglichen Beschränkung der Wissenszurechnung leider beinahe ausschließlich im Zusammenhang mit Unternehmenskaufverträgen hinsichtlich der §§ 442 Abs. 1, 444 Alt. 1 BGB, vgl. etwa *Beisel* in Beisel/Klumpp, Der Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2016, § 17 Rn. 7; *Boisai*, Wissensklauseln, 2019, S. 184–193; *Hartung*, NZG 1999, 524 (530f.); *Hilgard*, BB 2013, 963 (968); *Hoenig/Klingen*, NZG 2013, 1046 (1050f.); *Koppmann*, BB 2014, 1673 (1676f.); *Meyer*, WM 2012, 2040 (2045f.); *Rasner*, WM 2006, 1425 (1429–1431); *Risse*, NZG 2020, 856 (862); *Schaefer/Ortner*, DStR 2017, 1710 (1714); *Schaper/Ullrich*, GmbHR 2019, 625 (629); *Weißhaupt*, WM 2013, 782 (786–788); *ders.*, ZIP 2016, 2447 (2457); *Wendt/Kreiling*, KSzW 2016, 67 (70f.); *Werner*, jM 2017, 222 (228); *v. Woedtke*, GmbHR 2017, 505 (511). In den üblichen Unternehmenskaufverträgen werden die gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften in der Regel ausgeschlossen und stattdessen Garantien – teilweise in Gestalt sog. *best knowledge warranties* – übernommen; zudem werden im Hinblick auf diese sowie die §§ 442 Abs. 1, 444 Alt. 1 BGB die relevanten Wissensträger von Verkäufer und/oder Käufer abschließend bestimmt oder eine Wissenszurechnung gar vollständig ausgeschlossen.

dingung der jeweiligen Wissensnorm (etwa § 442 BGB) zu unterscheiden. Nur erstere soll Gegenstand der Untersuchung sein. Im Ausgangspunkt gewährleistet dabei die grundrechtlich verbürgte Vertragsfreiheit grundsätzlich die Möglichkeit vertraglicher Abweichungen. Grenzen bestehen nur in Gestalt des zwingenden Rechts. Diesbezüglich ist im Folgenden zwischen individualvertraglichen Vereinbarungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zu differenzieren.

Im Fall vertraglicher Individualabreden über die Wissenszurechnung bei autonomen Systemen können sich im Hinblick auf Wissensnormen, die (allein) an ein Wissen oder Wissenmüssen anknüpfen, entsprechende Grenzen aus einem zwingenden Charakter der im Wege der Rechtsfortbildung entwickelten Wissenszurechnung ergeben. Die Bestimmung des zwingenden Charakters einer Regelung ist jedoch ein noch weitgehend ungeklärtes Problem, dessen Lösung erhebliche Schwierigkeiten bereitet.⁷⁶⁹ Aus der grundrechtlich gewährleisteten Vertragsfreiheit, in die jede zwingende Regelung einen Eingriff bedeutet, ergibt sich zunächst eine Vermutung zugunsten der Abdingbarkeit einer Regelung. Der Schutz des Vertragspartners oder Dritter, der durch eine zwingende Norm besser gewährleistet wird als durch eine abdingbare Norm, kann jedoch für den zwingenden Charakter einer Regelung sprechen.⁷⁷⁰ Vorliegend ist zunächst zu beachten, dass § 166 BGB, aus dem die Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht und damit schließlich auch die Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme entwickelt worden ist, überwiegend als dispositiv erachtet wird.⁷⁷¹ Hierfür spricht auch der systematische Vergleich mit § 278 BGB als Norm der Verhaltenszurechnung. Dieser ist unzweifelhaft abdingbar, wie sich aus seinem Satz 2 ergibt. Bereits aus diesem Grund sollte die Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme als gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung erst recht abdingbar sein. Der Vertragspartner würde durch einen zwingenden Charakter derselben schließlich auch nicht besser geschützt. Maßgeblich ist diesbezüglich nämlich, dass der Vertragspartner durch die Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme gerade in seinem Vertrauen auf die Informati-

769 Kähler, Abdingbares Recht, 2012, S. 345; hierzu auch Möslin, Dispositives Recht, 2011, S. 11f.

770 Kähler, Abdingbares Recht, 2012, S. 363–373, 436f.

771 OLG Düsseldorf ZIP 2016, 2363 (2370); Kähler, JZ 2007, 18 (26); NK-BGB/Stoffels, § 166 BGB Rn. 41; jedenfalls im Fall der analogen Anwendung – wie auch bei autonomen Systemen im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung (3. Teil, A., IV., 3., b) sowie 3. Teil, A., IV., 3., c)) – Hoenig/Klingen, NZG 2013, 1046 (1051); Schaper/Ullrich, GmbHR 2019, 625 (629).

onsverarbeitung und -weiterleitung der Systeme geschützt werden soll. Besteht sein Gegenüber nun – explizit – auf einen individualvertraglichen Ausschluss der Wissenszurechnung und lässt er sich hierauf ein, wird dieses Vertrauen zerstört.⁷⁷² Denn der Vertragspartner weiß nun, dass er sich aufgrund des Wunsches der Organisation nach einem Ausschluss der Wissenszurechnung auf die Informationsverarbeitung sowie -weiterleitung der Systeme nicht (in dem Maße) verlassen kann. Entweder er lässt sich dennoch auf einen Vertragsschluss ein und nimmt das Risiko des Informationsverlusts damit bewusst auf sich oder er sucht sich – nun um dieses Risiko wissend – einen anderen Anbieter, der auf einen entsprechenden Ausschluss nicht besteht. Auch aus diesem Grund ist von der Disponibilität der Wissenszurechnung bei autonomen Systemen auszugehen.⁷⁷³

Bei Wissensnormen, die an Wissen als Bestandteil von Arglist und Vorsatz anknüpfen, ergeben sich zudem im wichtigsten Fall der kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften aus § 444 Alt. 1 BGB⁷⁷⁴ sowie im Übrigen⁷⁷⁵ aus § 276 Abs. 3 BGB weitere mögliche Grenzen für einen vertraglichen Ausschluss der Wissenszurechnung. Danach kann eine Haftung wegen Arglist bzw. Vorsatz nicht abbedungen werden. Infolge der vom Bundesgerichtshof vorgenommenen Rechtsfortbildung zur „gespaltenen Arglist“, der auch für die Wissenszurechnung bei autonomen Systemen gefolgt wurde, kann das in den Systemen enthaltene Wissen bereits zu Arglist bzw. Vorsatz der juristischen Person führen. Ein vertraglicher Ausschluss der Wissenszurechnung bedeutet hier daher einen Ausschluss der Haftung für Arglist bzw. Vorsatz. Gleichwohl ist er zulässig. Hierfür spricht zunächst die im Kontext der „gespaltenen Arglist“ im Wege der Rechtsfortbildung betriebene Ausdehnung des Vorsatz- bzw. Arglistbegriffs. Die Rechtsprechung hat sich damit von einem absoluten Vorsatzverständnis entfernt.⁷⁷⁶ Dadurch ist im Fall eines Ausschlusses der Wissenszu-

772 Freilich gilt die Wissenszurechnung als dispositives Recht aber, wenn (nur) die Organisation auf deren Ausschluss besteht, der Vertragspartner sich hierauf aber nicht einlässt und dennoch kontrahiert.

773 Für die Wissensorganisationspflicht ebenfalls vorsichtig *Buck-Heeb* in *Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance*, 3. Aufl. 2016, § 2 Rn. 61; *Hilgard*, BB 2013, 963 (968); *Kähler*, JZ 2007, 18 (26); *Wendt/Kreiling*, KSzW 2016, 67 (70f.); a.A. *Meyer-Sparenberg* in *Beck'sches M&A-Handbuch*, 2017, § 44 Rn. 142.

774 Zur zwingenden Natur des § 444 BGB OLG Brandenburg BeckRS 2012, 14956; BeckOGK/Stöber, § 444 BGB Rn. 92. Vgl. auch die entsprechenden Vorschriften der §§ 536d, 639 BGB.

775 Etwa in den Fällen der Haftung nach §§ 523f., 600 BGB, vgl. BeckOGK/Harke, § 524 BGB Rn. 10.

776 *Kähler*, JZ 2007, 18 (25); *Weißhaupt*, WM 2013, 782 (788).

rechnung der Schutzzweck des § 276 Abs. 3 BGB nicht berührt. Danach soll sich niemand der Willkür eines anderen ausliefern können.⁷⁷⁷ Wer nun aber akzeptiert, dass das nur in autonomen Systemen vorhandene Wissen dem Vertragspartner nicht zugerechnet wird, setzt sich damit keineswegs dessen Willkür aus. Erlangt nämlich eine menschliche Hilfsperson Kenntnis – und frühestens ab diesem Zeitpunkt besteht die Gefahr von Willkür –, so setzt ohnehin die (herkömmliche) Wissenszurechnung ein. Es geht hier damit nicht um den Ausschluss einer Vorsatzhaftung, sondern um die vertragsautonome Anpassung der gesetzlich vorgesehenen Risikoallokation.⁷⁷⁸ Jedenfalls im B2B-Bereich kommt hinzu, dass die Parteien für eine solche Anpassung aufgrund ihrer geschäftlichen Erfahrung sowie professionellen Beratung keines Verkehrsschutzes bedürfen, den eine derart weitgehende Wissenszurechnung gerade gewähren soll.⁷⁷⁹ Ein individualvertraglicher Ausschluss der Wissenszurechnung ist daher auch in diesem Bereich zulässig.⁷⁸⁰ Anders ist dies aber wegen § 476 Abs. 1 BGB im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs zu beurteilen. Ein Ausschluss der Wissenszurechnung weicht hier nämlich zum Nachteil des Verbrauchers von der gesetzlichen Regelung ab.

Ein Ausschluss der Wissenszurechnung bei autonomen Systemen in AGB benachteiligt den Vertragspartner dagegen unangemessen und ist daher stets unwirksam, § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB. Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen, wenn eine Bestimmung in AGB mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Die Vorschrift knüpft daran an, dass dispositive Normen ein Gerechtigkeitsmodell formulieren, das zwar individualvertraglichen Vereinbarungen zugänglich ist, durch einseitig gesetzte, abstrakt-generelle Regelungen in AGB dagegen nicht oder jedenfalls nur aus besonderen Gründen abbedun-

777 Staudinger/Caspers, § 276 BGB Rn. 121; MüKoBGB/Grundmann, § 276 BGB Rn. 182; Kähler, JZ 2007, 18.

778 So allgemein zur Wissenszurechnung auch Werner, jM 2017, 222 (228). Dies deckt sich auch mit der Aussage des BGH, es gehe bei einem solchen Arglistverständnis nicht um eine Sanktion für moralisch vorwerfbares Verhalten, sondern um eine angemessene Risikoverteilung, vgl. BGHZ 109, 327 (333) (1989).

779 Werner, jM 2017, 222 (228); Weißhaupt, ZIP 2016, 2447 (2457).

780 So etwa auch – freilich nicht zu autonomen Systemen – KG WM 1996, 356 (362f.); OLG Düsseldorf, ZIP 2016, 2363 (2368); Hoenig/Klingen, NZG 2013, 1046 (1050f.); Kähler, JZ 2007, 18 (26f.); Erman/Maier-Reimer/Finkenauer, § 166 BGB Rn. 35; Staudinger/Schilken, § 166 BGB Rn. 21; Weißhaupt, ZIP 2016, 2447 (2457); zweifelnd Koppmann, BB 2014, 1673 (1676f.); a.A. Meyer-Spärenberg in Beck'sches M&A-Handbuch, 2017, § 44 Rn. 142; Rasner, WM 2006, 1425 (1429).

gen werden soll.⁷⁸¹ Als gesetzliche Regelungen im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB sind dabei auch Rechtssätze wie die Wissenszurechnung bei autonomen Systemen anzusehen, die im Wege der Rechtsfortbildung aus gesetzlichen Vorschriften hergeleitet wurden.⁷⁸² Der besondere Gerechtigkeitsgehalt der Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme wurde bereits hinlänglich nachgewiesen. Von dieser sollte sich der Verwender von AGB daher nicht ohne Weiteres lösen können. Dies gilt auch im B2B-Bereich, da für AGB der Grundsatz der objektiven Auslegung gilt⁷⁸³ und im Rahmen einer solchen nicht davon ausgegangen werden kann, dass der durchschnittliche (unternehmerische) Vertragspartner der autonome Systeme einsetzenden Organisation mit dieser stets auf Augenhöhe ist.

Dieses Ergebnis entspricht auch der Erkenntnis, dass die mit der Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme vorgenommene Risikoverteilung vor allem im B2C-Bereich erforderlich ist. In diesem dürften nämlich – rechtlich zulässig – Individualabreden über die Wissenszurechnung aufgrund des Massencharakters der dort abgeschlossenen Verträge faktisch kaum vorkommen. Im hiervon deutlich stärker geprägten B2B-Bereich eröffnet dieses privatautonome Instrument aber die flexible Möglichkeit einer abweichenden vertraglichen Risikoallokation.

(2) Konkretisierung durch die jeweilige Wissensnorm

Im Grundsatz allgemein anerkannt ist zudem, dass die im Einzelnen sehr unterschiedlichen Wissensnormen Einfluss auf die Wissenszurechnung haben.⁷⁸⁴ Das folgt bereits aus dem Zweck der Zurechnung, die Ziele der jeweiligen Wissensnorm zu verwirklichen. Daher ist nach Funktion der je-

781 Staudinger/Wendland, § 307 BGB Rn. 230; MüKoBGB/Wurmnest, § 307 BGB Rn. 68.

782 BGHZ 100, 157 (163) (1987); NJW 1993, 2738 (2739); Roth, AcP 190 (1990), 292 (293f.); Staudinger/Wendland, § 307 BGB Rn. 237.

783 Hierzu MüKoBGB/Basedow, § 305c BGB Rn. 33.

784 So im Ausgangspunkt übereinstimmend etwa BGHZ 133, 129 (138f.) (1996); NJW 2012, 447 (449); NJW 2017, 250 (252f.); Baisch, Verjährungsbeginn, 2018, S. 54, 59; Bertus, Emittentenhaftung, 2020, S. 123, 135–141; Buck, Wissen, 2001, S. 116; Drexler, ZHR 161 (1997), 491 (501f.); Goldschmidt, Wissenszurechnung, 2001, S. 86; A. Reuter, ZIP 2017, 310 (313); Richardi, AcP 169 (1969), 385 (389); Seidel, AG 2019, 492 (493); Taupitz, Sonderheft VersR, Karlsruher Forum 1994, 16 (25); Thomale, Emittent, 2018, S. 6–8; Waltermann, AcP 192 (1992), 181 (185f., 191f.); a.A. Schüler, Wissenszurechnung, 2000, S. 83, demzufolge es keiner Differenzierung zwischen den verschiedenen Wissensnormen bedarf.

weiligen Wissensnorm zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen – etwa nur in (analoger) Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB oder auch unter Heranziehung der weitergehenden Wissensorganisationspflicht – eine Wissenszurechnung möglich ist.⁷⁸⁵ Das ist eine allgemeine Problematik der Wissenszurechnung, die auch beim Einsatz autonomer Systeme von Bedeutung ist. In diesem Zusammenhang ist sie bereits an der unterschiedlichen Behandlung der Wissenszurechnung im Hinblick auf das Merkmal der Arglist im Rahmen der (kaufrechtlichen) Gewährleistungsvorschriften sowie den Vorsatz im Rahmen des § 826 BGB deutlich geworden.⁷⁸⁶

Teilweise wird die Ansicht vertreten, die Fallgestaltungen der einzelnen Wissensnormen seien zu unterschiedlich, als dass sie mit einer übergreifenden Zurechnungsnorm gelöst werden könnten.⁷⁸⁷ Vielmehr sei jede Wissensnorm Ausdruck eines individuellen Kompromisses zwischen Verkehrsschutz und Handlungsfreiheit des Betroffenen. Dieser Kompromiss dürfe nicht durch eine einheitliche Wissenszurechnung aus dem Gleichgewicht gebracht werden.⁷⁸⁸ Die Wissenszurechnung sei daher in Wirklichkeit gar kein Zurechnungsproblem. Vielmehr entscheide die jeweils einschlägige Wissensnorm selbst über den Umfang der Wissenszurechnung.⁷⁸⁹ Diese Ansicht vermag aus mehreren Gründen nicht zu überzeugen. Zunächst stehen ihr die Konzeption des Gesetzes sowie der dieser zugrunde liegende Wille des historischen Gesetzgebers entgegen.⁷⁹⁰ Die Wissensnormen mit ihrer Ausrichtung auf die (natürliche) Einzelperson geben selbst gerade keine Antwort darauf, welches Wissen welcher Person dem Zurechnungsobjekt zuzurechnen ist.⁷⁹¹ Es bedarf im Gegenteil aufgrund des der Zurechnung allgemein zugrunde liegenden Prinzips der Selbstverantwortung der Person einer zusätzlichen Rechtfertigung für die Zurechnung nicht in der eigenen Person verwirklichter Umstände. Dieser Auffassung war bereits der historische Gesetzgeber. Auch im Rahmen der Beratungen zum

785 Bork, ZGR 1994, 237 (240, 265); Buck, Wissen, 2001, S. 116; Drexler, ZHR 161 (1997), 491 (501f.).

786 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (3).

787 Goldschmidt, Wissenszurechnung, 2001, S. 85; Müller-Freienfels, Vertretung, 1955, S. 392; in diese Richtung wohl bereits Hupka, Vollmacht, 1900, S. 55f.; ähnlich Gasteyer/Goldschmidt, AG 2016, 116 (118); Grigoleit, ZHR 181 (2017), 160 (179); Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, 2. Aufl. 2011, S. 646f. sowie wohl auch Koch, AG 2019, 273 (278).

788 Goldschmidt, Wissenszurechnung, 2001, S. 86f.; ähnlich Müller-Freienfels, Vertretung, 1955, S. 392.

789 Goldschmidt, Wissenszurechnung, 2001, S. 96.

790 Baisch, Verjährungsbeginn, 2018, S. 55; Buck, Wissen, 2001, S. 118.

791 So auch Waltermann, AcP 192 (1992), 181 (185).

Bürgerlichen Gesetzbuch wurde die Streichung des § 166 BGB mit der Begründung beantragt, die hiervon betroffenen Fälle seien zu unterschiedlich für eine allgemeine Regel.⁷⁹² Dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt, da man die Rechtssicherheit gefährdet sah, wenn man den Richter für diese Frage ohne gesetzlichen Anhaltspunkt lässt.⁷⁹³ Diesen enthält daher § 166 BGB. Gleiches muss daher auch für dessen analoge Anwendung sowie die – nicht zuletzt – aus seinen Wertungen im Wege der Rechtsfortbildung entwickelte Wissensorganisationspflicht gelten. All diese Zurechnungsregeln enthalten über die einzelnen Wissensnormen hinausgehende, übergeordnete Wertungen, die eine Zurechnung des Wissens einer anderen Person überhaupt erst ermöglichen. Das diesbezügliche Rechtfertigungsbedürfnis wird allein aufgrund der Unterschiedlichkeit der Wissensnormen nicht infrage gestellt. Diese kann vielmehr – nachgelagert – zu Konkretisierungen und Einschränkungen der Wissenszurechnung führen. Eine solche Vorgehensweise ist zudem dogmatisch überzeugender und deutlich praktikabler, da sie eine übergreifende Systembildung ermöglicht und die Rechtsanwendung somit vorhersehbarer sowie nachvollziehbarer macht.⁷⁹⁴ Zudem übersieht die Gegenansicht, dass auch bei Anerkennung allgemeiner Zurechnungsregeln für die Wissenszurechnung deren Beeinflussung durch die jeweilige Wissensnorm nicht in Abrede gestellt wird.⁷⁹⁵

Es ist daher mit der überwiegenden Ansicht davon auszugehen, dass die Herausbildung allgemeiner Regeln für die Wissenszurechnung – auch im gesetzlich nicht geregelten Bereich – trotz aller Unterschiedlichkeit der Wissensnormen möglich ist.⁷⁹⁶ Die Auslegung der Wissensnorm kann einen Ausschluss der Wissenszurechnung ergeben, diese – etwa im Hinblick auf das relevante Zurechnungssubjekt – konkretisieren oder – etwa hinsichtlich der Anwendbarkeit der Wissensorganisationspflicht – be-

792 Prot. bei *Mugdan* I, S. 740. Im damaligen Entwurf handelte es sich noch um die Vorgängerregelungen der §§ 117, 118.

793 Prot. bei *Mugdan* I, S. 740: „Sicherheit der Rechtsprechung“.

794 Hierzu *Odersky*, FS Geiß, 2000, 135 (144). Dies belegen letztlich auch die wenig gelungenen Versuche *Goldschmidts*, die Wissenszurechnung aus der Wissensnorm abzuleiten, vgl. *Goldschmidt*, Wissenszurechnung, 2001, S. 79–149 (zu § 463 S. 2 BGB a.F.); *ders.*, ZIP 2005, 1305 (1309–1313) (zu § 442 Abs. 1 BGB). Diese leiden nicht zuletzt unter einer zwangsläufigen Vermengung von Wissens- und Zurechnungsebene. Zu dieser Problematik bereits 1. Teil, D.

795 S. bereits oben Fn. 784.

796 *Baisch*, Verjährungsbeginn, 2018, S. 58f.; *Buck*, Wissen, 2001, S. 118; *Jung*, Wissenszurechnung, 2017, S. 281; *Richardi*, AcP 169 (1969), 385 (389); *Taupitz*, Sonderheft VersR, Karlsruher Forum 1994, 16 (25); *Walter*, Wissenszurechnung, 2005, S. 324; *Waltermann*, AcP 192 (1992), 181 (192).

schränken.⁷⁹⁷ Im Hinblick auf den Einsatz autonomer Systeme kann dies relevant werden, als etwa die Unanwendbarkeit der Wissensorganisationspflicht einer Wissenszurechnung beim Einsatz der Systeme in den Bereichen der Informationsbeschaffung und -auswertung sowie der Entscheidungsfindung generell entgegensteht. Ferner kann die Beschränkung der Wissenszurechnung auf bestimmte Personen eine Berücksichtigung autonomer Systeme ausschließen. Dies ist freilich für jede Wissensnorm gesondert zu untersuchen. Nachfolgend soll dies exemplarisch an zwei für die Untersuchung relevanten Konstellationen illustriert werden. Eine vollständige Analyse aller in Betracht kommenden Wissensnormen würde den Rahmen der Arbeit aber sprengen und kann hier nicht geleistet werden. Es kann aber auf vorhandene Literatur zur Wissenszurechnung im Kontext der jeweiligen Wissensnorm zurückgegriffen werden. Die dort vorgefundenen Ergebnisse zum Einfluss der Wissensnorm auf die Wissenszurechnung müssen dann noch in den Kontext autonomer Systeme gestellt werden.

Zunächst soll die Beschränkung der Wissenszurechnung exemplarisch anhand der Wissensnorm des § 626 Abs. 2 S. 2 BGB verdeutlicht werden. Nach dieser beginnt die zweiwöchige Frist für die Erklärung einer außerordentlichen Kündigung mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsrechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Zwar wird auch hier vereinzelt eine Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht vertreten.⁷⁹⁸ Danach würde der kündigungsberechtigten Person – bzw. im Fall einer arbeitsteiligen Organisation ebenjener – die Kenntnis eines beliebigen Mitarbeiters vom kündigungsrelevanten Sachverhalt zugerechnet. Die Kündigungserklärungsfrist würde entsprechend zu dem hypothetischen Zeitpunkt beginnen, in dem die kündigungsberechtigte Person bei ordnungsgemäßer Organisation der Kommunikation vom kündigungsrelevanten Sachverhalt Kenntnis genommen hätte. Dies würde jedoch in einer Vielzahl von Fällen dazu führen, dass die Frist des § 626 Abs. 2 S. 2 BGB leer läuft, da die kündigungsberechtigte Person faktisch nicht über die Kündigung entscheiden kann.⁷⁹⁹ Die Kündi-

797 *Baisch*, Verjährungsbeginn, 2018, S. 59; *Buck*, Wissen, 2001, S. 116; *Drexler*, ZHR 161 (1997), 491 (501f.); *Prölss*, Liber Amicorum Leenen, 2012, 229 (255f.); *Th. Raiser*, FS Bezzenger, 2000, 561 (575f.); *A. Reuter*, ZIP 2017, 310 (313); *MüKoBGB/Schubert*, § 166 BGB Rn. 50; *Seidel*, AG 2019, 492 (493); *Taupitz*, Sonderheft VersR, Karlsruher Forum 1994, 16 (25); *Vogel*, Arglistiges Verschweigen, 1998, S. 268; *Waltermann*, AcP 192 (1992), 181 (185f., 191f.).

798 *Adler*, Wissenszurechnung, 1997, S. 171–175; *Grunewald*, FS Beusch, 1993, 301 (315f.).

799 So auch *Stein*, ZGR 1999, 264 (275f.).

gungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 S. 2 BGB soll aber nicht nur dem Kündigungsgegner Gewissheit verschaffen, sondern vor allem auch dem Kündigenden eine Überlegungsfrist sichern.⁸⁰⁰ Daher begrenzt die überwiegende Ansicht die Wissenszurechnung im Fall des § 626 Abs. 2 S. 2 BGB auf kündigungsberechtigte Vertreter der Organisation.⁸⁰¹ Eine darüber hinausgehende Zurechnung des Wissens Dritter soll nur dann ausnahmsweise zulässig sein, wenn die jeweilige Person eine herausgehobene Position und Funktion innerhalb der Organisation hat und tatsächlich sowie rechtlich in der Lage ist, einen Sachverhalt so umfassend zu klären, dass mit ihrer Meldung der Kündigungsbeauftragte ohne weitere Ermittlungen seine Kündigungsentscheidung treffen kann. In einem solchen Fall rechtfertigt das Vertrauen des Kündigungsgegners in die Unterrichtung des Kündigungsberechtigten bei verzögerter oder nicht erfolgter Unterrichtung aufgrund unsachgemäßer Organisation eine Wissenszurechnung.⁸⁰² Dies entspricht letztlich einer Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht, freilich beschränkt auf einen äußerst kleinen Personenkreis. Das Vertrauen in eine organisationsinterne Informationsweiterleitung liegt hier vor. Zudem kann der Dritte für die Organisation die Überlegungsfrist des § 626 Abs. 2 S. 2 BGB ausnutzen, sodass diese nicht leerläuft. Hinzu kommt noch eine weitere Beschränkung der Wissenszurechnung in diesem Bereich: Bei Kündigungsbeziehung eines Gremiums – etwa der Gesellschafterversammlung im Fall der Kündigung eines Geschäftsführers – genügt ebenfalls nicht die Kenntnis eines oder gar sämtlicher Mitglieder. Maßgeblich ist hier allein die Kenntnis des Gremiums als Kollektivorgan nach dessen Zusammentritt in beschlussfähigem Zustand.⁸⁰³ Erst dann kann die Überlegungsfrist des § 626 Abs. 2 S. 2 BGB nämlich faktisch genutzt werden. Diese Einschränkungen verdeutlichen, dass eine Wissenszurechnung bei autonomen Systemen im Fall des § 626 Abs. 2 S. 2 BGB nicht in Betracht kommt. Sollten diese Informationen be-

800 MüKoBGB/Henssler, § 626 BGB Rn. 313.

801 BeckOGK/Günther, § 626 BGB Rn. 177f.; MüKoBGB/Henssler, § 626 BGB Rn. 321f.; Staudinger/Preis, § 626 BGB Rn. 303.

802 BAG NJW 1972, 463 (464); BAG AP Nr. 217 zu § 626 BGB, Rn. 21f. (2008); BeckOGK/Günther, § 626 BGB Rn. 181; Staudinger/Preis, § 626 BGB Rn. 305.

803 Grundlegend BGHZ 139, 89 (92f.) (1998); NJW 2000, 1864 (1866); NJW-RR 2002, 173 (174); NJW 2013, 2425 (2426); anders noch BGH NJW 1980, 2411 (2412) (Kenntnis aller Gesellschafter außerhalb der Gesellschafterversammlung); NJW-RR 1990, 1330 (1332) (Kenntnis eines Mitglieds der Versammlung); zustimmend Rahn, Wissenszurechnung, 2004, S. 45; Stein, ZGR 1999, 264 (269–272); Sturm, Verjährung, 2005, S. 243.

schaffen und auswerten, die eine außerordentliche Kündigung eines Angestellten rechtfertigen,⁸⁰⁴ können diese der Organisation nicht zugerechnet werden, da das autonome System selbst zur Kündigung nicht berechtigt ist. Erst die Kenntnisnahme der Informationen durch eine kündigungsbererechtigte Person führt daher in dieser Konstellation zu einer Wissenszurechnung und damit zum Anlauf der Kündigungserklärungsfrist.

Schließlich kommen Einschränkungen der Wissenszurechnung speziell im Hinblick auf die Wissensorganisationspflicht in Betracht, wenn sich die, dieser zugrunde liegenden, Rechtsprinzipien nicht mit dem Zweck der jeweiligen Wissensnorm vereinbaren lassen.⁸⁰⁵ Keine Schwierigkeiten bereiten dabei das Gleichstellungsargument sowie die Korrelation von Vor- und Nachteil, da diese allein auf den Ausgleich der Persönlichkeitserweiterung der arbeitsteiligen Organisation gerichtet sind und daher wissensnormunabhängig Geltung beanspruchen. Konfliktträchtig ist in diesem Zusammenhang vielmehr die Begründung der Wissensorganisationspflicht mit der Risikoverteilung zwischen Organisation und Gegenüber aus Verkehrsschutzgründen, die durch die Prinzipien des Vertrauensschutzes sowie der Risikoschaffung und -beherrschung ausgefüllt wird. Die hierfür maßgeblichen Überlegungen sind nicht mit jeder Wissensnorm vereinbar. So schloss der Bundesgerichtshof eine Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht etwa für den Verjährungsbeginn deliktischer Ansprüche nach § 852 Abs. 1 BGB a.F. aus, da Gründe des Verkehrsschutzes dort keine Rolle spielen würden.⁸⁰⁶ Hieran hält er für deliktische Ansprüche auch im Rahmen der allgemeinen, d.h. die Verjährung vertraglicher wie deliktischer Ansprüche erfassenden, Vorschrift des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB fest.⁸⁰⁷ Auch die unterschiedliche Handhabung der Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht im Rahmen des Arglistmerkmals der Gewährleistungsvorschriften sowie des Vorsatzes des § 826 BGB lässt

804 Aus datenschutzrechtlichen Gründen ist dies eine wohl nicht allzu häufige Situation. Der *Keylogger-Fall* des BAG verdeutlicht aber bereits, dass entsprechende Methoden in der Praxis dennoch nicht nur denkbar sind, sondern auch immer wieder angewendet werden, vgl. BAG NZA 2017, 1327. Dort wurden Tastatureingaben an einem dienstlichen Computer eines Mitarbeiters aufgezeichnet und gespeichert sowie Screenshots erstellt. Zu weiteren denkbaren Anwendungsgebieten *Niklas/Thurn*, BB 2017, 1589 (1589f.); *Weichert*, NZA 2017, 565 (565f.) (jeweils *people analytics*) sowie *Rudkowski*, NZA 2019, 72 (72f.) (*predictive policing*).

805 Ganz ähnlich *Seidel*, AG 2019, 492 (493, 501).

806 BGHZ 133, 129 (138f.) (1996); 134, 343 (348) (1997). Hierzu bereits 2. Teil, D.

807 BGH NJW 2012, 447 (449); 2012, 1789 (1790).

sich in diese Rubrik einordnen. Dem Bundesgerichtshof zufolge geht es bei der Arglist um keine Sanktion für moralisch vorwerfbares Verhalten, sondern allein um eine angemessene Risikoverteilung.⁸⁰⁸ Konsequenterweise wendet er hier die Wissensorganisationspflicht an.⁸⁰⁹ Für § 826 BGB hält er dagegen am Erfordernis eines moralischen Unwerturteils fest und lehnt eine Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht daher ab.⁸¹⁰ Er begründet dies zudem mit dem personalen Charakter des § 826 BGB.⁸¹¹ Dessen Normzweck steht daher einer von der Wissensorganisationspflicht aus Verkehrsschutzgründen vorgenommenen Risikoverteilung entgegen. Ob die Ausführungen des Bundesgerichtshofs zu diesen beiden Wissensnormen zutreffend sind, wird später zu klären sein.⁸¹² An dieser Stelle genügt insoweit der Befund des Bundesgerichtshofs als weitere Illustration der Konkretisierung bzw. Einschränkung der Wissenszurechnung durch die jeweilige Wissensnorm.

(3) Art. 22 DS-GVO

Eine weitere Grenze der Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme könnte in Art. 22 DS-GVO liegen. Die Vorschrift enthält ein Verbot automatisierter Einzelfallentscheidungen (*Automated Decision Making*, kurz: *ADM*).⁸¹³ Nach Art. 22 Abs. 1 DS-GVO darf die betroffene Person keiner ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Der Norm liegt der zentrale, in Art. 7, Art. 8 Abs. 1 GRCh grundrechtlich verbürgte Leitgedanke zugrunde, dass der Betroffene nicht zum bloßen Objekt algorithmischer Entscheidungen herabgewürdigt wer-

808 BGHZ 109, 327 (333) (1989); hierzu bereits 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (3).

809 BGHZ 109, 327 (1989); BGHZ 132, 30 (1996).

810 BGH NJW 2017, 250 (251–253); hierzu bereits 2. Teil, D. sowie 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (3).

811 BGH NJW 2017, 250 (252f.).

812 3. Teil, B., III.

813 Ungeachtet der insoweit missverständlichen Formulierung des Art. 22 Abs. 1 DS-GVO („Die betroffene Person hat das Recht“) handelt es sich um ein stets einzuhaltendes Verbot, das nicht von einer etwaigen Geltendmachung durch den Betroffenen abhängt, vgl. Paal/Pauly/*Martini*, Art. 22 DS-GVO Rn. 1; Simitis/Hornung/Spiecker/*Scholz*, Art. 22 DS-GVO Rn. 16; Spindler/Schuster/*Spindler/Horváth*, Art. 22 DS-GVO Rn. 1.

den darf.⁸¹⁴ Sie verfolgt insofern keinen originär datenschutzrechtlichen Zweck.⁸¹⁵ Insbesondere regelt Art. 22 DS-GVO nicht die Zulässigkeit der Datenverarbeitung, enthält vor allem keinen diesbezüglichen Erlaubnistatbestand, sondern betrifft allein die Nutzung der aufgrund der Datenverarbeitung gewonnenen Ergebnisse.⁸¹⁶ In dieser Hinsicht könnte er auch der Zurechnung des infolge der Datenverarbeitung in autonomen Systemen vorhandenen Wissens entgegenstehen. Auch die Zuordnung dieses Wissens zur juristischen Person ist letztlich nichts anderes als eine (rechtliche) Nutzung der Ergebnisse der Datenverarbeitung.

Diesbezüglich ist zunächst zu beachten, dass Art. 22 DS-GVO aufgrund der in Art. 2 Abs. 1 DS-GVO geregelten Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs der DS-GVO nur im Fall personenbezogener Daten im Sinne von Art. 4 Nr. 1 DS-GVO anwendbar ist. Dies sind nur solche, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen, so etwa Gesundheitsangaben in einem Antrag auf Krankenversicherung, wie im einführenden Beispiel. Betreffen die Daten dagegen juristische Personen oder handelt es sich um reine Sachdaten⁸¹⁷ – wie in der Regel im Bereich der Industrie 4.0 –, ist Art. 22 DS-GVO von vornherein nicht anwendbar und hat somit auch für die Wissenszurechnung keine Bedeutung. Weiter ist hinsichtlich möglicher Implikationen für die Wissenszurechnung nach den hier gebildeten Einsatzbereichen autonomer Systeme zu differenzieren. Auch im Fall personenbezogener Daten hat Art. 22 Abs. 1 DS-GVO nämlich einen eng gefassten Anwendungsbereich. Er erfasst nur Entscheidungen, die *ausschließlich* auf einer automatisierten Verarbeitung beruhen. Eine solche Entscheidung liegt aber nach weit überwiegender Ansicht bereits dann nicht mehr vor, wenn ein vom System unterbreiteter Entscheidungsvorschlag von einem Menschen mit entsprechender technischer Kompetenz und sachlicher Entscheidungsbefugnis

814 *Martini*, JZ 2017, 1017 (1019); *Specht* in *Specht/Mantz*, Hdb. Datenschutzrecht, 2019, § 9 Rn. 76.

815 *Kühling/Buchner/Buchner*, Art. 22 DS-GVO Rn. 11; *C. Ernst*, JZ 2017, 1026 (1031).

816 *Abel*, ZD 2018, 304 (305); *Kühling/Buchner/Buchner*, Art. 22 DS-GVO Rn. 11; *BeckOKDSR/v. Lewinski*, Art. 22 Rn. 3f. Die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung beurteilt sich nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO. Deren Implikationen für die Wissenszurechnung sollen als externe Grenze aber ausgeklammert sein, vgl. soeben 3. Teil, A., II., 3., c), ff). S. hierzu *Buck*, Wissen, 2001, S. 482–492, jedoch zum alten BDSG; im Kontext autonomer Systeme sowie zur DS-GVO *Spindler/Seidel*, FS Marsch-Barner, 2018, 549 (555–557); *dies.*, NJW 2018, 2153 (2154f.).

817 Hierzu *BeckOKDSR/Schild*, Art. 4 DS-GVO Rn. 6–8, 22–27.

kontrolliert wird, sodass dieser die abschließende Entscheidung trifft.⁸¹⁸ Zwar enthält auch die vom System vorgenommene Analyse bestimmter Daten, etwa die Bewertung persönlicher Merkmale beim Profiling (Art. 4 Nr. 4 DS-GVO), Charakteristika einer Entscheidung.⁸¹⁹ Eine Entscheidung im Sinne von Art. 22 Abs. 1 DS-GVO ist jedoch erst dann gegeben, wenn diese abschließende Wirkung hat und über das *forum internum* der Organisation als der Verantwortlichen hinausgeht.⁸²⁰ Lediglich entscheidungsvorbereitende oder entscheidungsunterstützende Erkenntnisse, Bewertungen oder auch Entscheidungsvorschläge des Systems werden somit von der Norm nicht erfasst.⁸²¹ Solche in der Praxis wohl häufigeren Fälle algorithmenbasierter Handlungsvorschläge, die schließlich in eine menschliche Entscheidung münden, regelt Art. 22 DS-GVO daher gerade nicht.⁸²²

Somit ist Art. 22 Abs. 1 DS-GVO im Fall des Einsatzes autonomer Systeme im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung tatbestandlich nicht einschlägig. Die Systeme analysieren dort zwar Informationen und gelangen dabei teilweise auch zu eigenen Schlussfolgerungen oder Teilentscheidungen, etwa im einführenden Beispiel hinsichtlich der Asthmaerkrankung der Antragstellerin. Diese sind jedoch nur Grundlage für eine nachfolgende menschliche Entscheidung.

Auch im Bereich der Entscheidungsfindung wird Art. 22 Abs. 1 DS-GVO beim Einsatz autonomer Systeme in der Regel nicht erfüllt sein. Zwar unterbreitet das System hier dem jeweiligen menschlichen Mitarbei-

818 BeckOKDSR/v. *Lewinski*, Art. 22 DS-GVO Rn. 24–25; v. *Lewinski/Rützel*, DSB 2018, 253 (254); *Klar*, BB 2019, 2243 (2249); ähnlich *Hoeren/Niehoff*, RW 2018, 47 (53); *Paal/Pauly/Martini*, Art. 22 DS-GVO Rn. 17–19c; *Gola/Schulz*, Art. 22 DS-GVO Rn. 13f.; *Steege*, MMR 2019, 715 (719), wobei sich die Anforderungen an die technische Kompetenz jeweils auf grundlegende Kenntnisse der zugrunde liegenden Technik beschränken. Extensiver dagegen *Sesing/Baum*, in *Taeger* (Hrsg.), *Die Macht der Daten und der Algorithmen*, 2019, 435 (445), nach denen es für die Annahme von Ausschließlichkeit genügt, dass die automatisierte Bewertung zentrale Grundlage der Entscheidung wird; nach *Niehoff/Straker* in *Taeger* (Hrsg.), *Die Macht der Daten und der Algorithmen*, 2019, 451 (458) bedarf es für die Verneinung der Ausschließlichkeit gar einer Veränderung des Ergebnisses des Systems.

819 So auch *Paal/Pauly/Martini*, Art. 22 DS-GVO Rn. 21a.

820 *Abel*, ZD 2018, 304 (305); *Paal/Pauly/Martini*, Art. 22 DS-GVO Rn. 15a.

821 So zur insoweit identischen nationalen Vorgängerregelung des § 6a BDSG a.F. BGHZ 200, 38 (50) (2014); zu Art. 22 DS-GVO ferner *Galetzka*, K&R 2018, 675 (678); *Ehmann/Selmayr/Hladjk*, Art. 22 DS-GVO Rn. 6; *Martini*, JZ 2017, 1017 (1020); *Spindler/Schuster/Spindler/Horváth*, Art. 22 DS-GVO Rn. 5.

822 Kritisch *Hoffmann-Riem*, AöR 142 (2017), 1 (35f.); *Paal/Pauly/Martini*, Art. 22 DS-GVO Rn. 46.

ter eine konkrete Entscheidungsempfehlung. Letzterer trifft auf deren Grundlage aber auch hier – zumindest weit überwiegend – eine eigene abschließende Entscheidung.⁸²³

Art. 22 DS-GVO steht in diesen beiden Einsatzbereichen einer Wissenszurechnung schließlich auch nicht deswegen entgegen, weil diese hierfür unmittelbar an das Wissen des autonomen Systems und damit an dessen ohne menschliche Beteiligung vorgenommene Bewertung des Betroffenen anknüpft. Auch in diesem Fall liegt nämlich die *Entscheidung* eines menschlichen Angestellten vor. Nur auf diese stellt Art. 22 Abs. 1 DS-GVO aber ab. Die Wissenszurechnung gleicht in diesem Fall lediglich die arbeitsteilungsbedingte Aufspaltung von Entscheidungsträgerschaft und Wissensträgerschaft innerhalb der Organisation aus, die daraus resultiert, dass die vom System verarbeiteten Informationen gerade nicht an den Menschen weitergeleitet wurden. Sie unterstützt daher mit den so geschaffenen Anreizen sogar den Zweck des Art. 22 DS-GVO, eine – informierte – *menschliche* Entscheidung über den Betroffenen zu gewährleisten.

Lediglich der Einsatz autonomer Systeme im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung ist daher – freilich nur im Fall personenbezogener Daten – von Art. 22 Abs. 1 DS-GVO erfasst. Hier liegt eine ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhende Entscheidung vor. Hinzukommen muss jedoch, dass diese der betroffenen Person gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Dies wird aber allenfalls bei Abschluss eines Vertrages zu schlechteren Konditionen, etwa eines Versicherungsvertrages mit einem Risikozuschlag, oder der Ablehnung eines Vertragsschlusses der Fall sein, wobei letzteres sehr unterschiedlich beurteilt wird.⁸²⁴ Nur ersterer Fall dürfte zudem aufgrund des häufigen Zusammenhangs der Wissensnormen mit dem *Abschluss* eines Rechtsgeschäfts für die Wissenszurechnung rele-

823 Dies mag in besonders gelagerten Konstellationen ausnahmsweise auch einmal anders zu beurteilen sein. Dann gelten die nachfolgenden Ausführungen zum Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung entsprechend.

824 Hierfür spricht jedenfalls ErwGr. 71, der beispielhaft die Ablehnung eines Online-Kreditanspruchs sowie ein Online-Einstellungsverfahren anführt; für rechtliche Wirkung in diesem Fall Sydow/Helfrich, Art. 22 DS-GVO Rn. 48; unklar Spindler/Schuster/Spindler/Horváth, Art. 22 DS-GVO Rn. 7f.; für erhebliche Beeinträchtigung Kühling/Buchner/Buchner, Art. 22 DS-GVO Rn. 24; Goretzky, VersR 2019, 916 (918, 921); Paal/Pauly/Martini, Art. 22 DS-GVO Rn. 27; Simitis/Hornung/Spiecker/Scholz, Art. 22 DS-GVO Rn. 36; nach Art des Vertrags differenzierend Plath/Kamlab, Art. 22 DS-GVO Rn. 7b; BeckOKDSR/v. Lewinski, Art. 22 DS-GVO Rn. 37–40.

vant sein. Selbst wenn nach alledem Art. 22 Abs. 1 DS-GVO erfüllt sein sollte, kann die automatisierte Entscheidung noch nach Art. 22 Abs. 2 DS-GVO zulässig sein. Dies etwa, wenn die Entscheidung für den Abschluss eines Vertrags zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen, also der Organisation, erforderlich ist (Art. 22 Abs. 2 lit. a DS-GVO). Dabei wird die Erforderlichkeit bejaht, wenn die Entscheidung in unmittelbarem sachlichem Zusammenhang mit dem Vertragszweck steht.⁸²⁵ Dies ist etwa bei einer Risikoprüfung im Antragsverfahren einer privaten Krankenversicherung der Fall.⁸²⁶ Ferner kann die automatisierte Entscheidung nach Art. 22 Abs. 2 lit. c DS-GVO aufgrund ausdrücklicher Einwilligung des Betroffenen zulässig sein. Somit dürfte selbst im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung letztlich häufig kein Verbot nach Art. 22 DS-GVO bestehen.

Sollte dies einmal anders zu beurteilen sein, so steht ein Verstoß hiergegen jedenfalls nicht der Wissenszurechnung entgegen. Sowohl Art. 22 DS-GVO als auch die Wissenszurechnung bezwecken den Schutz des Gegenübers der juristischen Person. Art. 22 DS-GVO verbietet eine allein vom autonomen System getroffene Entscheidung. Die Wissenszurechnung gleicht die mit einer solchen verbundenen Risiken aus. Sie verlangt aber nicht den Einsatz autonomer Systeme im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung. Vielmehr schützt sie – im Fall eines solchen – den Betroffenen nur durch die Zurechnung des in den Systemen enthaltenen Wissens. Es wäre daher nur schwer nachvollziehbar, wenn die Organisation von einem Verstoß gegen Art. 22 Abs. 1 DS-GVO auch noch durch den Ausschluss der Wissenszurechnung profitieren würde. Die Wissenszurechnung perpetuiert nämlich nicht den Verstoß gegen Art. 22 DS-GVO, sondern enthält einen davon unabhängigen Ausgleichsmechanismus beim Einsatz autonomer Systeme. Werden diese schon für von Art. 22 DS-GVO verbotene Einzelfallentscheidungen eingesetzt, so soll sich die Organisation zumindest die von diesen verarbeiteten Daten als Wissen zurechnen lassen. Diese Interpretation des Verhältnisses der beiden Regelungen trägt schließlich auch dem Umstand Rechnung, dass die Wissenszurechnung in der Kompetenz des nationalen Gesetzgebers liegt. Auch deswegen ist hin-

825 Kühling/Buchner/*Buchner*, Art. 22 DS-GVO Rn. 30; *C. Ernst*, JZ 2017, 1026 (1035); Paal/Pauly/*Martini*, Art. 22 DS-GVO Rn. 31a; Gola/*Schulz*, Art. 22 DS-GVO Rn. 29.

826 So *Goretzky*, VersR 2019, 916 (919); wohl auch *Armbrüster/Prill*, ZfV 2020, 110 (112).

sichtlich zu weitreichender Implikationen des unionsrechtlichen Art. 22 DS-GVO Zurückhaltung geboten.

(4) Explizites und implizites Wissen

Auf die Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme kann sich schließlich die Unterscheidung zwischen explizitem und implizitem Wissen auswirken. Diese knüpft an die Erklärbarkeit der konkreten Einzelentscheidungen der Systeme an.⁸²⁷ Der vom System mitgeteilte Output kann dabei als explizites Wissen, die diesem zugrunde liegenden, nicht offengelegten Korrelationen als implizites Wissen bezeichnet werden. Die technischen Gegebenheiten können hier der Wissenszurechnung im Hinblick auf implizites Wissen eine weitere Grenze setzen.

Diese Problematik kann sich auch im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung stellen. Auch hier geht es um die Weiterleitung rechtlich relevanter Informationen vom System an den jeweiligen menschlichen Angestellten. Dabei leitet das System sein explizites Wissen in Form von Einzelinformationen, aber auch Bewertungen und Prognosen weiter, während die zugrunde liegenden Korrelationen teilweise im Verborgenen bleiben. Die entsprechenden Informationen sind somit für den entscheidenden Angestellten nicht wahrnehmbar. Dies stellt auch deren Zurechnung vom System zur juristischen Person infrage. Im Fall der bloßen Weiterleitung von Einzelinformationen, die vom System weder analysiert noch bewertet worden sind, hat implizites Wissen dagegen keine Bedeutung.

Charakteristisch ist die Problematik aber vor allem für den Einsatz autonomer Systeme im Bereich der Entscheidungsfindung. Hier stehen stets Sachverhalte im Mittelpunkt, in denen das System dem Angestellten einen Entscheidungsvorschlag unterbreitet. Damit wird die Differenzierung zwischen explizitem und implizitem Wissen in diesem Bereich stets relevant und ist als für diesen zentrales Spezifikum im Rahmen der dortigen Ausführungen zu behandeln.⁸²⁸

Keine rechtliche Bedeutung kommt der Unterscheidung zwischen explizitem und implizitem Wissen dagegen beim Einsatz autonomer Systeme

827 Hierzu 1. Teil, D., III. Zum wirtschaftswissenschaftlichen Ursprung der Begrifflichkeiten 1. Teil, D., II., 2.

828 S. insbesondere 3. Teil, A., III., 3., b).

im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung zu.⁸²⁹ Hier handelt das System selbst auf Grundlage seines Wissens, sodass auch implizites Wissen in die Entscheidung sowie deren Umsetzung einfließt. Auf die Wahrnehmung durch einen menschlichen Angestellten kommt es hier nämlich gerade nicht an. In diesem Fall ist dann aber auch eine Zurechnung des impliziten Wissens gerechtfertigt, da dieses entsprechend des den Wissensnormen zugrunde liegenden Prinzips des Selbstschutzes – vom System selbst – berücksichtigt werden kann. Implizites Wissen kann in diesem Bereich aber zu Beweisschwierigkeiten führen, da es im Prozess nur schwer nachzuweisen sein dürfte.

(5) Sonstige sachliche und zeitliche Grenzen

Abschließend bleibt zu untersuchen, ob die der Wissensorganisationspflicht inhärenten, ihr von der Rechtsprechung verliehenen sachlichen und zeitlichen Grenzen auf die Wissenszurechnung bei autonomen Systemen zu übertragen sind. Diese Grenzen leitete der V. Zivilsenat in seinem grundlegenden Urteil vom 2.2.1996 aus dem Gleichstellungsargument ab.⁸³⁰ Danach darf das als Wissen Zuzurechnende nicht zu einer Fiktion entarten, die die juristische Person weit über jede menschliche Fähigkeit hinaus belastet. Vielmehr muss für die im konkreten Einzelfall handelnde Person wenigstens eine reale Möglichkeit, aber auch ein Anlass bestehen, sich das Wissen aus dem eigenen Gedächtnis, aus Speichern oder von anderen Menschen zu beschaffen.⁸³¹ Die Informationsweiterleitungspflicht sowie die Dauer der Speicherung hängen daher davon ab, mit welcher Wahrscheinlichkeit eine Information bei *ex-ante*-Betrachtung später rechtserheblich werden kann. Eine zu frühe Aufhebung der Speicherung beendet die Wissenszurechnung nicht. Das Bestehen der Informationsabfragepflicht richtet sich danach, ob ein besonderer Anlass zur Informationsabfrage besteht, was anhand der Bedeutung des Anlasses sowie der Schwierigkeit der Suche nach der entsprechenden Information zu ermitteln ist.⁸³²

Die hiermit bewirkte Begrenzung der Wissenszurechnung ist letztlich auch Ausdruck des Prinzips der Risikobeherrschung, da sie den Umfang der Wissenszurechnung auf den von der Organisation beherrschbaren In-

829 Hierzu auch noch 3. Teil, A., IV., 4., a).

830 BGHZ 132, 30 (38f.) (1996). Hierzu auch bereits 2. Teil, C., I.

831 BGHZ 132, 30 (38) (1996).

832 BGHZ 132, 30 (38f.) (1996).

formationsfluss beschränkt.⁸³³ Sie orientiert sich dabei aber an von Menschen kontrollierten Informationsprozessen und erachtet hieran beteiligte technische Systeme lediglich als erweitertes menschliches Gedächtnis.⁸³⁴ Dies wird den Realitäten beim Einsatz autonomer Systeme aber nicht mehr gerecht.⁸³⁵ So hat die Untersuchung ergeben, dass bereits der Einsatz von Systemen als bloßen Werkzeugen der den Informationsprozess noch steuernden Angestellten zu einer enormen Ausdehnung von Informationsweiterleitungs- sowie Informationsabfragepflicht führt, da diese die Speicherung von sowie die Suche nach Informationen revolutionieren.⁸³⁶ Übernehmen autonome Systeme nun gar die Informationsbeschaffung und Informationsauswertung, so wird das dabei generierte Wissen von diesen autonom innerhalb der Organisation weitergeleitet. Hierfür erweisen sich die anthropozentrischen Kriterien der Wissensorganisationspflicht als unpassend. Die Fähigkeiten autonomer Systeme unterscheiden sich beim Informationsmanagement im organisationsinternen wie auch organisationsexternen Netzwerk eben grundlegend von den Fähigkeiten menschlicher Angestellter. Sie speichern – im Zweifel unabhängig von deren Relevanz – unzählige Informationen, vergessen diese nicht und stellen sie bei analysiertem Bedarf proaktiv zur Verfügung. Genau diese Vorteile macht sich die Organisation beim Einsatz der Systeme zunutze, sodass es dem Prinzip der Korrelation von Vor- und Nachteil widerspricht, die Wissenszurechnung andererseits weiterhin anhand unpassender, menschlichen Informationsprozessen verhafteter Kriterien zu begrenzen. An diesen ist daher nur festzuhalten, wenn die Informationsweiterleitung bzw. der Informationsabruf von einer menschlichen Hilfsperson eigenhändig vorgenommen wird.⁸³⁷ Wird der organisationsinterne Informationsaustausch dagegen von autonomen Systemen gesteuert, ist auf die herkömmliche anthro-

833 Ähnlich *Wiebe*, Willenserklärung, 2002, S. 171.

834 *Wiebe*, Willenserklärung, 2002, S. 174; zustimmend *Kianička*, Agentenerklärung, 2012, S. 114.

835 Hierzu bereits 3. Teil, A., II., 3., c), ee), (1). So auch schon – im Kontext der Automatisierung der Informationsprozesse – *Wiebe*, Willenserklärung, 2002, S. 172, 174.

836 3. Teil, A., II., 2., a).

837 Auf diese Weise können auch teils menschliche, teils systemische Wissensorganisation miteinander kombiniert werden. Nimmt bspw. die Informationsweiterleitung ein Mensch vor, ist die Informationsweiterleitungspflicht nach den bisherigen (anthropozentrischen) Kriterien zu bestimmen. Die danach rechtlich weiterzuleitenden Informationen werden der juristischen Person im zweiten Schritt dann strikt zugerechnet, wenn der Informationsabruf durch ein autonomes System erfolgt, da die Informationsabfragepflicht hier nicht nach den bis-

pozentrische Begrenzung der Wissensorganisationspflicht vollständig zu verzichten.

Ein Ausufern der Wissenszurechnung bei autonomen Systemen ist dabei nicht zu befürchten. Für deren sachgerechte, den sozioökonomischen Rahmenbedingungen angemessene Begrenzung sorgt bereits der Wissensbegriff. Hinsichtlich der *Organisation* der verarbeiteten Informationen sind die Fähigkeiten autonomer Systeme denjenigen menschlicher Angestellter deutlich überlegen.⁸³⁸ Daher kann insoweit ein strengerer, nicht anthropoparalleler Maßstab angelegt werden. Dieser entspricht schließlich auch dem der Wissenszurechnung zugrunde liegenden Risikoprinzip am besten. Dieses überlässt dem Zurechnungsobjekt – in diesem Fall der juristischen Person – die Entscheidung über das Ausmaß seiner Anstrengungen selbst und rechnet ihm rechtlich das gesamte Risiko zu.⁸³⁹ Auch § 166 Abs. 1 BGB als Grundnorm der Wissenszurechnung enthält daher keine Begrenzung derselben.

Folglich berührt auch das im Fokus diverser Forschungsprojekte stehende Intentional Forgetting⁸⁴⁰ die Wissenszurechnung nicht. Rechtlich hat eine vom autonomen System verarbeitete Information vielmehr grundsätzlich⁸⁴¹ gespeichert zu bleiben. Dies beeinträchtigt die Organisation auch nicht unzumutbar. Einerseits wachsen die Speicherkapazitäten im Zuge der Digitalisierung exponentiell. Sie verursachen zwar weiterhin Kosten, die aber zunehmend sinken. Andererseits ist auch nur ein verhältnismäßig kleiner Anteil der von den Systemen verarbeiteten Informationen wirklich *rechtlich* relevant. Von zentraler Bedeutung ist daher, gerade diese Informationen herauszufiltern und zu konservieren. Dies steht aber auch im Ein-

herigen Kriterien begrenzt wird. Im umgekehrten Fall der Informationsweiterleitung durch ein autonomes System und des Informationsabrufs durch einen Menschen erfolgt im ersten Schritt keine Begrenzung der Informationsweiterleitungspflicht. Die Informationsabfragepflicht wird aber nach bisherigen anthropozentrischen Kriterien begrenzt.

838 Wiebe, Willenserklärung, 2002, S. 175.

839 Wiebe, Willenserklärung, 2002, S. 175. Wagner, ZHR 181 (2017), 203 (262f.) hält eine strikte Wissenszurechnung bereits bei von Menschen gesteuerten Informationsprozessen für – jedenfalls ökonomisch – am sinnvollsten; a.A. aber Thoma-le, Emittent, 2018, S. 23f.

840 Hierzu 1. Teil, D., III. Vom System gelöschte Informationen können aber auf prozessualer Ebene zu Nachweisschwierigkeiten führen.

841 Gründe für eine Löschung von Informationen können sich aber aus dem Datenschutzrecht ergeben. Dort gilt der umgekehrte Grundsatz der Datenlöschung. Das Datenschutzrecht soll jedoch auch an dieser Stelle als externe Grenze der Wissenszurechnung ausgeklammert bleiben.

klang mit der Idee des *Intentional Forgetting*: Nach dieser soll das System die Speicherwürdigkeit einer Information gerade anhand verschiedener Faktoren, wie deren Relevanz, Kontext oder Abrufhäufigkeit, bewerten. Hierzu kann auch die rechtliche Relevanz einer Information gehören. Zudem soll das System gerade keine binäre Lösungsentscheidung treffen, sondern weniger speicherwürdige Informationen zunächst lediglich ausblenden oder auslagern, wodurch die Problematik weiter entschärft wird. Eine wie im Vorliegenden konzipierte Wissenszurechnung hemmt daher die Innovation des *Intentional Forgetting* nicht. Sie setzt im Gegenteil – zu einem Zeitpunkt, zu dem sich die diesbezügliche Forschung noch in den Kinderschuhen befindet – gesamtgesellschaftlich wertvolle Anreize für eine entsprechende Technikgestaltung. Diesbezüglich befindet sie sich mit dem im Datenschutzrecht mit Art. 25 Abs. 1 DS-GVO verfolgten Regelungskonzept *privacy by design*⁸⁴² in prominenter Gesellschaft. Insofern könnte man von *knowledge by design* sprechen.

d) Pflicht zum Einsatz autonomer Systeme

Im vorangegangenen Teil der Untersuchung wurde festgestellt, wie sich der Einsatz autonomer Systeme im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung auf die Wissenszurechnung auswirkt. Insbesondere wurde dabei herausgearbeitet, dass (und wie) das nur in diesen verkörperte Wissen der Organisation zugerechnet werden kann. Daran schließt sich nun die Folgefrage an, ob eine *Pflicht* zum Einsatz autonomer Systeme im Unternehmen besteht.⁸⁴³ Diesbezüglich ist im Folgenden zu differenzieren zwischen Systemen, die die Informationsbeschaffung und Informationsauswertung vollständig autonom vornehmen, und Systemen,

842 Diesem Konzept liegt der Gedanke zugrunde, dass sich der Schutz der informationellen Selbstbestimmung am besten sicherstellen lässt, wenn er bereits frühzeitig proaktiv in die Programmierung und architektonische Konzeption der Datenverarbeitungsvorgänge der Systeme integriert wird und so bei deren Entwicklung Berücksichtigung findet, vgl. Taeger/Gabel/Lang, Art. 25 DS-GVO Rn. 3; Paal/Pauly/Martini, Art. 25 DS-GVO Rn. 9–11. Dabei geht der Gesetzgeber davon aus, dass dieser Mechanismus die Nachfrage steuert und somit mithilfe der Kräfte des Marktes „übers Dreieck“ auf die Hersteller wirkt, vgl. ErwGr. 78 S. 4 sowie Taeger/Gabel/Lang, Art. 25 DS-GVO Rn. 25f. Allgemein zur Technikgestaltung durch das Recht Roßnagel, MMR 2020, 222 (224–226).

843 Die nachfolgenden Ausführungen erfolgen zwar zum Einsatzbereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung, können aber im Wesentlichen auf die beiden anderen Einsatzbereiche übertragen werden.

die lediglich als Werkzeuge menschlicher Angestellter fungieren und deren Informationsaustausch erleichtern. Während erstere die hier entwickelte, unmittelbar bei den Systemen ansetzende Wissenszurechnung erfordern, betreffen letztere die Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht im herkömmlichen Sinn mit Menschen als Zurechnungssubjekten.

Für Systeme, die vollständig autonom die Informationsbeschaffung und Informationsauswertung übernehmen, ist die Frage nach einer Pflicht zu ihrem Einsatz der Frage der Wissenszurechnung vorgelagert. Aus der Wissenszurechnung bei autonomen Systemen selbst kann keine Pflicht zum Einsatz der Systeme hergeleitet werden. Sie setzt den Einsatz derselben vielmehr voraus und greift erst und nur in diesem Fall ein. Es ist auch keine anderweitige Pflicht der Organisation zum Einsatz der Systeme gegenüber dem Rechtsverkehr ersichtlich. Vielmehr entscheidet das jeweilige Unternehmen grundsätzlich frei über den Einsatz von Menschen oder Systemen. Daran schließt sich dann das entsprechende Konzept einer Wissenszurechnung bei Menschen oder autonomen Systemen an.

Allenfalls auf Ebene der Unternehmensleitung kann sich mittelbar aus dem Innenverhältnis zwischen Gesellschaft und deren Leitungsorgan eine Pflicht zum Einsatz autonomer Systeme zur Informationsbeschaffung und -auswertung oder auch zur Entscheidungsfindung ergeben.⁸⁴⁴ Nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG; § 43 Abs. 1 GmbHG haben die Vorstandsmitglieder einer AG bzw. die Geschäftsführer einer GmbH bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Nach der – auch für die GmbH entsprechend geltenden⁸⁴⁵ – *Business Judgement Rule* des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG liegt eine Pflichtverletzung dabei nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied (im Fall der GmbH der Geschäftsführer) bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Die Haftungsbefreiung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG verlangt daher die Schaffung einer ausreichenden Tatsachengrundlage für die jeweilige Entscheidung.⁸⁴⁶ Der Bundesgerichtshof setzt dafür voraus, dass ein Vorstandsmitglied „alle verfügbaren Informationsquellen

844 Hierbei handelt es sich also nicht um eine Pflicht der Gesellschaft gegenüber Dritten.

845 Baumbach/Hueck/*Beurskens*, § 43 GmbHG Rn. 34; *Wicke*, § 43 GmbHG Rn. 6; *MHLS/Ziemons*, § 43 GmbHG Rn. 134.

846 BGHZ 135, 244 (253) (1997); *Henssler/Strohn/Dauner-Lieb*, § 93 AktG Rn. 22; *Freund*, NZG 2015, 1419 (1422).

tatsächlicher und rechtlicher Art“ genutzt haben muss.⁸⁴⁷ Dazu könnten auch autonome Systeme zählen, da diese menschlichen „Informationsquellen“ in vielerlei Hinsicht überlegen sind. Sie erkennen Zusammenhänge, die dem menschlichen Betrachter nicht auffallen würden, und sind so in der Lage, aus gewaltigen Datenmengen wertvolle Informationen zu extrahieren. Dennoch geht man davon aus, dass sich aus der Business Judgment Rule keine *absolute* Pflicht zur Nutzung autonomer Systeme ableiten lässt.⁸⁴⁸ Denn die Einschätzung der Angemessenheit der Informationsgrundlage sowie die Gewichtung der Informationen sind ihrerseits unternehmerische Entscheidungen, sodass diesbezüglich ebenfalls ein gewisser Spielraum der Unternehmensleitung besteht.⁸⁴⁹ Eine generelle Pflicht zur Beschaffung aller nur denkbaren Informationen besteht daher ebenso wenig wie ein Gebot bestmöglicher Information. Die Angemessenheit der Informationsbeschaffung beurteilt sich vielmehr im konkreten Einzelfall anhand verschiedener Kriterien wie Art und Bedeutung der zu treffenden Entscheidung sowie dem Verhältnis von Informationsbeschaffungskosten und voraussichtlichem Informationsnutzen.⁸⁵⁰ Je einfacher der Zugriff auf Informationen ist und je umfangreicher die zur Verfügung stehenden Daten sind, desto höher werden aber die Anforderungen an eine ausreichende Tatsachengrundlage sein.⁸⁵¹ Folglich lässt sich der Verzicht auf autonome Systeme umso schwerer rechtfertigen, je erschwinglicher und leistungsfähiger, aber auch verbreiteter diese sind.⁸⁵² Daher wird nach wohl überwiegender Ansicht zukünftig regelmäßig eine kapitalgesellschaftsrechtliche Pflicht zum Einsatz autonomer Systeme anzunehmen sein.⁸⁵³ Die diesbezügliche Euphorie ist jedoch mit Vorsicht zu genießen. Mangels gesetzlicher Regelung, die den Einsatz autonomer Systeme explizit gebietet, sowie aufgrund der allgemein restriktiven Haltung der Rechtsprechung zu Nutzungspflichten im Hinblick auf technische Neuerungen ist die überwie-

847 BGH NZG 2008, 705 (706); BGHZ 197, 304 (314) (2013).

848 So etwa explizit *Möslein*, ZIP 2018, 204 (209); *Weber/Kiefner/Jobst*, NZG 2018, 1131 (1133).

849 Spindler/Stilz/*Fleischer*, § 93 AktG Rn. 71; Hölters/Hölters, § 93 AktG Rn. 35.

850 Spindler/Stilz/*Fleischer*, § 93 AktG Rn. 70; Hölters/Hölters, § 93 AktG Rn. 34.

851 *Spindler*, DB 2018, 41 (45); ähnlich *Becker/Pordzik*, ZfPW 2020, 334 (347).

852 *Möslein*, ZIP 2018, 204 (209f.); *Spindler*, ZGR 2018, 17 (43); *ders.*, DB 2018, 41 (45). Konkret im Hinblick auf Unternehmenstransaktionen *Hacker u.a.*, Artificial Intelligence and Law 28 (2020), 415 (426–428).

853 *Möslein*, ZIP 2018, 204 (210); MüKoAktG/*Spindler*, § 93 AktG Rn. 56; *J. Wagner*, BB 2018, 1097 (1099); *Weber/Kiefner/Jobst*, NZG 2018, 1131 (1134).

gend prognostizierte Entwicklung derzeit noch nicht absehbar.⁸⁵⁴ Hinsichtlich der Annahme einer Pflicht zum Einsatz autonomer Systeme ist daher – zumindest derzeit – Zurückhaltung geboten.

Im Hinblick auf autonome Systeme, die lediglich als Werkzeuge menschlicher Angestellter fungieren und Informationsweiterleitung sowie Informationsabruf innerhalb des Unternehmens vereinfachen, kann sich eine entsprechende „Pflicht“⁸⁵⁵ zu ihrem Einsatz prinzipiell aber durchaus aus der Wissensorganisationspflicht ergeben. Hier betrifft der Einsatz der Systeme nämlich gerade die Organisation des gesellschaftsinternen Informationsaustauschs zwischen *menschlichen* Akteuren, also die Wissensorganisation als tragenden Zurechnungsgrund der Wissenszurechnung. Wie die Wissensorganisation jedoch im Einzelnen auszugestalten ist, gibt die Rechtsprechung nicht vor. Die Ausgestaltung unterliegt vielmehr dem unternehmerischen Ermessen.⁸⁵⁶ *Spindler* und *Seidel* gehen aber etwa davon aus, dass die Frage, ob der Einsatz autonomer Systeme für eine ordnungsgemäße Wissensorganisation notwendig ist, heute anders zu beurteilen sei als noch vor zehn Jahren und für eine kleine GmbH anders als für eine börsennotierte AG.⁸⁵⁷ Die Erforderlichkeit des Einsatzes solcher Systeme hänge somit von Art und Umfang des Geschäftsbetriebs, Branche des Unternehmens sowie dessen Ressourcen ab.⁸⁵⁸

Diese Erwägungen sind in der Sache nicht unzutreffend. Sie hängen aber dogmatisch im luftleeren Raum. Dogmatischer Anknüpfungspunkt für die Beantwortung der Frage muss nämlich die Wissensorganisationspflicht mit ihren Unterpflichten zur Informationsweiterleitung sowie zur Informationsabfrage sein. Diese begrenzen die Wissenszurechnung nach zunächst rein objektiven, *informationsbezogenen* und gerade nicht organisationsbezogenen Kriterien: der Erheblichkeit der weiterzuleitenden Information, der Bedeutung des Anlasses zu deren Abfrage sowie der Schwierigkeit der Informationssuche. Hinter diesen Kriterien verbergen sich – wie auch hinter der Ermittlung des Umfangs der strukturell verwandten Ver-

854 So zu Recht *Hoch*, AcP 219 (2019), 646 (696); ähnlich *Becker/Pordzik*, ZfPW 2020, 334 (347).

855 Aufgrund des Charakters der Wissensorganisationspflicht als einer Obliegenheit (hierzu 2. Teil, C., I.) würde es sich wohl auch bei der „Pflicht“ zum Einsatz autonomer Systeme korrekterweise um eine Obliegenheit handeln.

856 *Gasteyer/Goldschmidt*, AG 2016, 116 (120); *Spindler/Seidel*, FS Marsch-Barner, 2018, 549 (552f.); *dies.*, NJW 2018, 2153 (2154). Es handelt sich dabei also eher um ein Problem der *Corporate Compliance*.

857 *Spindler/Seidel*, FS Marsch-Barner, 2018, 549 (553).

858 *Spindler/Seidel*, FS Marsch-Barner, 2018, 549 (553); *dies.*, NJW 2018, 2153 (2154).

kehrspflichten⁸⁵⁹ – letztlich ökonomische Erwägungen über die angemessene Korrelation von Nutzen und Aufwand für eine (rechtlich) ordnungsgemäße Organisation des gesellschaftsinternen Wissens.⁸⁶⁰ Der Einsatz autonomer Systeme führt nun einerseits zu einer drastischen Senkung des diesbezüglichen Weiterleitungs- und Suchaufwands.⁸⁶¹ Er ist jedoch seinerseits mit entsprechenden Anschaffungs- und Unterhaltungskosten für die Systeme verbunden, die ebenfalls innerhalb der hier anzustellenden Abwägung zu berücksichtigen sind. Hier spielen die von *Spindler* und *Seidel* vorgeschlagenen organisationsbezogenen Kriterien eine Rolle. Je nach Größe, Branche und Ressourcen des Unternehmens variiert nämlich das Maß der Zumutbarkeit. Doch auch die Verbreitung und Üblichkeit autonomer Systeme sind hierfür von Relevanz. Werden diese aufgrund zunehmender Leistungsfähigkeit bei abnehmenden Kosten flächendeckend in (bestimmten) Unternehmen eingesetzt, wird die Rechtsprechung – langfristig – die derzeit noch an menschlichen Prozessen orientierten Anforderungen an die Informationsweiterleitung und Informationsabfrage erhöhen und damit an systemgesteuerte Prozesse angleichen. Dies entspricht letztlich auch den der Wissensorganisationspflicht zugrunde liegenden Prinzipien des Vertrauensschutzes und der Risikobeherrschung. Ist der Einsatz autonomer Systeme üblich geworden, erwarten die Teilnehmer des Rechtsverkehrs eine dementsprechende Wissensorganisation. Dieses Vertrauen ist unter den gewandelten Umständen auch normativ berechtigt, da die Organisation den Anforderungen mit dem ihr dann zumutbaren Einsatz autonomer Systeme schließlich gerecht werden kann. Es ergibt sich also letztlich keine unmittelbare Pflicht zum Einsatz autonomer Systeme. Unternehmen können den von der Rechtsprechung an sie gestellten Anforderungen an die Wissensorganisation allerdings nicht mehr genügen, wenn sie auf deren Einsatz verzichten. Die Alternative ist die Zurechnung des in der Organisation, aber nicht beim konkret für diese Handelnden vorhandenen Wissens.

4. Ergebnis des Einsatzbereichs

Abschließend sind die Ergebnisse der Untersuchung zum Einsatz autonomer Systeme im Bereich der Informationsbeschaffung und Informations-

859 Hierzu *MüKoBGB/Wagner*, § 823 BGB Rn. 478f.

860 Dies wurde bereits unter 3. Teil, A., II., 2., a) deutlich.

861 S. 3. Teil, A., II., 2., a).

auswertung zusammenzufassen. Anhand dieser Ergebnisse ist dann das einführende Beispiel zu lösen.

a) Zusammenfassung

Der Einsatz autonomer Systeme im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung beeinflusst die Wissensorganisation von Unternehmen in zweifacher Hinsicht: Er bewirkt zum einen eine signifikante Zunahme der zur Verfügung stehenden Informationen. Zum anderen vereinfacht er den Informationsfluss im Unternehmen.

Solange ein Angestellter an der Verarbeitung der rechtlich relevanten Informationen beteiligt ist, das System also nur als dessen Werkzeug fungiert, kann an den jeweiligen Angestellten aufgrund dessen Kenntnis als Zurechnungssubjekt einer Wissenszurechnung – zumeist qua Wissensorganisationspflicht – angeknüpft werden. Der Umfang der Wissenszurechnung nimmt hier aber erheblich zu. Einerseits nimmt der Angestellte mehr Informationen wahr, sodass die Anzahl potenzieller Zurechnungsgegenstände steigt. Diese sind andererseits häufiger zuzurechnen, da die Fähigkeiten autonomer Systeme bei Informationsweiterleitung und Informationsabruf zu einer Ausdehnung der Wissensorganisationspflicht führen.

Bei fehlender menschlicher Kenntnisnahme der rechtlich relevanten Information geht die herkömmliche Wissenszurechnung mangels Zurechnungsgegenstandes beim Zurechnungssubjekt Mensch dagegen in die Leere. Dies ist etwa der Fall, wenn die Informationsbeschaffung und Informationsauswertung von vornherein ohne jede menschliche Beteiligung erfolgt. Vergleichbar sind Situationen, in denen das System Informationen autonom beschafft und auswertet und diese dann an einen Menschen weiterleitet, der hiervon jedoch keine Kenntnis nimmt. Zwar ist im letzteren Fall regelmäßig fahrlässige Unkenntnis des Menschen anzunehmen. Im Hinblick auf positive Kenntnis kann in beiden Konstellationen aber allein an das System als Zurechnungssubjekt einer Wissenszurechnung angeknüpft werden. Eine Integration der nur im System vorhandenen Informationen als Aktenwissen in das Konzept der Wissenszurechnung scheidet mangels deren vorheriger menschlicher Kenntnisnahme aus. Auch an ein Sich-Verschließen der menschlichen Hilfsperson kann aus dogmatischen Gründen allenfalls in sehr seltenen Fällen der Ignoranz von auf dem Bildschirm angezeigten Informationen angeknüpft werden.

Eine Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht ist in diesen Fällen daher auf autonome Systeme als Zurechnungssubjekte zu erstre-

cken. Hierbei handelt es sich um eine weitere Rechtsfortbildung in diesem Bereich. An deren Anfang steht die Erkenntnis, dass die Entwicklung der Wissensorganisationspflicht als – verfassungsrechtlich – zulässige Rechtsfortbildung *extra legem* anzusehen ist. Mit dieser erfolgt eine Wissenszurechnung nach dem Risikoprinzip, die sich dabei auf die allgemeinen Rechtsprinzipien der Gleichstellung natürlicher und juristischer Personen, des Vertrauensschutzes, der Risikoschaffung und -beherrschung sowie der Korrelation von Vor- und Nachteil stützt. Das im Gleichstellungsargument des Bundesgerichtshofs zum Ausdruck kommende Prinzip der Gleichstellung natürlicher und juristischer Personen weist dabei den Weg in Richtung einer sachgerechten Anpassung des auf Einzelpersonen bezogenen Wissensbegriffs auf arbeitsteilige Organisationen. Es überlässt deren Ausgestaltung als Frage der Risikoverteilung aber anderen Rechtsprinzipien. Dabei ist der häufig zitierte Verkehrsschutz Ausgangsmotiv und Ziel der angemessenen Verteilung des Risikos der Wissensaufspaltung. Er wird dadurch verwirklicht, dass die anderen Teilnehmer des Rechtsverkehrs auf eine ordnungsgemäße Organisation der gesellschaftsinternen Kommunikation vertrauen können. Dieses Vertrauen ist normativ berechtigt, da die juristische Person durch ihre arbeitsteilige Organisation das Risiko der Wissensaufspaltung geschaffen hat, dieses aber mittels entsprechender Organisation beherrschen kann. Aus diesem Wechselspiel entsteht die einer Verkehrspflicht strukturell verwandte Wissensorganisationspflicht als Maßstab der Risikoverteilung. Eine daran ausgerichtete Wissenszurechnung entspricht schließlich auch dem Prinzip der Korrelation von Vor- und Nachteil, da sie das Risiko der Wissensaufspaltung als Nachteil der Arbeitsteilung der von dieser profitierenden Organisation zuweist.

Die Übertragung dieses Konzepts auf autonome Systeme hat in umweltsensibler Weise zu erfolgen. Hierzu sind zunächst die mit der technischen Innovation autonomer Systeme verbundenen Veränderungen der Unternehmensstrukturen zu berücksichtigen. Die hierzu vorhandenen sozialwissenschaftlichen Erkenntnisse irritieren und befruchten das Recht zugleich. Eine hieran anknüpfende Rechtsfortbildung hat zudem folgenorientiert zu geschehen.

Jede Organisation hat zwei grundlegende, eng miteinander verwobene Probleme zu lösen: Arbeitsteilung und deren Koordination. Letztere erfolgt durch Informationsaustausch als auch für die Wissensorganisationspflicht zentralen Aspekt. Dieser gestaltet sich in der digitalisierten Ökonomie aber grundlegend anders. Aufgrund deren geradezu paradox erscheinender Anforderungen setzen Unternehmen auf netzwerkartige Kooperationen anstatt auf vertikale Integration. Der Fokus der Organisation verla-

gert sich somit von innen nach außen. Arbeitsteilung und Informationsaustausch erfolgen über (semi-)permeable Organisationsgrenzen hinweg. Hinzu kommt die zentrale Bedeutung von Daten und Informationen als Rohstoffen der neuen Ökonomie. Diese werden in gigantischem Umfang innerhalb des Unternehmensnetzwerks sowie des Internets als Meta-Netzwerk ausgetauscht. In diesem mehrdimensionalen Netzwerk wird der Mensch zum Informationsverarbeitungseingang. Autonome Systeme werden daher zunehmend statt seiner zu den Knoten des Informationsnetzwerks.

Dies hat weitreichende Folgen für eine Wissenszurechnung bei autonomen Systemen: Aufgrund des hybriden Charakters von Netzwerken zwischen Vertrag und Organisation, die sich im Hinblick auf eine Wissenszurechnung deutlich voneinander unterscheiden, sowie der prinzipiell freien Zugänglichkeit von Informationen im Internet rückt die Zurechnung (auch) *organisationsexterner* Informationen in den Mittelpunkt. Diesbezüglich verspricht der Wissensbegriff bei autonomen Systemen eine angemessene Begrenzung bereits auf der, der Zurechnung vorgelagerten, Wissens-ebene.

Einer Anknüpfung an autonome Systeme als Zurechnungssubjekte der Wissenszurechnung steht im vorliegenden Einsatzbereich zunächst nicht deren fehlende Rechtsfähigkeit entgegen. Die Rechtsprechung hat die Wissenszurechnung bereits mit der Wissensorganisationspflicht vom Personenbezug des § 166 Abs. 1 BGB gelöst und deren rechtfertigenden Grund allein in der *objektiven* Verfügbarkeit von Informationen gesehen. Die konstruktive Anknüpfung an den jeweiligen Angestellten als Zurechnungs-subjekt war allein der Tatsache geschuldet, dass die relevanten Informationen von diesem zur Kenntnis genommen werden. Erfolgt die Informationsverarbeitung nun aber durch das autonome System, liegt die Anknüpfung an dieses als Zurechnungs-subjekt im Plan des Gesetzes und ist damit nur konsequent.

Die Anwendung des rechtlichen Wissensbegriffs auf autonome Systeme gestaltet sich aufgrund der Vielgestaltigkeit der Wissensnormen sowie der Bewusstseinsabhängigkeit bestehender Definitionen schwierig. Statt der Bildung einer einheitlichen Definition muss es hier um die Entwicklung einer übergreifenden Methode zur Definition des von der jeweiligen Wissensnorm tatbestandlich geforderten Wissens sowie dessen Feststellung bei autonomen Systemen im Einzelfall gehen. Im Ausgangspunkt kann hierfür auf den – freilich auf Menschen als Wissensträgern bezogenen – Ansatz *Schraders* zurückgegriffen werden. Danach ist – nun im Fall autonomer Systeme – von einer dreistufigen Prüfungsmethode auszugehen: Auf der

ersten Stufe ist dabei abstrakt der Gegenstand der von der einschlägigen Wissensnorm geforderten Kenntnis als Informationszusammenhang zu definieren. Im zweiten Schritt der Prüfung ist der im System vorhandene Informationszusammenhang als dessen Wissen festzustellen. Zu diesem gehören Informationen nicht bereits bei deren *Verfügbarkeit*, sondern erst ab der *Verarbeitung* durch das System. Im dritten und zugleich abschließenden Schritt der Prüfung ist der im ersten Schritt definierte Gegenstand der Kenntnis als Informationszusammenhang mit den im zweiten Schritt festgestellten vom System verarbeiteten Informationen abzugleichen. Diese Vorgehensweise gelingt problemlos, wenn Wissensnormen reine Tatsachenkenntnis verlangen. Dabei erweist sich auch die teilweise probabilistische Generierung von Informationen als dem Recht nicht unbekannte Problematik. Verlangt die Wissensnorm aber die rechtliche Kontextualisierung oder im Fall von Rechtskenntnis gar rechtliche Bewertung von Informationen, gelangt die Prüfungsmethode an ihre Grenzen, da autonome Systeme eine solche in aller Regel nicht vornehmen. In diesem Fall ist daher mit einem anthropoparallelen Maßstab zu arbeiten. Dabei ist folgende Frage zu stellen: *Würde* ein menschlicher Angestellter in der Situation, in der er über den von der Wissensnorm zugrunde gelegten Sachverhalt nachdenkt, aufgrund der vom autonomen System verarbeiteten Informationen zum Gegenstand der geforderten Kenntnis gelangen?

Die Anwendung des Wissenmüssens als weiterer Zurechnungsgegenstand auf autonome Systeme unterscheidet sich trotz der hiermit verbundenen Projektion der Fahrlässigkeit als Verschuldensform in die Wissensnormen von der Diskussion zur Haftung für autonome Systeme. Im Zusammenhang mit der Unkenntnis als bloßem Zustand ist die Fahrlässigkeit nicht im technischen Sinne zu verstehen. Das Wissenmüssen ist als Zusammenfassung der Umstände, die es nach der Wertung des Gesetzgebers als unbillig erscheinen lassen, dass jemand aus seiner Unkenntnis einen Rechtsvorteil zieht, vielmehr anhand eines beweglichen Systems zu bestimmen. Kriterien sind dabei der von der Wissensnorm vorausgesetzte Verschuldensgrad, die Nähe des beim Betroffenen festgestellten Kenntnisstandes zum gesetzlich geforderten Kenntnisstand, die Art des Geschäfts, Anlass sowie Aufwand und Nutzen der Informationssuche sowie die Nähe der maßgeblichen Information zur Sphäre des Betroffenen. Bei einem Zusammenwirken von autonomem System und menschlichem Angestellten kann allerdings in aller Regel bereits an einen Menschen als Zurechnungs-subjekt angeknüpft werden. Des autonomen Systems als Zurechnungs-subjekt bedarf es aber, wenn ein Mensch am jeweiligen Informationsverarbei-

tungsvorgang nicht beteiligt ist. Dies ist insbesondere im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung der Fall.

Das in autonomen Systemen vorhandene Wissen kann als kognitives Element ferner Bestandteil von Vorsatz und Arglist der juristischen Person sein. So nimmt die Rechtsprechung Arglist der juristischen Person an, wenn ein Angestellter das maßgebliche Wissen über den rechtlich relevanten Umstand hat, von dem konkreten Vertragsschluss aber nichts weiß, während diesen ein weiterer Angestellter vornimmt, der den Vertragspartner über den Umstand aber nicht aufklären kann, weil ihm selbst das hierfür erforderliche Wissen fehlt. Hierin liegt eine weitere Rechtsfortbildung, die aber im Plan des von der Wissensorganisationspflicht gezeichneten Weges liegt und sich überdies mit weiteren Objektivierungstendenzen im Bereich der Arglist deckt. Diese Rechtsprechung kann auf Fälle des Wissens autonomer Systeme entsprechend übertragen werden. Für den Vorsatz des § 826 BGB lehnt die Rechtsprechung eine entsprechende Konstruktion hingegen ab, obwohl diese aufgrund der Deckungsgleichheit von Vorsatz und Arglist möglich wäre. Dies ist den unterschiedlichen Wertungen der jeweiligen Normen geschuldet. Während für § 826 BGB aufgrund seines Normzwecks zentral ist, dass der Vorsatz Täter gerade aufgrund *seines* Wissens einen rechtsfeindlichen Willen entfaltet, sind Motivierungselement sowie voluntatives Element für den modernen, im Sinne der Risikoverteilung von der Rechtsprechung konturierten Arglistbegriff von untergeordneter Bedeutung. Die Verwirklichung von Arglist ist daher sogar beim Einsatz autonomer Systeme im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung durch diese allein möglich.

Die Zurechnung des in autonomen Systemen vorhandenen Wissens zur juristischen Person als deren Betreiberin wird auch von den der Wissensorganisationspflicht bereits bisher zugrunde liegenden Zurechnungsgründen getragen. Das Gleichstellungsargument rechtfertigt eine Wissenszurechnung innerhalb arbeitsteiliger Organisationen beim Einsatz menschlicher Angestellter wie autonomer Systeme in gleicher Weise. Zur Gleichbehandlung natürlicher und juristischer Personen tritt hier der Aspekt der Gleichbehandlung von autonomen Systemen und menschlichen Angestellten aufgrund deren Funktionsäquivalenz hinzu. Das Gleichstellungsargument bleibt aber konkretisierungsbedürftig. Eine Zurechnung des in autonomen Systemen vorhandenen Wissens gebieten aber die Prinzipien des Vertrauensschutzes sowie der Risikoschaffung und -beherrschung als Maßstäbe der vorzunehmenden Risikoverteilung. Der Vertragspartner der juristischen Person vertraut nämlich entweder auf eine menschliche Informationsverarbeitung oder – im Fall der Kennzeichnung des Einsatzes eines au-

tonomen Systems – auf dessen Informationsweiterleitung innerhalb der Organisation. Dieses Vertrauen ist auch normativ berechtigt, da die juristische Person das Risiko der fehlenden menschlichen Kenntnisnahme als Limitation der bisherigen Wissenszurechnung mit dem Einsatz der Systeme schafft und dieses aufgrund deren Zugehörigkeit zu ihrer Sphäre sowie mittelbar über die Auswahl des Herstellers beherrschen kann. Eine Zuweisung des Risikos an die juristische Person entspricht überdies auch dem ökonomischen Kriterium der Effizienz, da diese der *cheapest knowledge bearer* ist. Auch die Zurechnung von Wissenmüssen sowie die Annahme von Arglist sind aus ökonomischer Sicht sinnvoll. Eine Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme entspricht schließlich auch dem Prinzip der Korrelation von Vor- und Nachteil, da die Organisation so nicht nur von den – menschlichen Angestellten häufig überlegenen – Fähigkeiten autonomer Systeme profitiert, sondern auch die damit einhergehenden Nachteile trägt. Über die der Zurechnung vorgelagerte Wissens Ebene gelingt zudem eine den gewandelten Unternehmensstrukturen angemessene Verknüpfung von Vor- und Nachteil der Arbeitsteilung im Netzwerk.

Der Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme sind aber auch bestimmte Grenzen immanent: So kann diese etwa individualvertraglich ausgeschlossen werden. Einer diesbezüglichen Abrede steht allein im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs § 476 Abs. 1 BGB entgegen. Der Ausschluss der Wissenszurechnung in AGB verstößt dagegen stets gegen § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB und ist daher unwirksam. Die Wertungen der im Einzelnen sehr unterschiedlichen Wissensnormen können ebenfalls zu einer Beschränkung oder Konkretisierung der Wissenszurechnung führen. So kann die Auslegung der einschlägigen Wissensnorm einen völligen Ausschluss der Wissenszurechnung, eine Konkretisierung im Hinblick auf das potenzielle Zurechnungssubjekt oder die Unanwendbarkeit der Wissensorganisationspflicht ergeben. Dies kann auch einen Ausschluss der Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme bedeuten. Eine solche scheidet daher etwa im Hinblick auf die Wissensnorm des § 626 Abs. 2 S. 2 BGB aus. Weitere Implikationen der Wissensnormen werden noch im außervertraglichen Bereich zu untersuchen sein. Keine Grenzen setzt der Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme dagegen Art. 22 DS-GVO. Dieser ist von vornherein nur beim Einsatz der Systeme im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung – und auch dort nur im Fall personenbezogener Daten – einschlägig. Hier steht die in ihm liegende Wertung einer Wissenszurechnung aber nicht entgegen. Sowohl Art. 22 DS-GVO als auch die Wissenszurechnung bezwecken den – im Einzelnen unterschiedlichen – Schutz des Vertragspartners der Organisation. Letztere

darf daher bei einem Verstoß gegen Art. 22 DS-GVO nicht auch noch von einem Ausschluss der Wissenszurechnung profitieren. Eine weitere Grenze der Wissenszurechnung kann – auch im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung – im Hinblick auf implizites Wissen bestehen. Die Untersuchung dieser Problematik bleibt aber dem nachfolgenden Bereich der Entscheidungsfindung vorbehalten. Schließlich sind die der Wissensorganisationspflicht bisher immanenten Beschränkungen von Informationsweiterleitungs- und Informationsabfragepflicht auf die Wissenszurechnung bei autonomen Systemen nicht zu übertragen. Sie sind nämlich noch an von Menschen kontrollierten Informationsprozessen orientiert und werden daher den überlegenen Fähigkeiten autonomer Systeme nicht gerecht. Die Wissenszurechnung hat hier vielmehr uneingeschränkt nach dem Risikoprinzip zu erfolgen.

Eine Pflicht zum Einsatz autonomer Systeme im Unternehmen besteht derzeit noch nicht. Im Bereich der autonom durch die Systeme erfolgten Informationsverarbeitung kann sich eine solche aber mittelfristig aus der im Innenverhältnis zwischen Gesellschaft und Leitungsorgan geltenden *Business Judgement Rule* ergeben. Im Hinblick auf Systeme, die lediglich als Werkzeuge menschlicher Angestellter fungieren und so die Informationsweiterleitung und -abfrage erleichtern, kann sich mittelfristig zumindest eine faktische Notwendigkeit deren Einsatzes daraus ergeben, dass die Rechtsprechung die Anforderungen an die Wissensorganisation erhöht.

b) Lösung des einführenden Beispiels

Unter Zugrundelegung der erarbeiteten Ergebnisse kann schließlich auch das einführende Beispiel gelöst werden. Im Ausgangsfall sind danach sowohl das Rücktrittsrecht der V gemäß § 19 Abs. 5 S. 2 VVG als auch deren Anfechtungsrecht mangels Täuschung ausgeschlossen, da V den von VN nicht angezeigten Gefahrumstand der Asthmaerkrankung kannte. Zwar kann der V keine diesbezügliche Kenntnis des S nach § 166 Abs. 1 BGB zugerechnet werden, da dieser die vom autonomen System angezeigte Asthmaerkrankung nicht zur Kenntnis genommen hat. Ihr ist aber nach den auf die Wissensorganisationspflicht zurückgehenden Grundsätzen der Wissenszurechnung bei autonomen Systemen das im autonomen System enthaltene Wissen über die Asthmaerkrankung unmittelbar zuzurechnen. Dieses Wissen schließt auch einen Irrtum der V und damit das Vorliegen

einer Täuschung im Sinne von § 22 VVG i.V.m. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB aus.⁸⁶²

Die im System vorhandenen Informationen entsprechen dem gesetzlich geforderten Gegenstand der Kenntnis. Nach § 19 Abs. 5 S. 2 Alt. 1 VVG hat sich die Kenntnis auf den nicht angezeigten Gefahrumstand zu beziehen. Gefahrumstände sind solche Umstände, die für die vertragliche Übernahme der Gefahr erheblich sind. Darunter fallen alle Umstände, die geeignet sind, den Entschluss des Versicherers zu beeinflussen, einen Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen abzuschließen. Dies sind insbesondere solche, die die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Versicherungsfalles und dessen Folgen betreffen.⁸⁶³ Im Fall einer privaten Krankenversicherung trifft dies vor allem auf Krankheiten zu. Auch *Asthma bronchiale* ist daher ein solcher Gefahrumstand.⁸⁶⁴ Diesbezüglich genügt die reine Tatsachenkenntnis des Umstands. Das autonome System ist mit einer achtzigprozentigen Wahrscheinlichkeit zur Information der Asthmaerkrankung gelangt. Diese von ihm generierte und damit *verarbeitete* Information stimmt mit dem gesetzlich geforderten Informationszusammenhang folglich überein. Dabei ist es unschädlich, dass diese Information „nur“ mit einer achtzigprozentigen Wahrscheinlichkeit angenommen wurde. Wie gesehen gibt es auch bei Menschen keine absolut sichere Kenntnis. Zwar genügt im Rahmen des § 19 Abs. 5 S. 2 VVG nicht der bloße Verdacht eines Gefahrumstands.⁸⁶⁵ Eine mit 80 Prozent weit überwiegende Wahrscheinlichkeit reicht jedoch aus. Es kann daher an dieser Stelle offen bleiben, ob bereits eine 50 Prozent übersteigende und damit überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreichen würde.

Dieses Wissen ist der V nach den hier entwickelten Grundsätzen der Wissenszurechnung bei autonomen Systemen auch zuzurechnen. Dem steht auch nicht die Wertung des § 19 Abs. 5 S. 2 VVG entgegen. Die vorvertragliche Anzeigepflicht des § 19 VVG dient dazu, dem Versicherer eine zutreffende Einschätzung des von ihm übernommenen Risikos zu ermöglichen. Die Regelung trägt damit einem Informationsdefizit des Versicherers hinsichtlich der in der Sphäre des Versicherungsnehmers liegenden Gefahrumstände Rechnung und sorgt für einen Ausgleich bestehender In-

862 Zum Ausschluss des Irrtums und damit einer Täuschung durch Wissen des „Getäuschten“ generell MüKoVVG/Müller-Frank, § 22 VVG Rn. 21.

863 Zum Vorstehenden Prölss/Martin/Armbrüster, § 19 VVG Rn. 2.

864 LG Mannheim BeckRS 2016, 14847.

865 MüKoVVG/Langheid, § 19 VVG Rn. 167.

formationsasymmetrien.⁸⁶⁶ Die innere Rechtfertigung des § 19 Abs. 5 S. 2 VVG liegt daher darin begründet, dass eine Anzeige dann entbehrlich ist, wenn der Versicherer bereits hinreichend informiert ist.⁸⁶⁷ Dies ist aber auch bei einer allein vom autonomen System verarbeiteten Information der Fall. V setzt dieses gerade zum Zwecke einer noch individuelleren und exakteren Risikoprüfung ein. Entsprechend muss sie sich das hierbei generierte Wissen des Systems auch zurechnen lassen. Verarbeitet das System daher in diesem Zusammenhang relevante Informationen, so trägt V das Risiko, dass diese weitergeleitet und aus ihnen die entsprechenden Konsequenzen gezogen werden. Nicht anders wäre dies schließlich auch bei der alleinigen Antragsprüfung durch einen menschlichen Angestellten zu beurteilen.

Das der V danach zuzurechnende Wissen des autonomen Systems schließt auch das Vorliegen eines Irrtums der V und damit eine arglistige Täuschung durch VN aus. Der im Hinblick auf § 22 VVG i.V.m. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB für den Ausschluss einer Täuschung maßgebliche Gegenstand der Kenntnis entspricht dem des § 19 Abs. 5 S. 2 VVG. Diese hat sich auch hier auf den nicht angezeigten Gefahrumstand zu beziehen. Die Wertung von § 22 VVG i.V.m. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB steht einer Wissenszurechnung ebenfalls nicht entgegen. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung soll die Entscheidungsfreiheit des Getäuschten schützen.⁸⁶⁸ Diese ist mit Blick auf die V in ihrer Gesamtheit als arbeitsteilige Organisation aber nicht tangiert, wenn die Information über den relevanten Gefahrumstand in ihrer Sphäre vorhanden ist.

Auch in der Abwandlung des einführenden Beispiels sind sowohl das Rücktrittsrecht der V nach § 19 Abs. 5 S. 2 VVG als auch deren Anfechtungsrecht mangels Täuschung ausgeschlossen. Auch hier ist ihr das im autonomen System enthaltene Wissen zuzurechnen. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass die entsprechenden Informationen dem S aufgrund eines technischen Fehlers nicht angezeigt werden. Das rechtlich relevante Wissen ist beim maßgeblichen Zurechnungssubjekt autonomes System dennoch vorhanden. Die Wissenszurechnung gleicht daher nur das Risiko der fehlenden Informationsweiterleitung und damit der Wissensaufspaltung – hier zwischen System und Mensch – aus. Gerade dies ist aber seit jeher Anliegen der Wissenszurechnung. Dies findet darin Bestätigung, dass

866 Prölss/Martin/Armbrüster, § 19 VVG Rn. 1; Fleischer, Informationsasymmetrie, 2001, S. 498; MüKoVVG/Langheid, § 19 VVG Rn. 1.

867 Fleischer, Informationsasymmetrie, 2001, S. 513.

868 MüKoBGB/Armbrüster, § 123 BGB Rn. 1; BeckOGK/Rehberg, § 123 BGB Rn. 5.

der Fall identisch entschieden würde, wenn ein menschlicher Angestellter den Antrag geprüft hätte und zu der entsprechenden Information gelangt wäre, diese aber – ebenfalls aufgrund eines technischen Defekts – nicht an den antragsbearbeitenden und damit kontrahierenden Angestellten weitergeleitet worden wäre. Gerade den Ausgleich dieser Funktionsäquivalenz bezweckt eine Wissenszurechnung bei autonomen Systemen.

III. Einsatz im Bereich der Entscheidungsfindung

1. Einführendes Beispiel: Unternehmenskauf

Die *Venture Internet SE* (V) ist ein Beteiligungsunternehmen. Sie hält als Startup-Inkubatorin Beteiligungen an zahlreichen Startups der Internetbranche. Zur Unterstützung der Entscheidungsfindung im Hinblick auf das Halten oder den Verkauf der Beteiligungen setzt die V ein autonomes System ein. Dieses wird umfassend mit den Daten des fraglichen Unternehmens (etwa aus Bilanzen, Büchern, Vertragsdokumenten sowie weiteren Geschäftsunterlagen) versorgt. Dabei erleichtert die stark digitale Infrastruktur der betreffenden Unternehmen diesen Vorgang enorm. Auf Grundlage der zur Verfügung gestellten Daten gibt das System schließlich eine Empfehlung darüber ab, ob die Unternehmensbeteiligung gehalten oder verkauft werden soll und welcher Kaufpreis im letzteren Fall angemessen ist. Das System greift dabei insbesondere auf ein tiefes neuronales Netz zurück, in dem die zur Verfügung gestellten Daten vor allem im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit, aber auch etwaige Risiken des Unternehmens überprüft werden. Die Empfehlung des Systems legt die Entscheidung des Vorstandes der V nicht fest, fließt in diese aber ganz erheblich mit ein.

Die V erwägt nun einen Verkauf ihrer Beteiligung an der *Zahlando GmbH* (Z), einer Zahlungsanbieterin des E-Commerce, an der sie 80 Prozent der Anteile hält. Der Vorstand der V zieht zur Entscheidungsfindung das autonome System heran. Dieses erkennt anhand der ihm – unmittelbar via Online-Zugriff – von der Z zur Verfügung gestellten Daten sowie weiterer autonom beschaffter Informationen die Wertlosigkeit einer in der Bilanz der Z mit 5.000.000 € aufgeführten Forderung und empfiehlt – nicht zuletzt deswegen – den Verkauf der gesamten Beteiligung. Die Information über die Wertlosigkeit der Forderung ist dabei zwar als Korrelation verschiedener Umstände über eine Vielzahl von Neuronen hinweg in den Zwischenschichten des neuronalen Netzes encodiert. Sie ist aber für die Entscheidungsträger des Vorstandes – insbesondere aus dem Output des Systems – nicht ersichtlich. Der Vorstand der V bietet die Beteiligung an der Z – freilich nach intensiver Diskussion der Empfehlung des Systems – der *Kommerz AG* (K) zum vom System empfohlenen Kaufpreis an. Die K erwirbt die Anteile schließlich in Unkenntnis der Wertlosigkeit der besagten Forderung. Dabei vereinbaren die Parteien einen umfassenden Ausschluss der kaufrechtlichen Gewährleistung.

Nachdem sich die Wertlosigkeit der Forderung kurze Zeit später herausstellt, macht die K Gewährleistungsansprüche gegen die V geltend.⁸⁶⁹ Diese beruft sich auf den vereinbarten Gewährleistungsausschluss. Angenommen, die rechtlich relevante Information über die Wertlosigkeit der Forderung würde (nachträglich) im autonomen System – mittels einer *post-hoc*-Analyse⁸⁷⁰ – sichtbar gemacht:⁸⁷¹ Ist es der V nach § 444 Alt. 1 BGB verwehrt, sich auf den Gewährleistungsausschluss zu berufen, da ihr das Wissen des Systems von der Wertlosigkeit der Forderung zuzurechnen ist und sie daher diesen Mangel arglistig verschwiegen hat?

2. Problematik

Entscheidungsfindung ist ein Prozess, bei dem ein Entscheidungsträger eine Aktion aus mehreren Alternativen auf Basis qualitativer und quantitativer Attribute auswählt. Unter Attributen versteht man dabei beobachtba-

869 Für das allein der Illustration der Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme im Bereich der Entscheidungsfindung dienende Beispiel ist davon auszugehen, dass Gewährleistungsansprüche der K nach §§ 437, 434 BGB grundsätzlich in Betracht kommen. Zwar handelt es sich um den Kauf von Gesellschaftsanteilen (*share deal*) und damit um einen Rechtskauf i.S.v. § 453 Abs. 1 Alt. 1 BGB. Auf einen solchen sind im Fall von Mängeln des von der betreffenden Gesellschaft betriebenen Unternehmens aber die Gewährleistungsrechte der §§ 434ff. BGB anzuwenden, wenn Gegenstand des Kaufvertrags der Erwerb sämtlicher oder nahezu sämtlicher Anteile an der Gesellschaft ist und sich der Anteilskauf damit sowohl nach der Vorstellung der Vertragsparteien als auch objektiv bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Kauf des Unternehmens selbst und damit als Sachkauf darstellt, vgl. BGHZ 65, 246 (248f., 251) (1975); 85, 367 (370) (1982); 138, 195 (204) (1998); 220, 19 (25–27) (2018). Zwar hat der BGH noch nicht entschieden und ist in der Literatur umstritten, ab welchem Prozentsatz der Anteile dies der Fall ist; überwiegend wird jedoch der Erwerb der satzungsändernden Mehrheit von 75 Prozent für ausreichend gehalten, vgl. OLG München NZG 1998, 593 (594); Staudinger/Beckmann, § 453 BGB Rn. 101; BeckOGK/Wilhelmi, § 453 BGB Rn. 307, jeweils m.w.N. Das Nichtbestehen bzw. die mangelnde Werthaltigkeit einer Forderung kann zudem einen Sachmangel des Unternehmens begründen, vgl. OLG Karlsruhe BB 2009, 673; Staudinger/Beckmann, § 453 BGB Rn. 133; BeckOGK/Wilhelmi, § 453 BGB Rn. 638.

870 Hierzu näher 3. Teil, A., III., 2., b), bb).

871 Die rechtliche Geltendmachung dieses Umstandes setzt nämlich denkwürdigermaßen voraus, dass irgendjemand – wenn auch nachträglich – überhaupt davon Kenntnis erlangt hat, dass die Information über die Wertlosigkeit der betreffenden Forderung im autonomen System vorhanden war.

re und messbare Eigenschaften einer realen Entität, z.B. einer Person oder eines Gegenstandes.⁸⁷² Auch die Entscheidungsfindung beruht daher letztlich auf der Verarbeitung von Informationen. Da Entscheidungen unter realen Bedingungen zudem grundsätzlich bei unvollkommenem Informationsstand zu treffen sind, ist eine sichere Prognose der jeweiligen Entscheidungsalternativen nicht möglich. Der Entscheidungsträger kann sich daher bei Unsicherheit allenfalls ein Wahrscheinlichkeitsurteil bilden. Dessen Zuverlässigkeit hängt wiederum von seinem Informationsstand ab.⁸⁷³

Diese Charakteristika der Entscheidungsfindung lassen den Wert autonomer Systeme (auch) in diesem Bereich deutlich werden. Jene können gerade aus den gigantischen Informationsströmen im Informationsnetzwerk Nutzen ziehen und darauf ihre probabilistischen Annahmen stützen. Autonome Systeme sind daher in der Lage, Entscheidungen, die bislang von menschlichen Entscheidungsträgern getroffen wurden, präziser, objektiver und schneller, zugleich aber auch effizienter zu treffen. Dies gilt umso mehr für die datenintensiven und zeitkritischen Entscheidungen einer digitalisierten Ökonomie.⁸⁷⁴ Autonome Systeme übernehmen daher nach und nach – mitunter auch folgeschwere – Entscheidungen, vor allem in Gestalt von Klassifizierungen und Rankings. Sie entscheiden über die Kreditwürdigkeit einer Person (Scoring), die Vergabe eines Darlehens sowie den Abschluss einer Versicherung, aber auch über die (Vor-)Auswahl von Bewerbern auf einen Arbeitsplatz.⁸⁷⁵ Man spricht insoweit auch von *Automated Decision Making* (ADM).⁸⁷⁶ Derzeit handelt es sich dabei überwiegend noch um recht einfach gelagerte Entscheidungen. Mit fortschreiten der technischer Entwicklung der eingesetzten Systeme werden die Entscheidungen aber immer komplexer werden, wie etwa die Bewertung eines Unternehmens im einführenden Beispiel.⁸⁷⁷

872 *Gesellschaft für Informatik*, Algorithmische Entscheidungsverfahren, 2018, S. 17; allgemein aus entscheidungstheoretischer Perspektive *Laux/Gillenkirch/Schenk-Mathes*, Entscheidungstheorie, 10. Aufl. 2018, S. 3, 12–15.

873 *Laux/Gillenkirch/Schenk-Mathes*, Entscheidungstheorie, 10. Aufl. 2018, S. 15, 93.

874 *Gesellschaft für Informatik*, Algorithmische Entscheidungsverfahren, 2018, S. 6; *Kroll u.a.*, University of Pennsylvania Law Review 165 (2017), 633 (636); *Honnegger*, Black Box, 2018, S. 2.

875 Zu Anwendungsbeispielen etwa *Burrell*, Big Data & Society 3 (2016), 1; *Kroll u.a.*, University of Pennsylvania Law Review 165 (2017), 633 (636).

876 S. etwa *Gesellschaft für Informatik*, Algorithmische Entscheidungsverfahren, 2018, S. 6, 17.

877 Das gewählte Beispiel ist freilich nach aktuellem Stand visionär und würde etwa die Praxis der *Due Diligence* grundlegend transformieren. Es wurde aber bewusst

Zumindest gegenwärtig setzen autonome Systeme die von ihnen getroffenen Entscheidungen in den meisten Fällen aber (noch) nicht selbst um,⁸⁷⁸ sondern geben diese lediglich als entscheidungsvorbereitende Bewertung oder Empfehlung an einen Menschen weiter. Dieser trifft dann unter deren Berücksichtigung eine eigene abschließende Entscheidung und handelt auf deren Grundlage. Im Bereich der Entscheidungsfindung – jedenfalls im hier verstandenen Sinn⁸⁷⁹ – treten autonome Systeme und menschliche Angestellte daher – anders als in den beiden anderen Einsatzbereichen – stets im Mensch-Maschine-Verbund auf. Wie Mensch und System dabei im Detail zusammenwirken, hängt stark vom jeweiligen Einzelfall ab. Maßgeblicher Faktor ist insoweit vor allem die Autonomie des eingesetzten Systems. Ist diese nur schwach ausgeprägt, bekommt das System die für die Entscheidungsfindung maßgeblichen Informationen als Input vom Menschen zugeleitet und entscheidet dann nach einem strikt vorgegebenen Wenn-Dann-Schema. So ist dies etwa im Fall von linearen Modellen oder Entscheidungsbäumen als implementierten Algorithmen. Bei einem hohen Grad an Autonomie beschafft sich das System dagegen seinen Input teilweise oder gar vollständig selbst und gelangt unter Einsatz seiner veränderlichen Algorithmen (etwa tiefer neuronaler Netze) auf höchst komplexe Weise zu einer Entscheidungsempfehlung. In letzterem Fall besteht auch ein fließender Übergang zwischen dem Bereich der Entscheidungsfindung und dem Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung. Die Entscheidungsfindung des Systems beinhaltet hier nämlich die Beschaffung und Auswertung der maßgeblichen Informationen quasi als Vorstufe. Wandelt man andererseits das im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung gewählte Beispiel des Versicherungsantrags dahingehend ab, dass das System zusätzlich zur Prüfung des Antrags eine Empfehlung über den Abschluss eines Versicherungsvertrags sowie die Höhe der Prämie auswirft, befindet man sich auch hier im Bereich der Entscheidungsfindung.⁸⁸⁰ Gemeinsam ist den beiden Bereichen aber, dass letztlich ein Mensch auf Grundlage der vom System beschafften Informationen entscheidet und handelt. Die Entscheidung ist lediglich in unterschiedlichem Maße vom autonomen System determiniert.

gewählt, um die Möglichkeiten der Technik aufzuzeigen. Zum Einsatz autonomer Systeme in diesem Zusammenhang auch *Hacker u.a.*, Artificial Intelligence and Law 28 (2020), 415 (425-428).

878 So auch *Eidenmüller*, ZEuP 2017, 765 (776). Hierzu aber noch 3. Teil, A., IV.

879 S. bereits 3. Teil, A., I.

880 Dennoch ist die vorgenommene Einteilung der Einsatzbereiche zu analytischen Zwecken sinnvoll.

Dies spiegelt letztlich auch dessen steigenden Grad der Autonomie zwischen den beiden Einsatzbereichen wider. Wesentlich für die hier anzustellende Untersuchung ist zudem ein Weiteres: Je geringer die Autonomie des Systems ist, umso mehr von diesem verarbeitete Informationen – sei es im Input oder in den Verarbeitungsschritten – kommen unmittelbar beim menschlichen Angestellten an. Dies muss auch Auswirkungen auf die Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme haben.

a) Grundsatz: Anknüpfung an den Menschen als Zurechnungssubjekt

Da am Vorgang der Entscheidungsfindung stets ein Mensch beteiligt ist, kann grundsätzlich an diesen als Zurechnungssubjekt einer Wissenszurechnung angeknüpft werden. Dies gilt jedenfalls, sofern dieser die rechtlich relevante Information zur Kenntnis genommen hat und somit über das maßgebliche Wissen verfügt. Auf welche Zurechnungsnorm der Wissenszurechnung – § 166 Abs. 1 BGB oder die Wissensorganisationspflicht – dann zurückzugreifen ist, hängt von der Stellung des an der Entscheidungsfindung beteiligten Menschen im Unternehmen ab. Da sich an die Entscheidungsfindung in der Regel deren Umsetzung durch den beteiligten Menschen anschließt, wird hier häufiger als noch im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung in unmittelbarer oder analoger Anwendung auf § 166 Abs. 1 BGB zurückzugreifen sein. Die in die Entscheidungsfindung involvierte Person wird nämlich oftmals selbst unmittelbar am konkreten rechtlichen Geschehen – sei es als Stellvertreter oder Wissensvertreter – beteiligt sein. Sollte es sich ausnahmsweise dennoch um eine am konkreten rechtlichen Geschehen unbeteiligte Person handeln, sind die Grundsätze der Wissensorganisationspflicht heranzuziehen.

Von besonderer Relevanz ist im Bereich der Entscheidungsfindung zudem die Wissenszurechnung bei Organmitgliedern. Diese treffen für das Unternehmen besonders häufig rechtlich relevante Entscheidungen. Zudem wird gerade für unternehmerische Entscheidungen im Sinne von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zunehmend der Einsatz autonomer Systeme – gar als Pflicht des Organmitglieds gegenüber der Gesellschaft – diskutiert.⁸⁸¹ Folglich dürften sich auch Fragen der Wissenszurechnung hier zunehmend stellen. Da sich die Untersuchung aber explizit mit der Wissenszurechnung bei *autonomen Systemen* befasst, soll der Frage der Zurechnung von

881 Hierzu 3. Teil, A., II., 3., d).

Organwissen an dieser Stelle nicht weiter nachgegangen werden.⁸⁸² Im Ergebnis besteht hier nämlich Einigkeit über eine Zurechnung. Nur deren normative Begründung ist im Einzelnen umstritten. Am überzeugendsten dürfte für die Wissenszurechnung bei am konkreten rechtlichen Geschehen beteiligten Organmitgliedern aber der Rückgriff auf § 166 Abs. 1 BGB sein.⁸⁸³ Denn § 31 BGB bezieht sich ausweislich seines Wortlauts nur auf *Handlungen* der Organe. § 166 Abs. 1 BGB ist seinerseits nicht auf eine bestimmte Art der Vertretung beschränkt und erfasst somit auch die organ-schaftliche (Wissens-)Vertretung. Für am konkreten rechtlichen Geschehen unbeteiligte Organmitglieder sollte die Wissenszurechnung dagegen nach den Grundsätzen der Wissensorganisationspflicht erfolgen.⁸⁸⁴

b) Grenzen: Fehlende menschliche Kenntnisaufnahme der Information

Wie bereits im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung herausgearbeitet wurde,⁸⁸⁵ wird die bestehende Dogmatik der Wissenszurechnung von der Erforderlichkeit der menschlichen Kenntnisaufnahme der rechtlich relevanten Information beschränkt. Daher gilt auch im Bereich der Entscheidungsfindung (im Hinblick auf positive Kenntnis): Nimmt der beteiligte Mensch die relevante Information nicht zur Kenntnis, geht eine Wissenszurechnung bei ihm als Zurechnungs-subjekt mangels Zurechnungsgegenstandes in die Leere. Ihm kann hier allenfalls fahrlässige Unkenntnis vorzuwerfen sein. Für positive Kenntnis kann im Fall des Informationsverlusts zwischen autonomem System und Mensch daher allein an das System als Zurechnungs-subjekt einer Wissenszurechnung angeknüpft werden.

Zwar agieren autonomes System und Mensch im Bereich der Entscheidungsfindung stets im Verbund. Es kann aber dennoch vorkommen, dass der Mensch bestimmte Informationen nicht zur Kenntnis nimmt oder nehmen kann. Diesbezüglich ist zwischen den Informationen im Input, in den einzelnen Informationsverarbeitungsschritten des Systems sowie im

882 Hierzu überblicksartig bereits 2. Teil, A.

883 So etwa auch *Baumann*, ZGR 1973, 284 (290–292); *Grigoleit*, ZHR 181 (2017), 160 (188); *Römmel-Collmann*, Wissenszurechnung, 1998, S. 121f.; *MüKoBGB/Schubert*, § 166 BGB Rn. 8; *Staudinger/Schilken*, § 166 BGB Rn. 3.

884 So befassten sich bereits die für die Entwicklung der Wissensorganisationspflicht zentralen Entscheidungen BGHZ 109, 327 (1989); 132, 30 (1996) mit der Wissenszurechnung bei Organvertretern.

885 3. Teil, A., II., 2., b), aa).

Output zu unterscheiden. Der Output – insbesondere die Entscheidungsempfehlung des Systems – ist für den Menschen stets ersichtlich. Für den Input ist dies differenziert zu beurteilen: Leitet der Mensch diesen dem System selbst zu, wird er die hierin enthaltenen Informationen jedenfalls bei überschaubarem Umfang des Inputs selbst zur Kenntnis nehmen. Bei zunehmendem Umfang des Inputs kann dies aber auch anders sein. Man denke etwa nur an die unzähligen Dokumente im Fall eines Unternehmenskaufs. Hier liegt der Sinn des Einsatzes des Systems gerade auch darin, dass der Mensch die unzähligen Dokumente nicht mehr selbst sichten muss. Beschafft sich das System den Input gar selbst – wie im einführenden Beispiel via Online-Zugriff –, nimmt der Mensch hiervon zunächst überhaupt keine Kenntnis. Je nach Einzelfall werden die im Input enthaltenen Informationen vom System aber gesondert erfasst und gespeichert und sind dann auf diese Weise oder aus dem Output selbst ersichtlich. Bei den im Informationsverarbeitungsvorgang des Systems erzeugten „Zwischeninformationen“ hängt es schließlich von der Art des Systems ab, ob diese für den Menschen ersichtlich sind. Hierauf wird sogleich noch näher einzugehen sein. Festzuhalten ist an dieser Stelle zunächst Folgendes: Zur fehlenden menschlichen Kenntnisnahme einer Information kann es kommen, *obwohl* diese für den Menschen *ersichtlich* ist oder gerade *weil* diese für den Menschen *nicht ersichtlich* ist.

aa) Ersichtlichkeit der Information

Nimmt der Mensch die rechtlich relevante Information nicht zur Kenntnis, obwohl diese für ihn ersichtlich ist, besteht in der Sache kein Unterschied zur im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung bereits besprochenen Konstellation.⁸⁸⁶ Es wird hier allenfalls fahrlässige Unkenntnis des an der Entscheidungsfindung beteiligten Menschen anzunehmen sein. Für eine nach der einschlägigen Wissensnorm erforderliche positive Kenntnis kann in diesem Fall aber allein an das autonome System als Zurechnungssubjekt angeknüpft werden.

886 3. Teil, A., II., 2., b), aa).

bb) Nichtersichtlichkeit der Information

Besonders problematisch ist die Konstellation, in der der beteiligte Mensch die Information nicht zur Kenntnis nimmt, weil diese für ihn nicht ersichtlich ist. Auch diese kann bereits im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung auftreten. Daher wurde dort bereits auf die Problematik hingewiesen.⁸⁸⁷ Im Bereich der Entscheidungsfindung stellt sich diese aber in voller Schärfe und wird somit zum zentralen Problem. Die Entscheidungsfindung setzt nämlich stets eine – mitunter hochkomplexe – mehrstufige Informationsverarbeitung des Systems voraus. Für den beteiligten Menschen kann dabei aus der Entscheidungsempfehlung des Systems nicht mehr nachzuvollziehen sein, wie dieses hierzu gelangt ist. Das autonome System erscheint für den Menschen dann als Blackbox.⁸⁸⁸ Denn dieser kennt zwar den Output und – gegebenenfalls auch – den Input des Systems. Er weiß aber nicht, wie dieses vom einen zum anderen gelangt ist. Insbesondere „Zwischeninformationen“ – wie diejenige im einführenden Beispiel über die Wertlosigkeit der Forderung – bleiben so im Verborgenen.

Dies kann unterschiedliche Gründe haben: Zunächst beeinträchtigen Quantität der verarbeiteten Daten sowie Geschwindigkeit der Datenverarbeitung die Nachvollziehbarkeit des Entscheidungsvorgangs.⁸⁸⁹ Vor allem aber führt die verschachtelte, nichtlineare Struktur gewisser, in die Systeme implementierter Algorithmen zu einer hochkomplexen sowie mehrdimensionalen Verarbeitung von Daten, die sich der menschlichen Logik nicht mehr erschließt.⁸⁹⁰ Der Entscheidungsprozess des Systems beruht hier auf Korrelationen statt Kausalitäten.⁸⁹¹ Im Fall tiefer neuronaler Netze sind zudem bereits die in den Entscheidungsprozess involvierten Einzelin-

887 3. Teil, A., II., 3., c), ff), (4).

888 Begriffsprägend für den Bereich des ADM *Pasquale*, Black Box, 2016, S. 3. Der Begriff der Blackbox wurde auch allgemein innerhalb der juristischen Diskussion rezipiert, vgl. etwa *Bathae*, Harvard Journal of Law & Technology 31 (2018), 889 (905); *Bilski/Schmid*, NJOZ 2019, 657 (659); *Hoch*, AcP 219 (2019), 646 (656); *Hoeren/Niehoff*, RW 2018, 47 (50); *Martini*, Blackbox, 2019, S. 29. *Konertz/Schönhof*, KI, 2020, S. 134 gehen dagegen wohl davon aus, dass sämtliche Informationen ersichtlich sind und das System somit allein exlizites Wissen besitzt.

889 *Ananny/Crawford*, New Media & Society 20 (2018), 973 (981).

890 *Bathae*, Harvard Journal of Law & Technology 31 (2018), 889 (901f.); *Burrell*, Big Data & Society 3 (2016), 1 (9); *Käde/v. Maltzan*, CR 2020, 66 (67, 69); *Samet/Wiegand/Müller*, Explainable Artificial Intelligence, 2017, S. 1; *Selbst/Barocas*, Fordham Law Review 87 (2018), 1085 (1094).

891 *Selbst/Barocas*, Fordham Law Review 87 (2018), 1085 (1097f.).

formationen strukturbedingt über tausende Neuronen encodiert. Das Wissen eines solchen Systems ist sogar auf (teils mehrere) Millionen Neuronen verteilt.⁸⁹² Die Blackbox-Problematik ist daher von den implementierten Algorithmen abhängig. Sie variiert nach Art des autonomen Systems.⁸⁹³ Lineare Modelle, wie die logistische Regression oder Entscheidungsbäume, sind strukturiert darstellbar und damit auch für den Menschen visualisierbar und nachvollziehbar. Dagegen lassen sich die Entscheidungsstrukturen von tiefen neuronalen Netzen, Support-Vektor-Maschinen sowie Random Forests aufgrund ihrer hohen Komplexität und Multidimensionalität vom menschlichen Betrachter kognitiv nicht mehr erfassen.⁸⁹⁴ Gerade die zuletzt aufgeführten, opaken Modelle haben aber die enormen Fortschritte im Bereich der KI überhaupt erst ermöglicht. Es besteht hier also ein durchaus prekärer Trade-off zwischen Leistungsfähigkeit und Nachvollziehbarkeit der jeweiligen Algorithmen und damit der autonomen Systeme.⁸⁹⁵ Daher liegt die Prognose nahe, dass sich die Blackbox-Problematik mit dem zu erwartenden weiteren technischen Fortschritt der Systeme – jedenfalls bei isolierter Betrachtung der in diese implementierten Algorithmen – eher weiter verschärfen wird.

Aus diesem Grund befasst sich ein aufstrebender, interdisziplinärer Forschungsbereich mit Möglichkeiten und Methoden, an sich opake Algorithmen bzw. Systeme nachvollziehbar zu machen. Dieser lässt sich als *Explainable AI* (XAI) bezeichnen.⁸⁹⁶ Zur Umschreibung seines Forschungsziels existieren aber eine Vielzahl von Begrifflichkeiten.⁸⁹⁷ Die Thematik der Nachvollziehbarkeit algorithmischer Entscheidungen steht aber auch

892 *Bathae*, Harvard Journal of Law & Technology 31 (2018), 889 (901f.); *Martini*, Blackbox, 2019, S. 43; *Seifert u.a.* in Cerquitelli/Quercia/Pasquale (Hrsg.), Transparent Data Mining for Big and Small Data, 2017, 123 (124).

893 Hierzu auch *Hacker u.a.*, Artificial Intelligence and Law 28 (2020), 415 (430–433). Bei *Bathae*, Harvard Journal of Law & Technology 31 (2018), 889 (905f.) findet sich entsprechend eine Einteilung in „weak black boxes“ und „strong black boxes“.

894 *Gesellschaft für Informatik*, Algorithmische Entscheidungsverfahren, 2018, S. 52–55; *Guidotti u.a.*, ACM Computing Surveys 51 (2018), Artikel 93, S. 7, 16f.; *Samek/Wiegand/Müller*, Explainable Artificial Intelligence, 2017, S. 2.

895 *Gleicher*, Big Data 4 (2016), 75 (77); *Hacker u.a.*, Artificial Intelligence and Law 28 (2020), 415 (429–433); *Käde/v. Maltzan*, CR 2020, 66 (72); *Selbst/Barocas*, Fordham Law Review 87 (2018), 1085 (1110). Eingehend zur Problematik *Mori/Uchihira*, Empirical Software Engineering 24 (2019), 779.

896 Hierzu auch schon I. Teil, D., III.

897 Etwa *Explainability*, *Transparency*, *Interpretability*, *Understandability*, *Intelligibility* oder *Comprehensibility*, vgl. *Ananny/Crawford*, New Media & Society 20 (2018), 973 (978); *Bathae*, Harvard Journal of Law & Technology 31 (2018), 889 (893,

im Fokus der (nationalen) juristischen Diskussion.⁸⁹⁸ Auch für die Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme ist sie von überragender Bedeutung.⁸⁹⁹ Denn sie ist die Tatsachengrundlage für die Frage, wie die bestehenden Transparenz- und Verbundrisiken beim Einsatz autonomer Systeme zwischen der sie einsetzenden Organisation und deren Vertragspartnern rechtlich angemessen zu verteilen sind. Zutreffende juristische Schlussfolgerungen setzen daher zwingend ein Grundverständnis von Methoden und Forschungsstand der Explainable AI voraus.

Zunächst ist dabei darauf hinzuweisen, dass sich innerhalb der Explainable AI noch keine einheitliche Taxonomie der diskutierten Methoden herausgebildet hat, da es sich bei dieser noch um ein recht junges und rasch wachsendes Forschungsfeld handelt.⁹⁰⁰ Verallgemeinernd lässt sich aber feststellen, dass hinsichtlich der Methoden für die Nachvollziehbarkeit autonomer Systeme auf einer obersten Ebene zwischen *explanation by design* und *post-hoc explanation* unterschieden wird. Unter ersterem versteht man, dass die Algorithmen und die darauf aufbauenden Systeme bereits so konstruiert werden, dass sie nachvollziehbar sind. Dies würde im Hinblick auf die Untersuchung bedeuten, dass – im theoretischen Optimalzustand – sämtliche „Zwischeninformationen“ der Entscheidung des autonomen Systems für den Menschen ersichtlich sind. Doch dürfte dies freilich bei komplexeren Algorithmen nur schwer zu erreichen sein. Daher befasst

896); Burrell, Big Data & Society 3 (2016), 1; Gleicher, Big Data 4 (2016), 75 (77); Käde/v. Maltzan, CR 2020, 66 (67f.); Lipton, Communications of the ACM 61 (2018), No. 10, 36 (37); Samek/Müller in Samek u.a. (Hrsg.), Explainable AI, 2019, 5 (6); Samek/Wiegand/Müller, Explainable Artificial Intelligence, 2017, S. 2.

898 Etwa Hacker u.a., Artificial Intelligence and Law 28 (2020), 415; Hoch, AcP 219 (2019), 646 (656); Hoeren/Niehoff, RW 2018, 47 (59f.); Käde/v. Maltzan, CR 2020, 66; Kumkar/Roth-Isigkeit, JZ 2020, 277 (277, 285); Martini, JZ 2017, 1017 (1020); ders., Blackbox, 2019, S. 43–47; Strassemeyer, K&R 2020, 176 (180); Wischmeyer, AöR 143 (2018), 1 (45–47).

899 Erstmals hierzu im Kontext der Wissenszurechnung Hacker, RW 2018, 243 (245, 270–281).

900 Vgl. nur die unterschiedlichen Vorschläge einer Systematisierung bei Gleicher, Big Data 4 (2016), 75 (81f.); Honegger, Black Box, 2018, S. 25–28; Käde/v. Maltzan, CR 2020, 66 (68); Kim u.a., Interpretability Beyond Feature Attribution, 2018, S. 2; Lipton, Communications of the ACM 61 (2018), No. 10, 36 (40–42); Montavon/Samek/Müller, Digital Signal Processing 73 (2018), 1 (2); Pedreschi u.a., Open The Black Box, 2018, S. 3; Samek/Wiegand/Müller, Explainable Artificial Intelligence, 2017, S. 6; Seifert u.a. in Cerquitelli/Quercia/Pasquale (Hrsg.), Transparent Data Mining for Big and Small Data, 2017, 123 (125f.); Selbst/Barocas, Fordham Law Review 87 (2018), 1085 (1110). An diesen Vorschlägen orientiert sich die nachfolgende, verallgemeinernde Taxonomie.

sich der zweitgenannte Ansatz damit, die Entscheidungen der Systeme nachträglich (*post hoc*) zu erklären. Hierfür gibt es im Wesentlichen zwei Methoden: Die eine Methode versucht, den Algorithmus selbst mithilfe verbaler Erklärung seiner Entscheidung oder (derzeit häufiger) Visualisierung der Entscheidungsparameter, etwa in Form einer Heatmap, nachvollziehbar zu gestalten. Auf diese Weise sollen dessen innere Struktur und damit die Beziehung von Input und Output zueinander für den beteiligten Menschen transparent werden.⁹⁰¹ So soll etwa die Methode der *Layer-Wise Relevance Propagation* (LRP)⁹⁰² die Zwischenschichten neuronaler Netze sichtbar machen. Hierzu beginnt die Methode beim Output des neuronalen Netzes und nutzt dieses selbst in rückläufiger Richtung, um seinen Verarbeitungsvorgang im Einzelnen nachzuvollziehen. Dabei dürften „Zwischeninformationen“ des Entscheidungsprozesses unter Umständen sichtbar werden. Die Methode steckt aber noch in den Anfängen und beschränkt sich derzeit auf einfache Aufgabenstellungen, wie etwa Bilderkennung. Eine weitere Methode einer *post-hoc*-Erklärung ist die Annäherung des hochkomplexen, opaken Algorithmus mithilfe eines zweiten linearen und damit besser nachvollziehbaren Algorithmus. Um einen solchen Ansatz handelt es sich bei der Methode der *Local Interpretable Model-Agnostic Explanations* (LIME).⁹⁰³ Diese kann jedoch nicht den gesamten Entscheidungsprozess des neuronalen Netzes wiedergeben. Der hierfür eingesetzte zweite Algorithmus erkennt vielmehr nur besonders relevante Parameter der Entscheidung mittels Approximation.⁹⁰⁴ Zudem entnimmt er die Parameter dem ursprünglich verwendeten Input.⁹⁰⁵ Nachvollziehbar wird damit also nur dessen Relevanz für die vom autonomen System getroffene Entscheidung. „Zwischeninformationen“ des Entscheidungsprozesses dürften auf diese Weise jedoch nicht ersichtlich werden. Zuletzt kann bei den angeführten Methoden einer *post-hoc*-Erklärung noch danach differenziert werden, ob diese bereits in das autonome System implementiert sind oder vom Menschen ergänzend herangezogen werden müssen, um Ent-

901 Hierzu *Gleicher*, Big Data 4 (2016), 75 (82).

902 Grundlegend *Bach u.a.*, PLoS ONE 10(7): e0130140; ferner *Montavon u.a.* in *Samek u.a.* (Hrsg.), Explainable AI, 2019, 193.

903 Grundlegend *Ribeiro/Singh/Guestrin*, Why Should I Trust You?, 2016, passim. Eine ähnliche Methode findet sich bei *Kim u.a.*, Interpretability Beyond Feature Attribution, 2018, passim.

904 *Ribeiro/Singh/Guestrin*, Why Should I Trust You?, 2016, S. 3–5; hierzu auch *Gesellschaft für Informatik*, Algorithmische Entscheidungsverfahren, 2018, S. 56; *Honninger*, Black Box, 2018, S. 40f.

905 *Montavon/Samek/Müller*, Digital Signal Processing 73 (2018), 1 (2).

scheidungen in ihre Parameter zu zerlegen und nachzuvollziehen. Auch dies kann Einfluss auf die Ersichtlichkeit einer Information und damit die Wissenszurechnung haben.

Einig ist man sich zudem sowohl in technologischen wie auch juristischen Fachkreisen, dass sich derzeit noch keine allgemein anwendbare, praxistaugliche Methode zur Lösung der Blackbox-Problematik etabliert hat und damit die Nachvollziehbarkeit der etwa in tiefen neuronalen Netzen enthaltenen Informationen noch nicht vollständig möglich ist.⁹⁰⁶ Auch einer, vom *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz* in Auftrag gegebenen, im Oktober 2018 veröffentlichten Studie zufolge sind die vorhandenen Methoden der Explainable AI gegenwärtig noch nicht reif zur verpflichtenden Anwendung.⁹⁰⁷ Dies sollte auch im Hinblick auf die Frage der Zurechnung nicht ersichtlicher Informationen Berücksichtigung finden.⁹⁰⁸

3. Entwicklung eines Konzepts der Wissenszurechnung für autonome Systeme

Wie gesehen stößt die derzeitige, auf Menschen zugeschnittene Dogmatik der Wissenszurechnung auch im Bereich der Entscheidungsfindung bei fehlender menschlicher Kenntnisaufnahme der rechtlich relevanten Information an ihre Grenzen. Daher bedarf es auch hier deren Erstreckung auf autonome Systeme als Zurechnungsobjekte. Da autonome Systeme auch im Bereich der Entscheidungsfindung letztlich nicht am konkreten rechtlichen Geschehen beteiligt sind,⁹⁰⁹ kann hierfür ebenfalls an die Wissensorganisationspflicht angeknüpft werden. Der Entwicklung eines Konzepts der Wissenszurechnung für autonome Systeme im hiesigen Einsatzbereich

906 Aus technischer Sicht *Hacker u.a.*, Artificial Intelligence and Law 28 (2020), 415 (435); *Kädel/v. Maltzan*, CR 2020, 66 (72); *Montavon/Samek/Müller*, Digital Signal Processing 73 (2018), 1; *Pedreschi u.a.*, Open the Black Box, 2018, S. 2; aus juristischer Sicht *Hacker*, RW 2018, 243 (272); *Hoch*, AcP 219 (2019), 646 (656); *Hoeren/Niehoff*, RW 2018, 43 (60); *Martini*, Black Box, 2019, S. 44; rechtlich differenzierend *ders.*, JZ 2017, 1017 (1020): „Was technisch schwierig erscheint, muss deshalb noch nicht im normativen Sinne unmöglich sein“. *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 (45) hält es – regulatorisch – jedenfalls für geboten, die Blackbox-Problematik „aus rechtlicher Sicht auf die richtigen Gleise zu setzen“.

907 *Gesellschaft für Informatik*, Algorithmische Entscheidungsverfahren, 2018, S. 58.

908 Hierzu noch 3. Teil, A., III., 3., b), bb), (4).

909 Hierzu 3. Teil, A., III., 2.

können daher zunächst die Ergebnisse aus dem Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung zugrunde gelegt werden (a)). Besondere Bedeutung kommt hier aber der Differenzierung nach der Art des im autonomen System vorhandenen Wissens zu (b)).

a) Zugrundelegung der Ergebnisse für die Informationsbeschaffung und Informationsauswertung

Da autonome Systeme auch im Bereich der Entscheidungsfindung nicht am konkreten rechtlichen Geschehen beteiligt sind, muss für eine an diese anknüpfende Wissenszurechnung ebenfalls die Wissensorganisationspflicht als normative Grundlage herangezogen werden. Diese hat die Wissenszurechnung gerade vom Personenbezug gelöst und ermöglicht damit die Zurechnung des Wissens auch unbeteiligter Hilfspersonen.

Die für die Erstreckung der Wissensorganisationspflicht auf autonome Systeme als Zurechnungssubjekte sprechenden Gründe⁹¹⁰ gelten auch im hier zu untersuchenden Einsatzbereich. Wie schon im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung übernehmen autonome Systeme auch hier die Informationsverarbeitung für menschliche Angestellte. Daher ist der juristischen Person auch hier die reziproke rechtliche Verantwortung für das dabei akquirierte Wissen aufzuerlegen. Würde den Prozess der Entscheidungsfindung ein menschlicher Angestellter übernehmen und käme es zwischen diesem und dem letztlich handelnden Angestellten zu einer Wissensaufspaltung, würde das diesbezügliche Risiko der juristischen Person zugewiesen. Die rechtliche Gleichstellung der Sachverhalte der Informationsverarbeitung durch autonome Systeme entspricht daher auch hier deren Funktionsäquivalenz. Im Ausgangspunkt ist das Wissensaufspaltungsrisiko beim Einsatz autonomer Systeme im Bereich der Entscheidungsfindung für die juristische Person gar besonders gut beherrschbar. System und Mensch agieren hier schließlich stets im Verbund. Somit kann die Informationsweiterleitung zwischen diesen grundsätzlich ohne Weiteres sichergestellt werden. Ferner entspricht eine Wissenszurechnung auch hier der Korrelation von Vor- und Nachteil, da sie die aufgezeigten Vorteile autonomer Systeme in der Entscheidungsfindung ausgleicht, indem sie die korrespondierenden Risiken der diese einsetzenden Organisation zuweist.

910 S. 3. Teil, A., II., 3., c), ee), (1)–(3).

Die Übertragung der Ergebnisse aus dem Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung auf den Bereich der Entscheidungsfindung wird schließlich auch dem Umstand gerecht, dass zwischen den beiden Bereichen letztlich ein fließender Übergang besteht.⁹¹¹ Ein rechtlicher Gleichlauf der beiden Bereiche im Hinblick auf die Wissenszurechnung ist daher kohärent.

Folglich sind die im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung erarbeiteten Ergebnisse auch hier der Wissenszurechnung bei autonomen Systemen zugrunde zu legen. Dies gilt insbesondere für die Ausführungen zu Zurechnungsgegenstand sowie Zurechnungsgründen, aber auch für die immanenten Grenzen einer Wissenszurechnung. Auf etwaig bestehende Unterschiede zwischen den Einsatzbereichen wurde bereits im Rahmen der dortigen Ausführungen hingewiesen.⁹¹²

b) Differenzierung nach der Art des Wissens

Eine immanente Grenze der Wissenszurechnung ist im Bereich der Entscheidungsfindung aber von besonderer Bedeutung: die Unterscheidung zwischen explizitem und implizitem Wissen. Wie herausgearbeitet wurde, kann die fehlende menschliche Kenntnisnahme einer Information, die eine unmittelbar bei autonomen Systemen ansetzende Wissenszurechnung erforderlich macht, auf zwei sehr unterschiedlichen Gründen beruhen: (1) Nimmt der beteiligte Mensch die Information nicht zur Kenntnis, obwohl diese ersichtlich ist, liegt in der Sache ein Mangel der – wenn auch nunmehr digitalen – Wissensorganisation vor. Die Frage der Wissenszurechnung bei autonomen Systemen betrifft in diesem Fall also nach wie vor die Zuweisung des auch bisher für arbeitsteilige Organisationen typischen Wissensaufspaltungsrisikos. Die diesbezügliche Problematik begegnet uns hier nur in neuem Gewand. (2) Grundsätzlich anders stellt sich hingegen die Situation dar, in der die beteiligte Person die Information nicht zur Kenntnis nimmt, weil diese nicht ersichtlich ist. Zwar geht es auch hier zunächst um ein Wissensaufspaltungsrisiko. Eine im autonomen System vorhandene Information wird nicht an den für die Organisation Handelnden weitergeleitet. Zu diesem Risiko tritt aber mit dem – für autonome Systeme charakteristischen – Transparenzrisiko ein weiteres hinzu.

911 Hierzu schon 3. Teil, A., III., 2.

912 Vgl. zu den (nicht ergebnisrelevanten) Unterschieden im Hinblick auf Art. 22 DS-GVO 3. Teil, A., II., 3., c), ff), (3).

Denn die im System vorhandene Information kann – wenn überhaupt – nur mit den vorgestellten Methoden der Explainable AI sichtbar gemacht werden. Es liegt daher auf der Hand, dass die Zuweisung dieses Risikos eine differenzierte Lösung erfordert.

Die diesbezüglich vorzunehmende Unterscheidung betrifft die Zurechnungsebene.⁹¹³ In beiden Fällen, der Ersichtlichkeit wie auch der Nichtersichtlichkeit einer Information, liegt nämlich „Wissen“ des autonomen Systems vor. Zum Kenntnisstand des autonomen Systems gehört danach nämlich jede von diesem *verarbeitete* Information.⁹¹⁴ Dies ist aber sowohl bei den ersichtlichen als auch bei den nicht ersichtlichen Informationen der Fall. Somit ist es lediglich die jeweilige Art der Encodierung der Information im System sowie deren damit verbundene Ersichtlichkeit für den menschlichen Betrachter, die die beiden Fälle wertungsmäßig unterscheidet. Der richtige Ort für eine entsprechende Differenzierung ist daher die Zurechnungsebene.⁹¹⁵ Auf dieser wird seit jeher über die Zurechnung des in der Sphäre der Organisation vorhandenen Wissens und damit die Verteilung der entsprechenden Risiken entschieden. Hierbei kommt den bereits hinreichend herausgearbeiteten Rechtsprinzipien als Zurechnungsgründen maßgebliche Bedeutung zu.

Obwohl die Unterscheidung der beiden Konstellationen dogmatisch die Zurechnungsebene betrifft, liegt terminologisch aufgrund des ausschlaggebenden Kriteriums der Ersichtlichkeit der Information eine Differenzierung zwischen explizitem und implizitem Wissen nahe.⁹¹⁶ Da im Rahmen der Untersuchung bereits mehrfach die Notwendigkeit einer einheitlichen Begriffsbildung betont wurde, sollen sich diese Begrifflichkeiten im Ausgangspunkt an der ihnen auch von *Hacker* beigelegten Bedeutung orientieren. Danach versteht man unter *explizitem Wissen* den Output des autonomen Systems sowie diejenigen Informationen, die unmittelbar aus dem

913 Zu Unterscheidung und Interdependenzen von Wissens- und Zurechnungsebene bereits *Buck*, Wissen, 2001, S. 24–30; hierzu auch bereits 1. Teil, D.

914 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (1), (c).

915 Hierzu auch bereits BGHZ 109, 327 (331) (1989).

916 Zu dieser terminologischen Differenzierung im Kontext der Wissenszurechnung bei autonomen Systemen erstmals *Hacker*, RW 2018, 243 (245, 270–283, v.a. 271f.). Die Begrifflichkeiten sind dem wirtschaftswissenschaftlichen Wissensmanagement entlehnt, vgl. hierzu bereits 1. Teil, D., II., 2. Auch innerhalb der technologischen Diskussion der Blackbox-Problematik findet sich die Begriffsorientierung gelegentlich, vgl. etwa *Bathae*, Harvard Journal of Law & Technology 31 (2018), 889 (902); *Jordan/Mitchell*, Science 349 (2015), 255 (255f.).

System ersichtlich sind.⁹¹⁷ *Implizites Wissen* bezeichnet dagegen diejenigen Informationen, die zwar vom System verarbeitet wurden und auf denen damit auch der Output beruht, die aber für den beteiligten Menschen nicht direkt aus dem System ersichtlich sind, sondern – allenfalls – mithilfe der gerade aufgezeigten *post-hoc*-Verfahren eruiert werden können.⁹¹⁸ Der Übergang dieser beiden Arten des Wissens ist wie aufgezeigt von System zu System verschieden und damit letztlich fließend.⁹¹⁹ Er hängt von der technischen Konstruktion des Systems und hier insbesondere von der Nachvollziehbarkeit der diesem zugrunde liegenden Algorithmen sowie der Implementierung etwaiger *post-hoc*-Verfahren ab. Enthält das System nämlich transparente Algorithmen, so sind mehr Informationen für den beteiligten Menschen ersichtlich. Der Anteil des expliziten Wissens ist somit höher. Werden im System enthaltene, an sich aufgrund der Komplexität der Algorithmen nicht ersichtliche Informationen mittels bereits integrierter *post-hoc*-Methoden sichtbar gemacht, ist der Anteil des expliziten Wissens ebenfalls höher. Es handelt sich bei diesen Informationen dann nämlich von vornherein um für den beteiligten Menschen ersichtliches und damit um explizites Wissen. Zudem wird der Anteil des expliziten Wissens wohl auch mit dem technischen Fortschritt im Bereich der Explainable AI zunehmen. Je leistungsfähiger die dort entwickelten Methoden sind, desto mehr Informationen des Entscheidungsprozesses dürften für den Menschen sichtbar werden. Der technische Fortschritt bringt so auch weitreichende Implikationen für die Zurechnung des in autonomen Systemen enthaltenen Wissens mit sich.

aa) Explizites Wissen

Explizites Wissen des autonomen Systems ist der juristischen Person stets zuzurechnen.⁹²⁰ Dieses wird entweder vom in der Entscheidungsfindung eingesetzten System an den beteiligten Menschen weitergeleitet oder ist für diesen jedenfalls abrufbar. Damit ist das von der juristischen Person geschaffene Wissensaufspaltungsrisiko für diese abstrakt beherrschbar. Das explizite Wissen des autonomen Systems ist für die Menschen der arbeits-

917 Hacker, RW 2018, 243 (271).

918 Ähnlich Hacker, RW 2018, 243 (271f.).

919 Hacker, RW 2018, 243 (271). Die genaue Zuordnung der jeweiligen Information ist daher eine Frage des Einzelfalls.

920 So auch Hacker, RW 2018, 243 (272–276).

teiligen Organisation ersichtlich und somit das Pendant autonomer Systeme zum vom Menschen typischerweise aktenmäßig festgehaltenen Wissen.⁹²¹ Als solches wird es – auch für den als Akteur nach wie vor im Mittelpunkt stehenden Menschen – zum wahrnehmbaren Bestandteil der digitalen Wissensorganisation.

Zum expliziten Wissen zählen –wie soeben definiert – der Output des autonomen Systems sowie diejenigen Informationen, die unmittelbar aus dem System ersichtlich sind. Der Output des Systems ist daher stets explizites Wissen. Hinsichtlich des Inputs ist zu differenzieren. Wird dieser vom Menschen zugeleitet, nimmt dieser ohnehin häufig davon Kenntnis,⁹²² so dass es einer Wissenszurechnung beim autonomen System erst gar nicht bedarf. Nimmt der Mensch vom zugeleiteten Input dagegen keine Kenntnis oder beschafft sich das System diesen selbst – wie etwa im einführenden Beispiel –, ist es vom jeweiligen Einzelfall abhängig, ob dieser für den Menschen ersichtlich ist. Häufig wird dies aber aufgrund der eigenständigen (expliziten) Speicherung der hierin enthaltenen Informationen durch das System zu bejahen sein. Ob die „Zwischeninformationen“ des Entscheidungsprozesses schließlich zum expliziten Wissen gehören, hängt – wie gezeigt – von der Art des jeweiligen Systems ab.

bb) Implizites Wissen

Ungleich schwieriger ist die Frage der Zurechnung des impliziten Wissens als der für den Menschen nicht ersichtlichen, allenfalls mittels bestimmter Verfahren zu ermittelnden Informationen zu beantworten. Dieses wird vom autonomen System nämlich gerade nicht „aktenmäßig“ festgehalten. Es erscheint daher – aus menschlicher Perspektive – nicht als Bestandteil der gesellschaftsinternen Kommunikation und damit der Wissensorganisation. Andererseits fließt auch das implizite Wissen als – mitunter erheblicher – Entscheidungsparameter in die Entscheidungsempfehlung des Systems ein, auf deren Grundlage der beteiligte Mensch schließlich handelt. Die Entscheidung über die Zurechnung des impliziten Wissens des autonomen Systems gestaltet sich somit höchst problematisch. Je nach Blickwinkel auf das innerorganisationale Geschehen im Mensch-Maschine-Verbund liegt dabei eine andere Lösung nahe. Die Untersuchung kann daher auch an dieser Stelle mit sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen befrucht-

921 Ähnlich *Hacker*, RW 2018, 243 (273).

922 Vgl. schon 3. Teil, A., III., 2., b).

tet werden, um die Problematik dann einer autonomen rechtlichen Lösung zuzuführen.

(1) Ablehnung einer Zurechnung

Es wurde bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass es im Bereich der Entscheidungsfindung – wie auch im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung – trotz der Informationsverarbeitung autonomer Systeme letztlich der Mensch ist, der die rechtlich relevante Handlung vornimmt oder unterlässt.⁹²³ Gerade auf diese Handlungssituation nehmen die Wissensnormen in der Regel Bezug.⁹²⁴ Wissen wird hier also regelmäßig in Verbindung mit einem Handeln (oder Unterlassen) relevant. Die Rechtfertigung der nachteiligen Rechtsfolgen der Wissensnormen liegt daher in einem „Handeln trotz Wissens“.⁹²⁵ Die Wissenszurechnung gleicht dabei im Fall arbeitsteiliger Organisationen lediglich den Umstand aus, dass das rechtlich relevante Wissen nicht beim konkret Handelnden vorhanden ist. Die Begründung hierfür sieht die Wissensorganisationspflicht im Topos der ordnungsgemäßen Organisation der Kommunikation.⁹²⁶ Solange also letztlich ein Mensch handelt, dem diese Kommunikation damit dienen soll, hat die Wissensorganisation anthropozentrisch zu erfolgen. Da für den Menschen das implizite Wissen nicht verständlich und somit nicht kommunizierbar ist, ist eine Ablehnung von dessen Zurechnung naheliegend. Dies folgt bereits aus dem althergebrachten Rechtsgrundsatz *impossibile nulla est obligatio*⁹²⁷, der in § 275 Abs. 1 BGB Anerkennung gefunden hat und damit auch für die Wissensorganisationspflicht gilt.⁹²⁸ Dieser Befund wird jedoch dadurch infrage gestellt, dass das implizite Wissen mithilfe der vorgestellten *post-hoc*-Methoden jedenfalls teilweise kommunizierbar gemacht werden kann.⁹²⁹ Zudem würde die Ablehnung einer Zurechnung das Transparenzrisiko autonomer Systeme im Endeffekt dem Vertragspartner der juristischen Person auferlegen. Dies

923 Etwa 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (1), (c) oder 3. Teil, A., III., 2.

924 So schon *Schilken*, Wissenszurechnung, 1983, S. 5f.; ferner *Baum*, Wissenszurechnung, 1999, S. 32–34.

925 Hierzu bereits 2. Teil, C., III.

926 BGHZ 132, 30 (37) (1996).

927 Dig. 50, 17, 185.

928 Zur Anwendbarkeit von für Pflichten aufgestellten Rechtsgrundsätzen auf Obliegenheiten *R. Schmidt*, Obliegenheiten, 1953, S. 264–275, 320.

929 Hierzu auch *Hacker*, RW 2018, 243 (277).

könnte unerwünschte Anreize für die Entscheidung über den Einsatz autonomer Systeme setzen.⁹³⁰

(2) Strikte Zurechnung

Eine strikte Zurechnung auch impliziten Wissens hätte daher den Charme, das mit autonomen Systemen verbundene Transparenzrisiko zu internalisieren.⁹³¹ Die Begründung einer solchen Zurechnung könnte sich immerhin darauf stützen, dass Mensch und System im Bereich der Entscheidungsfindung stets im Verbund die Entscheidung treffen, die der Mensch dann vollzieht. Eine rein anthropozentrische, auf das Handeln des Menschen beschränkte Sichtweise läuft daher Gefahr, dieser Realität nicht gerecht zu werden. Hält sich der Mensch an die Entscheidungsempfehlung des Systems, beruht sein Handeln letztlich doch (auch) auf dessen implizitem Wissen. Entspricht es den tatsächlichen Gegebenheiten daher nicht eher, Mensch und System im Sinne eines Hybriden als Mensch-Maschine-Verbund zu begreifen? Eine solche Perspektive wurde jedenfalls bereits diskutiert.⁹³² Deren Befürwortern zufolge führten die im elektronischen Geschäftsverkehr beobachtbaren – zunehmend verschlungenen – Verbindungen sinnhafter und technischer Kommunikation nämlich zu völlig neuen Wirkungsketten, deren Akteure soziotechnische Ensembles von Menschen und Dingen seien.⁹³³ Die informationstechnischen Akteure seien folglich keine isolierten (menschlichen) Einzelwesen, sondern Assoziationen von Menschen und Nicht-Menschen.⁹³⁴

930 Kritisch *Hacker*, RW 2018, 243 (278). Es wird jedoch noch zu zeigen sein, dass dies nicht der Fall ist.

931 Zu den positiven ökonomischen Auswirkungen einer Internalisierung von Risiken *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 9. Aufl. 2014, S. 218 sowie im hiesigen Kontext bereits 3. Teil, A., II., 3., c), ee), (3).

932 Grundlegend *Gruber* in Beck (Hrsg.), *Jenseits von Mensch und Maschine*, 2012, 133 (147–154); *ders.* in Hilgendorf/Günther (Hrsg.), *Robotik und Gesetzgebung*, 2013, 123 (141–150); *ders.* in Gruber/Bung/Ziemann (Hrsg.), *Autonome Automaten*, 2. Aufl. 2015, 191 (195–197); ferner *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (196–201); im öffentlichen Recht *Ingold*, *Der Staat* 53 (2014), 193 (220–222); *Kersten*, JZ 2015, 1 (4–6).

933 *Gruber* in Gruber/Bung/Ziemann (Hrsg.), *Autonome Automaten*, 2. Aufl. 2015, 191 (195); *ders.* in Beck (Hrsg.), *Jenseits von Mensch und Maschine*, 2012, 133 (140).

934 *Gruber* in Hilgendorf/Günther (Hrsg.), *Robotik und Gesetzgebung*, 2013, 123 (157).

Für diesen Perspektivwechsel werden die soziologischen Erkenntnisse der *Akteur-Netzwerk-Theorie*⁹³⁵ von *Latour* fruchtbar gemacht, die die Mensch-Maschinen-Interaktion als Kollektivphänomen eigener Art realisiert.⁹³⁶ *Latour* sieht das zentrale Charakteristikum menschlicher Gesellschaften dabei darin, dass deren Interaktionen und Handlungssituationen unter Rückgriff auf nichtmenschliche Materialien stabilisiert werden.⁹³⁷ Daher baut er den Handlungsbegriff unter Abspaltung seiner intentionalistischen Bestandteile in Richtung eines konsequentialistischen Handlungsmodells um, sodass er die Bedeutung nichtmenschlicher Entitäten in diesen integrieren kann.⁹³⁸ Danach ist jedes Ding ein Akteur, das eine gegebene Situation verändert, indem es einen Unterschied macht.⁹³⁹ Als Handlungsträger können gemäß dieser Definition alle Entitäten gelten, von denen gezeigt werden kann, dass sie eine Kraft übertragen bzw. vermitteln. Dazu gehören potenziell auch nichtmenschliche Wesen, denn *Latour* geht davon aus, dass sie als widerständige Dinge zu betrachten sind, nicht als bloße dem menschlichen Willen unterstehende Objekte.⁹⁴⁰ Eine Handlung ist schließlich immer über mehrere Entitäten, Menschen und Nicht-Menschen, verteilt. Sie ist nicht der solitäre Akt eines Individuums, sondern das Produkt einer Assemblage von Handlungsbeiträgen.⁹⁴¹ Handeln ist danach ein Knoten, eine Schlinge, ein Konglomerat aus vielen Handlungsbeiträgen.⁹⁴² Akteure handeln nicht ausgehend von ihrer jeweiligen Position im Netz, sondern Akteure sind Netzwerke (Akteur-Netzwerke), da sie immer im Verbund mit anderen Akteuren agieren.⁹⁴³ Dies entspricht einem Konzept der verteilten Handlungsmacht.⁹⁴⁴ Handlungsakte verschwinden zugunsten von Handlungsketten. Eine Handlung ist dislo-

935 Grundlegend *Callon/Latour* in Knorr-Cetina/Cicourel (Hrsg.), *Advances in social theory and methodology*, 1981, 277.

936 So *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (196).

937 *Latour*, *Berliner Journal für Soziologie* 11 (2001), 237 (237–239); *ders.*, *Eine neue Soziologie*, 2007, S. 340–343.

938 Hierzu analysierend *Gertenbach/Laux*, *Latour*, 2019, S. 122–124.

939 *Latour*, *Eine neue Soziologie*, 2007, S. 123.

940 *Latour*, *Das Parlament der Dinge*, 2010, S. 104–116; *ders.*, *Eine neue Soziologie*, 2007, S. 123f.

941 *Latour* in *Belliger/Krieger* (Hrsg.), *ANThology*, 2006, 483 (485–489); hierzu *Gertenbach/Laux*, *Latour*, 2019, S. 125.

942 *Latour*, *Eine neue Soziologie*, 2007, S. 77.

943 *Latour*, *Eine neue Soziologie*, 2007, S. 124, 375. Nach *Latour*, *Das Parlament der Dinge*, 2010, S. 103 sind Netzwerke daher „Assoziationen von Menschen und nicht-menschlichen Wesen“.

944 So *Gertenbach/Laux*, *Latour*, 2019, S. 126.

kal und verschoben, sie verteilt sich auf verschiedene Akteure, Zeiten und Orte.⁹⁴⁵

Überträgt man diese Erkenntnisse auf Mensch und autonomes System, so entsteht aus diesen ein Ressourcenpool, der die beschränkten Handlungskapazitäten autonomer Systeme mit den kommunikativen Fertigkeiten realer Menschen kombiniert.⁹⁴⁶ Danach sind es nicht mehr alleine Menschen als individuelle Wesen, die handeln, sondern Mensch-Maschine-Assoziationen als Hybriden aus Mensch und autonomem System.⁹⁴⁷ *Teubner* hält diese Hybriden gar für mit körperschaftlichen Akteuren vergleichbar.⁹⁴⁸ Eine solche kollektivrechtliche Sicht sei im Gegensatz zur Individualzurechnung in der Lage, das emergente Phänomen des Mensch-Maschine-Verbundes auch rechtlich einzufangen. Sie berücksichtige zum einen die Emergenz in den Innenbeziehungen, die jenseits der Existenz der Binnenakteure die überpersonale Einheit ihres Verbundes erzeuge. Zum anderen werde sie aber auch der Emergenz in den Außenbeziehungen gerecht, da der Mensch-Maschine-Verbund als eigenständiges Handlungssystem und nicht die daran beteiligten Menschen und Systeme mit Dritten in kommunikative Beziehungen träten. Den hier auftretenden Risiken, die aufgrund der kaum noch auflösbaren Verflechtungen von Mensch und System entstehen, lasse sich besser begegnen, wenn man den Hybriden als solchen als gemeinsamen Zurechnungspunkt identifiziert.⁹⁴⁹

Für eine Wissenszurechnung bedeutet das, dass diese weder ausschließlich auf das System noch ausschließlich auf den Menschen stattfände, sondern stets auf den Verbund als solchen.⁹⁵⁰ Zwar geht *Teubner* dabei davon aus, diesem Verbund als kollektivrechtlichem Konstrukt Teilrechtsfähigkeit zu verleihen. Selbst wenn es aber bei einer individualrechtlichen Lösung verbleibe, werde die (Zurechnungs-)Einheit des Mensch-Maschine-

945 *Latour*, Eine neue Soziologie, 2007, S. 76–108; *ders.*, Die Hoffnung der Pandora, 2002, S. 344–348.

946 *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (197); ganz ähnlich bereits *ders.*, ZfRS 27 (2006), 5 (19f.). Zur *Akteur-Netzwerk-Theorie* im Kontext autonomer Technik *Fink*, Vertrauen in autonome Technik, 2014, S. 101–107.

947 *Gruber* in Hilgendorf/Günther (Hrsg.), Robotik und Gesetzgebung, 2013, 123 (141).

948 *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (197).

949 *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (198).

950 *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (199). Auch *Gruber* in Beck (Hrsg.), Jenseits von Mensch und Maschine, 2012, 133 (152) sieht mit der Mensch-Maschine-Assoziation den Weg für vielfältige Möglichkeiten geöffnet, Risiken objektiv nach abstrakten Risikoerwägungen zuzurechnen.

Verbundes als rechtlich bedeutende Hintergrundannahme wirksam.⁹⁵¹ In diesem Fall ließe sich seine Aussage durchaus in Richtung einer Zurechnung auch impliziten Wissens autonomer Systeme deuten. Bezogen auf den Mensch-Maschine-Verbund läge das von den Wissensnormen verlangte „Handeln trotz Wissens“ nämlich auch in diesem Fall vor. Auch das implizite Wissen des Systems fließt in die Handlungskette des Verbundes ein. Rechtlich ließe sich dieser Befund relativ leicht nachvollziehen. Die Frage der Zurechnung des impliziten Wissens unterliegt als Zurechnungsproblem ohnehin wertender Betrachtung. Gerade die Wissensorganisationspflicht stünde einem Abstellen auf den Mensch-Maschine-Verbund als Zurechnungseinheit grundsätzlich offen gegenüber. Diese hat ohnehin bereits – wenn auch nur argumentativ – den Individualbezug des Wissens aufgelöst und stattdessen die objektive Verfügbarkeit der Information in der Sphäre des Unternehmens in den Fokus gerückt. Danach erscheint aber auch die Zurechnung impliziten Wissens als wirkmächtigem Element innerhalb des Mensch-Maschine-Verbundes möglich.

Zu bedenken ist dabei, dass dies in der Sache eine sehr weitgehende Wissenszurechnung bedeutet. Die Wissensorganisationspflicht würde durch diesen Perspektivwechsel ausgeweitet. Zugerechnet würde hiermit auch Wissen, das der beteiligte Mensch *de facto* nicht versteht, sondern das nur – für diesen unbewusst – in die Handlungen des Mensch-Maschine-Verbundes einfließt. Um einer Wissenszurechnung zu entgehen, müssten die betreffenden Unternehmen daher flächendeckend *post-hoc*-Methoden einsetzen, die hohe Kosten verursachen, deren Erfolg aber (noch) ungewiss ist.⁹⁵² Dies reduziert die Effizienz des Einsatzes autonomer Systeme und kann so zum Innovationshindernis werden.⁹⁵³

(3) Differenzierte Lösung Hackers

Daher vertritt *Hacker* im Hinblick auf die Zurechnung impliziten Wissens eine differenzierte Auffassung.⁹⁵⁴ Danach sei eine Zurechnung impliziten Wissens nur dann vorzunehmen, wenn sich die Substitution expliziten

951 Teubner, AcP 218 (2018), 155 (200).

952 Hierzu *Selbst/Barocas*, Fordham Law Review 87 (2018), 1085 (1113).

953 Skeptisch auch *Hacker*, RW 2018, 243 (277f.). Zu diesen Folgen einer Blackbox-Regulierung auch *Bathae*, Harvard Journal of Law & Technology 31 (2018), 889 (893f., 896).

954 *Hacker*, RW 2018, 243 (279–282).

Wissens durch implizites Wissen als bewusstes Sich-Verschließen des *beteiligten Menschen* bzw. der *Organisation* als Verwenderin des autonomen Systems darstellt. Dies würde seiner Ansicht nach der Wissensorganisationspflicht eine weitere Dimension hinzufügen: diejenige der Gewinnung expliziten Wissens.⁹⁵⁵

Dabei kommen für ihn zwei Fallgruppen in Betracht. Erstens die „Flucht in implizites Wissen“. Von einer solchen könne dann gesprochen werden, wenn bereits vor dem Einsatz des autonomen Systems ein Verdacht hinsichtlich der rechtlich relevanten Information bestand, sich diese etwa aus dem Input ableiten lasse, und dennoch anstatt einer (menschlichen) Sachverhaltsaufklärung ein nicht interpretierbares System eingesetzt wurde. Zweitens seien hierunter Fälle zu fassen, in denen der Output des Systems Verdacht erregen müsste. Denn auch wenn das eingesetzte autonome System komplex und damit opak sei, sei der Abgleich von Input und Output mittels *post-hoc*-Methoden verhältnismäßig einfach zu bewerkstelligen und könne routinemäßig in den Einsatz der Systeme integriert werden.⁹⁵⁶

Seine Lösung begründet *Hacker* mit drei Argumenten: Zum einen könne sich eine Zurechnung von Wissen, das sich aufdrängte, im konkreten Fall aber nicht explizit erschlossen wurde, mit dem Sich-Verschließen an eine dogmatisch konsentrierte Figur anlehnen.⁹⁵⁷ Außerdem entspreche eine Zurechnung des impliziten Wissens in diesen Fällen der Korrelation von Vor- und Nachteil. Eine Ablehnung der Zurechnung ermögliche der Organisation nämlich eine Internalisierung der Vorteile des Einsatzes autonomer Systeme bei Externalisierung seiner Nachteile. Auf diese Weise würden Anreize zum Einsatz der Systeme geschaffen, um Wissen zum Vorteil der arbeitsteiligen Organisation zu erschließen, ohne dafür gerade zu stehen. In der Folge käme es zu einer gesamtgesellschaftlich nicht wünschenswerten Unterproduktion sozial nützlichen expliziten Wissens.⁹⁵⁸ Zuletzt fordere auch die Gleichstellung des Einsatzes von autonomen Systemen und Menschen eine Zurechnung des impliziten Wissens in diesen Fällen. Menschen könnten typischerweise gerade nicht einzelne Informationen einer Informationssammlung gezielt vergessen oder gezielt im unbewussten statt im bewussten Gedächtnis ablegen. Genau diese Möglichkeit würde die strikte Nichtzurechnung von implizitem Wissen autono-

955 *Hacker*, RW 2018, 243 (279).

956 *Hacker*, RW 2018, 243 (279).

957 *Hacker*, RW 2018, 243 (280).

958 *Hacker*, RW 2018, 243 (280f.).

mer Systeme jedoch ermöglichen. Damit hätten diejenigen Unternehmen, die statt auf explizites Mitarbeiterwissen auf implizites Systemwissen setzen, geringere Schadenskosten und könnten zu verzerrt niedrigen Preisen anbieten, was wiederum alloкатive Ineffizienz impliziert.⁹⁵⁹

(4) Stellungnahme

(a) Kritik an der Lösung Hackers

Die von *Hacker* gebildeten Fallgruppen haben ein zentrales Problem: Obwohl dieser (ebenfalls) davon ausgeht, dass im Fall von implizitem Wissen an das autonome System als Zurechnungssubjekt angeknüpft werden muss,⁹⁶⁰ setzt seine Lösung nicht unmittelbar beim impliziten Wissen des Systems, sondern bei den Anhaltspunkten in Input und Output für den beteiligten Menschen an. Sie läuft daher auf eine bereits bisher mögliche Wissenszurechnung mit Menschen als Zurechnungssubjekten hinaus. Einer Zurechnung des Wissens autonomer Systeme bedarf es danach gerade nicht. Die Zurechnung des impliziten Wissens autonomer Systeme ist aber keine Frage des Wissens von *Menschen*, sondern eine Frage der Zurechnung. *Hackers* Lösung vermengt daher nicht nur die potenziellen Zurechnungssubjekte Mensch und autonomes System, sondern auch Wissens- und Zurechnungsebene.

Sie leidet darüber hinaus auch an unzutreffenden tatsächlichen sowie rechtlichen Annahmen. Zunächst scheint *Hacker* davon auszugehen, dass der Mensch den Umfang impliziten Wissens beim Einsatz autonomer Systeme beliebig steuern kann. Wie bereits erläutert, ist aufgrund der Komplexität der Systeme aber eher das Gegenteil der Fall.⁹⁶¹ Zudem hat ohnehin nicht die Organisation im Einzelfall, sondern allenfalls der Hersteller abstrakt-generell Einfluss auf den Anteil impliziten Wissens. Außerdem befürchtet *Hacker* Anreize zu einer Unterproduktion expliziten Wissens. Dass dem nicht der Fall ist, wird sogleich noch erläutert.⁹⁶² Die von *Hacker* bemühte dogmatische Figur des Sich-Verschließens eignet sich schließlich in den von ihm gebildeten Fallgruppen in aller Regel nicht zur Begründung von Wissen des beteiligten Menschen. Wie bereits herausgearbeitet wurde,

959 *Hacker*, RW 2018, 243 (281f.).

960 *Hacker*, RW 2018, 243 (273).

961 3. Teil, A., III., 2., b), bb).

962 3. Teil, A., III., 3., b), bb), (4), (b).

ist umstritten, ob diese Figur überhaupt im Hinblick auf Tatsachenkenntnis herangezogen werden kann.⁹⁶³ Selbst dann setzt sie aber voraus, dass sich der Betroffene einer sich ihm ohne Weiteres anbietenden, gleichsam auf der Hand liegenden Erkenntnismöglichkeit, die weder besondere Kosten noch nennenswerte Mühen verursacht, – geradezu absichtlich – verschließt.⁹⁶⁴ Diese Voraussetzungen dürften in den von *Hacker* gebildeten Fallgruppen aber nur in Extremfällen vorliegen. Ein bloßer Verdacht reicht hierfür nämlich gerade nicht aus. Auch kann man die Anwendung von *post-hoc*-Verfahren – im Gegensatz zur Ansicht *Hackers*⁹⁶⁵ – nicht als Erkenntnismöglichkeit bezeichnen, die weder besondere Kosten noch nennenswerte Mühen verursacht. Diese wird nicht grundlos als zur verpflichtenden Anwendung noch nicht reif erachtet.⁹⁶⁶ In den allermeisten Fällen dürfte sich daher – wenn überhaupt – nur fahrlässige Unkenntnis des beteiligten Menschen begründen lassen.⁹⁶⁷ In Extremfällen ermöglichen die §§ 162, 242 BGB – unabhängig von der Figur des Sich-Verschließens – eine flexible Rechtsanwendung im Einzelfall.⁹⁶⁸ Es handelt sich dann aber um eine Wissenszurechnung mit Menschen als Zurechnungssubjekten.

(b) Ablehnung einer Zurechnung

Die unmittelbare Zurechnung des impliziten Wissens *autonomer Systeme* ist dagegen abzulehnen. Zwar erscheint diese ungeachtet der fehlenden menschlichen Nachvollziehbarkeit impliziten Wissens bei einem Perspektivwechsel auf den Mensch-Maschine-Verbund als Kollektivakteur durchaus möglich. Die Voraussetzungen für einen solchen Perspektivwechsel liegen im Bereich der Entscheidungsfindung aber (noch?) nicht vor. *Gruber* selbst, der sich am intensivsten mit der Thematik des Mensch-Maschine-Verbundes beschäftigt hat, hält diese rechtliche Sichtweise nur dann für

963 3. Teil, A., II., 2., b), cc). Jedenfalls eine gewisse Tatsachenkenntnis als Anknüpfungspunkt dürfte stets erforderlich sein. Diese wird man aber nur annehmen können, wenn der vorhandene Informationszusammenhang eine hinreichende Nähe zum gesetzlich geforderten Informationszusammenhang aufweist.

964 BGH NJW 1985, 2022 (2023); zu weiteren Nachweisen s. Fn. 315 sowie Fn. 325.

965 *Hacker*, RW 2018, 243 (279).

966 Hierzu 3. Teil, A., III., 2., b), bb).

967 Hier spielen dann vor allem der jeweilige Verdachtsgrad sowie das Kosten-Nutzen-Verhältnis der weiteren Informationssuche eine wichtige Rolle, vgl. allgemein 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (2), (a).

968 S. hierzu etwa bereits BGH NJW 1977, 581 (582).

angebracht, wenn keine individuellen Handlungsverantwortlichkeiten mehr auf plausible Weise zugeschrieben werden können und nur noch untrennbare menschlich-technische Verantwortungssphären erkennbar sind.⁹⁶⁹ Dies dürfte jedenfalls dann der Fall sein, wenn Menschen die Folgen ihres Handelns nicht mehr willentlich kontrollieren können.⁹⁷⁰ Insofern fokussiert sich *Gruber* auf Fälle, in denen der Mensch seinen Aktions- und Wirkungsradius mittels Technik – sei es ein WLAN-Router oder ein Willenserklärungen abgebender Softwareagent – erweitert, die dann letztlich nach außen agiert.⁹⁷¹ Im Bereich der Entscheidungsfindung ist dies aber gerade umgekehrt. Die Handlungskette beginnt hier mit der Empfehlung des autonomen Systems, auf deren Grundlage dann der beteiligte Mensch agiert. Die geforderten Voraussetzungen für ein Abstellen auf die Mensch-Maschine-Assoziation als hybriden Akteur lägen hier daher nur dann vor, wenn das Handeln des Menschen durch die Entscheidung(sempfehlung) des autonomen Systems *vollständig* determiniert wäre. Dies ist aber nicht der Fall. Vielmehr trifft der Mensch eine eigene abschließende Entscheidung und weicht mit dieser mitunter bewusst von der Empfehlung des Systems ab. Ihm kann daher ohne Weiteres noch eine individuelle Handlungsverantwortlichkeit zugewiesen werden. Noch deutlicher ist dies im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung aufgrund des dort nur entscheidungsvorbereitenden Charakters der Tätigkeit autonomer Systeme. Diesem Zusammenwirken von Mensch und autonomem System wird die Annahme eines „Handelns trotz Wissens“ – bezogen auf den Mensch-Maschine-Verbund – daher nicht gerecht. Eine

969 *Gruber* in Beck (Hrsg.), *Jenseits von Mensch und Maschine*, 2012, 133 (151); *ders.* in *Gruber/Bung/Ziemann* (Hrsg.), *Autonome Automaten*, 2. Aufl. 2015, 191 (197). *Teubner*, *AcP* 218 (2018), 155 (201) spricht insoweit von „dichte[m] Interaktionszusammenhang“. Diese Einschränkung der Heranziehung des Mensch-Maschine-Verbundes lässt sich ebenfalls auf Erkenntnisse der *Akteur-Netzwerk-Theorie* zurückführen, nach der Netzwerke zu ihrer Entstehung ein gewisses Maß an Konvergenz und Irreversibilität als Ergebnis einer wechselseitigen Ausrichtung der beteiligten Akteure bedürfen, vgl. *Schulz-Schaeffer* in *Weyer* (Hrsg.), *Soziale Netzwerke*, 3. Aufl. 2014, 267 (277–280). Dabei meint Konvergenz, dass sich die Akteure wechselseitig so verhalten, wie sie es voneinander erwarten; Irreversibilität das Maß, in dem diese in ein Bündel wechselseitiger Beziehungen eingeschrieben sind.

970 *Gruber* in *Hilgendorf/Günther* (Hrsg.), *Robotik und Gesetzgebung*, 2013, 123 (142f.).

971 *Gruber* in *Hilgendorf/Günther* (Hrsg.), *Robotik und Gesetzgebung*, 2013, 123 (140f., 150); *ders.* in *Beck* (Hrsg.), *Jenseits von Mensch und Maschine*, 2012, 133 (152f.).

strikte Zurechnung des in autonomen Systemen vorhandenen impliziten Wissens über den Mensch-Maschine-Verbund als Zurechnungseinheit kann daher unter diesen Umständen nicht gerechtfertigt werden.

Vielmehr sprechen die der Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht – auch bei autonomen Systemen – zugrunde liegenden Rechtsprinzipien sowie folgenorientierte Erwägungen gegen eine Zurechnung des impliziten Wissens.

So legt bereits das Gleichstellungsargument in seiner Ausprägung der Gleichstellung von Sachverhalten menschlicher und systemischer Informationsverarbeitung die Ablehnung der Zurechnung impliziten Wissens nahe. Auch bei Menschen wird ganz selbstverständlich nur die Weiterleitung expliziten als artikulierbaren Wissens erwartet. Auch dort gilt also implizites Wissen für die Zwecke der Wissenszurechnung als nicht vorhanden.⁹⁷²

Vor allem aber spricht das für die Entwicklung der Wissensorganisationspflicht zentrale Dokumentationsargument⁹⁷³ gegen die Zurechnung impliziten Wissens. Dieses besagt, dass bestimmtes Wissen von Hilfspersonen innerhalb der arbeitsteiligen Organisation typischerweise aktenmäßig festgehalten wird. Dahinter steckt letztlich das für die mit der Wissenszurechnung vorzunehmenden Risikoverteilung wegweisende Prinzip der Risikobeherrschung. Erst die für andere Hilfspersonen der Organisation erkennbare Speicherung einer rechtlich relevanten Information ermöglicht nämlich deren späteren Abruf und macht das diesbezügliche Wissensaufspaltungsrisiko damit beherrschbar. Da die Wissensorganisation – wie herausgearbeitet – weiterhin individualistisch-anthropozentrisch zu erfolgen hat, ist hieran auch für das in autonomen Systemen enthaltene Wissen festzuhalten. Implizites Wissen entzieht sich daher mangels seiner Abrufbarkeit bzw. Verständlichkeit für den Menschen der Beherrschbarkeit durch die arbeitsteilige Organisation. Ein Mehr an Wissensorganisation verlangt auch der Schutz des Vertrauens des Gegenübers der Organisation nicht. Bereits bisher wurde in der Literatur zur Wissensorganisationspflicht darauf hingewiesen, dass das Vertrauen des Rechtsverkehrs auf eine *ordnungsgemäße*, nicht eine *optimale* Wissensorganisation gerichtet ist.⁹⁷⁴ Während der Vertragspartner daher die Weiterleitung expliziten Wissens – insbeson-

972 Dies erkennt an sich auch *Hacker*, RW 2018, 243 (277), der aber dann – wie erläutert – die Zurechnung impliziten Wissens doch u.a. mit dem Gleichstellungsargument legitimiert.

973 Hierzu BGHZ 109, 327 (332) (1989); NJW 1995, 2159 (2160); 1996, 1205 (1205f.) sowie bereits 2. Teil, C., I.

974 *Taupitz*, Sonderheft VersR, Karlsruher Forum 1994, 16 (27); *ders.*, FS Lorenz, 1994, 673 (684f.); so auch *Grunewald*, FS Beusch, 1993, 301 (304). Dagegen ist

dere etwa des von ihm stammenden Inputs – erwarten wird, dürfte dies für implizites Wissen weit seltener anzunehmen sein.

Auch die Korrelation von Vor- und Nachteil steht dieser Argumentation nicht entgegen. Während diese für eine Zurechnung *expliziten* Wissens zur Internalisierung der mit dem Einsatz autonomer Systeme verbundenen Risiken streitet, ist dies im Fall des *impliziten* Wissens nicht so eindeutig.⁹⁷⁵ Zwar kann auch dieses – jedenfalls auf versteckte Weise – für die Organisation von Vorteil sein; allerdings nur, wenn der an der Entscheidungsfindung beteiligte Mensch quasi „blind“ auf die Empfehlung des Systems vertraut. Andernfalls fließt das implizite Wissen mangels Ersichtlichkeit überhaupt nicht in die Entscheidung des handelnden Menschen und die damit für die Organisation verbundenen Vorteile ein.

Anders als *Hacker* meint, sprechen die Rechtsprinzipien der Wissensorganisationspflicht also nur für eine Zurechnung *expliziten*, aber gerade nicht *impliziten* Wissens. Die Zurechnung impliziten Wissens verlässt vielmehr den von den allgemeinen Rechtsprinzipien abgesteckten gesetzlichen Plan der Wissensorganisationspflicht und etabliert eine von dieser nicht umfasste Informationsbeschaffungspflicht.⁹⁷⁶ Eine solche hat die Rechtsprechung aber – solange die Informationsbeschaffung nicht automatisiert und mühelos möglich ist – ausdrücklich abgelehnt.⁹⁷⁷ Hiermit verträgt sich nach derzeitigem Stand der Technik daher nur die Zurechnung expliziten Wissens autonomer Systeme.

Die Ablehnung der Zurechnung impliziten Wissens führt auch nicht zu ökonomisch unerwünschten Folgen. Im Gegenteil: Mit der Zurechnung impliziten Wissens würde man Unternehmen zur Vermeidung einer Wissenszurechnung faktisch zum flächendeckenden Einsatz von *post-hoc*-Methoden oder aber zum Verzicht auf opake Systeme zwingen. Denn die mit den noch nicht zum flächendeckenden Einsatz geeigneten *post-hoc*-Methoden verbundenen Kosten dürften beträchtlich sein.⁹⁷⁸ Sie sind daher für kleinere, innovative Unternehmen mit der Errichtung zusätzlicher Markteintrittsbarrieren verbunden und führen damit zu einer weiteren Konzentration der Marktmacht. Im Extremfall stehen die hohen Kosten der *post*-

Canaris, Sonderheft VersR, Karlsruher Forum 1994, 33 (34) für den Maßstab einer „idealen Organisation“. S. hierzu bereits 3. Teil, A., II., 3., b), bb), (1).

975 Hiervon geht aber – wie gesehen – *Hacker*, RW 2018, 243 (280f.) aus.

976 Dies erkennt auch *Hacker*, RW 2018, 243 (279), der diese daher der Wissensorganisationspflicht kurzerhand als zusätzliche Dimension hinzufügt.

977 BGH NJW 2010, 1806 (1807).

978 *Bathae*, Harvard Journal of Law & Technology 31 (2018), 889 (893); *Selbst/Barocas*, Fordham Law Review 87 (2018), 1085 (1113).

boc-Methoden gar einem Verbot bestimmter Algorithmen und damit autonomer Systeme gleich und werden so zum Innovationshindernis.⁹⁷⁹ Die Ablehnung der Zurechnung impliziten Wissens erweist sich daher als deutlich innovationsfreundlicher. Eine „Flucht in implizites Wissen“⁹⁸⁰ lässt sie dagegen nicht erwarten. In der fachwissenschaftlichen Diskussion der Explainable AI wird die Extraktion von Wissen aus der Blackbox autonomes System als Chance, nicht etwa als Haftungsrisiko oder rechtliche Bürde empfunden.⁹⁸¹ Dies dürfte aus Sicht der Unternehmen nicht viel anders sein. Das Verständnis der Systeme und damit einhergehende neue Erkenntnisse versprechen Innovation und Fortschritt und damit wertvolle Wettbewerbsvorteile. Warum also sollten Unternehmen freiwillig oder gar absichtlich auf Informationen als wichtigsten Rohstoff der digitalisierten Ökonomie verzichten? Vor allem aber ist die Öffnung der Blackbox autonomes System und damit die Transformation impliziten Wissens in explizites Wissen Grundvoraussetzung für die Bildung von Vertrauen der *Unternehmen* in die Systeme und damit für die Akzeptanz und Nutzung autonomer Systeme überhaupt.⁹⁸² Daher bestehen – unabhängig von der Zurechnung impliziten Wissens – eher Anreize zur Vergrößerung des momentanen Anteils des expliziten Wissens.

Die Ablehnung einer Zurechnung impliziten Wissens belastet schließlich auch den Vertragspartner der arbeitsteiligen Organisation nicht über Gebühr. Die Bejahung der Zurechnung wäre für diesen in prozessualer Hinsicht ohnehin ein Pyrrhussieg. Kaum einmal wird er das Vorhandensein einer implizit repräsentierten Information nämlich beweisen können. Oftmals wird es – wie bereits das einführende Beispiel zeigt – allein dem Zufall geschuldet sein, dass eine solche Information überhaupt zutage tritt. Auch dürften Beweiserleichterungen⁹⁸³ des Vertragspartners der Organisation hier weitaus schwieriger zu begründen sein. Auch der Organisation

979 *Bathae*, Harvard Journal of Law & Technology 31 (2018), 889 (896, 930f.).

980 So ja *Hacker*, vgl. 3. Teil, A., III., 3., b), bb), (3).

981 *Honegger*, Black Box, 2018, S. 3; *Lipton*, Communications of the ACM 61 (2018), No. 10, 36 (39f.); *Samek/Müller* in *Samek u.a.* (Hrsg.), Explainable AI, 2019, 5 (8f.); *Samek/Wiegand/Müller*, Explainable Artificial Intelligence, 2017, S. 2.

982 *Ananny/Crawford*, New Media & Society 20 (2018), 973 (977); *Honegger*, Black Box, 2018, S. 22; *Käde/v. Maltzan*, CR 2020, 66 (69); *Ribeiro/Singh/Guestrin*, Why Should I Trust You?, 2016, S. 1f.; *Samek/Müller* in *Samek u.a.* (Hrsg.), Explainable AI, 2019, 5 (8); *Samek/Wiegand/Müller*, Explainable Artificial Intelligence, 2017, S. 2. Dies geht sogar so weit, dass derzeit einfachere, verständlichere Modelle teilw. bevorzugt werden, vgl. *Seifert u.a.* in *Cerquitelli/Quercia/Pasquale* (Hrsg.), Transparent Data Mining for Big and Small Data, 2017, 123 (125).

983 Hierzu 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (1), (c).

selbst sind Angaben zu implizitem Wissen des von ihr eingesetzten autonomen Systems aus besagten Gründen nicht ohne Weiteres möglich. Außerdem wird sich die Problematik zukünftig weiter entschärfen, da sich der Anteil expliziten Wissens aus den soeben genannten Gründen vergrößern und damit auch zugunsten einer Wissenszurechnung (dann expliziten Wissens) verschieben wird.

4. Ergebnis des Einsatzbereichs

Abschließend sind die Ergebnisse der Untersuchung zum Einsatz autonomer Systeme im Bereich der Entscheidungsfindung zusammenzufassen. Unter Zugrundelegung dieser Ergebnisse ist dann das einführende Beispiel zu lösen.

a) Zusammenfassung

Im Bereich der Entscheidungsfindung treten autonomes System und Mensch stets im Verbund auf. Dabei teilt das System dem Menschen aufgrund des ihm zur Verfügung stehenden Inputs eine Entscheidungsempfehlung als Output mit. Diese berücksichtigt der Mensch als Grundlage seiner eigenen Entscheidung. Beschafft sich das System den Input (zumindest teilweise) selbst, besteht eine Überschneidung des Einsatzbereichs der Entscheidungsfindung mit dem Einsatzbereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung. Entsprechend gestaltet sich auch die Problematik der Wissenszurechnung in den beiden Bereichen ähnlich.

Da am Vorgang der Entscheidungsfindung stets ein Mensch beteiligt ist, kann grundsätzlich an diesen als Zurechnungssubjekt einer Wissenszurechnung angeknüpft werden. Bei dessen fehlender Kenntnisnahme der rechtlich relevanten Information bedarf es jedoch des autonomen Systems als Zurechnungssubjekt. Zur fehlenden menschlichen Kenntnisnahme einer Information kann es kommen, *obwohl* die Information für den Menschen *ersichtlich* ist oder gerade *weil* diese für ihn *nicht ersichtlich* ist. Während erstgenannter Fall lediglich der Wissensaufspaltung zwischen autonomem System und Mensch geschuldet ist, realisiert sich im letzteren (zusätzlich) das Transparenzrisiko autonomer Systeme. Deren Entscheidungsvorgang stellt sich für den Menschen häufig als Blackbox dar. Innerhalb des Entscheidungsvorgangs synthetisierte (Zwischen-)Informationen sind somit – trotz ihrer Entscheidungsrelevanz – für diesen nicht erkennbar.

Dies versucht die Forschung der Explainable AI zu ändern. Derzeit hat sich aber noch keine universal anwendbare, praktikable Lösung etabliert, sodass selbst bei Anwendung sogenannter *post-hoc*-Methoden Informationen häufig verborgen bleiben. Dies hat auch eine an autonome Systeme anknüpfende Wissenszurechnung zu berücksichtigen.

Da autonome Systeme auch im Bereich der Entscheidungsfindung letztlich nicht selbst am konkreten rechtlichen Geschehen beteiligt sind, kann für die Entwicklung einer bei diesen ansetzenden Wissenszurechnung im Ausgangspunkt wiederum die Wissensorganisationspflicht fruchtbar gemacht werden. Daher können die im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung herausgearbeiteten Ergebnisse auf die Wissenszurechnung bei autonomen Systemen im hiesigen Bereich übertragen werden.

Besondere Bedeutung kommt dabei aber der Unterscheidung zwischen explizitem und implizitem Wissen des autonomen Systems zu. Diese betrifft die Zurechnungsebene. Denn in beiden Fällen handelt es sich – auch rechtlich – um Wissen des autonomen Systems.

Explizites Wissen ist dabei als Pendant autonomer Systeme zum von Menschen typischerweise aktenmäßig festgehaltenen Wissen stets der juristischen Person zuzurechnen. Es ist aus Sicht des letztlich handelnden Menschen kommunizierbar und damit beherrschbarer Teil der Wissensorganisation.

Für implizites Wissen ist eine Zurechnung dagegen abzulehnen. Bei den von Hacker⁹⁸⁴ hierfür vorgeschlagenen Fallgruppen handelt es sich in der Sache um eine Wissenszurechnung bei Menschen, nicht bei autonomen Systemen. Eine solche ist aber bereits bislang möglich. Einer Anknüpfung an autonome Systeme als Zurechnungssubjekte bedarf es daher hierfür nicht. Das von ihm zum zentralen Kriterium erhobene Sich-Verschließen⁹⁸⁵ dürfte zudem nur in Extremfällen vorliegen. Es eignet sich daher kaum zur dogmatischen Begründung der von ihm angestrebten Lösung. Auch ein Abstellen auf den Mensch-Maschine-Verbund als hybride Zurechnungseinheit kann eine Zurechnung des impliziten Wissens nicht rechtfertigen. Die Prämissen einer solchen Perspektive treffen nicht zu. Der Mensch trifft hier immer noch eine eigene, klar vom Einfluss des Systems abgrenzbare Entscheidung. Vielmehr sprechen die der Wissensorganisationspflicht zugrunde liegenden Rechtsprinzipien gegen eine Zurechnung impliziten Wissens. Insbesondere ist dieses aufgrund seiner fehlen-

984 Hacker, RW 2018, 243 (279f.).

985 Hacker, RW 2018, 243 (279f.).

den menschlichen Abrufbarkeit für die autonome Systeme einsetzende Organisation nicht beherrschbar. Eine Zurechnung widerspräche daher grundlegend dem für die Wissenszurechnung so zentralen Prinzip der Risikobeherrschung. Ökonomisch nachteilige Folgen sind von einer Ablehnung der Zurechnung impliziten Wissens indes nicht zu erwarten. Im Gegenteil erweist sie sich als deutlich innovationsfreundlicher, ohne dabei die Innovationsverantwortung des Rechts aus den Augen zu verlieren. Das dem Vertragspartner der juristischen Person damit zugewiesene Risiko ist nämlich überschaubar. Es wird sich zudem weiter relativieren.

b) Lösung des einführenden Beispiels

Legt man die Ergebnisse dem einführenden Beispiel zugrunde, so ist es der V nicht nach § 444 Alt. 1 BGB verwehrt, sich auf den kaufvertraglichen Gewährleistungsausschluss zu berufen. Sie hat den Mangel der Wertlosigkeit der Forderung der K gegenüber nicht arglistig verschwiegen. Ihr ist nämlich weder ein diesbezügliches Wissen des Vorstandes noch des autonomen Systems zuzurechnen. Der Vorstand hatte von der Wertlosigkeit der Forderung keine positive Kenntnis. Die entsprechende Information war für ihn aus dem autonomen System nicht einmal ersichtlich. Im autonomen System war das entsprechende Wissen zwar enthalten. Die in diesem vorhandene Information entspricht dem gesetzlich geforderten Gegenstand der Kenntnis. Nach § 444 Alt. 1 BGB hat sich die für die Arglist erforderliche Kenntnis auf einen Mangel zu beziehen. Mangels vertraglicher Vereinbarungen ist eine Sache nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB mangelhaft, wenn sie sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet oder keine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Für letzteres genügt im Fall eines Unternehmens die Wertlosigkeit einer Forderung.⁹⁸⁶ Das autonome System hat anhand der von ihm verarbeiteten Informationen die Information über die Wertlosigkeit einer in der Bilanz der Z mit 5.000.000 € ausgewiesenen Forderung generiert. Diese Information stimmt mit dem gesetzlich verlangten Kenntnisstand als Informationszusammenhang überein.

Das diesbezügliche Wissen ist der V aber nach den hier entwickelten Grundsätzen der Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme nicht zuzurechnen. Es handelt sich dabei nämlich um implizites Wissen.

986 OLG Karlsruhe BB 2009, 673; hierzu bereits Fn. 869 m.w.N.

Die Information über die Wertlosigkeit der Forderung ist zwar über eine Vielzahl von Neuronen hinweg in den Zwischenschichten des neuronalen Netzes des Systems encodiert. Sie ist aber für den beteiligten Menschen, in diesem Fall für den Vorstand der V, nicht ersichtlich. Unter diesen Umständen ist eine Zurechnung abzulehnen.

IV. Einsatz im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung

1. Einführendes Beispiel: Warenbestellung durch autonomes System

Die *Kybernetik AG* (K) bietet als modernes Unternehmen der Industrie 4.0 ihren Kunden individualisierte, maßgefertigte Sensoren für deren jeweilige Anwendungen an. Sie fertigt diese in einem vollautomatischen Produktionsprozess, in dessen Rahmen eingehende Aufträge ohne menschliche Beteiligung verarbeitet werden. Hierzu sind die Maschinen der K sowohl untereinander als auch mit bestimmten Maschinen von Zulieferern über das Internet of Things (IoT) verbunden. Ein am Produktionsprozess der K beteiligtes autonomes System bestellt bei nahezu erschöpften Lagerbeständen proaktiv die jeweils benötigten Einzelteile bei den entsprechenden Zulieferern. Hierzu ist es mit deren ebenfalls autonomen Systemen über eine Schnittstelle verbunden und gewichtet für die Auswahl des konkreten Zulieferers und der konkret zu bestellenden Menge an Teilen mehrere Faktoren, etwa den Preis, die Qualität oder die Lieferzeit der Teile.

Die Produktionsanlage der K stellt nun bei der Verarbeitung der Zulieferteile zum Endprodukt einen Qualitätsmangel der zuletzt von der *Vendor GmbH* (V) bezogenen Teile fest. Dieser beruht auf der Minderwertigkeit des für die massenhaft produzierten Teile verwendeten Materials. Die Produktionsanlage leitet diese Information an das autonome System der K weiter. Dieses bestellt zum Zeitpunkt der Erschöpfung des Lagerbestandes der Teile dennoch beim autonomen System der V die gleichen Teile erneut.⁹⁸⁷ Bei deren Lieferung stellt sich heraus, dass die Teile wiederum mangelhaft sind.

Die K möchte daher gegenüber der V (im Hinblick auf die zweite Lieferung) kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche geltend machen. Sind diese nach § 442 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, da sich die K eine etwaige Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des von ihr eingesetzten autonomen Systems vom Mangel der Teile zurechnen lassen muss?

2. Problematik

Das einführende Beispiel veranschaulicht einen typischen Anwendungsfall der Industrie 4.0. Es illustriert zugleich den – für diese charakteristischen –

987 Eine solche Aktion dürfte in der Praxis wohl einem Softwarefehler des Systems geschuldet sein.

Einsatz autonomer Systeme im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung. Mithilfe der intelligenten und digital vernetzten Systeme (etwa produzierender cyberphysischer Systeme oder kontrahierender Softwareagenten), die hier nicht nur Informationen verarbeiten, sondern auch auf deren Grundlage handeln, soll die industrielle Produktion über bestehende Unternehmensgrenzen und Wertschöpfungsketten hinweg organisationsübergreifend verzahnt werden.⁹⁸⁸ Auf diese Weise hofft man, den Anforderungen der digitalisierten Ökonomie – insbesondere dem Innovationsdruck sowie den sich stetig wandelnden Kundenbedürfnissen⁹⁸⁹ – gerecht zu werden. Die Basis dieser Verzahnung ist die durch das Internet of Things ermöglichte *Machine-to-Machine-Kommunikation* (M2M-Kommunikation). Hiermit bezeichnet man den Informationsaustausch sowie die darauf beruhende Abstimmung zwischen zwei oder mehreren Systemen ohne menschliche Beteiligung.⁹⁹⁰ Die M2M-Kommunikation autonomer Systeme erlaubt eine höhere Liefergenauigkeit, die Flexibilisierung des Liefer- und Produktionsprozesses sowie auf individuelle Kundenbedürfnisse zugeschnittene Einzelanfertigungen ohne aufwändige Umrüstung.⁹⁹¹ In der Folge entstehen wandlungsfähige – teilweise organisationsübergreifende – Fabriken mit auftragsgesteuerter Produktion und selbstorganisierender, adaptiver Logistik.⁹⁹² Die Smart Factory ist aber nicht der einzige Anwendungsbereich autonomer Systeme. Auch im börslichen Hochfrequenzhandel sowie im Daytrading der Energiebranche finden diese als vertragsschließende Akteure im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung Verwendung.⁹⁹³ Hier ermöglichen sie Massengeschäfte in Echtzeitkommunikation. Weitere Anwendungsgebiete werden nach und nach folgen. Denkbar sind vor allem Massengeschäfte des E-Commerce, die autonome Systeme überwiegend mit Verbrauchern abschließen. In diesem Fall handelt es sich um keine M2M-Kommunikation, sondern eine Interaktion von Mensch und System.

988 Hierzu *Henseler-Unger* in Sassenberg/Faber, Rechtshdb. Industrie 4.0, 2. Aufl. 2020, § 1 Rn. 16; s. auch *BMW*, Leitbild 2030 für Industrie 4.0, 2019, S. 3–6.

989 Hierzu schon 3. Teil, A., II., 3., c), aa).

990 *Faber* in Sassenberg/Faber, Rechtshdb. Industrie 4.0, 2. Aufl. 2020, § 10 Rn. 15; *Höitzsch* in Hilgendorf/Höitzsch (Hrsg.), Das Recht vor den Herausforderungen der modernen Technik, 2015, 75 (85).

991 *Faber* in Sassenberg/Faber, Rechtshdb. Industrie 4.0, 2. Aufl. 2020, § 10 Rn. 16f.; *Sesing/Baumann*, InTeR 2020, 134 (135); *Wulf/Burgenmeister*, CR 2015, 404 (406).

992 *Banthien/Senff* in Schulz, Industrie 4.0, 2017, S. 25–30.

993 Zu diesen Anwendungsbereichen *Faber* in Sassenberg/Faber, Rechtshdb. Industrie 4.0, 2. Aufl. 2020, § 10 Rn. 18.

Das Spezifikum des Einsatzes autonomer Systeme im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung für die Untersuchung ist darin zu sehen, dass die Systeme nicht mehr nur Informationen (für den Menschen) verarbeiten. Sie handeln vielmehr selbst aufgrund der von ihnen verarbeiteten Informationen. Somit treten sie im hiesigen Einsatzbereich als „klargeschnittene Akteure“⁹⁹⁴ der arbeitsteiligen Organisation in Erscheinung. Als solche schließen sie auf Grundlage ihres Informationsstandes für die juristische Person Verträge⁹⁹⁵ oder treten – am konkreten rechtlichen Geschehen unmittelbar beteiligt – in sonstiger Weise nach außen hin auf.⁹⁹⁶ Eine menschliche Hilfsperson ist am rechtlich relevanten Geschehen – anders als noch in den Bereichen der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung sowie der Entscheidungsfindung – nicht mehr beteiligt. Vielmehr liegt das von den Wissensnormen geforderte „Handeln trotz Wissens“ allein auf das autonome System bezogen vor. Wie das Beispiel veranschaulicht, rückt somit statt des Verbund- sowie des Transparenzrisikos das Autonomierisiko der Systeme in den Vordergrund. Denn diese selbst haben sich hier entsprechend ihres Wissens zum Vorteil der Organisation zu verhalten.

Für eine Wissenszurechnung kann daher allein an das autonome System als Zurechnungssubjekt angeknüpft werden.⁹⁹⁷ Die Feststellung des in diesem vorhandenen rechtlich relevanten Wissens erfolgt dabei wie im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung aufgezeigt.⁹⁹⁸ Dies gilt auch für das Wissenmüssen sowie das Wissen als kognitiven Bestandteil von Arglist und Vorsatz.⁹⁹⁹ Allerdings muss das Wissen des autonomen Systems auch der juristischen Person zugerechnet werden. Hierzu bedarf es auch im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung einer rechtlichen Grundlage.

994 Teubner, AcP 218 (2018), 155 (201).

995 In diesem Fall soll – in Anlehnung an den für autonome Systeme alternativ verwendeten Begriff des Softwareagenten – im Folgenden auch von der Funktion des *Abschlussagenten* gesprochen werden.

996 In dieser Funktion soll das autonome System – ebenfalls in Anlehnung an den Begriff des Softwareagenten – als *Beratungsagent* bezeichnet werden.

997 Bei anderweitig innerhalb der Organisation, aber nicht beim agierenden autonomen System vorhandenen Informationen ist freilich an den jeweiligen anderen Wissensträger (ob Mensch oder System) als Zurechnungssubjekt einer Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht anzuknüpfen.

998 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (1), (c).

999 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (2)–(4).

a) Vorrangiger Rückgriff auf § 166 Abs. 1 BGB

Für eine Wissenszurechnung bei autonomen Systemen ist im vorliegenden Einsatzbereich nicht die Wissensorganisationspflicht, sondern die gesetzliche Regelung des § 166 Abs. 1 BGB als Anknüpfungspunkt fruchtbar zu machen. Zwar kann diese auf autonome Systeme nicht unmittelbar angewendet werden. Als Norm des Stellvertretungsrechts setzt sie grundsätzlich einen rechtsfähigen und zumindest beschränkt geschäftsfähigen Vertreter voraus.¹⁰⁰⁰ Dies ergibt sich aus § 165 BGB sowie der Bezugnahme des § 166 Abs. 1 BGB auf die „Person (...) des Vertreters“. Eine analoge Anwendung der Norm auf autonome Systeme ist aber denkbar. Somit würde es sich sowohl bei einer Anknüpfung an § 166 Abs. 1 BGB als auch bei einer Heranziehung der Wissensorganisationspflicht um eine Rechtsfortbildung handeln. Die analoge Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB liegt in diesem Fall jedoch gleich aus drei Gründen näher:

Zunächst wurde bereits im Rahmen der Analyse der *lex lata* der Wissenszurechnung festgestellt, dass sich eine Wissenszurechnung über die analoge Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB von einer solchen qua Wissensorganisationspflicht sowohl in ihren Voraussetzungen als auch Grenzen unterscheidet. Während die analoge Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB auf am konkreten Rechtsgeschäft oder sonst rechtlich relevanten Geschehen beteiligte Hilfspersonen beschränkt ist, enthält die informationsbezogene Wissensorganisationspflicht keine solche Beschränkung. Dafür ist sie im Gegensatz zu § 166 Abs. 1 BGB in sachlicher und zeitlicher Hinsicht auf bestimmte Informationen begrenzt.¹⁰⁰¹ Auch wenn im Lauf der Untersuchung herausgearbeitet wurde, dass auf diese Begrenzung beim Einsatz autonomer Systeme (unter bestimmten Umständen) zu verzichten ist,¹⁰⁰² unterscheiden sich die beiden Zurechnungsinstitute weiterhin in ihren Voraussetzungen. Da autonome Systeme im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung als Akteure unmittelbar am konkreten rechtlichen Geschehen beteiligt sind, können die tatsächlichen Verhältnisse ihres Einsatzes mit einer analogen Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB besser abgebildet werden. Dieser erfasst gerade diese Konstellation. Daher muss für eine Zurechnung nicht auf die – ursprünglich für *unbeteiligte* Hilfspersonen entwickelte – Wissensorganisationspflicht zurückgegriffen werden.

1000 Hierzu etwa *Cornelius*, MMR 2002, 353 (355); MüKoBGB/Schubert, § 164 BGB Rn. 109; *Wiebe*, Willenserklärung, 2002, S. 130.

1001 Zum Vorstehenden bereits 2. Teil, C., IV.

1002 3. Teil, A., II., 3., c), ff), (5).

Dieser Ansatz wird zudem der bestehenden Rangfolge der juristischen Methoden gerecht und fügt sich damit auch behutsam in die verfassungsrechtlichen Vorgaben an eine richterliche Rechtsfortbildung ein. Auslegung, Analogie sowie gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung sind nämlich nicht wesensverschieden, sondern lediglich voneinander verschiedene Stufen desselben gedanklichen Verfahrens.¹⁰⁰³ Daher ist erst bei Versagen der näher am Gesetz orientierten und somit leichter handhabbaren Methode auf die nächste Stufe auszuweichen.¹⁰⁰⁴ Eine sich vom Gesetz (sukzessiv) weiter entfernende Rechtsfortbildung bedarf nämlich besonderer Legitimation. Eignet sich also bereits die analoge Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB zur Begründung einer Wissenszurechnung bei autonomen Systemen, ist diese auch aus methodischen Gründen der gesetzesübersteigenden Wissensorganisationspflicht vorzuziehen.

Zuletzt ergibt sich damit für die Wissenszurechnung bei autonomen Systemen – über deren drei Einsatzbereiche im Unternehmen hinweg betrachtet – eine anthropoparallele Systematik. Wie auch bei menschlichen Hilfspersonen fände § 166 Abs. 1 BGB (analoge) Anwendung, wenn das autonome System am konkreten rechtlichen Geschehen unmittelbar beteiligt ist. Andernfalls wäre für eine Wissenszurechnung auf die Wissensorganisationspflicht zurückzugreifen. Die in der Untersuchung erarbeitete Konzeption der Wissenszurechnung bei autonomen Systemen wäre somit aufgrund ihrer Anthropoparallelität einfach handhabbar und würde sich nahtlos in die bestehende Dogmatik der Wissenszurechnung einfügen.¹⁰⁰⁵

b) Zusammenhang mit dem Vertragsschluss durch autonome Systeme

Zu beachten ist für die weitere Untersuchung zudem, dass die Wissenszurechnung bei autonomen Systemen im vorliegenden Einsatzbereich einen engen Zusammenhang mit der Problematik des Vertragsschlusses durch diese aufweist. Autonome Systeme agieren hier für die juristische Person nach außen und schließen dabei häufig auch für diese Verträge. Der enge Zusammenhang der beiden Problemkreise ist neben dieser rein tatsächlichen Koinzidenz aber auch zwei genuin rechtlichen Umständen geschul-

1003 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 187.

1004 *Bydlinski*, Methodenlehre, 2. Aufl. 1991, S. 481, 561f.; wohl auch *Th. Möllers*, Methodenlehre, 3. Aufl. 2020, § 14 Rn. 64–96. Zum Vorstehenden auch schon 2. Teil, C., IV.

1005 So andeutungsweise bereits 3. Teil, A., I.

det: Zum einen nehmen die Wissensnormen, die eine Wissenszurechnung überhaupt erst erfordern, häufig auf die Situation des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts Bezug.¹⁰⁰⁶ Mangels beteiligter menschlicher Hilfsperson ist dann hier das autonome System der von den Wissensnormen anvisierte, kontrahierende Wissensträger. Zum anderen handelt es sich bei § 166 Abs. 1 BGB um eine originäre Norm des Stellvertretungsrechts. Aus der präferierten Konstruktion des Vertragsschlusses autonomer Systeme – etwa auch über ein Stellvertretungsmodell – können sich daher Gründe für oder gegen die analoge Anwendung auch des § 166 Abs. 1 BGB ergeben. Daher ist diese Problematik für die weitere Untersuchung mit in den Blick zu nehmen.

Bei dem Vertragsschluss durch autonome Systeme handelt es sich um ein für die allgemeine Rechtsgeschäftslehre zentrales Problem, das nach wie vor ungeklärt ist und einer eigenständigen Untersuchung bedarf.¹⁰⁰⁷ Im Ausgangspunkt besteht dabei Einigkeit, dass es im Fall der Abgabe einer Erklärung durch ein autonomes System zu einem wirksamen Vertragsschluss seines Nutzers kommt.¹⁰⁰⁸ Dies erfordern bereits die Bedürfnisse des modernen Rechtsverkehrs.¹⁰⁰⁹ Nur die Konstruktion dieses Vertragsschlusses bereitet Schwierigkeiten.¹⁰¹⁰

Die wohl noch herrschende Meinung operiert hier mit der (in ihrer Bezeichnung irreführenden) Figur der *Computererklärung*¹⁰¹¹ und versucht auf diese Weise beinahe krampfhaft eine Willenserklärung des *menschli-*

1006 So stehen etwa die §§ 173, 442 Abs. 1, 444 Alt. 1, 819 Abs. 1 Alt. 1 BGB; § 133 Abs. 1 InsO; § 19 Abs. 1 S. 1, Abs. 5 S. 2 VVG in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss eines Rechtsgeschäfts und knüpfen an ein Wissen oder Wissenmüssen zu diesem Zeitpunkt an.

1007 Monografisch hierzu etwa *Bauer*, Elektronische Agenten, 2006, S. 33–106; *Gräpentin*, Vertragsschluss, 2018, S. 86–100; *Kianička*, Agentenerklärung, 2012, passim; *Nitschke*, Softwareagenten, 2010, S. 23–66; *Wettig*, Vertragsschluss, 2010, S. 161–207; *Wiebe*, Willenserklärung, 2002, S. 97–270.

1008 So (konstruktionsunabhängig) etwa *Borges*, NJW 2018, 977 (979); *Sesing/Baumann*, InTeR 2020, 134 (140); *Spindler*, FS Canaris, 2017, 709 (713). Dies war auch schon einmal anders: So lehnten zu Zeiten (lediglich) automatisierter Erklärungen *Clemens*, NJW 1985, 1998 (2001f.); *Möschel*, AcP 186 (1986), 187 (195f.); *Susat/Stolzenburg*, MDR 1957, 146 (146f.) einen Vertragsschluss noch ab; ebenso aber für autonome Systeme *Grützmacher/Heckmann*, CR 2019, 553 (558f., 560).

1009 *John*, Haftung für KI, 2007, S. 96; *Wettig*, Vertragsschluss, 2010, S. 164.

1010 So auch aus US-Sicht *Allen/Widdison*, Harvard Journal of Law & Technology 9 (1996), 25 (50).

1011 Eine Computererklärung ist danach eine *Willenserklärung*, bei der die Erklärung mittels eines Computerprogramms aufgrund vorheriger Programmie-

chen Nutzers zu konstruieren.¹⁰¹² Danach gibt aus rechtlicher Perspektive allein dieser – nicht etwa das autonome System – eine Erklärung ab. Auch wenn der Nutzer am konkreten Erklärungsvorgang überhaupt nicht beteiligt ist, diesen unter Umständen nicht einmal mehr vorhersehen kann, wird der subjektive Tatbestand der Willenserklärung großzügig bejaht. Für den hierzu erforderlichen Handlungswillen, das Erklärungsbewusstsein sowie den Geschäftswillen sollen die willentliche Aktivierung des Systems sowie die in Gestalt der Programmierung an dieses erteilten Vorgaben ausreichen.¹⁰¹³ Während dies für automatisch erzeugte, festen Parametern folgende Erklärungen gerade noch zu überzeugen vermag, ist diese Konstruktion bei autonomen Systemen reine Fiktion.¹⁰¹⁴ Anders als noch bei automatisierten Systemen hat der Nutzer eines autonomen Systems nämlich nicht einmal mehr abstrakt davon Kenntnis, wann, mit welchem Inhalt und wem gegenüber dieses eine Erklärung abgibt. Das Verhalten des Systems ist für diesen weder determinierbar noch prognostizierbar.¹⁰¹⁵

Deswegen werden in der Literatur alternative Konstruktionen vertreten.¹⁰¹⁶ Teilweise sieht man dabei die Aktivierung des Systems als mensch-

lung automatisiert erzeugt und elektronisch übermittelt wird, ohne dass konkret ein Mensch am Erklärungsvorgang beteiligt ist, vgl. *Cornelius*, MMR 2002, 353 (354). Grundlegend zum Begriff *Kuhn*, Rechtshandlungen mittels EDV, 1991, S. 56–58.

1012 BGH NJW 2005, 976 (976f.); BGHZ 195, 126 (131) (2012); OLG Frankfurt/Main MMR 2003, 405 (406); OLG Hamm NJW 2004, 2601; OLG Nürnberg CR 2004, 699 (700); LG Köln MMR 2003, 481; *Bräutigam/Klindt*, NJW 2015, 1137 (1137f.); *MüKoBGB/Busche*, Vor § 145 BGB Rn. 38; *Cornelius*, MMR 2002, 353 (355); *Faber* in Sassenberg/Faber, Rechtshdb. Industrie 4.0, 2. Aufl. 2020, § 10 Rn. 34, 46f., 51–53; *Hötitzsch* in Hilgendorf/Hötitzsch (Hrsg.), Das Recht vor den Herausforderungen der modernen Technik, 2015, 75 (86); *Staudinger/Singer*, Vor § 116 BGB Rn. 57; *Spindler/Schuster/Spindler*, Vor § 116 BGB Rn. 10; *Viebecke*, Willenserklärungen, 1972, S. 91f.; *Weingart*, CR 2020, 701 (704f.); *Wulf/Burgenmeister*, CR 2015, 404 (406).

1013 So etwa *Cornelius*, MMR 2002, 353 (355); *Faber* in Sassenberg/Faber, Rechtshdb. Industrie 4.0, 2. Aufl. 2020, § 10 Rn. 46; *Spindler/Schuster/Spindler*, Vor § 116 BGB Rn. 10.

1014 Kritisch daher *Grützmacher/Heckmann*, CR 2019, 553 (557f.); *Pieper*, InTeR 2016, 188 (192); *Schirmer*, JZ 2016, 660 (663f.); *Sester/Nitschke*, CR 2004, 548 (550); *Specht/Herold*, MMR 2018, 40 (42f.); *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (179).

1015 *Specht/Herold*, MMR 2018, 40 (43); *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (179).

1016 Die wohl umfassendste (wenn auch nicht ganz aktuelle) Übersicht findet sich bei *Wettig*, Vertragsschluss, 2010, S. 161–207. Außer den nachfolgend aufgeführten werden noch folgende Ansätze vertreten: *Ensthaler*, InTeR 2019, 159; *Riehm*, ITRB 2014, 113 (113f.); *Botenschaft*; *Fritzsche/Malzer*, DNotZ 1995, 3 (7); *Offerte ad incertas personas*; *Sorge*, Softwareagenten, 2006, S. 118f.; *Signa-*

liche Blanketterklärung, deren *essentialia* im Hinblick auf das konkrete Rechtsgeschäft dann das autonome System konkretisiert.¹⁰¹⁷ Andere bemühen für diese Konkretisierung gar die Figur des Wissensvertreters analog § 166 Abs. 1 BGB.¹⁰¹⁸ Wiederum andere resignieren angesichts der vermeintlich unzureichenden *lex lata* und rechnen die Erklärungen des Systems schlicht gesetzesübersteigend nach dem Risikoprinzip zu.¹⁰¹⁹ Zunehmend wird aber auch eine analoge Anwendung der Regelungen der Stellvertretung auf autonome Systeme vertreten.¹⁰²⁰ Dies dürfte dem autonomen Charakter der Systeme sowie der Eigenständigkeit der von diesen abgegebenen Erklärungen an sich am ehesten gerecht werden. Für die Untersuchung ist dieser Ansatz deswegen von besonderem Interesse, da es sich auch bei § 166 Abs. 1 BGB um eine Norm des Stellvertretungsrechts handelt. Doch wird die analoge Anwendung der §§ 164ff. BGB auf autonome Systeme aus unterschiedlichen Gründen vielfach – mitunter scharf – kriti-

tur bzw. Attributzertifikat; Wein, Harvard Journal of Law & Technology 6 (1992), 103 (110); Parallele zum römischen Sklavenrecht.

- 1017 Gitter, Softwareagenten, 2007, S. 181f.; Gitter/Roßnagel, K&R 2003, 64 (66); Grapentin, Vertragsschluss, 2018, S. 92, 100; Günther, Roboter, 2016, S. 54–62; John, Haftung für KI, 2007, S. 102; Kumkar, K&R 2020, 801 (805); Schulz, Verantwortlichkeit, 2015, S. 109–113; Sester/Nitschke, CR 2004, 548 (550f.); bereits zu automatisierten Systemen Köhler, AcP 182 (1982), 126 (134); Mehrings, MMR 1998, 30 (31); Redeker, NJW 1984, 2390 (2392).
- 1018 Bauer, Elektronische Agenten, 2006, S. 82–92; Wettig, Vertragsschluss, 2010, S. 188. Hierzu aufgrund der Relevanz für die Untersuchung noch näher unter 3. Teil, A., IV., 3., a).
- 1019 Grundlegend Wiebe, Willenserklärung, 2002, S. 223–233, 535–537; ferner Kianička, Agentenerklärung, 2012, S. 167–200, 213f.; Nitschke, Softwareagenten, 2010, S. 63–66. So wohl auch Foerster, ZfPW 2019, 418 (427, 435), für den sich dies allerdings bereits unproblematisch aus der gesetzlichen Regelung ergibt.
- 1020 Grundlegend Teubner, ZfRS 27 (2006), 5 (15–17); ders. in Becchi/Graber/Luminati (Hrsg.), Interdisziplinäre Wege in der juristischen Grundlagenforschung, 2007, 1 (9–11); ders., AcP 218 (2018), 155 (177–185); ferner Gruber in Beck (Hrsg.), Jenseits von Mensch und Maschine, 2012, 133 (155–157); ders. in Gruber/Bung/Ziemann (Hrsg.), Autonome Automaten, 2. Aufl. 2015, 191 (198); Kersten, JZ 2015, 1 (7); Keffler, MMR 2017, 589 (592); Schirmer, JZ 2016, 660 (664); Specht/Herold, MMR 2018, 40 (43f.); im anglo-amerikanischen Recht Chopra/White, Autonomous Artificial Agents, 2011, S. 69; J. Fischer, Indiana Law Journal 72 (1997), 545 (570); Kerr, Dalhousie Law Journal 22 (1999), 189 (235–249); Weitzenboeck, International Journal of Law and Information Technology 9 (2001), 204 (215–218). Kainer/Förster, ZfPW 2020, 275 (291295, 299–303) halten die Stellvertretungslösung nur für *de lege ferenda* möglich.

siert.¹⁰²¹ Daher muss sich die Untersuchung mit dieser Kritik auseinandersetzen. Dabei ist insbesondere zu klären, ob diese (auch) einer analogen Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB für die Zwecke der Wissenszurechnung entgegensteht oder ob die Frage der Wissenszurechnung losgelöst von der Konstruktion des Vertragsschlusses zu beurteilen ist. Dies hätte den Vorteil, dass sich die hier zu entwickelnde Wissenszurechnung bei autonomen Systemen in jedes Modell des Vertragsschlusses integrieren ließe.

3. Entwicklung eines Konzepts der Wissenszurechnung für autonome Systeme

Die vorstehenden Überlegungen legen das Programm der weiteren Untersuchung zur Entwicklung eines Konzepts der Wissenszurechnung für autonome Systeme im vorliegenden Einsatzbereich fest. Diese hat als Zurechnungsnorm § 166 Abs. 1 BGB zu bemühen. Vorweg stellt sich dabei die Frage der generellen Anwendbarkeit der §§ 164ff. BGB auf autonome Systeme. Diese setzen grundsätzlich einen rechtsfähigen, zumindest beschränkt geschäftsfähigen Vertreter voraus. Teilweise wird das Stellvertretungsrecht in der Literatur daher strikt auf Rechtssubjekte beschränkt.

De lege ferenda ließe sich dem mit der Einführung einer Rechtspersönlichkeit für autonome Systeme begegnen. Dies wird als „große Lösung“ der mit autonomen Systemen einhergehenden rechtlichen Probleme diskutiert.¹⁰²² Zur Bezeichnung einer solchen Rechtspersönlichkeit wird überwiegend der Begriff der *elektronischen Person* (kurz: *E-Person/e-Person*/

1021 S. etwa nur *Bauer*, Elektronische Agenten, 2006, S. 68–72; *Cornelius*, MMR 2002, 353 (355); *Faber* in Sassenberg/Faber, Rechtshdb. Industrie 4.0, 2. Aufl. 2020, § 10 Rn. 38–42; *Grapentin*, Vertragsschluss, 2018, S. 93–99; *Spindler*, JZ 2016, 805 (816). Näher hierzu noch 3. Teil, A., IV., 3., a).

1022 Befürwortend etwa *Beck* in Hilgendorf/Günther (Hrsg.), Robotik und Gesetzgebung, 2013, 239 (255–257); *John*, Haftung für KI, 2007, S. 397, 400; *Matthias*, Automaten, 2008, S. 255f. sowie passim; *Mayinger*, Künstliche Person, 2017, S. 166f.; *Nitschke*, Softwareagenten, 2010, S. 34; *Wettig*, Vertragsschluss, 2010, S. 374f.; *Wettig/Zehendner*, Artificial Intelligence and Law 12 (2004), 111 (127f.); international zudem *Allen/Widdison*, Harvard Journal of Law & Technology 9 (1996), 25 (36–40); *Schweighofer* in Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer (Hrsg.), Auf dem Weg zur ePerson, 2001, 45 (49–53); *Solum*, North Carolina Law Review 70 (1992), 1231 (1255–1287). Kritisch jüngst *Riehm*, RD 2020, 42 (44–46).

ePerson) vorgeschlagen.¹⁰²³ Auch das Europäische Parlament hat diese Option in Erwägung gezogen.¹⁰²⁴ Sie bildet als Einheitslösung den Gegenpol zur gesetzgeberischen oder rechtsanwenderischen Übertragung einzelner gesetzlicher Regelungen auf das Phänomen autonomer Systeme.¹⁰²⁵ Denn die Rechtspersönlichkeit autonomer Systeme ermöglicht die Anwendung der vorhandenen, auf Personen zugeschnittenen Regelungen auf diese ohne Weiteres. Dies gilt etwa auch für den, auf die „Person (...) des Vertreters“ abstellenden, § 166 Abs. 1 BGB. Gesteht man autonomen Systemen eine Rechtspersönlichkeit zu, wäre die Problematik der Wissenszurechnung daher (in diesem Einsatzbereich) gelöst.

Da autonome Systeme derzeit aber noch über keine Rechtspersönlichkeit verfügen, wird mit der Verleihung von Teilrechtsfähigkeit bereits *de lege lata* eine strukturell ähnliche „kleine Lösung“ der Problematik diskutiert.¹⁰²⁶ Die Vertreter einer solchen Lösung knüpfen mit dem Konzept der Teilrechtsfähigkeit an eine Lehre an, die eine gegenständliche Beschränkung und damit Abstufung der Rechtsfähigkeit für möglich hält.¹⁰²⁷ Danach ist die Verleihung von Rechtsfähigkeit vor allem nicht an die Anerkennung einer Entität als Rechtsperson gekoppelt.¹⁰²⁸ Die Kategorie der

1023 Etwa *Bauer*, Elektronische Agenten, 2006, S. 45; *Beck* in Hilgendorf/Günther (Hrsg.), Robotik und Gesetzgebung, 2013, 239 (255); *John*, Haftung für KI, 2007, S. 372; *Wagner* in Faust/Schäfer (Hrsg.), Zivilrechtliche und rechtsökonomische Probleme des Internet und der künstlichen Intelligenz, 2019, 1 (29); dagegen *Mayinger*, Künstliche Person, 2017, S. 170–173: künstliche Person; *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 (37): digitale Rechtsperson.

1024 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Februar 2017 mit Empfehlungen an die Kommission zu zivilrechtlichen Regelungen im Bereich Robotik (2015/2103(INL)), Nr. 59 lit. f.

1025 Hierzu auch *Beck* in Hilgendorf/Günther (Hrsg.), Robotik und Gesetzgebung, 2013, 239 (247); *Lohmann*, ZRP 2017, 168 (171); *Teubner*, ZfRS 27 (2006), 5 (16).

1026 Hierzu v.a. *Gruber* in Beck (Hrsg.), Jenseits von Mensch und Maschine, 2012, 133 (134–138, 155–157); *ders.* in Gruber/Bung/Ziemann (Hrsg.), Autonome Automaten, 2. Aufl. 2015, 191 (198); *Schirmer*, JZ 2016, 660 (663); *ders.*, JZ 2019, 711 (716); *ders.* in Wischmeyer/Rademacher (Hrsg.), Regulating Artificial Intelligence, 2020, 123 (133–140); *Teubner*, ZfRS 27 (2006), 5 (29f.); *ders.*, AcP 218 (2018), 155 (163); ferner *Bryson/Diamantis/Grant*, Artificial Intelligence and Law 25 (2017), 273 (280f.); *Calo*, California Law Review 103 (2015), 513 (549); *Günther*, Roboter, 2016, S. 41f.; *Koops/Hildebrandt/Jaquet-Chiffelle*, Minnesota Journal of Law, Science & Technology 11 (2010), 497 (555–557).

1027 Grundlegend für das 20. Jahrhundert *Fabricius*, Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963, S. 55f., 109 sowie *passim*; hierzu aber etwa bereits *Ehrlich*, Die Rechtsfähigkeit, 1909, S. 2.

1028 *Schirmer*, JZ 2019, 711 (712).

Teilrechtsfähigkeit wird auch von der Rechtsprechung bemüht, um damit Entitäten – etwa die Außen-GbR oder die Wohnungseigentümergeinschaft – situativ und zweckorientiert im Wege der Rechtsfortbildung mit Rechtsfähigkeit auszustatten.¹⁰²⁹ Im Hinblick auf autonome Systeme wird argumentiert, dass diese nicht im eigenen Interesse, sondern stets für ihren Nutzer, einen Menschen oder eine Organisation, tätig würden.¹⁰³⁰ Ihr Rechtsstatus müsse daher funktional auf diese dienende Rolle abgestimmt sein.¹⁰³¹ Folglich sollte sich ihre Rechtsfähigkeit etwa darauf beschränken, als Stellvertreter ihres Nutzers Willenserklärungen abgeben zu können.¹⁰³² Im Einzelnen gehen die Vorstellungen aber auseinander. Während es sich bei der Teilrechtsfähigkeit autonomer Systeme für *Schirmer* um ein normkomplexübergreifendes Konzept handelt,¹⁰³³ geht es *Teubner* sowie *Gruber* in der Sache eigentlich (nur) um die analoge Anwendung spezieller Normen oder Normkomplexe, etwa der §§ 164ff. BGB.¹⁰³⁴ Wobei die Bejahung einer Analogie in deren Augen wohl die Anerkennung von Teilrechtsfähigkeit autonomer Systeme impliziert.¹⁰³⁵

Doch ist die Annahme von Teilrechtsfähigkeit autonomer Systeme überhaupt erforderlich? Zu berücksichtigen ist dabei zunächst, dass das Konzept der Teilrechtsfähigkeit keineswegs unumstritten ist. Es sieht sich vielmehr grundsätzlichen Bedenken ausgesetzt.¹⁰³⁶ Bereits aus diesem Grund sollte hierauf nicht ohne Not zurückgegriffen werden. Zumindest im hier (allein) interessierenden Bereich der Wissenszurechnung geht es im Ausgangspunkt allein um eine analoge Anwendung des grundsätzlich auf einen rechtsfähigen Vertreter abstellenden § 166 Abs. 1 BGB. Die analoge Anwendung der §§ 164ff. BGB auf autonome Systeme wird aber oftmals unter geradezu gebetsmühlenartigem Verweis auf deren fehlende Rechtsfä-

1029 BGHZ 146, 341 (344) (2001); 163, 154 (158f.) (2005).

1030 *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (162); hierzu auch *Klingbeil*, JZ 2019, 718 (721f.); *Schirmer*, JZ 2019, 711 (716).

1031 *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (163); *Schirmer*, JZ 2019, 711 (716).

1032 *Gruber* in Beck (Hrsg.), *Jenseits von Mensch und Maschine*, 2012, 133 (156); so schon *Teubner* in *Becchi/Graber/Luminati* (Hrsg.), *Interdisziplinäre Wege in der juristischen Grundlagenforschung*, 2007, 1 (24).

1033 *Schirmer*, JZ 2019, 711 (711, 716–718).

1034 *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (163); *Gruber* in Beck (Hrsg.), *Jenseits von Mensch und Maschine*, 2012, 133 (155f.).

1035 So *Teubner* in der Diskussion zu *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 bei *Rentsch*, AcP 218 (2018), 206 (208): „*per analogiam* einem Organismus Rechtsfähigkeit zuerkennen“ (Hervorhebung im Original).

1036 Ablehnend etwa *Klingbeil*, AcP 217 (2017), 848 (859f.); *ders.*, JZ 2019, 718 (722); *M. Lehmann*, AcP 207 (2007), 225 (235, 238).

higkeit abgelehnt.¹⁰³⁷ An diesem Punkt scheint die Anerkennung von Teilrechtsfähigkeit argumentativ gegenzusteuern. Doch ist die fehlende Rechtsfähigkeit autonomer Systeme, die einer *unmittelbaren* Anwendung der §§ 164ff. BGB entgegensteht, gerade der Grund für die Prüfung der Analogie. Die Voraussetzungen der Analogie dann ebenfalls unter pauschalem Verweis hierauf abzulehnen, ist daher ein Zirkelschluss. Hier müssen im Rahmen der Vergleichbarkeit der Interessenlage vielmehr die Funktionsäquivalenz menschlicher und algorithmischer Vertreter, rechtliche Wertungen sowie folgenorientierte Überlegungen im Vordergrund stehen. Der bloße Verweis auf die fehlende Rechtsfähigkeit autonomer Systeme wird daher der Problematik nicht gerecht. Streiten die anzustellenden funktionalen Überlegungen für eine Analogie, so wird das autonome System hierdurch nicht *per se* rechtsfähig. Allein die analoge Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB befördert dieses nicht zum Träger von Rechten und Pflichten. Das autonome System dient bei Bejahung der Analogie vielmehr als reines *Zurechnungsvehikel* in Gestalt einer fiktiven Hilfsperson zur Zurechnung des in ihm enthaltenen Wissens zur juristischen Person.¹⁰³⁸ Diese – nicht das autonome System – ist Zurechnungsendpunkt¹⁰³⁹ sowohl des Wissens als auch etwaiger von den Wissensnormen hieran geknüpfter Rechte und Pflichten. Die Anerkennung der (Teil-)Rechtsfähigkeit des autonomen Systems ist hier daher nicht erforderlich. Ausreichend ist allein eine analoge Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB. Hierauf ist daher im Folgenden näher einzugehen. Dabei sind die generell gegen die Anwendbarkeit der §§ 164ff. BGB auf autonome Systeme vorgebrachten Argumente – im Hinblick auf die Wissenszurechnung – vorab zu entkräften.

1037 Etwa bei *Bauer*, Elektronische Agenten, 2006, S. 68; *Cornelius*, MMR 2002, 353 (355); *Grapentin*, Vertragsschluss, 2018, S. 97; *John*, Haftung für KI, 2007, S. 85; *Mayinger*, Künstliche Person, 2017, S. 71; *Wettig*, Vertragsschluss, 2010, S. 183.

1038 Hierfür sprachen sich in der Diskussion zu *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 etwa auch *Bachmann*, *Jansen* und *Borges* aus, vgl. *Rentsch*, AcP 218 (2018), 206 (206f., 209); ferner *Balkin*, California Law Review Circuit 6 (2015), 45 (58); *Specht/Herold*, MMR 2018, 40 (43). Auch *Schirmer*, JZ 2019, 711 (717) erkennt dies als tragfähige Alternative.

1039 Gerade durch die Eigenschaft als *End-*, nicht lediglich Durchgangspunkt einer Zurechnung zeichnet sich die Rechtsfähigkeit einer Entität aus, vgl. *Th. Raiser*, AcP 199 (1999), 104 (118); hierzu auch *M. Lehmann*, AcP 207 (2007), 225 (226).

a) Analoge Anwendung der §§ 164ff. BGB

Wie bereits erwähnt, wird innerhalb der Diskussion des Vertragsschlusses autonomer Systeme zunehmend eine analoge Anwendung der §§ 164ff. BGB vertreten.¹⁰⁴⁰ Dies würde wohl auch die entsprechende Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB implizieren. Doch werden gegen eine Analogie zu den Regelungen der Stellvertretung erhebliche Einwände erhoben: Einer solchen stünde bereits von vornherein – wie man nicht müde wird zu betonen – die fehlende Rechtsfähigkeit der Systeme entgegen.¹⁰⁴¹ Zudem seien die Systeme nicht in der Lage einen Willen zu bilden, weshalb sie selbst auch keine Willenserklärungen abgeben könnten.¹⁰⁴² Handle das autonome System ohne Autorisierung seines Nutzers und damit als *falsus procurator* ohne Vertretungsmacht, laufe schließlich der den Vertragspartner in diesem Fall schützende § 179 BGB leer. Das autonome System käme für eine Haftung mangels Rechtsfähigkeit und Haftungsmasse nicht infrage.¹⁰⁴³ Diese Einwände stellen auf den ersten Blick auch die analoge Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB als Norm des Stellvertretungsrechts infrage.

Es wurde jedoch bereits vom Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs an betont, dass § 166 Abs. 1 BGB nicht lediglich die logische Konsequenz der mit den §§ 164ff. BGB Gesetz gewordenen *Repräsentationstheorie*¹⁰⁴⁴ ist.¹⁰⁴⁵ Die rechtliche Maßgeblichkeit des Wissens bzw. Wissenmüs-

1040 Hierzu 3. Teil, A., IV., 2., b) mit Literaturnachweisen in Fn. 1020.

1041 S. schon soeben Fn. 1037.

1042 Bauer, Elektronische Agenten, 2006, S. 69; Cornelius, MMR 2002, 353 (354); Gitter, Softwareagenten, 2007, S. 178; Grützmacher/Heckmann, CR 2019, 553 (555); Günther, Roboter, 2016, S. 54; Kuhn, Rechtshandlungen mittels EDV, 1991, S. 65; Nitschke, Softwareagenten, 2010, S. 51; Spindler, FS Canaris, 2017, 709 (713); Wettig, Vertragsschluss, 2010, S. 182.

1043 Hierzu etwa Bräutigam/Klindt, NJW 2015, 1137; Cornelius, MMR 2002, 353 (355); Faber in Sassenberg/Faber (Hrsg.), Rechtshdb. Industrie 4.0, 2. Aufl. 2020, § 10 Rn. 39–41; Foerster, ZfPw 2019, 418 (426); Gitter/Roßnagel, K&R 2003, 64 (66); John, Haftung für KI, 2007, S. 87; Sester/Nitschke, CR 2004, 548 (550); Spindler, FS Canaris, 2017, 709 (713); Wiebe, Willenserklärung, 2002, S. 132.

1044 Nach dieser ist allein der Vertreter der rechtsgeschäftlich Handelnde, dessen Handeln dem Vertretenen dann zuzurechnen ist, vgl. Buchka, Stellvertretung, 1852, S. 236–241. Dagegen ist nach der von v. Savigny begründeten *Geschäftsherrentheorie* der Vertretene der Alleinhandelnde, vgl. v. Savigny, Obligationenrecht II, 1853, S. 57–60. Das BGB folgt in seiner Konzeption der Stellvertretung der *Repräsentationstheorie*, vgl. Mot. bei Mugdan I, S. 477f.

sens des Vertreters folgt nicht bereits daraus, dass dieser der rechtlich Handelnde ist. Das Rechtsinstitut der Stellvertretung wird in seinem Wesen allein dadurch bestimmt, dass die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts von der handelnden Person abgetrennt und auf eine andere Person übertragen werden. Nicht dazu gehört, welche Person in Betracht kommt, soweit die Folgen einer Willenserklärung von der Kenntnis oder dem Kennenmüssen bestimmter Umstände beeinflusst werden.¹⁰⁴⁶ Es handelt sich dabei vielmehr um zwei unterschiedliche Fragen.¹⁰⁴⁷ Letztere stellt sich zwar stets im Rahmen der Stellvertretung, sie kann aber nicht *allein* aus deren Anerkennung beantwortet, sondern muss aus einem *anderen* Rechtsgedanken entschieden werden.¹⁰⁴⁸ Diesen Rechtsgedanken enthält § 166 Abs. 1 BGB. Als „eigenständige Kenntnisrelevanzaussage“¹⁰⁴⁹ verdient er deshalb unabhängig vom Vorliegen einer Stellvertretung Beachtung. Die Frage der Wissenszurechnung ist daher von der Problematik der Stellvertretung trotz Einbettung des § 166 Abs. 1 BGB in deren Regelungskomplex abgekoppelt. Dies hat auch die Rechtsprechung erkannt, als sie mit der Figur des Wissensvertreters auf die tatbestandliche Beschränkung des § 166 Abs. 1 BGB auf einen Stellvertreter sowie die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung verzichtet hat.¹⁰⁵⁰ Daher kann § 166 Abs. 1 BGB bei autonomen Systemen grundsätzlich auch dann zur Anwendung kommen, wenn diese nicht als Vertreter im Sinne der §§ 164ff. BGB den Vertrag schließen sollten.

Verstärkend kommt hinzu, dass die gegen die analoge Anwendung der §§ 164ff. BGB erhobenen Einwände nicht auf eine analog § 166 Abs. 1 BGB vorgenommene Wissenszurechnung übertragen werden können. Auf die Zirkelschlüssigkeit des Arguments der fehlenden Rechtsfähigkeit gegen eine Analogie ist bereits hingewiesen worden.¹⁰⁵¹ Die fehlende Rechtsfähigkeit schließt die unmittelbare Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB aus. Für die Entscheidung über eine Analogie müssen aber andere Erwägungen

1045 Zweifelnd bereits *Hupka*, Vollmacht, 1900, S. 55f.; dezidiert *Müller-Freienfels*, Vertretung, 1955, S. 392; *Richardi*, AcP 169 (1969), 385 (395); *Tintelnot*, JZ 1987, 795 (796); *Waltermann*, AcP 192 (1992), 181 (196).

1046 *Richardi*, AcP 169 (1969), 385 (395f.).

1047 So explizit *Wetzel*, Zurechnung, 1971, S. 39f.

1048 *Richardi*, AcP 169 (1969), 385 (396). Nach *Schilken*, Wissenszurechnung, 1983, S. 225 ist dies der Gedanke des Selbstschutzes, dessen Wahrnehmung der Vertretene an den Vertreter delegiert habe.

1049 *Tintelnot*, JZ 1987, 795 (796).

1050 Hierzu 2. Teil, B.

1051 3. Teil, A., IV., 3.

leitend sein. Die Haftung nach § 179 BGB spielt für die Frage der Wissenszurechnung unmittelbar keine Rolle. Im Hinblick auf das Argument der fehlenden Willensbildung autonomer Systeme profitiert die Wissenszurechnung schließlich abermals davon, dass für Wissen (und auch Wissenmüssen) nur ein kognitives Element erforderlich ist. Dieses ist im Gegensatz zum voluntativen Element aber auch bei autonomen Systemen aufgrund deren unzweifelhaft vorhandener kognitiver, d.h. im Hinblick auf die Informationsverarbeitung bestehender, Fähigkeiten denkbar.¹⁰⁵²

Daher wenden selbst einige, die einer generellen Analogie zu den Regelungen der §§ 164ff. BGB ablehnend gegenüberstehen, § 166 Abs. 1 BGB auf autonome Systeme analog an.¹⁰⁵³ Dabei konstruiert man etwa den Vertragsschluss autonomer Systeme folgendermaßen: Der Nutzer des Systems erklärt mit dessen Aktivierung und Instruktion seinen generellen Willen zur Herbeiführung eines rechtsgeschäftlichen Erfolges. Die Erklärungs-handlung des Systems einschließlich der erst von diesem konkretisierten *essentialia* wird dem Nutzer dann zur Konkretisierung von dessen Erklärungs-bewusstsein und Geschäftswillen analog § 166 Abs. 1 BGB zugerechnet. Dabei fungiert das System als Wissensvertreter.¹⁰⁵⁴ Andere wenden § 166 Abs. 1 BGB analog auf autonome Systeme an, um im Fall der M2M-Kommunikation den nach § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB erforderlichen ausdrücklichen Hinweis auf AGB – die ja nur das System zur Kenntnis nimmt – anzunehmen.¹⁰⁵⁵ Auch zur Ermöglichung einer Anfechtung bei (lediglich) automatisierten Willenserklärungen wird § 166 Abs. 1 BGB bei einem Fehler des Systems bemüht.¹⁰⁵⁶ Zwar wird die Heranziehung von § 166 Abs. 1 BGB zur Konstruktion des Vertragsschlusses (womöglich zurecht) kritisiert, da dieser nur die Zurechnung von Wissen, nicht aber die Konkretisierung des Willens oder gar die Zurechnung einer Willenserklärung

1052 Hierzu bereits explizit 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (1), (a) sowie generell 3. Teil, A., II., 3., c), dd).

1053 Grundlegend *Bauer*, Elektronische Agenten, 2006, S. 82–92; hierzu ansatzweise bereits *Brauner*, Erklärungsrisiko, 1988, S. 54–60; ferner *John*, Haftung für KI, 2007, S. 190–192; *Viebcke*, Willenserklärungen, 1972, S. 96–98; *Wettig*, Vertragsschluss, 2010, S. 186–188. Die Unabhängigkeit des § 166 Abs. 1 BGB von der Stellvertretung zeigt sich daher auch in diesem Kontext.

1054 *Bauer*, Elektronische Agenten, 2006, S. 392; zustimmend *Wettig*, Vertragsschluss, 2010, S. 188.

1055 *John*, Haftung für KI, 2007, S. 190–192.

1056 *Viebcke*, Willenserklärungen, 1972, S. 96–98; hierzu auch *Wiebe*, Willenserklärung, 2002, S. 377f.

ermögliche.¹⁰⁵⁷ Dies hindert seine Inanspruchnahme zum originären Zweck der Wissenszurechnung aber gerade nicht.

Somit kann festgehalten werden, dass die gegen eine analoge Anwendung der §§ 164ff. BGB geäußerten Bedenken einer analogen Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB auf autonome Systeme zum Zwecke der Wissenszurechnung nicht entgegenstehen. Eine analoge Anwendung der Regelung wird vielmehr bereits bisher in unterschiedlichem Kontext praktiziert. Aufgrund der aufgezeigten Unabhängigkeit der Frage der Wissenszurechnung von der Frage der Stellvertretung kann § 166 Abs. 1 BGB daher losgelöst von der bevorzugten Konstruktion des Vertragsschlusses autonomer Systeme fruchtbar gemacht werden. Die hier vorgeschlagene Lösung der Wissenszurechnung lässt sich somit in die unterschiedlichen Konzepte des Vertragsschlusses gleichermaßen integrieren. Unter diesen Vorzeichen ist nun auf die analoge Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB auf autonome Systeme in ihrer jeweiligen Funktion als Abschlussagenten sowie als Beratungsagenten einzugehen.

b) Analoge Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB auf autonome Systeme als Abschlussagenten

Zunächst soll die analoge Anwendbarkeit von § 166 Abs. 1 BGB auf autonome Systeme untersucht werden, wenn diese als *Abschlussagenten* tätig sind. Dies ist der Fall, wenn sie für die sie einsetzende Organisation Verträge schließen.¹⁰⁵⁸ Im Allgemeinen beruht die analoge Anwendung einer Norm auf zwei Voraussetzungen: einer planwidrigen Regelungslücke sowie der Vergleichbarkeit der Interessenlage von gesetzlich nicht geregelter und gesetzlich geregelter Fall.¹⁰⁵⁹ Sind diese Voraussetzungen erfüllt, erlaubt der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG nicht nur eine Analogie, sondern verpflichtet den Rechtsanwender zu dieser.¹⁰⁶⁰

1057 Grapentin, Vertragsschluss, 2018, S. 99f.; Nitschke, Softwareagenten, 2010, S. 46; Schulz, Verantwortlichkeit, 2015, S. 108.

1058 Hierzu schon Fn. 995.

1059 Th. Möllers, Methodenlehre, 3. Aufl. 2020, § 6 Rn. 102; Reimer, Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 562.

1060 Bydlinski, Methodenlehre, 2. Aufl. 1991, S. 474; Larenz/Canaris, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 193; Th. Möllers, Methodenlehre, 3. Aufl. 2020, § 6 Rn. 104.

aa) Planwidrige Regelungslücke

Zentrale Voraussetzung der Legitimation des Rechtsanwenders zur Rechtsfortbildung ist das Bestehen einer Gesetzeslücke. Hierunter versteht man die planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes.¹⁰⁶¹ Ob eine solche gegeben ist, ist anhand der jeweiligen Rechtsnorm sowie der gesamten Rechtsordnung unter besonderem Augenmerk auf den gesetzgeberischen Regelungswillen zu beurteilen.¹⁰⁶² Insofern besteht eine teilweise Überschneidung mit der Vergleichbarkeit der Interessenlage als zweiter Voraussetzung der Analogie. Auch dort spielen die gesetzlichen Wertungen der Gesamtrechtsordnung eine entscheidende Rolle.

Eine Regelungslücke ist vorliegend vorhanden. Der Einsatz autonomer Systeme zum Zwecke des Vertragsschlusses sowie die damit verbundene Frage der Wissenszurechnung sind im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht ansatzweise geregelt. § 166 Abs. 1 BGB setzt ein Rechtssubjekt als Vertreter voraus. Die technische Innovation autonomer Systeme war bei dessen Inkrafttreten aber nicht im Ansatz vorstellbar. Gerade die Funktionsäquivalenz autonomer Systeme und menschlicher Hilfspersonen legt jedoch die Erstreckung der Regelung des § 166 Abs. 1 BGB auf erstere nahe.¹⁰⁶³ Wenig überzeugend ist es dagegen, aus der bisherigen Untätigkeit des Gesetzgebers in Kenntnis der Innovation autonomer Systeme einen bewussten Verzicht auf eine entsprechende Regelung zu sehen.¹⁰⁶⁴ Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass gerade im Bereich technischer Innovationen aufgrund des häufig hinterhereilenden Gesetzgebers ein besonders ausgeprägtes Bedürfnis nach Rechtsfortbildung besteht.¹⁰⁶⁵ Auch von der Planwidrigkeit der Regelungslücke ist daher auszugehen.¹⁰⁶⁶

1061 Hierzu bereits *Elze*, Lücken im Gesetz, 1916, S. 6; *Canaris*, Lücken, 2. Aufl. 1983, S. 39; ferner *Th. Möllers*, Methodenlehre, 3. Aufl. 2020, § 6 Rn. 101.

1062 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 194.

1063 Hierzu sogleich unter 3. Teil, A., IV., 3., b), bb) noch näher.

1064 So aber *Nitschke*, Softwareagenten, 2010, S. 37f. im Hinblick auf die §§ 164ff. BGB.

1065 3. Teil, A., II., 3., c).

1066 Generell im Hinblick auf die §§ 164ff. BGB *Grapentin*, Vertragsschluss, 2018, S. 94; *Günther*, Roboter, 2016, S. 53; *John*, Haftung für KI, 2007, S. 83f.; *Schulz*, Verantwortlichkeit, 2015, S. 109f.; *Wettig*, Vertragsschluss, 2010, S. 178.

bb) Vergleichbare Interessenlage

Weitere Voraussetzung der Analogie ist die vergleichbare Interessenlage des regelungsbedürftigen Sachverhalts und des gesetzlich geregelten Sachverhalts. Diese müssen sich ähnlich sein. Von besonderer Bedeutung ist dabei, dass die zu vergleichenden Sachverhalte nie komplett gleich sein können. Es handelt sich stets lediglich um eine Teilgleichheit.¹⁰⁶⁷ Diese hat gerade im Hinblick auf die der gesetzlichen Regelung zugrunde liegenden rechtlichen Wertungen zu bestehen.¹⁰⁶⁸ Maßgeblich ist mit Blick darauf die inhaltliche oder strukturelle Nähe von geregelterm und regelungsbedürftigem Fall. Diese ist umso größer, je mehr es sich bei diesen um funktionale Äquivalente handelt, diese also in einer für die rechtlichen Wertungen relevanten Hinsicht austauschbar sind.¹⁰⁶⁹

An dieser Stelle kommt erneut die Funktionsäquivalenz algorithmischer und menschlicher Hilfspersonen zum Tragen. Diese wurde bereits in den anderen Einsatzbereichen betont. Zwar handelt es sich bei menschlichen Stellvertretern um rechtsfähige natürliche Personen, bei autonomen Systemen dagegen nur um ein technisches Phänomen. Entscheidend ist aber doch vielmehr, dass autonome Systeme als Abschlussagenten bei funktionaler Betrachtung – ebenso wie menschliche Stellvertreter – für die juristische Person Verträge schließen und dabei für diese die für die Wissensnormen so zentrale Aufgabe des Selbstschutzes wahrnehmen. Sie werden dabei zu Akteuren, deren sich die juristische Person „wie eines Vertreters“¹⁰⁷⁰ bedient. Insofern besteht eine große Ähnlichkeit zum von § 166 Abs. 1 BGB geregelten Sachverhalt.

Dieser Eindruck bestätigt sich mit Blick auf die § 166 Abs. 1 BGB zugrunde liegenden Wertungen. Diese weisen eine große Überschneidung mit den für die Wissensorganisationspflicht maßgeblichen Rechtsprinzipien auf¹⁰⁷¹ und wurden daher bereits ausreichend beleuchtet. Es handelt sich um die Prinzipien des Vertrauensschutzes, der Risikoschaffung und

1067 *Th. Möllers*, Methodenlehre, 3. Aufl. 2020, § 6 Rn. 103.

1068 *Bydlinski*, Methodenlehre, 2. Aufl. 1991, S. 474f.; *Larenz/Canaris*, 3. Aufl. 1995, S. 202; *Th. Möllers*, Methodenlehre, 3. Aufl. 2020, § 6 Rn. 104; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtslehre, 11. Aufl. 2020, Rn. 871f.

1069 So explizit *Reimer*, Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 578.

1070 Die in dieser Phrase zum Ausdruck kommende funktionale Sichtweise lag bereits der analogen Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB auf Wissensvertreter zugrunde, vgl. BGHZ 55, 307 (311) (1971); *Richardi*, AcP 169 (1969), 385 (397). Vgl. hierzu auch 2. Teil, B.

1071 Hierzu bereits 2. Teil, C., II. sowie 2. Teil, C., IV.

-beherrschung sowie der Korrelation von Vor- und Nachteil. Diese haben Rechtsprechung und Literatur bereits im Rahmen der analogen Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB auf Wissensvertreter herausgearbeitet und in der Folge auch der Wissensorganisationspflicht zugrunde gelegt.¹⁰⁷² Sie sprechen ebenfalls für die Vergleichbarkeit des gesetzlich nicht geregelten Einsatzes autonomer Systeme als Abschlussagenten mit dem von § 166 Abs. 1 BGB erfassten Fall menschlicher Stellvertreter.

Kommen autonome Systeme als Abschlussagenten im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung zum Einsatz, weiß der Vertragspartner der Organisation, dass er es mit einem solchen System zu tun hat. Handelt es sich bei dem Vertragspartner um eine natürliche Person und werden damit vom System personenbezogene Daten verarbeitet, so wird der Einsatz autonomer Systeme von Art. 22 Abs. 1 DS-GVO erfasst.¹⁰⁷³ Es liegt dann nämlich eine automatisierte Entscheidung im Sinne der Norm vor. Dies dürfte typischerweise im B2C-Bereich der Fall sein. Die Organisation hat den Vertragspartner daher nach Art. 13 Abs. 2 lit. f, Art. 14 Abs. 2 lit. g DS-GVO zum Zeitpunkt der Datenerhebung über das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung zu informieren und ihm aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für seine Person zur Verfügung zu stellen. In Sachverhalten der Industrie 4.0 mit ausschließlicher Beteiligung juristischer Personen sowie der Übermittlung von Sachdaten ist die DS-GVO dagegen nach Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Nr. 1 DS-GVO nicht anwendbar. Hier besteht aber in aller Regel strukturbedingt Kenntnis vom Einsatz autonomer Systeme. Somit vertraut der Vertragspartner der Organisation in beiden Fällen in die Technik des Systems und erwartet daher eine Weiterleitung der Information oder – in diesem Einsatzbereich zumeist – ein informationsgerechtes Verhalten des Systems selbst.¹⁰⁷⁴

Dieses Vertrauen ist normativ berechtigt und damit schutzwürdig, da es auch im vorliegenden Einsatzbereich die juristische Person ist, die das maßgebliche Risiko schafft und beherrschen kann. Sie setzt autonome Systeme bewusst als Abschlussagenten ein. Hierdurch schafft sie zum einen

1072 Hierzu v.a. 2. Teil, B. sowie 2. Teil, C., II. und 3. Teil, A., II., 3., b). Zusätzlich hat die Rechtsprechung für die Begründung der Wissensorganisationspflicht das Gleichstellungsargument herangezogen, vgl. v.a. 3. Teil, A., II., 3., b), aa).

1073 Hierzu 3. Teil, A., II., 3., c), ff), (3).

1074 Hierzu schon 3. Teil, A., II., 3., c), ee), (2) im Bereich der Informationsbeschaffung und -auswertung.

das Risiko der fehlenden menschlichen Kenntnisnahme der Information als Limitation der bestehenden Dogmatik der Wissenszurechnung. Besondere Beachtung verdient in diesem Kontext das Autonomierisiko autonomer Systeme. Da das System selbst auf Grundlage seines Wissens agiert und damit den Selbstschutz der juristischen Person wahrnimmt, kann sich vor allem das Risiko unberechenbarer und falscher Entscheidungen *des Systems* realisieren. Da das autonome System in der Sphäre der Organisation zum Einsatz kommt, kann diese das Risiko zumindest abstrakt beherrschen. Sie kann dieses zudem über die Auswahl des Herstellers sowie die Qualität der Systeme – jedenfalls mittelbar – steuern. Zumindest kann sie es am kostengünstigsten versichern. Daher ist die Organisation auch in diesem Fall der *cheapest knowledge bearer*.¹⁰⁷⁵ Im Hinblick auf den Tatbestand der Arglist, der vor allem beim Verschweigen von Mängeln eine zentrale Rolle spielt, ist sie aufgrund der im System vorhandenen Informationen zudem in der Lage, bestehende Informationsasymmetrien – über das System selbst – am kostengünstigsten zu beheben. Wie bereits betont,¹⁰⁷⁶ spricht dies für die Annahme der ohnehin verobjektivierten, moralisch neutralisierten Arglist auch in diesem Fall. Diese wird für die juristische Person hier nicht arbeitsteilig, sondern allein vom autonomen System verwirklicht.

Auch die Korrelation von Vor- und Nachteil streitet schließlich für die Vergleichbarkeit der Sachverhalte menschlicher und algorithmischer Abschlussagenten. Mit dem Einsatz autonomer Systeme als Abschlussagenten macht sich die Organisation die Vorteile der Arbeitsteilung in gleichem Maße zunutze wie beim Einsatz menschlicher Stellvertreter. Mehr noch: Die Systeme flexibilisieren Logistik und Produktion und erlauben Echtzeitkommunikation.¹⁰⁷⁷ Sie sind daher die Treiber des disruptiven Wandels zur Industrie 4.0. Aufgrund der bestehenden Regelungslücke würden sie es der Organisation aber gerade im vorliegenden Einsatzbereich, in dem sie stets ohne menschliche Beteiligung agieren, ermöglichen, diese Vorteile zu internalisieren, ohne die damit verbundenen Nachteile tragen zu müssen. Erst die Wissenszurechnung bewirkt in diesem Fall auch die Internalisierung dieser Nachteile. Auf diese Weise führt sie den Einsatz autonomer Systeme auf ein gesamtwirtschaftlich sinnvolles Niveau.¹⁰⁷⁸

1075 Hierzu bereits ausführlich 3. Teil, A., II., 3., c), ee), (2).

1076 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (3) sowie 3. Teil, A., II., 3., c), ee), (2).

1077 3. Teil, A., IV., 2.

1078 Näher hierzu 3. Teil, A., II., 3., c), ee), (3).

Auch eine vergleichbare Interessenlage ist damit gegeben. § 166 Abs. 1 BGB ist daher auf autonome Systeme als Abschlussagenten analog anzuwenden.

c) (Doppelt) Analoge Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB auf autonome Systeme als Beratungsagenten

Baut man auf den soeben gewonnenen Erkenntnissen zur analogen Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB auf autonome Systeme als Abschlussagenten auf, so liegt auch dessen analoge Anwendung auf autonome Systeme als *Beratungsagenten* nahe. So sollen die Systeme bezeichnet werden, wenn sie zwar keine Verträge abschließen, aber in anderer Funktion – etwa im Rahmen der Beratung oder Verhandlung – nach außen hin Dritten gegenüber für die Organisation auftreten.¹⁰⁷⁹ Im Grunde handelt es sich dabei um eine doppelte bzw. zweifache Analogie zu § 166 Abs. 1 BGB, da autonome Systeme einerseits keine Rechtssubjekte sind und hier andererseits strukturell keine Vertretungssituation gegeben ist.

aa) Planwidrige Regelungslücke

Auch hier liegt eine Regelungslücke vor, da die beschriebene Konstellation autonomer Systeme als Beratungsagenten (erst recht) nicht von § 166 Abs. 1 BGB erfasst ist. Die Planwidrigkeit der Regelungslücke im Hinblick auf autonome Systeme lässt sich wiederum mit der fehlenden Vorhersehbarkeit dieser technischen Innovation für den damaligen Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs begründen. Hinsichtlich der Beschränkung des § 166 Abs. 1 BGB auf Stellvertreter und die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung haben Rechtsprechung und Literatur bereits hinreichend herausgearbeitet, dass es sich bei der Vorschrift des § 166 Abs. 1 BGB um eine äußerst bruchstückhafte Regelung handelt und sich Fragen der Wissenszurechnung bei Hilfspersonen auch darüber hinaus stellen.¹⁰⁸⁰ Auch diesbezüglich ist die Planwidrigkeit der Regelungslücke daher zu bejahen.

1079 Hierzu schon Fn. 996.

1080 Hierzu 2. Teil, B.

bb) Vergleichbare Interessenlage

Erforderlich ist zudem auch hier das Bestehen einer vergleichbaren Interessenlage. Diese ist aufgrund der zweifachen Analogie zu § 166 Abs. 1 BGB mit Blick auf die Figur des Wissensvertreters zu beurteilen. Eine Ähnlichkeit des Einsatzes autonomer Systeme als Beratungsagenten kann hier nämlich von vornherein nur mit dem Einsatz menschlicher Wissensvertreter, nicht aber Stellvertreter bestehen.

Auch diesbezüglich kann eine Funktionsäquivalenz autonomer Systeme und menschlicher Hilfspersonen festgestellt werden. So ist nach der von der Rechtsprechung entwickelten Definition Wissensvertreter, wer nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei angefallenen Informationen zur Kenntnis zu nehmen sowie gegebenenfalls weiterzuleiten.¹⁰⁸¹ Kommen autonome Systeme als Beratungsagenten zum Einsatz, treten sie nach der Arbeitsorganisation der juristischen Person nach außen hin ohne menschliche Steuerung – also eigenverantwortlich – als Repräsentanten derselben auf. Dabei nehmen sie Informationen des Gegenübers zur Kenntnis und agieren auf deren Grundlage selbst oder leiten diese an menschliche Hilfspersonen weiter. Sie sind somit das algorithmische Pendant zum menschlichen Wissensvertreter.

Auch im Hinblick auf die maßgeblichen gesetzlichen Wertungen ist die Ähnlichkeit der beiden Sachverhalte menschlicher und algorithmischer Wissensvertreter zu bejahen. Es handelt sich dabei nämlich um die bereits im Rahmen der (einfachen) Analogie im Fall von Abschlussagenten behandelten Rechtsprinzipien. Diese treffen in gleicher Weise zu, wenn autonome Systeme als sonstige Hilfsakteure nach außen hin auftreten. Einzig im Hinblick auf den Vertrauensschutz besteht ein kleiner, das Ergebnis aber nicht verändernder, Unterschied: Wenn autonome Systeme als Beratungsagenten agieren, wird nicht stets eine automatisierte Entscheidung im Sinne des Art. 22 Abs. 1 DS-GVO vorliegen. Sie treffen in dieser Funktion nämlich keine rechtliche Wirkung entfaltenden oder in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigenden Entscheidungen, sondern beraten oder verhandeln lediglich im Vorfeld von solchen. Informationspflichten nach Art. 13 Abs. 2 lit. f, Art. 14 Abs. 2 lit. g DS-GVO bestehen jedoch nach An-

1081 BGHZ 117, 104 (106f.) (1992); ähnlich die Definition in BGHZ 83, 293 (296) (1982); NJW 1985, 2583; 2014, 1294; 2014, 2861 (2862). Hierzu ausführlich 2. Teil, B.

sicht einiger auch, wenn Profilingmaßnahmen des Systems lediglich in eine menschliche Entscheidung einfließen sollen.¹⁰⁸² Dies könnte aber auch im Fall von autonomen Systemen als Beratungsagenten zutreffen. Zudem wird eine Erweiterung der Informationspflichten *de lege ferenda* angeregt.¹⁰⁸³ Und selbst wenn der Vertragspartner nicht wissen sollte, dass er es mit einem autonomen System statt eines Menschen zu tun hat: Der Vertrauensschutz streitet auch in diesem Fall für eine Wissenszurechnung, da diese schließlich auch bei einer dem Vertrauen des Vertragspartners entsprechenden menschlichen Informationsverarbeitung vorzunehmen wäre.¹⁰⁸⁴

Die (zweifache) Analogie zu § 166 Abs. 1 BGB sollte jedoch entsprechend der Funktionsäquivalenz auf Fälle beschränkt bleiben, in denen das autonome System die von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen an Wissensvertreter erfüllt.¹⁰⁸⁵ Hierbei ist eine funktionale Betrachtungsweise maßgeblich. An früherer Stelle der Untersuchung wurde zudem bereits auf die bestehende Unsicherheit im Hinblick auf die Erforderlichkeit eines offenkundigen Auftretens eines Wissensvertreters hingewiesen.¹⁰⁸⁶ Die Problematik dürfte sich faktisch dadurch entschärfen, dass autonome Systeme im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung typischerweise nach außen hin auftreten werden. Ein Festhalten am Merkmal der Offenkundigkeit ist aber unabhängig davon auch deshalb vorzuzugswürdig, da somit die im Rahmen der Analogie bestehende Orientierung an der gesetzlichen Regelung des § 166 Abs. 1 BGB deutlich wird. Zudem ist dadurch eine trennscharfe Abgrenzung des Instituts der Wissensvertretung zur Wissensorganisationspflicht gewährleistet.

4. Ergebnis des Einsatzbereichs

Abschließend sind die Ergebnisse der Untersuchung zum Einsatz autonomer Systeme im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung zusammenzufassen. Anhand dieser Ergebnisse ist dann das einführende Beispiel zu lösen.

1082 Hierzu bereits 3. Teil, A., II., 3., c), ee), (2) m.w.N. in Fn. 724.

1083 Hierzu bereits 3. Teil, A., II., 3., c), ee), (2) m.w.N. in Fn. 725.

1084 Hierzu bereits 3. Teil, A., II., 3., c), ee), (2).

1085 Zu diesen 2. Teil, B.

1086 2. Teil, B.

a) Zusammenfassung

Im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung handeln autonome Systeme selbst auf Grundlage der von ihnen verarbeiteten Informationen. Sie schließen für die juristische Person als Abschlussagenten Verträge oder treten als Beratungsagenten sonst nach außen hin auf. Mangels Beteiligung einer menschlichen Hilfsperson kann hier von vornherein allein an das autonome System als Zurechnungssubjekt einer Wissenszurechnung angeknüpft werden.

Als normative Grundlage einer solchen ist – anders als in den übrigen Einsatzbereichen – § 166 Abs. 1 BGB heranzuziehen. Dieser ist zwar nicht unmittelbar anwendbar, da er einen rechtsfähigen Vertreter voraussetzt. Eine Analogie zu dieser Vorschrift liegt im Einsatzbereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung aber näher als der Rückgriff auf die Wissensorganisationspflicht. § 166 Abs. 1 BGB passt von seinen Voraussetzungen besser auf die Situation der unmittelbaren Beteiligung autonomer Systeme am konkreten Rechtsgeschäft. Zudem sprechen methodische und dogmatische Gründe für den Vorrang der Analogie.

Da es sich bei § 166 Abs. 1 BGB um eine originäre Norm des Stellvertretungsrechts handelt, war auch die Diskussion des Vertragsschlusses autonomer Systeme mit in den Blick zu nehmen. Die dort diskutierte analoge Anwendung der §§ 164ff. BGB kann jedenfalls auf den ersten Blick Gründe auch für oder gegen eine analoge Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB liefern.

Da eine Analogie zu den Regelungen des Stellvertretungsrechts häufig aufgrund der fehlenden Rechtsfähigkeit autonomer Systeme abgelehnt wird, könnte *de lege ferenda* die Einführung einer Rechtspersönlichkeit für autonome Systeme (sogenannte elektronische Person) eine Lösung der Problematik versprechen. Dann dürfte auch § 166 Abs. 1 BGB ohne Weiteres anwendbar sein. Bereits *de lege lata* wird zur Übertragung rechtlicher Regelungen auf autonome Systeme aber das Konzept der Teilrechtsfähigkeit herangezogen. So wird den Systemen *per analogiam* beschränkte Rechtsfähigkeit zugesprochen, um etwa Stellvertreter sein zu können. Die Verleihung von Teilrechtsfähigkeit ist jedoch – jedenfalls für die Wissenszurechnung – nicht erforderlich. Denn die Ablehnung der Analogie mit der fehlenden Rechtsfähigkeit autonomer Systeme entpuppt sich als Zirkelschluss. Maßgeblich sind für die Prüfung einer Analogie vielmehr funktionale sowie an den maßgeblichen gesetzlichen Wertungen orientierte Überlegungen. Sprechen diese für eine Analogie, so werden autonome Systeme dadurch aber nicht zu Trägern von Rechten und Pflichten. Sie die-

nen vielmehr als reine Zurechnungsvehikel zur Zurechnung des in ihnen enthaltenen Wissens zur juristischen Person. Allein diese ist Zurechnungsendpunkt sowohl des Wissens als auch etwaiger von den Wissensnormen hieran geknüpfter Rechte und Pflichten. Ausreichend für die Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung ist daher eine (schlichte) Analogie zu § 166 Abs. 1 BGB.

Dieser stehen die gegen eine analoge Anwendung der §§ 164ff. BGB zur Konstruktion des Vertragsschlusses autonomer Systeme erhobenen Einwände nicht entgegen. Trotz Einbettung von § 166 Abs. 1 BGB in den Regelungskomplex der Stellvertretung handelt es sich bei Stellvertretung und Wissenszurechnung um zwei getrennt voneinander zu beurteilende Fragen. Zudem greifen die gegen die analoge Anwendung der §§ 164ff. BGB geäußerten Bedenken im Hinblick auf die Wissenszurechnung inhaltlich nicht durch. Insbesondere kommt der Wissenszurechnung hier zugute, dass es für sie lediglich eines kognitiven, keines voluntativen Elements bedarf. Eine analoge Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB wird daher bereits bisher in unterschiedlichem Kontext in der Literatur praktiziert.

Die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB auf autonome Systeme in der Funktion als Abschlussagenten liegen vor. Eine planwidrige Regelungslücke ist anzunehmen, da das Fehlen einer gesetzlichen Regelung darauf zurückzuführen ist, dass derartige Systeme bei Inkrafttreten des § 166 Abs. 1 BGB für den Gesetzgeber nicht vorhersehbar waren. Auch eine vergleichbare Interessenlage ist anzunehmen. Hierfür streitet zum einen die Funktionsäquivalenz algorithmischer Abschlussagenten und menschlicher Stellvertreter. Zum anderen sprechen die § 166 Abs. 1 BGB zugrunde liegenden Prinzipien des Vertrauensschutzes, der Risikoschaffung und -beherrschung sowie der Korrelation von Vor- und Nachteil für eine Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Der Vertragspartner der die Systeme einsetzenden Organisation weiß, dass er es mit einem autonomen System zu tun hat und vertraut in dessen Technik. Daher erwartet er eine Weiterleitung maßgeblicher Informationen oder ein informationsgerechtes Verhalten des Systems selbst. Dieses Vertrauen ist normativ berechtigt und damit schutzwürdig, da die juristische Person mit dem bewussten Einsatz autonomer Systeme als Abschlussagenten das Risiko der fehlenden Weiterleitung einer Information sowie das Autonomierisiko schafft. Sie kann dieses aber – jedenfalls über die Wahl des Herstellers – abstrakt beherrschen oder zumindest am kostengünstigsten versichern und ist damit im vorliegenden Einsatzbereich ebenfalls der *cheapest knowledge bearer*. Schließlich spricht die Korrelation von Vor- und Nachteil für eine

Wissenszurechnung, da so der Organisation nicht nur die Vorteile des Einsatzes der Systeme zugutekommen, sondern diese auch die korrespondierenden Nachteile tragen muss.

Auch die Voraussetzungen für eine (doppelt bzw. zweifach) analoge Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB auf autonome Systeme als Beratungsagenten liegen vor. Diesbezüglich sind eine planwidrige Regelungslücke sowie eine vergleichbare Interessenlage – weitgehend parallel zum Auftreten der Systeme als Abschlussagenten – ebenfalls zu bejahen. Eine Funktionsäquivalenz kann hier im Hinblick auf autonome Systeme als Beratungsagenten und (menschliche) Wissensvertreter festgestellt werden. Diese wird – wie schon bei der einfach analogen Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB – von den zugrunde liegenden Wertungen gestützt. Allerdings sollte die Analogie auf Fälle beschränkt bleiben, in denen autonome Systeme – bei funktionaler Betrachtung – die von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen für Wissensvertreter erfüllen. Dabei ist auch am umstrittenen Merkmal der Offenkundigkeit festzuhalten.

Die Wissenszurechnung bei autonomen Systemen im vorliegenden Einsatzbereich wird schließlich durch die bereits im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung herausgestellten immanenten Grenzen beschränkt. Allerdings kann der juristischen Person im vorliegenden Bereich auch implizites Wissen des autonomen Systems zugerechnet werden. Auch dieses fließt in die Entscheidung und deren Umsetzung – hier – des autonomen Systems ein. Dann aber ist auch seine Zurechnung zur juristischen Person gerechtfertigt. Freilich dürfte die diesbezügliche Beweisführung in der Praxis enorme Schwierigkeiten bereiten.

b) Lösung des einführenden Beispiels

Unter Zugrundelegung der Ergebnisse kann schließlich noch das einführende Beispiel gelöst werden. Dort war die Frage, ob Gewährleistungsansprüche der K nach § 442 Abs. 1 BGB ausgeschlossen sind, da sich diese eine etwaige Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des von ihr eingesetzten autonomen Systems vom Mangel der bestellten Teile zurechnen lassen muss. Dies ist im Ergebnis zu verneinen.

Ein Ausschluss nach § 442 Abs. 1 S. 1 BGB kommt nicht in Betracht, da die K den Mangel der Teile bei Vertragsschluss nicht kannte. Ihr könnte diesbezüglich allein das im autonomen System vorhandene Wissen zugerechnet werden, da eine menschliche Hilfsperson am gesamten Vorgang nicht beteiligt war. Doch die im autonomen System vorhandenen Infor-

mationen entsprechen nicht dem gesetzlich geforderten Gegenstand der Kenntnis. Diese hat sich nach § 442 Abs. 1 S. 1 BGB auf den Mangel der Kaufsache zu beziehen. Ein Mangel liegt mangels vertraglicher Vereinbarung nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB jedenfalls vor, wenn sich die Kaufsache nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet oder keine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Das autonome System verfügt nur über die Information, dass die Teile der *vorherigen* Lieferung qualitativ minderwertig waren. Ferner verfügt es über die Information, dass es nun die gleichen Teile beim selben Zulieferer bestellt. Diese Informationen stimmen somit nicht mit dem gesetzlich geforderten Informationszusammenhang überein. Auch weisen die im System vorhandenen Informationen keinen so engen Zusammenhang zur Information der Mangelhaftigkeit der nun bestellten Kaufsache auf, dass von ihnen zwingend auf diese zu schließen ist.

Die Gewährleistungsansprüche der K sind aber auch nicht nach § 442 Abs. 1 S. 2 BGB ausgeschlossen, da ihr auch keine grob fahrlässige Unkenntnis des Mangels vorzuwerfen ist. Auch diesbezüglich kann allein an das autonome System als Zurechnungssubjekt angeknüpft werden. Bei diesem ist das Vorliegen grob fahrlässiger Unkenntnis mithilfe eines beweglichen Systems festzustellen.¹⁰⁸⁷ Als Kriterien dienen hierbei der von der Wissensnorm vorausgesetzte Verschuldensgrad, die Nähe des festgestellten Kenntnisstandes zum gesetzlich geforderten Kenntnisstand, die Art des Geschäfts, Anlass sowie Aufwand und Nutzen der Informationssuche sowie schließlich die Nähe der maßgeblichen Information zur Sphäre des Betroffenen. Für die Annahme grob fahrlässiger Unkenntnis spricht danach, dass von der materialbedingten qualitativen Minderwertigkeit der Teile der ersten Lieferung – gerade bei Massenteilen – unter Umständen auf die qualitative Minderwertigkeit der Teile auch der nächsten Lieferung geschlossen werden kann. Es ist auch davon auszugehen, dass die Systeme über die gemeinsame Schnittstelle jedenfalls das Material kommunizieren, aus dem die jeweiligen Teile hergestellt werden. Insoweit besteht eine gewisse Nähe des beim autonomen System der K vorhandenen Kenntnisstands zum gesetzlich geforderten Kenntnisstand. Allerdings ist diese Nähe andererseits nicht so groß, dass die Schlussfolgerung der Mangelhaftigkeit der zuletzt gelieferten Teile zwingend zu erwarten ist. Zu berücksichtigen ist dabei vor allem, dass § 442 Abs. 1 S. 2 BGB die Gewährleistungsansprüche nur

1087 Hierzu allgemein 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (2), (a) sowie speziell im Hinblick auf autonome Systeme 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (2), (c).

bei *grob* fahrlässiger Unkenntnis ausschließt. Die Schutzbedürftigkeit des Käufers wird damit als erhöht eingestuft. Dieser darf grundsätzlich auf die vertragsmäßige Beschaffenheit der Kaufsache vertrauen und von einer Untersuchung derselben oder der Einholung von Informationen absehen.¹⁰⁸⁸ Die Informationsbeschaffung auf den Käufer zu verlagern, würde dem Zweck des § 442 BGB, Transaktionskosten zu minimieren,¹⁰⁸⁹ zuwiderlaufen. Dann müsste sich nämlich der Käufer um Informationen bemühen, die der Verkäufer in aller Regel wesentlich billiger beschaffen kann, da er die Vorgeschichte der Kaufsache kennt und diese sich in seiner Sphäre befindet.¹⁰⁹⁰ Daher steigt mit der Beschränkung der Norm auf *grob* fahrlässige Unkenntnis die Begründungslast des Rechtsanwenders. Entscheidend dürfte dabei *in concreto* sein, dass die letztlich maßgebliche Information über die Mangelhaftigkeit der zuletzt gelieferten Teile bei Vertragsschluss der Sphäre der V zuzuordnen ist. Bei dieser befinden sich die Teile zu diesem Zeitpunkt. Auch wenn das autonome System der K mit demjenigen der V über eine Schnittstelle verbunden ist, kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass *diese* Information – wenn vom System der V überhaupt verarbeitet – dem System der K zur Verfügung steht. Unabhängig davon befindet sich aber das autonome System der V näher an der Information. All dies spricht gegen die Annahme *grob* fahrlässiger Unkenntnis beim autonomen System der K.¹⁰⁹¹ Somit kann diese auch nicht der K zugerechnet werden.

1088 BGH BeckRS 2013, 05054; OLG Saarbrücken BeckRS 2017, 116290; BeckOKBGB/*Faust*, § 442 BGB Rn. 23f.; *Fleischer*, Informationsasymmetrie, 2001, S. 478; BeckOGK/*Stöber*, § 442 BGB Rn. 25; MüKoBGB/H.P. *Westermann*, § 442 BGB Rn. 8.

1089 Hierzu grundlegend *Köhler*, JZ 1989, 761 (763f.); ferner BeckOKBGB/*Faust*, § 442 BGB Rn. 2; *Fleischer*, Informationsasymmetrie, 2001, S. 475–478; kritisch BeckOGK/*Stöber*, § 442 BGB Rn. 4.

1090 BeckOKBGB/*Faust*, § 442 BGB Rn. 24.

1091 Sollte man dies jedoch anders sehen, wäre die *grob* fahrlässige Unkenntnis des autonomen Systems der K auch analog § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen. Das System agiert als deren Abschlussagent. Einer Zurechnung stünde in diesem Fall auch nicht die Wertung der Wissensnorm des § 442 Abs. 1 BGB entgegen. Dieser soll nach überwiegender Ansicht Anreize für den Käufer setzen, eine offenen zutage liegende Mangelhaftigkeit vor Vertragsschluss anzusprechen, damit die Parteien dieser bei der Festlegung des Vertragsinhalts Rechnung tragen, um auf diese Weise die kostenträchtige Bewältigung des Mangels mithilfe des Gewährleistungsrechts zu vermeiden, vgl. die Nachweise in Fn. 1089. Diese Erwägungen treffen aber auch beim Vertragsschluss durch autonome Systeme zu. Die Norm schafft hier somit Anreize für eine entsprechende Technikgestaltung.

V. Zusammenführung und Analyse der bisherigen Ergebnisse

Eingangs wurde der Untersuchung die Hypothese zugrunde gelegt, dass die bestehende Dogmatik der Wissenszurechnung mit steigender Autonomie der eingesetzten Systeme zunehmend an ihre Grenzen stößt.¹⁰⁹² Der Grad der Autonomie wird oftmals entscheidungszentriert dargestellt. Der Entscheidungsvorgang unterteilt sich aber in verschiedene Teilbereiche, die gerade in Unternehmen aufgrund deren arbeitsteiliger Struktur häufig organisatorisch verselbstständigt sind. Da autonome Systeme in jedem dieser Teilbereiche zum Einsatz kommen und sich dabei unterschiedliche Problematiken ergeben, wurde die Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme zunächst isoliert für jeden dieser Einsatzbereiche untersucht.¹⁰⁹³ Dabei konnte festgestellt werden, dass der Einsatz autonomer Systeme im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung sowie im Bereich der Entscheidungsfindung in tatsächlicher Hinsicht starke Überschneidungen aufweist und daher auch rechtlich weitgehend identisch zu behandeln ist. Der Einsatz autonomer Systeme im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung unterscheidet sich dagegen. Da jeder dieser Einsatzbereiche aber letztlich nur einen Teilausschnitt des Unternehmens und damit der wirtschaftlichen Tätigkeit der juristischen Person abbildet, ist an dieser Stelle zu analysieren, wie die einzelnen Bereiche im Unternehmen mit Blick auf die Wissenszurechnung ineinandergreifen. Nur so ergibt sich ein vollständiges Bild der Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme.

Das Zusammenspiel der einzelnen Einsatzgebiete soll dabei zunächst am Zusammenwirken von autonomen Systemen und Menschen erklärt werden. Daran anknüpfend soll anhand des Modells eines Multiagentensystems veranschaulicht werden, wie die Wissenszurechnung bei Interaktion mehrerer Systeme ohne menschliche Beteiligung erfolgt und welche spezifischen Problemstellungen sich hier ergeben können. Dieses Vorgehen dient zum einen der Überprüfung der Stimmigkeit der zu den einzelnen Bereichen aufgefundenen Ergebnisse. Es soll zum anderen prospektiv veranschaulichen, dass das hier vorgeschlagene Konzept einer Wissenszurechnung auch bei weiterem technischem Fortschritt – gegebenenfalls unter Modifikationen – langfristig leistungsfähig ist.

1092 1. Teil, B., Untersuchungshypothese Nr. 1.

1093 Zum Vorstehenden ausführlich 3. Teil, A., I.

1. Zusammenspiel der Einsatzgebiete

Im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung kann eine Wissenszurechnung grundsätzlich an eine beteiligte menschliche Hilfsperson als Zurechnungssubjekt anknüpfen. Das autonome System ist als Zurechnungssubjekt nur zu mobilisieren, wenn konstruktionsbedingt die Beteiligung einer menschlichen Hilfsperson an der Informationsverarbeitung von vornherein nicht vorgesehen ist oder diese trotz Beteiligung die vom System verarbeitete Information nicht zur Kenntnis nimmt. Eine Wissenszurechnung kann sich in diesem Fall auf die Wissensorganisationspflicht stützen. Diese hat hier aber keine sachlichen und zeitlichen Grenzen. Eine Zurechnung impliziten Wissens scheidet aus, da die Wissensorganisation anthropozentrisch zu erfolgen hat.¹⁰⁹⁴ Gleiches gilt für den Bereich der Entscheidungsfindung. Dieser unterscheidet sich lediglich dadurch, dass hier stets eine menschliche Hilfsperson beteiligt ist. Daher kann allein deren fehlende Kenntnisnahme der Information eine Anknüpfung an das autonome System erfordern.¹⁰⁹⁵ Im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung kann dagegen mangels Beteiligung einer menschlichen Hilfsperson allein an das autonome System als Zurechnungssubjekt angeknüpft werden. Dessen Wissen ist der juristischen Person analog § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen. Auch diese Zurechnung hat keine sachlichen und zeitlichen Grenzen. Da das System hier selbst aufgrund seiner Informationen agiert, ist auch die Zurechnung impliziten Wissens möglich.¹⁰⁹⁶

Schließt eine menschliche Hilfsperson ein Rechtsgeschäft ab, an dem das vormals im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung tätige autonome System nicht beteiligt ist, und verfügt das System über für *dieses* Rechtsgeschäft rechtlich relevante Informationen, so kann eine Zurechnung mangels Beteiligung am jetzigen Geschehen nicht analog § 166 Abs. 1 BGB erfolgen. Aus Sicht des kontrahierenden Menschen ist das System für das nun interessierende Rechtsgeschäft vielmehr als an diesem unbeteiligter Informationsbeschaffer anzusehen. Dies hat zwei Konsequenzen: (1) Die Wissenszurechnung erfolgt hier qua Wissensorganisationspflicht. (2) Implizites Wissen des Systems kann hier nicht zugerechnet werden, da die Wissensorganisation wiederum anthropozentrisch zu erfolgen hat. Autonome Systeme im Bereich der Entscheidung und Entscheidungs-

1094 Zum Vorstehenden 3. Teil, A., II.

1095 3. Teil, A., III.

1096 3. Teil, A., IV.

umsetzung können demnach für andere rechtliche Geschehen zugleich im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung tätig sein. Sie nehmen – wie auch menschliche Hilfspersonen – im Unternehmen im Laufe ihres Einsatzes situativ unterschiedliche Rollen ein.

Um das Ineinandergreifen dieser Ergebnisse anhand des Zusammenwirkens von Systemen und Menschen im Unternehmen zu veranschaulichen, soll das bereits im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung verwendete Beispiel des Versicherungsantrags¹⁰⁹⁷ wie folgt abgeändert werden: Die von den Kunden der *Vital AG* (V) online ausgefüllten Versicherungsanträge werden unternehmensintern von einem autonomen System überprüft. Dessen Ergebnisse werden einem menschlichen Sachbearbeiter angezeigt. Dieser überprüft diese und leitet unproblematische Anträge an ein (weiteres) autonomes System zum Vertragsschluss, problematische Anträge an einen (weiteren) menschlichen Angestellten zur näheren Überprüfung des Antrags und zu einem eventuellen Vertragsschluss weiter.

Verfügt der kontrahierende menschliche Angestellte hier über die rechtlich relevante Kenntnis, so ist diese der V unmittelbar nach § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen. Ebenso ist die Kenntnis des kontrahierenden autonomen Systems der V *analog* § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen. Verfügen diese dagegen nicht über die rechtlich relevante Kenntnis, ist zunächst die Kenntnis des internen Sachbearbeiters qua Wissensorganisationspflicht zuzurechnen. Fehlt auch diesem die maßgebliche Kenntnis, kann beim antragsprüfenden autonomen System eine Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht erfolgen. Verfügen schließlich kontrahierendes autonomes System oder kontrahierender Angestellter über Informationen, die – etwa, weil ein Kunde zwei Verträge abschließt – für den jeweils anderen relevant sind, so sind diese in diesem Fall qua Wissensorganisationspflicht zuzurechnen. Hier wird die mehrfach betonte anthropoparallele Systematik der Wissenszurechnung bei autonomen Systemen nun im Gesamtunternehmenskontext deutlich. Sie vereinfacht die rechtliche Lösung der Problematik erheblich.

Aufgrund dieser Anthropoparallelität besteht zunächst auch kein wesentlicher Unterschied, wenn autonome Systeme ohne menschliche Beteiligung Teil eines *Multiagentensystems* (MAS) sind. Hinter diesem aus dem Bereich der Verteilten Künstlichen Intelligenz stammenden¹⁰⁹⁸ Begriff steckt ein grundlegendes Konzept, autonome Systeme – dort auch (Soft-/

1097 3. Teil, A., II., 1.

1098 Bond/Gasser, Readings in DAI, 1988, S. 3; Vlassis, MAS, 2007, S. 1.

Hardware-) Agenten genannt – zu einem kohärenten Gesamtsystem zu vernetzen.¹⁰⁹⁹ MAS bestehen aus mindestens zwei Agenten bzw. autonomen Systemen, die innerhalb einer gemeinsamen Umwelt untereinander und mit dieser interagieren, kommunizieren, Informationen austauschen, kooperieren und ihre Aktionen koordinieren, um ihre jeweiligen Ziele, in der Regel aber auch ein gemeinsames Ziel zu erreichen.¹¹⁰⁰ Dabei kann jedes vernetzte (Einzel-)System nur ein beschränktes Areal seiner Umwelt wahrnehmen und hat ebenso nur einen beschränkten Einflussbereich.¹¹⁰¹ Informationen und Aktionen sind daher lokal und verteilt. Sie werden erst durch die komplexen Vernetzungen der Systeme untereinander sowie zum MAS als solchem aufeinander bezogen und auf ein übergeordnetes Ziel ausgerichtet.¹¹⁰² So können MAS Probleme lösen, die für ein einziges zentralgesteuertes System aufgrund ihrer Komplexität nicht zu bewältigen sind.¹¹⁰³ Sie sind dabei zudem aufgrund der Spezialisierung der vernetzten Systeme sowie deren asynchroner und paralleler Prozesse schneller und effizienter.¹¹⁰⁴ MAS sind so besehen künstliche, algorithmengetriebene Organisationen.

Daher könnte auch das dem Beispiel zugrunde gelegte Versicherungsunternehmen der V als MAS konstruiert werden. Dann würde etwa ein autonomes System die eingehenden Versicherungsanträge prüfen, zwei weitere autonome Systeme Versicherungsverträge abschließen.¹¹⁰⁵ An der Handhabung der Wissenszurechnung würde dies im Ausgangspunkt nichts ändern. Das Wissen des jeweils kontrahierenden autonomen Systems wäre der V analog § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen. Für die Zurechnung des Wissens des antragsprüfenden Systems sowie des anderen kontrahierenden, in

1099 Klügl in Görz/Schneeberger/Schmid, Hdb. KI, 5. Aufl. 2014, S. 527.

1100 Klügl in Görz/Schneeberger/Schmid, Hdb. KI, 5. Aufl. 2014, S. 527; grundlegend die Definition bei Bond/Gasser, Readings in DAI, 1988, S. 3; ferner Ferber, MAS, 2001, S. 31. Im juristischen Kontext zu MAS Grapentin, Vertragsschluss, 2018, S. 70–72; John, Haftung für KI, 2007, S. 31–34; Kirn/Müller-Hengstenberg, Risiken, 2016, S. 66–71, 88f.; Mayinger, Künstliche Person, 2017, S. 17f.; Teubner, AcP 218 (2018), 155 (201–203).

1101 Klügl in Görz/Schneeberger/Schmid, Hdb. KI, 5. Aufl. 2014, S. 527.

1102 Kirn/Müller-Hengstenberg, MMR 2014, 225 (230); Klügl in Görz/Schneeberger/Schmid, Hdb. KI, 5. Aufl. 2014, S. 533f.; Vlassis, MAS, 2007, S. 2f., 35.

1103 Misselhorn in Misselhorn (Hrsg.), Collective Agency and Cooperation in Natural and Artificial Systems, 2015, 3.

1104 Vlassis, MAS, 2007, S. 4.

1105 Die Zusammensetzung könnte – nicht zuletzt aufgrund der Modularität des MAS – beliebig variiert oder erweitert werden.

concreto aber nicht am Vertragsschluss beteiligten Systems wäre die Wissensorganisationspflicht heranzuziehen.

2. Vernetzungsrisiken

Innerhalb des MAS gleicht die Wissenszurechnung somit das mit dem Einsatz autonomer Systeme verbundene Vernetzungsrisiko aus. Bei diesem handelt es sich um das bei der Interaktion mehrerer Systeme auftretende Pendant zum Verbundrisiko, welches zwischen Mensch und System relevant wird. Wie dieses ist das Vernetzungsrisiko im Hinblick auf die Wissenszurechnung zunächst eine Form des Wissensaufspaltungsrisikos, in diesem Fall zwischen den im MAS vernetzten autonomen Systemen. Zwischen diesen sind die Informationen im MAS nämlich verteilt. Wird die rechtlich relevante Information nicht an den richtigen Ort im MAS weitergeleitet, schützt die Wissenszurechnung den Vertragspartner, indem sie dieses Wissen gleichwohl der juristischen Person zurechnet. Der Vertragspartner wird damit so gestellt, wie er bei ordnungsgemäßigem Informationsfluss stünde. Das Wissensaufspaltungsrisiko wird auf diese Weise der juristischen Person zugewiesen. Dies fügt sich bruchlos in die für die Wissenszurechnung maßgeblichen Wertungen ein. Der Vertragspartner, der mitunter gar nicht weiß, dass er es hier mit einer Vielzahl von Systemen und nicht nur einem einzigen zu tun hat, vertraut auch in diesem Fall auf die ordnungsgemäße Weiterleitung der rechtlich relevanten Informationen. Dieses Vertrauen ist schutzwürdig, da sich die Informationen innerhalb des MAS und damit in der Sphäre der juristischen Person befinden. Diese ist es zudem, die von der – hier zwischen den Systemen praktizierten – Arbeitsteilung profitiert.

Das Vernetzungsrisiko macht sich aber noch auf andere Weise bemerkbar. Das MAS verfügt aufgrund des hohen Vernetzungsgrades der involvierten Systeme sowie der zwischen diesen bestehenden zahlreichen zufälligen und nichtlinearen Interdependenzen über eine äußerst polymorphe Gestalt.¹¹⁰⁶ Hier kann es schwierig bis unmöglich sein, die einzelnen Systeme noch voneinander abzugrenzen.¹¹⁰⁷ Unter solchen Umständen gestaltet

1106 Hierzu *Hildebrandt*, Smart Technologies, 2016, S. 26; *Spiecker gen. Döbmann*, CR 2016, 698 (701).

1107 *Hildebrandt*, Smart Technologies, 2016, S. 26; *Kirn/Müller-Hengstenberg*, MMR 2014, 225 (226); *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (201f.); *Wagner*, VersR 2020, 717 (725).

sich eine mit der Rechtstechnik der Personifizierung arbeitende Zurechnung schwierig, da diese auf ein bestimmbares und damit auch abgrenzbares Substrat angewiesen ist.¹¹⁰⁸ Die Diffusion autonomer Systeme im MAS bringt daher auch das hier vorgeschlagene Konzept der Wissenszurechnung in Bedrängnis. Dieses knüpft nämlich an ein konkretes autonomes System als Zurechnungsvehikel der juristischen Person an.

3. Ausblick: Wissenszurechnung im Multiagentensystem

Entsprechend ist für die Wissenszurechnung im MAS zu differenzieren. Solange die autonomen Systeme als individuelle Akteure abgrenzbar sind, ist die Wissenszurechnung mit dem hier vorgeschlagenen Konzept gut lösbar. Für die Wissensorganisation im MAS ist aber keine anthropozentrische Ausrichtung erforderlich. Mangels menschlicher Beteiligung kann die Wissensorganisation voll und ganz auf autonome Systeme ausgerichtet werden. Dies lässt auch die Zurechnung von – aus menschlicher Perspektive – implizitem Wissen zu. Auch dieses wird unter den beteiligten Systemen kommuniziert und ist daher für diese im Grunde ebenfalls explizit. Schon für den Einsatz eines einzelnen autonomen Systems im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung wurde festgestellt, dass auch implizites Wissen zugerechnet werden kann, da auch dieses in die Aktionen des Systems einfließt. Dies ist hier – bezogen auf das MAS als solchem – ebenso. Ferner muss überprüft werden, ob im Fall der rechtlichen Kontextualisierung bestimmter Tatsachen oder der Rechtskenntnis an dem diesbezüglich vorgeschlagenen anthropoparallelen Maßstab festzuhalten ist.¹¹⁰⁹ Denn das hierfür unter anderem angeführte Argument, dass innerhalb der arbeitsteiligen Organisation letztlich ein Mensch aufgrund der Informationen handelt, fällt nun weg. Zumindest für den Fall, dass autonome Systeme eine rechtliche Bewertung der Tatsachen vornehmen, kann daher über einen KI-spezifischen Maßstab nachgedacht werden. Solange dies aber nicht so ist, sollte aus Gründen der Praktikabilität und Funkti-

1108 *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (201). Dieser Aspekt des Vernetzungsrisikos wurde bislang im Kontext der Haftung für autonome Systeme problematisiert, vgl. *Gruber* in Hilgendorf/Günther (Hrsg.), *Robotik und Gesetzgebung*, 2013, 123 (144f.); *Schulz*, *Verantwortlichkeit*, 2015, S. 77; *Wagner*, *VersR* 2020, 717 (725); *Zech* in Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, 163 (169f.).

1109 Zu diesem 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (1), (c).

onsäquivalenz auch im MAS am anthropoparallelen Maßstab festgehalten werden.

Ungleich schwieriger gestaltet sich die Wissenszurechnung, wenn die am MAS beteiligten autonomen Systeme nicht mehr individuell abgrenzbar sind. Das hier vorgeschlagene Modell kann dann nicht mehr durchgehalten werden. Es ist entsprechend umzustellen. Die Dogmatik hält mit der Wissensorganisationspflicht aber auch hierfür bereits eine Lösung parat. So hat schon *Bohrer*, auf den sich der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs bei der Entwicklung der Wissensorganisationspflicht maßgeblich gestützt hat, betont, dass die Frage des Wissens der juristischen Person die Verfügbarkeit von Informationen in deren Sphäre betrifft.¹¹¹⁰ Mit einer solchen Argumentation können aber unterschiedslos sämtliche im MAS vorhandenen Informationen – unabhängig davon, wo sie sich genau befinden – zugerechnet werden. Sie befinden sich nämlich allesamt in der Sphäre der das MAS betreibenden juristischen Person. Nur die rechtstechnische Anknüpfung an ein konkretes autonomes System ist hier nicht mehr möglich. Eine Wissenszurechnung hat daher unterschiedslos nach dem Konzept der Wissensorganisationspflicht zu erfolgen. Der Wegfall der nicht länger praktikablen Differenzierung zwischen dieser und einer Zurechnung analog § 166 Abs. 1 BGB ist jedenfalls im Ergebnis zu verkraften. Da bei autonomen Systemen auf die sachliche und zeitliche Begrenzung der Wissensorganisationspflicht verzichtet wurde, haben sich die beiden Zurechnungsinstitute auf Rechtsfolgenseite ohnehin angenähert.

Auch diese Umstellung stößt aber im Fall von MAS, die autonome Systeme mehrerer juristischer Personen miteinander vernetzen, an ihre Grenzen. Hier kann nicht einfach unterschiedslos das gesamte im MAS vorhandene Wissen jeder juristischen Person ohne Weiteres zugerechnet werden. Eine solche Wissenszurechnung verlöre jede Kontur. Mit dem Kriterium der Informationsverarbeitung als zentraler Voraussetzung des Wissens autonomer Systeme kann aber versucht werden, die rechtlich relevanten Informationen wenigstens in einer grob umrissenen – zu einer bestimmten juristischen Person gehörenden – Sphäre zu lokalisieren. Ist selbst dies nicht möglich, kann – sofern nach der jeweiligen Wissensnorm zulässig – auf die fahrlässige Unkenntnis, also das Wissenmüssen, als auch bisherigen Auffangtatbestand zurückgegriffen werden. Die jeweiligen Informationen sind für die am MAS beteiligte juristische Person nämlich jedenfalls verfügbar. Zur Relativierung dieser hier bewusst überspitzt nachgezeichneten

1110 *Bohrer*, Anm. zu BGH Urt. v. 8.12.1989 – V ZR 246/87, DNotZ 1991, 124 (129). Hierzu bereits 2. Teil, C., I.

Problematik sei zuletzt noch Folgendes angemerkt: Es dürfte sich hierbei um – aus heutiger Sicht – futuristische Fälle handeln.

B. Außervertraglicher Bereich

Bereits zu Beginn dieses Teils der Arbeit wurde für die Untersuchung der Forschungsfrage zwischen dem vertraglichen und dem außervertraglichen Bereich differenziert.¹¹¹¹ An die Untersuchung der Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme im vertraglichen Bereich schließt sich nun die Frage an, ob und inwieweit die erarbeiteten Ergebnisse auf den außervertraglichen Bereich zu übertragen sind. Dort ist im Hinblick auf die Wissenszurechnung seit jeher eine große Unsicherheit zu konstatieren.¹¹¹² Diese dürfte vor allem darauf zurückzuführen sein, dass es sich bei der zentralen Regelung des § 166 BGB um eine Norm des Stellvertretungsrechts handelt und auch die Wissensorganisationspflicht vom V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs im vertraglichen Kontext entwickelt wurde; letzteres freilich allein aufgrund der diesem zugewiesenen Zuständigkeit.¹¹¹³ Die Auswertung von Rechtsprechung und Literatur ergibt jedoch, dass auch hier – das Deliktsrecht ausgenommen – weitgehend einheitliche Grundsätze bestehen, die im Folgenden mit Fokus auf die Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme überblicksartig nachzuzeichnen sind. Auf die Wissenszurechnung im Deliktsrecht ist sodann gesondert einzugehen. Hier hat der Bundesgerichtshof eine Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht in zwei Konstellationen ausdrücklich abgelehnt.¹¹¹⁴ Es bestehen daher Zweifel an der generellen Anwendbarkeit der Wissensorganisationspflicht in diesem Bereich. Diese sind mit Blick auf den Einsatz autonomer Systeme zu hinterfragen. Eingebettet werden die Ausführungen von einem (fiktiven) Beispiel, das der Veranschaulichung der Problematik dient.

1111 3. Teil.

1112 So schon *Schilken*, Wissenszurechnung, 1983, S. 233; ferner *Abegglen*, Wissenszurechnung, 2004, S. 222; *Buck*, Wissen, 2001, S. 183 sowie jüngst *Seidel*, AG 2019, 492 (492f.).

1113 Vgl. insoweit den für die Entscheidung BGHZ 109, 327 (1989) maßgeblichen Geschäftsverteilungsplan des Bundesgerichtshofs für das Geschäftsjahr 1987, BAnz. 1987 Nr. 17a, 3 (4) sowie den für die Entscheidung BGHZ 132, 30 (1996) maßgeblichen Geschäftsverteilungsplan des Bundesgerichtshofs 1994, BAnz. 1994 Nr. 29a, 9 (10).

1114 Hierzu auch schon 2. Teil, D.

I. Einführendes Beispiel: E-Scooter-Unfall

Die *Scooter GmbH* (S) bietet E-Scooter zur entgeltlichen Nutzung an. Sie verteilt diese in diversen Städten und lädt sie bei Bedarf regelmäßig auf. Am 2. September 2016 fährt der Radfahrer R einen etwas unglücklich stehenden Roller der S aus Unachtsamkeit um. Dabei verbiegt dessen Lenkstange. Da R aufgrund einer Anbringung am Roller die S als Anbieterin erkennt, meldet er dieser über ein auf ihrer Homepage eigens hierfür vorgesehenes Formular den Schadensfall. Dabei gibt er seine persönlichen Daten an und macht detaillierte Angaben zum genauen Ort des Unfalls, Unfallhergang sowie Schaden am Roller. Seine Angaben werden – für ihn unerkannt – von einem autonomen System der S verarbeitet. Diese setzt das System gezielt zur effizienten Schadensabwicklung ein. Aufgrund eines technischen Fehlers werden die Informationen jedoch nicht an den zuständigen Angestellten weitergeleitet.

Da R von der S deswegen nichts mehr hört, geht er nach geraumer Zeit davon aus, dass sich die Angelegenheit erledigt hat. Erst Anfang des Jahres 2020 wird die vom autonomen System verarbeitete Meldung des Schadensfalls – eher zufällig – dem Mitarbeiter M der S bekannt. Daraufhin macht die S gegen R einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB geltend. R erhebt die Einrede der Verjährung, da er der S den Schadensfall schließlich bereits am 2. September 2016 mitgeteilt habe.

Ist der Anspruch der S gegen R bereits verjährt?

II. Überblick

Fragen der Wissenszurechnung stellen sich im außervertraglichen Bereich im Wesentlichen in vier Zusammenhängen.¹¹¹⁵ So stellen im Rahmen der Regelungen zum gutgläubigen Erwerb die Wissensnormen der §§ 932 Abs. 2, 892 Abs. 1 S. 1 BGB auf die Kenntnis bzw. – im Fall der ersteren auch – die grob fahrlässige Unkenntnis des Erwerbers von der Nichtberechtigung des Veräußerers ab. Im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (EBV) lässt § 990 Abs. 1 BGB die Privilegierung des redlichen unrechtmäßigen Besitzers unter den gleichen Voraussetzungen entfallen. Auch im Bereicherungsrecht tritt nach § 819 Abs. 1 BGB mit Kenntnis des Bereicherten vom Mangel des rechtlichen Grundes eine – dem EBV strukturell ganz ähnli-

1115 Das Deliktsrecht ausgenommen, das nachfolgend noch gesondert untersucht wird.

che¹¹¹⁶ – verschärfte Haftung ein. Schließlich knüpft auch das Insolvenzrecht an Wissen nachteilige Rechtsfolgen. So kann an den Insolvenzschuldner ab Kenntnis der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 82 InsO nicht mehr mit befreiender Wirkung geleistet werden. Die Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes des Schuldners führt nach § 133 Abs. 1 InsO zudem zur Anfechtbarkeit der betreffenden Rechtshandlung.

Ist die von den vorstehenden Wissensnormen Betroffene eine juristische Person, so ist zunächst fraglich, ob und wie dieser das Wissen ihrer am jeweiligen Geschehen beteiligten (natürlichen) Personen zugerechnet werden kann. Es stellt sich zudem die Frage der Zurechnung des Wissens weiterer, am konkreten Geschehen unbeteiligter Hilfspersonen. Diese beiden Konstellationen werden auch beim Einsatz autonomer Systeme relevant. So entspricht der Einsatz autonomer Systeme im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung funktional dem erstgenannten Problemkomplex. Der Einsatz autonomer Systeme im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung dürfte jedoch (gerade in den beiden sachenrechtlichen Kontexten) (noch) eher selten sein.¹¹¹⁷ Deutlich relevanter ist dagegen der Einsatz der Systeme in den Bereichen der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung sowie der Entscheidungsfindung. Dieser entspricht funktional dem zweitgenannten Problemkomplex unbeteiligter menschlicher Hilfspersonen. Für die Zurechnung des Wissens au-

1116 Über §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 BGB finden hier ebenfalls die Regelungen des EBV Anwendung.

1117 Nichtsdestotrotz dürfte der Besitzerwerb durch autonome Systeme nach den §§ 854ff. BGB konstruierbar sein. So könnten diese entweder analog § 855 BGB als Besitzdiener angesehen werden. Nach h.M. bedarf es hierfür nämlich keines Besitzdienerwillens; die Besitzausübung „für einen anderen“ ist vielmehr rein objektiv zu bestimmen, vgl. BGHZ 8, 130 (133f.) (1952); *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 7 Rn. 67; *Staudinger/Gutzeit*, § 855 BGB Rn. 14; *Hoche*, JuS 1961, 73 (74); *Wilhelm*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 481; a.A. aber *MüKoBGB/Schäfer*, § 855 BGB Rn. 13. Die von den Systemen ausgeübte faktische Sachherrschaft könnte aber wohl auch ohne größere Schwierigkeiten der juristischen Person unmittelbar über ihre menschlichen Hilfspersonen – im Wege der Besitzdienerschaft oder des Organbesitzes – zugerechnet werden. Teilweise wird ein Besitzbegründungswille nämlich generell nicht für erforderlich gehalten und stattdessen die (rein objektive) Einfügung der Sache in den Organisationsbereich des Erwerbers betont, vgl. etwa *H.P. Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 12 Rn. 3f.; *Wilhelm*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 481. § 854 Abs. 1 BGB steht einem solchen Verständnis jedenfalls offen gegenüber. Damit erweist sich der Besitz im digitalen Kontext als überraschend innovationsoffen, vgl. auch *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98 (107f., 116–118).

tonomer Systeme im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung wurde im vertraglichen Bereich § 166 Abs. 1 BGB bemüht. Dieser wird auch in den aufgeführten Konstellationen des außervertraglichen Bereichs als Zurechnungsnorm diskutiert. Für das EBV wird ihm jedoch seit jeher § 831 Abs. 1 BGB als normative Grundlage einer Wissenszurechnung entgegengesetzt. Auf diese beiden Zurechnungsnormen ist daher im Folgenden einzugehen. Dabei ist vor allem zu erörtern, inwieweit sie auch eine Wissenszurechnung bei autonomen Systemen tragen würden. Für die Zurechnung des Wissens autonomer Systeme in den Bereichen der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung sowie der Entscheidungsfindung muss dagegen auf die Wissensorganisationspflicht zurückgegriffen werden. Diesbezüglich bleibt zu klären, ob diese auch im außervertraglichen Bereich Anwendung findet.

1. Zurechnungsnorm des § 166 Abs. 1 BGB

Bereits die zu Beginn der Untersuchung analysierte Entwicklung der Rechtsprechung zur Figur des Wissensvertreters legt eine analoge Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB auch im außervertraglichen Bereich nahe. In diesem Zusammenhang hat die Rechtsprechung § 166 Abs. 1 BGB nämlich auch jenseits der rechtlichen Folgen einer Willenserklärung, etwa auf Realakte, angewendet.¹¹¹⁸ Die ersten Entscheidungen ergingen hierbei zu § 990 Abs. 1 BGB, der Wissensnorm im EBV.¹¹¹⁹ Da es sich beim Besitzerwerb um einen Realakt handelt, kann § 166 Abs. 1 BGB zwar nicht unmittelbar angewendet werden. Seine analoge Anwendung auf als Wissensvertreter zu qualifizierende Hilfspersonen hat sich hier aber nach herrschender Meinung seitdem etabliert.¹¹²⁰ Dies gilt ebenfalls für den strukturell

1118 2. Teil, B.

1119 BGHZ 16, 259 (262–264) (1955); 32, 53 (55–59) (1960); NJW 1974, 458 (459). In BGHZ 16, 259 (1955) stellte der BGH zur Begründung einer Zurechnung des Wissens des Besitzdieners jedoch noch auf die Rechtsgedanken der §§ 166 Abs. 1, 831 Abs. 1 BGB ab. Die nachfolgenden Entscheidungen haben die Wissenszurechnung dann allein auf § 166 Abs. 1 BGB gestützt.

1120 BGHZ 16, 259 (262–264) (1955); 32, 53 (55–59) (1960); 41, 17 (21f.) (1964); NJW 1974, 458 (459); *Buck*, Wissen, 2001, S. 187; *Kiefner*, JA 1984, 189 (192f.); *Klingbeil*, ZfPW 2020, 150 (167); *Lorenz*, JZ 1994, 549 (552); *Rabe*, Bösgläubigkeit, 1970, S. 164f., 174f.; *MüKoBGB/Raff*, § 990 BGB Rn. 23; *L. Raiser*, Anm. zu BGH Urt. v. 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, JZ 1961, 26 (27); *Richardi*, AcP 169 (1969), 385 (393f.); *Schilken*, Wissenszurechnung, 1983, S. 278–283; BeckOGK/

ähnlichen § 819 Abs. 1 BGB im Bereicherungsrecht.¹¹²¹ Beim gutgläubigen Erwerb sowie den insolvenzrechtlichen Sachverhalten besteht sogar eine noch größere Nähe zum von § 166 Abs. 1 BGB unmittelbar geregelten Sachverhalt. Ist für die Gutgläubigkeit des Erwerbers hier der Zeitpunkt der rechtsgeschäftlichen Einigung maßgeblich,¹¹²² ist § 166 Abs. 1 BGB ohnehin unmittelbar anwendbar. Ist für dessen Gutgläubigkeit dagegen ein anderer Zeitpunkt entscheidend, auf den § 166 Abs. 1 BGB nicht unmittelbar passt, etwa die Übergabe der Sache oder die Eintragung ins Grundbuch,¹¹²³ wird jedenfalls eine analoge Anwendung der Vorschrift allgemein bejaht.¹¹²⁴ Ganz ähnlich liegen die Dinge in den Fällen der §§ 82, 133 Abs. 1 InsO. Kommt es hier für den Zeitpunkt der Kenntnis auf die rechtsgeschäftliche Einigung an, ist § 166 Abs. 1 BGB unmittelbar anwendbar. Andernfalls findet die Vorschrift auf Stellvertreter und Wissensvertreter analoge Anwendung.¹¹²⁵

Agieren statt menschlicher Hilfspersonen autonome Systeme für die juristische Person, so können für eine bei diesen ansetzende Wissenszurechnung die Ergebnisse des vorangegangenen Teils der Untersuchung fruchtbar gemacht werden. Dort wurde die analoge Anwendung des § 166 Abs. 1

Spohnheimer, § 990 BGB Rn. 46.7; *Staudinger/Thole*, § 990 BGB Rn. 69; *Waltermann*, AcP 192 (1992), 181 (204); *Wetzel*, Zurechnung, 1971, S. 68.

1121 BGH WM 1962, 609 (610); BGHZ 83, 293 (295–297) (1982); NJW-RR 2001, 127 (128); *Buck*, Wissen, 2001, S. 189; *Staudinger/Lorenz*, § 819 BGB Rn. 9; *D. Reuter/Martinek*, Bereicherung, 1983, S. 647; *Röthel*, JURA 2016, 260 (261f.); *Schilken*, Wissenszurechnung, 1983, S. 292–298; *MüKoBGB/Schwab*, § 819 BGB Rn. 7; *Waltermann*, AcP 192 (1992), 181 (206); *BeckOKBGB/Wendehorst*, § 819 BGB Rn. 7.

1122 Etwa in den Fällen der §§ 854 Abs. 2, 932 Abs. 1 S. 2, 934 Alt. 1, 892 Abs. 2 Alt. 2 BGB.

1123 Hierzu *Richardi*, AcP 169 (1969), 385 (392); *Schilken*, Wissenszurechnung, 1983, S. 237.

1124 BGH NJW 1982, 38 (39); BeckRS 2015, 18837; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 5 Rn. 14, § 23 Rn. 35f.; *Buck*, Wissen, 2001, S. 188; *BeckOGK/Hertel*, § 892 BGB Rn. 81; *BeckOGK/Klinck*, § 932 BGB Rn. 58; *MüKoBGB/Kohler*, § 892 BGB Rn. 52; *Medicus/Petersen*, BGB AT, 11. Aufl. 2016, Rn. 903; *MüKoBGB/Oechsler*, § 932 BGB Rn. 40; *Staudinger/C. Picker*, § 892 BGB Rn. 165; *Richardi*, AcP 169 (1969), 385 (392); *Schilken*, Wissenszurechnung, 1983, S. 240–268; *Waltermann*, AcP 192 (1992), 181 (205); *Staudinger/Wiegand*, § 932 BGB Rn. 97.

1125 BGHZ 41, 17 (21f.) (1964); NJW 2015, 2113 (2115); NZI 2020, 223 (224f.); K. Schmidt/Ganter/Weinland, § 133 InsO Rn. 77; *MüKoInsO/Kayser/Freudenberg*, § 133 InsO Rn. 21; *Uhlenbruck/Mock*, § 82 InsO Rn. 18; K. Schmidt/Sternal, § 82 InsO Rn. 13; *MüKoInsO/Vuia*, § 82 InsO Rn. 14.

BGB auf autonome Systeme eingehend begründet.¹¹²⁶ Die hierfür maßgebliche Argumentation kann auf den außervertraglichen Bereich übertragen werden. Da § 166 Abs. 1 BGB hier schon auf menschliche Hilfspersonen nur analoge Anwendung findet, handelt es sich im Fall autonomer Systeme in der Sache wiederum um eine zweifach analoge Anwendung.

2. Zurechnungsnorm des § 831 Abs. 1 BGB

Das Bild von § 166 Abs. 1 BGB als einheitlicher Zurechnungsnorm auch im außervertraglichen Bereich wird jedoch durch eine seit langem währende Diskussion zu § 990 Abs. 1 BGB getrübt. Dort wird die analoge Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB infrage gestellt und stattdessen eine Wissenszurechnung analog § 831 Abs. 1 BGB befürwortet.¹¹²⁷ Auch der Bundesgerichtshof war sich in seiner ersten Entscheidung zur Frage der Wissenszurechnung im Rahmen des § 990 Abs. 1 BGB hinsichtlich der richtigen Zurechnungsnorm nicht sicher. Er stellte hier noch auf eine entsprechende Anwendung „der in den §§ 166 und 831 BGB enthaltenen Rechtsgedanken“¹¹²⁸ ab. Dies haben die nachfolgenden Entscheidungen aber mit der alleinigen Heranziehung von § 166 Abs. 1 BGB korrigiert.¹¹²⁹ In der Literatur wird dem aber weiterhin von gewichtiger Seite die analoge Anwendung von § 831 Abs. 1 BGB entgegengesetzt.¹¹³⁰ Diese unterscheidet sich von der analogen Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB im Ergebnis dadurch, dass für den Geschäftsherrn die Möglichkeit der Exkulpation nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB besteht.

Die analoge Anwendung von § 831 Abs. 1 BGB wird damit begründet, dass § 990 Abs. 1 BGB einen deliktsähnlichen gestreckten Tatbestand enthalte, der sich aus der Bösgläubigkeit des Besitzers als einem Element so-

1126 3. Teil, A., IV., 3., b) sowie 3. Teil, A., IV., 3., c).

1127 Auch für § 819 Abs. 1 BGB schlagen *Koppensteiner/Kramer*, Bereicherung, 1. Aufl. 1975, S. 153 zumindest in den Fällen, für die die Bereicherungshaftung in Anwendung des § 819 Abs. 1 BGB in eine Haftung auf Schadensersatz umschlägt, eine analoge Anwendung von § 831 Abs. 1 BGB als Zurechnungsnorm vor. Hierfür berufen sie sich explizit auf dessen analoge Anwendung im Rahmen des strukturell ähnlichen § 990 Abs. 1 BGB.

1128 BGHZ 16, 259 (264) (1955).

1129 BGHZ 32, 53 (55–59) (1960); 41, 17 (21f.) (1964); NJW 1974, 458 (459). Hierzu soeben 3. Teil, B., II., 1.

1130 *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 5 Rn. 15; *Birk*, JZ 1963, 354 (358); *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 27. Aufl. 2019, Rn. 581; *dies.*, BGB AT, 11. Aufl. 2016, Rn. 903; *H. Westermann*, JuS 1961, 79 (82).

wie der schuldhaften Beschädigung der Sache als weiterem Element zusammensetze.¹¹³¹ Bereits deswegen erachtet man den deliktsrechtlichen § 831 Abs. 1 BGB als die passendere Zurechnungsnorm. Zudem führe die Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB zu einem Wertungswiderspruch zu § 992 BGB. Danach hafte der deliktische Besitzer – unter der erschwerenden Voraussetzung der Besitzverschaffung durch verbotene Eigenmacht oder eine Straftat – nach den §§ 823ff. BGB und könne sich somit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB für seinen Gehilfen exkulpieren. Daher dürfe man nicht im vergleichsweise „leichteren“ Fall des § 990 Abs. 1 BGB den Besitzherrn strenger haften lassen, indem man ihm diese Exkulpationsmöglichkeit nimmt.¹¹³²

Selbst wenn man aus diesen Gründen § 831 Abs. 1 BGB als die vorzugswürdige Zurechnungsnorm im Rahmen des § 990 Abs. 1 BGB erachten sollte, ließe sich mit diesem eine Wissenszurechnung auch bei autonomen Systemen begründen. Bereits bisher wird die (analoge) Anwendung von § 831 Abs. 1 BGB auf autonome Systeme – freilich im Kontext der Haftung – zunehmend vorgeschlagen.¹¹³³ Danach könnten autonome Systeme bei funktionaler Betrachtung als Verrichtungsgehilfen angesehen werden. Dies ist nach überkommener Definition, wem von einer anderen Person, in deren Einflussbereich er sich befindet und zu der eine gewisse Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit besteht, eine Tätigkeit übertragen worden ist. Dabei muss die andere Person (der Geschäftsherr) dazu in der Lage sein, die Tätigkeit dem Handelnden jederzeit zu entziehen, sie zu beschränken oder nach Zeit und Umfang zu regeln.¹¹³⁴ Dies würde sich auch

1131 Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 5 Rn. 15; Birk, JZ 1963, 354 (355); Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 27. Aufl. 2019, Rn. 581; dies., BGB AT, 11. Aufl. 2016, Rn. 903.

1132 Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 5 Rn. 15. Diese Argumentation erkennt wohl schon, dass auch der deliktische Besitzer im Ergebnis (zusätzlich) nach §§ 990 Abs. 1, 989, 166 Abs. 1 BGB haften würde, da zwischen diesem Anspruch und § 992 BGB echte Anspruchskonkurrenz besteht, vgl. OLG Karlsruhe NJW 1990, 719; BeckOKBGB/Fritzsche, § 992 BGB Rn. 20 m.w.N.

1133 Denga, CR 2018, 69 (74f.); Hacker, RW 2018, 243 (265f.); Horner/Kaulartz, CR 2016, 7 (8f.); John, Haftung für KI, 2007, S. 273f.; Kluge/Müller, InTeR 2017, 24 (28f.); Riehm, ITRB 2014, 113 (114); Sommer, Haftung, 2020, S. 319f.; Wagner, VersR 2020, 717 (730); Zech in Gless/Seelmann (Hrsg.), Intelligente Agenten und das Recht, 2016, 163 (190); ders., ZfPW 2019, 198 (211); ablehnend aber Grützmaker, CR 2016, 695 (697f.); Günther, Roboter, 2016, S. 135; Schaub, JZ 2017, 342 (344); Schulz, Verantwortlichkeit, 2015, S. 147f.; Teubner, AcP 218 (2018), 155 (190).

1134 BGHZ 45, 311 (313) (1966); 103, 298 (303) (1988); NJW 2009, 1740 (1741); BeckOGK/Spindler, § 831 BGB Rn. 15; MüKoBGB/Wagner, § 831 BGB Rn. 14.

für autonome Systeme annehmen lassen. Diese sind zwar zu selbständigen Handlungen befähigt, werden jedoch vom Geschäftsherrn als ihrem Betreiber in einem determinierten Kontext zu im Voraus bestimmten Zeiten und Zwecken eingesetzt. Sie sind daher von diesem – mehr noch als menschliche Gehilfen – organisatorisch abhängig.¹¹³⁵ Auch die Exkulpationsregel des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB ließe sich im Fall autonomer Systeme sinnvoll anwenden. Zwar dürfte der Geschäftsherr danach nicht blind auf das Funktionieren der Systeme vertrauen. Eine Exkulpation dürfte ihm aber regelmäßig gelingen, wenn er das entsprechende autonome System regelmäßig unter Realbedingungen getestet und auf bekannt gewordene Fehlerquellen angemessen reagiert hat.¹¹³⁶ Freilich hätte dabei ein spezifischer Sorgfaltsmaßstab für den Einsatz autonomer Systeme zu gelten.¹¹³⁷ § 831 Abs. 1 BGB erweist sich somit auch im Fall autonomer Systeme als operationabel.

Ungeachtet dessen überzeugt aber eine *Wissenszurechnung* analog § 831 Abs. 1 BGB – ob mit Menschen oder autonomen Systemen – nicht. Bei § 990 Abs. 1 BGB handelt es sich zutreffenderweise schon nicht um einen deliktsähnlichen gestreckten Tatbestand.¹¹³⁸ Der Besitzerwerb als solcher ist nämlich noch keine Unrechthandlung. Haftungsgrund ist hier nicht der böse Glaube, sondern die darauf folgende *schuldhaft*e Verschlechterung der Sache.¹¹³⁹ Eine Auffassung der Norm als deliktsähnlicher gestreckter Tatbestand stellt daher zwei völlig unterschiedliche Komponenten gleich: die Anwendbarkeit der Haftungsnorm und die Haftung als solche.¹¹⁴⁰ Die Fehlerhaftigkeit dieser Argumentation zeigt sich daran, dass die Bösgläubigkeit mit den Rechtsfolgen des § 987 BGB sowie dem Verfall des Ersatzes nicht notwendiger Verwendungen Folgen auslöst, die mit einer delikti-

1135 Hacker, RW 2018, 243 (265f.); ähnlich Denga, CR 2018, 69 (75); Horner/Kaulartz, CR 2016, 7 (8); Kluge/Müller, InTeR 2017, 24 (28); Sommer, Haftung, 2020, S. 304–309; Wagner, VersR 2020, 717 (730); skeptisch dagegen Teubner, AcP 218 (2018), 155 (190), der die Weisungsgebundenheit als zu enggefasstes Kriterium erachtet.

1136 Denga, CR 2018, 69 (75f.); Hacker, RW 2018, 243 (266); Horner/Kaulartz, CR 2016, 7 (8f.).

1137 Zech, ZfPW 2019, 198 (211); eingehend hierzu Sommer, Haftung, 2020, S. 312–317.

1138 Lorenz, JZ 1994, 549 (551f.); L. Raiser, Anm. zu BGH Urt. v. 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, JZ 1961, 26 (27); Richardi, AcP 169 (1969), 385 (393); Schilken, Wissenszurechnung, 1983, S. 277; Staudinger/Thole, § 990 BGB Rn. 67; Wetzel, Zurechnung, 1971, S. 26–36.

1139 L. Raiser, Anm. zu BGH Urt. v. 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, JZ 1961, 26 (27).

1140 Lorenz, JZ 1994, 549 (551f.).

schen Schadensersatzhaftung ersichtlich nichts zu tun haben.¹¹⁴¹ § 990 Abs. 1 BGB berücksichtigt für das EBV daher zutreffenderweise lediglich, dass der unredliche Besitzer kein schutzwürdiges Vertrauen hat.¹¹⁴² Gegen eine analoge Anwendung von § 831 Abs. 1 BGB zum Zwecke der Wissenszurechnung spricht zudem, dass es sich bei diesem um keine Zurechnungsnorm für fremdes Verhalten oder gar Wissen, sondern um einen eigenständigen Haftungstatbestand für eigenes Verschulden des Geschäftsherrn handelt.¹¹⁴³ Mehr noch: § 831 Abs. 1 BGB stellt explizit nur auf vom Verrichtungsgehilfen verwirklichte *objektive* Merkmale ab und verbietet die Berücksichtigung dessen subjektiver Merkmale. Damit fehlt es an der für eine Analogie erforderlichen Ähnlichkeit, da die Norm genau das als berücksichtigungsfähig ausschließt, was für den nicht geregelten Sachverhalt charakteristisch ist.¹¹⁴⁴ § 831 Abs. 1 BGB hat mit Wissenszurechnung folglich nichts zu tun.¹¹⁴⁵ Es bleibt daher beim schon zu Beginn der Untersuchung festgestellten Befund, dass § 166 Abs. 1 BGB die einzige gesetzliche Regelung des bürgerlichen Rechts zur Wissenszurechnung ist.¹¹⁴⁶

3. Wissensorganisationspflicht

Zwar ist damit eine rechtliche Grundlage für die Wissenszurechnung bei am konkreten Geschehen beteiligten, d.h. im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung eingesetzten, autonomen Systemen gefunden. Es fragt sich jedoch weiter, ob auch in den Bereichen der Informationsbeschaffung und -auswertung sowie der Entscheidungsfindung das in diesen enthaltene Wissen zugerechnet werden kann. Dies hängt davon ab, ob die hierfür herangezogene Wissensorganisationspflicht auch im außervertraglichen Bereich anwendbar ist. Dies wird weit überwiegend bejaht. Gerade im Insolvenzrecht sind zahlreiche Entscheidungen des Bundesge-

1141 *Schilken*, Wissenszurechnung, 1983, S.288f.; *Staudinger/Thole*, § 990 BGB Rn. 67.

1142 *Richardi*, AcP 169 (1969), 385 (393).

1143 *Buck*, Wissen, 2001, S. 186f.; *Waltermann*, AcP 192 (1992), 181 (189); *Wilhelm*, AcP 183 (1983), 1 (26).

1144 Zutreffend *Kiefner*, JA 1984, 189 (192); *Rabe*, Bösgläubigkeit, 1970, S. 29; *Staudinger/Thole*, § 990 BGB Rn. 67.

1145 So nachdrücklich *Waltermann*, AcP 192 (1992), 181 (203).

1146 S. schon 2. Teil, A.

richtshofs zur Wissensorganisationspflicht ergangen.¹¹⁴⁷ Deren Anwendung ist hier aber auch in der Literatur allgemein akzeptiert.¹¹⁴⁸ Aber auch für den gutgläubigen Erwerb¹¹⁴⁹ sowie das EBV¹¹⁵⁰ wird die Anwendung der Wissensorganisationspflicht von Bundesgerichtshof und weit überwiegender Literatur befürwortet. Zu § 819 Abs. 1 BGB ist – soweit ersichtlich – zwar noch keine höchstrichterliche Entscheidung ergangen. Auch hier wird die Wissensorganisationspflicht jedoch von Rechtsprechung und Literatur für eine Wissenszurechnung herangezogen.¹¹⁵¹

Dies überzeugt auch in dogmatischer Hinsicht. Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der Wissensorganisationspflicht ist vor allem dann zu erwägen, wenn sich die dieser zugrunde liegenden Rechtsprinzipien nicht mit dem Zweck der jeweiligen Wissensnorm vereinbaren lassen.¹¹⁵² Unproblematisch sind insofern das Gleichstellungsargument sowie das Prinzip der Korrelation von Vor- und Nachteil. Diese sind allein auf die

1147 BGHZ 140, 54 (61f.) (1998); NJW-RR 2006, 771 (772); BGHZ 182, 85 (91f.) (2009); NJW 2010, 1806 (1806f.); BGHZ 190, 201 (206–209) (2011); NZI 2013, 398 (398f.); NZG 2017, 194 (196).

1148 K. Schmidt/*Ganter/Weinland*, § 133 InsO Rn. 77; MüKoInsO/*Kayser/Freudenberg*, § 133 InsO Rn. 21a; Uhlenbruck/*Mock*, § 82 InsO Rn. 20; BeckOKInsO/*Riewe*, § 82 InsO Rn. 12; K. Schmidt/*Sternal*, § 82 InsO Rn. 14; MüKoInsO/*Vuia*, § 82 InsO Rn. 14.

1149 BGH NJW 2001, 359 (360); Baur/*Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 23 Rn. 36, § 52 Rn. 32; K. Ertel, Wissenszurechnung, 1998, S. 99f.; BeckOGK/*Hertel*, § 892 BGB Rn. 82; BeckOGK/*Klinck*, § 932 BGB Rn. 62; MüKoBGB/*Oechsler*, § 932 BGB Rn. 40; a.A. Koller, JZ 1998, 75 (84); Staudinger/*C. Picker*, § 892 BGB Rn. 168, die eine Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht für § 892 BGB ablehnen, da sie den vom Gesetz gewollten weiten liegenschaftsrechtlichen Verkehrsschutz mit seinen minimalen subjektiven Voraussetzungen konterkariere.

1150 BGHZ 135, 202 (205–207) (1997); Adler, Wissenszurechnung, 1997, S. 191; Baur/*Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 5 Rn. 15; K. Ertel, Wissenszurechnung, 1998, S. 102; Medicus/*Petersen*, Bürgerliches Recht, 27. Aufl. 2019, Rn. 581; MüKoBGB/*Raff*, § 990 BGB Rn. 30–32; angedacht wurde eine Wissenszusammenrechnung hier bereits von *Canaris*, Bankvertragsrecht I, 3. Aufl. 1988, Rn. 106; *Wetzel*, Zurechnung, 1971, S. 78f. *Wilhelm*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 1245–1253 schlägt für die Wissenszurechnung hier dagegen ein etwas restriktiveres Konzept vor, das aber dem der Wissensorganisationspflicht ähnlich ist.

1151 OLG München BauR 2016, 1940 (1942); Abegglen, Wissenszurechnung, 2004, S. 222–224; Adler, Wissenszurechnung, 1997, S. 195; K. Ertel, Wissenszurechnung, 1998, S. 103; Grunewald, FS Beusch, 1993, 301 (317); MüKoBGB/*Schwab*, § 819 BGB Rn. 7.

1152 Hierzu bereits 3. Teil, A., II., 3., c), ff), (2).

Persönlichkeitserweiterung der arbeitsteiligen Organisation gerichtet und damit von den Wertungen der Wissensnormen unabhängig. Sie tragen eine Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht daher grundsätzlich auch im außervertraglichen Bereich. Aber auch die mit der Wissensorganisationspflicht vorgenommene Risikoverteilung ist mit den Wertungen der Wissensnormen des außervertraglichen Bereichs vereinbar. Diese wird im vertraglichen Bereich durch ein wechselseitiges Zusammenspiel von Vertrauensschutz aufseiten des Vertragspartners sowie Risikoschaffung und -beherrschung aufseiten der juristischen Person konkretisiert. Ein solches Zusammenspiel lässt sich für den außervertraglichen Bereich zwar allenfalls für § 819 Abs. 1 BGB im Fall der Leistungskondition annehmen. In den anderen Fällen handelt es sich nämlich bei dem von den Rechtsfolgen der jeweiligen Wissensnorm Profitierenden nicht um das Gegenüber der juristischen Person, sondern um einen zunächst unbeteiligten Dritten. So kommt die Kenntnis der juristischen Person im Rahmen des gutgläubigen Erwerbs sowie des EBV dem Eigentümer, nicht etwa dem nichtberechtigten Veräußerer als ihrem Gegenüber zugute. Im Rahmen der insolvenzrechtlichen Vorschriften profitiert von der Kenntnis des Betroffenen nicht der Insolvenzschuldner als sein Gegenüber, sondern die Gemeinschaft der Gläubiger. Der Vertrauensschutz spielt hier aber dennoch überall eine Rolle. Stets wird das Vertrauen des von der Wissensnorm Betroffenen, hier also der juristischen Person, geschützt. So dienen die Vorschriften des gutgläubigen Erwerbs nach allgemeiner Auffassung dem Schutz des Vertrauens des gutgläubigen Erwerbers auf die Besitzverschaffungsmacht des Veräußerers.¹¹⁵³ Entsprechend schützen die §§ 987ff. BGB das Vertrauen des redlichen und unverklagten unrechtmäßigen Besitzers, vor allem in den Fällen des § 935 BGB, in denen das Gesetz schon den gutgläubigen Erwerb verhindert.¹¹⁵⁴ Auch hinter §§ 818, 819 BGB steht der Gedanke des Vertrauensschutzes: Wenn der Bereicherungsschuldner berechtigterweise auf die Rechtsbeständigkeit des Erwerbs vertraut, soll er nicht mit seinem sonstigen Vermögen haften.¹¹⁵⁵ Die Tatbestände verschärfter Haftung beruhen daher auf der Grundannahme, dass der Empfänger in den geregelten Fällen nicht schutzwürdig auf die Rechtsbeständigkeit des Erwerbs ver-

1153 Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 52 Rn. 10; Eichler, Vertrauen, 1950, S. 8, 92–101; Loges, Vertrauensschutz, 1991, S. 44; MüKoBGB/Oechsler, § 932 BGB Rn. 4, 8; Werk, Vertrauensschutz, 1932, S. 5–20; Wilhelm, Sachenrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 927.

1154 BeckOGK/Spohnheimer, § 987 BGB Rn. 3; Staudinger/Thole, Vor §§ 987–993 BGB Rn. 7f.

1155 Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, 18. Aufl. 2018, § 67 Rn. 14.

trauen kann.¹¹⁵⁶ Schließlich lassen sich auch die §§ 82, 133 Abs. 1 InsO auf den Gedanken des Vertrauensschutzes zurückführen: § 82 InsO ergänzt und beschränkt den in den §§ 80, 81 Abs. 1 S. 1 InsO angeordneten Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis vom Schuldner auf den Insolvenzverwalter mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Dem Geschäftspartner des Schuldners wird hier in beschränktem Umfang ein Vertrauensschutz hinsichtlich des Fortbestandes der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners eingeräumt, an den er so auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit Erfüllungswirkung leisten kann.¹¹⁵⁷ Auch in der Beschränkung der Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung nach § 133 Abs. 1 InsO auf Fälle der Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes liegt die Gewährung individuellen Vertrauensschutzes.¹¹⁵⁸ Diese steht in den soeben genannten Normen aber stets unter dem Vorbehalt des Selbstschutzes.¹¹⁵⁹ Vertrauensschutz genießt danach nur derjenige, der sich nicht dem Vorwurf mangelnder Wahrung des ihm möglichen und zumutbaren Selbstschutzes ausgesetzt sieht.¹¹⁶⁰ Der Gedanke des Selbstschutzes, auf den als gemeinsamen Gedanken der Wissensnormen bereits hingewiesen wurde,¹¹⁶¹ dient somit der Differenzierung zwischen schutzwürdigem und nicht schutzwürdigem Vertrauen.¹¹⁶² Die an den Selbstschutz zu stellenden Anforderungen werden hierbei danach bestimmt, ob und welche selbstsichernden Maßnahmen in der jeweiligen Situation möglich, üblich und zumutbar sind.¹¹⁶³ Die Möglichkeit des Selbstschutzes wird also durch das Prinzip der Risikobeherrschung konkretisiert. Nur soweit das Risiko nicht vom Betroffenen beherrschbar ist, wird ihm von der Rechtsordnung Vertrauensschutz gewährt. Diesbezüglich ist im Hinblick auf die juristische Person auch das von dieser geschaffene, aber grundsätzlich beherrschbare Wissensaufspaltungsrisiko zu berücksichtigen. Befinden sich nämlich die den jeweiligen Vertrauenstatbestand zerstörenden Informationen – ob in Gestalt einer menschlichen Hilfsperson oder eines autonomen Systems – in der Sphäre der juristischen Person, ist diese in ihrer Gesamtheit nicht

1156 MüKoBGB/Schwab, § 819 BGB Rn. 1.

1157 K. Schmidt/Sternal, § 82 InsO Rn. 1; ähnlich MüKoInsO/Vuia, § 82 InsO Rn. 1.

1158 Schoppmeyer, WM 2018, 353 (357f.); zustimmend MüKoInsO/Kayser/Freudenberg, § 133 InsO Rn. 19.

1159 Hierzu schon v. Craushaar, Vertrauen, 1969, S. 23, 29; Eichler, Vertrauen, 1950, S. 112.

1160 v. Craushaar, Vertrauen, 1969, S. 23, 29.

1161 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (2), (a).

1162 Eichler, Vertrauen, 1950, S. 112.

1163 v. Craushaar, Vertrauen, 1969, S. 23.

schutzwürdig. Sie hätte sich mit einer ordnungsgemäßen Wissensorganisation selbst schützen können. Hierauf können sich dann wiederum die übrigen Teilnehmer des Rechtsverkehrs in ihrem Verhalten einstellen, sodass auch in dieser Hinsicht ein geschütztes Vertrauen – freilich in abstrakt-genereller Form – besteht. Auch im außervertraglichen Bereich lässt sich die Wissensorganisationspflicht folglich mit dem wechselseitigen Zusammenspiel von Vertrauensschutz und Risikobeherrschung erklären. Sie fügt sich somit bruchlos in die Wertungen der jeweiligen Wissensnormen ein und ermöglicht so auch hier eine Wissenszurechnung bei autonomen Systemen in den Bereichen der Informationsbeschaffung und -auswertung sowie der Entscheidungsfindung.

III. Insbesondere: Problematik des Deliktsrechts

Höchst problematisch gestaltet sich die Frage der Wissenszurechnung aber im Deliktsrecht. Die Arbeit hat sich daher hiermit auch im Kontext autonomer Systeme in besonderer Weise zu befassen. Dabei geht es nicht um die vollständige Verwirklichung eines deliktischen Tatbestands durch autonome Systeme. Dies ist Gegenstand der Haftung für autonome Systeme.¹¹⁶⁴ Im Mittelpunkt der Diskussion steht hier die Frage, ob der juristischen Person – sei es auf Schädiger- oder Geschädigten-seite – das Wissen von Hilfspersonen qua Wissensorganisationspflicht zuzurechnen ist. Bezogen auf autonome Systeme bedeutet das, ob deren Wissen im Fall ihres Einsatzes in den Bereichen der Informationsbeschaffung und -auswertung sowie der Entscheidungsfindung der juristischen Person zugerechnet werden kann. Der Bundesgerichtshof hat eine Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht für das Deliktsrecht in zwei Konstellationen – der Verjährung deliktischer Ansprüche sowie der Haftung nach § 826 BGB – ausdrücklich abgelehnt.¹¹⁶⁵ Dies stellt die Anwendbarkeit der Wissensorganisationspflicht im Deliktsrecht generell und damit auch die Wissenszurechnung bei autonomen Systemen in den genannten Einsatzgebieten infrage. Der Problematik ist daher nachzugehen. Dabei ist zunächst auf die grundsätzliche Anwendbarkeit der Wissensorganisationspflicht im Deliktsrecht einzugehen (1.). Dann sind die beiden vom Bundesgerichtshof entschiedenen Konstellationen – mit Blick auf die Wissenszurechnung bei autonomen Systemen – gesondert zu untersuchen (2. und 3.).

1164 Hierzu bereits 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (4).

1165 Überblickartig hierzu bereits 2. Teil, D.

1. Grundsätzliche Anwendbarkeit der Wissensorganisationspflicht

Zuletzt hat der Bundesgerichtshof explizit offengelassen, ob die für den vertraglichen Bereich entwickelte Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht im Deliktsrecht überhaupt Anwendung finden kann.¹¹⁶⁶ Seine Rechtsprechung zur Verjährung deliktischer Ansprüche sowie zu § 826 BGB lässt hieran jedenfalls zweifeln.¹¹⁶⁷ In der Literatur wird die Anwendbarkeit der Wissensorganisationspflicht im Deliktsrecht unterschiedlich beurteilt.¹¹⁶⁸ Auch diese Problematik resultiert aus der Kontextualität der Wissenszurechnung, also deren Konkretisierung bzw. Beschränkung durch die jeweilige Wissensnorm.¹¹⁶⁹ Einschränkungen der Wissenszurechnung im Hinblick auf die Wissensorganisationspflicht kommen dabei in Betracht, wenn sich die dieser zugrunde liegenden Rechtsprinzipien nicht mit dem Zweck der jeweiligen Wissensnorm vereinbaren lassen. Dies kann in gleicher Weise für einen gesamten Regelungskomplex wie das Deliktsrecht gelten. Keine Probleme bereiten auch hier das Gleichstellungsargument sowie die Korrelation von Vor- und Nachteil. Das Gleichstellungsargument reagiert darauf, dass die Wissensnormen des bürgerlichen Rechts auf die Einzelperson zugeschnitten sind. Dies trifft aber auch für diejenigen des Deliktsrechts zu, sodass das Gleichstellungsargument auch hier seine Berechtigung hat.¹¹⁷⁰ Auch das Anliegen des Prinzips der Korre-

1166 BGH NJW 2017, 250 (252).

1167 Ähnlich *Thomale*, Emittent, 2018, S. 18. Zur diesbezüglichen Rechtsprechung bereits 2. Teil, D. sowie noch 3. Teil, B., III., 2. und 3.

1168 Für die Anwendbarkeit *Abegglen*, Wissenszurechnung, 2004, S. 222f.; *Adler*, Wissenszurechnung, 1997, S. 177, 182f.; *Baum*, Wissenszurechnung, 1999, S. 274f.; *Engelhardt*, Wissensverschulden, 2019, S. 59f.; *Grunewald*, FS Beusch, 1993, 301 (317, 320); *Hacker*, RW 2018, 243 (286); *Harke*, Wissen, 2017, S. 89f.; *Seidel*, AG 2019, 492 (494, 498); *Warto*, Wissenszurechnung, 2015, S. 186; vorsichtig befürwortend bereits der damalige Vorsitzende des V. Zivilsenats *Hagen*, DRiZ 1997, 157 (163); ablehnend dagegen *Baisch*, Verjährungsbeginn, 2018, S. 156f.; *Frisch*, Anm. zu BGH Urt. v. 28.6.2016 – VI ZR 536/15, EWiR 2016, 761 (762); *Liebscher*, ZIP 2019, 1837 (1846); *Schwab*, Anm. zu BGH Urt. v. 28.6.2016 – VI ZR 536/15, JuS 2017, 354 (356); *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2. Aufl. 2011, S. 645. Der Wert der jeweiligen Positionierungen für die Untersuchung ist jedoch dadurch beschränkt, dass sie auf einem mitunter abweichendem Verständnis der Verfasser von der Wissenszurechnung beruhen.

1169 So auch *Baisch*, Verjährungsbeginn, 2018, S. 148; *Seidel*, AG 2019, 492 (493). Hierzu sowie zum Folgenden bereits 3. Teil, A., II., 3., c), ff), (2).

1170 *Abegglen*, Wissenszurechnung, 2004, S. 223; *Harke*, Wissen, 2017, S. 89; *Schaub*, NJW 2020, 1028 (1031).

lation von Vor- und Nachteil, der Ausgleich der arbeitsteilungsbedingten Wissensaufspaltung, lässt sich ohne Weiteres auf das Deliktsrecht übertragen. Als konfliktträchtig wurde dagegen bereits die Begründung der Wissensorganisationspflicht mit der Risikoverteilung zwischen Organisation und Gegenüber aus Verkehrsschutzgründen herausgestellt, die durch die Prinzipien des Vertrauensschutzes sowie der Risikoschaffung und -beherrschung ausgefüllt wird.

Für die Verjährung deliktsrechtlicher Ansprüche hat die Rechtsprechung die Anwendung der Wissensorganisationspflicht damit abgelehnt, dass der Verkehrsschutz nicht im Vordergrund stehe.¹¹⁷¹ Verkehrsschutzgesichtspunkte rechtfertigten daher – auch für die nunmehr einheitliche Regelung des Verjährungsbeginns in § 199 Abs. 1 BGB – eine unterschiedliche Behandlung der Wissenszurechnung bei deliktischer und vertraglicher Haftung.¹¹⁷² In der Literatur wird diese Argumentation mit leicht unterschiedlicher Akzentuierung übernommen. Hier bestreitet man die Bedeutung des Vertrauensschutzes im Deliktsrecht.¹¹⁷³ Ein schutzwürdiges Vertrauen auf eine ordnungsgemäße Wissensorganisation könne daher nur im rechtsgeschäftlichen Verkehr bestehen.¹¹⁷⁴

Es handelt sich hierbei allerdings um pauschale, häufig wenig begründete Behauptungen. Diese beruhen zum einen auf einer unreflektierten Übernahme der Aussagen des Bundesgerichtshofs,¹¹⁷⁵ zum anderen auf einer Fokussierung auf das Konzept der Vertrauenshaftung von *Canaris*.¹¹⁷⁶ Mit diesem versucht man zunächst die Wissensorganisationspflicht zu begründen, um dann die Berechtigung dieser Form des Vertrauensschutzes im Deliktsrecht zu leugnen. Denn die Vertrauenshaftung setzt

1171 BGHZ 133, 129 (139) (1996); NJW 2001, 2535 (2536); 2012, 1789 (1790).

1172 BGH NJW 2012, 447 (449).

1173 *Abegglen*, Wissenszurechnung, 2004, S. 223; *Baisch*, Verjährungsbeginn, 2018, S. 155; *Baum*, Wissenszurechnung, 1999, S. 223f.; *Buck*, Wissen, 2001, S. 317; *Faßbender*, Wissen, 1998, S. 135f.; *Seidel*, AG 2019, 492 (493); *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2. Aufl. 2011, S. 645. I. E. befürworten *Abegglen*, *Baum* und *Seidel* allerdings gleichwohl eine Anwendung der Wissensorganisationspflicht, vgl. Fn. 1168.

1174 So explizit etwa *Faßbender*, Wissen, 1998, S. 135; *Seidel*, AG 2019, 492 (493).

1175 Dabei werden offensichtlich Verkehrsschutz und Vertrauensschutz gleichgesetzt oder gar verwechselt.

1176 Zu diesem bereits 3. Teil, A., II., 3., b), bb), (1). Eine Anknüpfung daran findet sich explizit bei *Baisch*, Verjährungsbeginn, 2018, S. 155; *Baum*, Wissenszurechnung, 1999, S. 210–223 sowie *Faßbender*, Wissen, 1998, S. 133f., auf die sich wiederum andere beziehen.

nach *Canaris* eine Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr voraus.¹¹⁷⁷ Im Rahmen der Diskussio- zur Wissenszurechnung wird dabei jedoch ein zentraler Aspekt übersehen: Die Vertrauenshaftung, die sich vornehmlich mit Rechtsscheintatbeständen beschäftigt, zeichnet sich dadurch aus, dass der Gedanke des Vertrauensschutzes nicht lediglich eine ergänzende Hilfsfunktion erfüllt, sondern als konstituierendes Prinzip den tragenden Grund der Haftung bildet.¹¹⁷⁸ Dies ist bei der Wissensorganisationspflicht gerade nicht der Fall. Der Vertrauensschutz ist hier nur *eines* unter mehreren Rechtsprinzipien, die die Wissensorganisationspflicht im gegenseitigen Wechselspiel begründen und konkretisieren.¹¹⁷⁹ In diesem abgeschwächten Sinn¹¹⁸⁰ kommt dem Vertrauensschutz als Rechtsprinzip aber eine geradezu ubiquitäre Bedeutung zu.¹¹⁸¹ Das Vertrauen, das außerhalb einer Sonderverbindung einem anderen entgegengebracht wird, kann sogar weit intensiver sein als das Vertrauen innerhalb einer solchen.¹¹⁸² *Luhmann* zufolge fundiert der Vertrauensgedanke gar das gesamte Recht, das gesamte Sicheinlassen auf andere Menschen, so wie umgekehrt Vertrauenserweise nur aufgrund einer Risikominderung durch das Recht zustande kommen könnten.¹¹⁸³

Gerade aufgrund der Wesensverwandtschaft der Wissensorganisationspflicht mit einer Verkehrspflicht¹¹⁸⁴ überrascht die in der Literatur vorzufindende Ablehnung des Vertrauensschutzes im Deliktsrecht besonders. Gerade für die Entstehung sowie den Umfang von Verkehrspflichten spielt der Vertrauensgedanke nämlich – als eines von mehreren Rechtsprinzipien – anerkanntermaßen eine zentrale Rolle. Wie bereits erläutert, tragen Ver-

1177 *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 442–444.

1178 *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 2; *ders.*, FS Schimansky, 1999, 43 (55).

1179 Vgl. hierzu 3. Teil, A., II., 3., b).

1180 So *Canaris*, FS Schimansky, 1999, 43 (55).

1181 *Canaris*, FS Schimansky, 1999, 43 (53f.); *ders.*, FG 50 Jahre BGH I, 2000, 129 (192); *Singer*, FS *Canaris*, 2017, 425 (446). *Gernhuber*, Schuldverhältnis, 1989, S. 179; *Köndgen*, Selbstbindung, 1981, S. 98f.; *Loges*, Vertrauensschutz, 1991, S. 80–82; *Philippson*, Dritthaftung, 1998, S. 220f. sowie *E. Picker*, AcP 183 (1983), 369 (421–429); *ders.*, JZ 1987, 1041 (1045f.) kritisieren gerade deshalb die fehlende Spezifität des Vertrauensschutzes für die Begründung der Vertrauenshaftung.

1182 *Gernhuber*, Schuldverhältnis, 1989, S. 179; *Philippson*, Dritthaftung, 1998, S. 221.

1183 *Luhmann*, Vertrauen, 5. Aufl. 2014, S. 44. Allgemein zur Stabilisierung normativer Erwartungen durch das Recht *Luhmann*, Recht, 1993, S. 131–143; *ders.*, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2008, S. 40–53. Ganz ähnlich – aus juristischer Sicht – *E. Picker*, JZ 1987, 1041 (1046) sowie bereits *Eichler*, Vertrauen, 1950, S. 110f.

1184 Hierzu etwa 3. Teil, A., II., 3., b), bb), (2) und (3).

kehrspflichten dem Umstand Rechnung, dass die Verkehrsteilnehmer einerseits im Rechtsverkehr auf Regeltatbestände vertrauen, andererseits vertrauen müssen, da ihnen nichts anderes übrig bleibt, als sich den Verkehrsrissen auszusetzen, wenn sie sich nicht ganz vom Rechtsverkehr ausschließen wollen.¹¹⁸⁵ Freilich richten sich Voraussetzungen und Umfang des Vertrauensschutzes dabei – bereits mangels individualisierter Sonderverbindung – nicht nach den subjektiven Erwartungen des Einzelnen, sondern nach dem im Deliktsrecht allgemein anerkannten Maßstab der Verkehrsanschauung.¹¹⁸⁶ Vertrauensschutz wird hier also in einer abstrakten, verobjektivierten Form gewährt.¹¹⁸⁷ Ferner durchzieht mit dem – im Straßenverkehrsrecht ausdrücklich formulierten – Vertrauensgrundsatz eine weitere Ausprägung des Vertrauensschutzes das gesamte Deliktsrecht.¹¹⁸⁸ Und auch im Rahmen des § 826 BGB spielt Vertrauen in Gestalt von „Anstandserwartungen“ eine bedeutende Rolle.¹¹⁸⁹ Die These, dem Vertrauensschutz komme im Deliktsrecht keine Bedeutung zu, ist damit nicht länger haltbar. Schutzwürdiges Vertrauen kann vielmehr auch hier bestehen. Freilich bedarf die Feststellung der Schutzwürdigkeit bestehender Erwartungshaltungen dabei weiterer Wertungsgesichtspunkte, im Fall der Wissensorganisationspflicht des Prinzips der Risikoschaffung und -beherrschung. Damit wird schließlich deutlich, dass auch die These des Bundesgerichtshofs, der Verkehrsschutz spiele im Deliktsrecht keine Rolle, jedenfalls in dieser Pauschalität nicht haltbar ist. Der Verkehrsschutz ist nämlich gerade für die deliktischen Verkehrspflichten wie auch für die Wissensorganisationspflicht Ausgangsmotiv und Ziel zugleich.¹¹⁹⁰

Die der Wissensorganisationspflicht zugrunde liegenden Rechtsprinzipien sind somit allesamt mit den Wertungen des Deliktsrechts vereinbar. Dieses schließt die Anwendbarkeit der Wissensorganisationspflicht daher

1185 3. Teil, A., II., 3., b), bb), (3).

1186 So bereits *Ulmer*, JZ 1969, 163 (170); vgl. hierzu auch BGH NJW 1990, 906 (907); 1994, 3348 (3349); BGHZ 195, 30 (38) (2012); BeckOGK/*Spindler*, § 823 BGB Rn. 400; MüKoBGB/*Wagner*, § 823 BGB Rn. 482.

1187 *Assmann*, Prospekthaftung, 1985, S. 275; *Hacker*, RW 2018, 243 (286); *Loges*, Vertrauensschutz, 1991, S. 173; BeckOGK/*Spindler*, § 823 BGB Rn. 400.

1188 Hierzu BeckOGK/*Spindler*, § 823 BGB Rn. 410; MüKoBGB/*Wagner*, § 823 BGB Rn. 481. Im Hinblick auf die Ubiquität des Vertrauensgedankens weisen hierauf auch *Loges*, Vertrauensschutz, 1991, S. 81; *Philippsen*, Dritthaftung, 1998, S. 221 sowie *E. Picker*, AcP 183 (1983), 369 (421f.) hin.

1189 So *Staudinger/Oechsler*, § 826 BGB Rn. 31. Zur Rolle des Vertrauensgedankens für § 826 BGB auch bereits *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 2f.

1190 Hierzu bereits 3. Teil, A., II., 3., b), bb), (3).

jedenfalls nicht von vornherein aus. Damit ist auch eine Wissenszurechnung bei autonomen Systemen in diesem Bereich grundsätzlich möglich.

2. Verjährung deliktischer Ansprüche

Ist die Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit der Wissensorganisationspflicht geklärt, hat sich die Untersuchung nun speziell mit den beiden Konstellationen zu befassen, in denen der Bundesgerichtshof eine Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht abgelehnt hat. Zunächst soll dabei auf die Verjährung deliktischer Ansprüche eingegangen werden.¹¹⁹¹

Diese war vor der Schuldrechtsreform eigenständig in § 852 BGB a.F. geregelt. Für den Verjährungsbeginn maßgeblich war nach § 852 Abs. 1 BGB a.F. (allein) die positive Kenntnis des Verletzten von dem Schaden sowie der Person des Ersatzpflichtigen. Damit war der Verjährungsbeginn gegenüber der allgemeinen Regel des § 198 S. 1 BGB a.F., die allein auf die Entstehung des Anspruchs abstellte, hinausgeschoben. Seit dem 1.1.2002 gilt mit § 199 Abs. 1 BGB eine einheitliche Regelung für vertragliche und deliktische Ansprüche, die den Verjährungsbeginn an die Entstehung des Anspruchs sowie die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Gläubigers von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners knüpft.

Der Bundesgerichtshof hat eine Wissenszurechnung nur für Wissensvertreter angenommen.¹¹⁹² Die Voraussetzungen an einen solchen hat er einerseits dahingehend erhöht, dass die betreffende Person gerade mit der Betreuung und Verfolgung der infrage stehenden Ersatzforderung betraut sein muss.¹¹⁹³ Andererseits hat er in diesem Zusammenhang auf das Merkmal der Offenkundigkeit verzichtet.¹¹⁹⁴ Zudem hat er bereits vor Etablierung der Wissensorganisationspflicht betont, dass hier keine Pflicht zur internen Informationsweiterleitung bestehe, da der Schädiger keinen Anspruch darauf habe, dass die Behörden – etwa unter dem Gesichtspunkt des Schuldnerschutzes – eine Organisationsform schaffen, die die Kenntnis

1191 Hierzu überblicksartig bereits 2. Teil, D.

1192 BGH NJW 1968, 988 (988f.); 1985, 2583; 1986, 2315 (2316); 1994, 1150 (1151); BGHZ 133, 129 (138f.) (1996); 134, 343 (346–349) (1997); NJW 2001, 2535 (2536f.); 2011, 1799 (1800); 2012, 447 (448f.); 2012, 1789 (1789–1791); BGHZ 193, 67 (71–77) (2012).

1193 BGH NJW 1968, 988 (988f.); 1985, 2583; 1986, 2315 (2316); 1994, 1150 (1151).

1194 BGH NJW 2012, 447 (448); 2014, 1294; 2014, 2861 (2862). Hierzu bereits 2. Teil, D.

zum frühestmöglichen Zeitpunkt eintreten lässt.¹¹⁹⁵ Konsequenterweise hat der Bundesgerichtshof später eine Anwendung der Wissensorganisationspflicht im Rahmen des § 852 Abs. 1 BGB a.F. aus zwei Gründen abgelehnt: (1) Eine weitergehende Zurechnung des Wissens von Hilfspersonen würde in unzulässiger Weise in die durch gesetzliche Zuständigkeitsregelungen festgelegte Verwaltungsorganisation eingreifen.¹¹⁹⁶ (2) Zudem stünde der Verkehrsschutz, mit dem die Wissensorganisationspflicht im vertraglichen Bereich begründet würde, bei deliktischen Handlungen nicht im Vordergrund. Insbesondere gehe es hier nicht um den Schutz bei der Anbahnung und dem Abschluss von Rechtsgeschäften.¹¹⁹⁷ Hieran hielt der Bundesgerichtshof auch nach Inkrafttreten der einheitlichen, vertragliche wie deliktische Ansprüche erfassenden, Regelung des § 199 Abs. 1 BGB fest. Er begründete dies damit, dass der Gesetzgeber mit dieser nicht korrigierend in die Rechtsprechung zur Wissenszurechnung eingreifen wollte.¹¹⁹⁸

Bei der Analyse der Rechtsprechung fällt zunächst auf, dass sämtliche Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zu Behörden ergangen sind. Daher liegt der Schluss nah, dass der Bundesgerichtshof mit seiner restriktiven Rechtsprechung nicht zuletzt auf die Besonderheiten der Verwaltungsorganisation Rücksicht genommen hat.¹¹⁹⁹ Bereits dies lässt die Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf hier im Mittelpunkt stehende Wirtschaftsunternehmen als juristische Personen des Privatrechts fraglich erscheinen.¹²⁰⁰

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt ferner zu Friktionen bei der Figur des Wissensvertreters, indem sie – abweichend von den allge-

1195 BGH NJW 1986, 2315 (2316); zustimmend *Waltermann*, AcP 192 (1992), 181 (192f.).

1196 BGHZ 134, 343 (349) (1997).

1197 BGHZ 133, 129 (139) (1996); NJW 2001, 2535 (2536f.).

1198 BGH NJW 2012, 447 (448f.); 2012, 1789 (1790f.); BGHZ 193, 67 (73f.) (2012); zustimmend BeckOGK/*Piekenbrock*, § 199 BGB Rn. 119; a.A. OLG Saarbrücken BeckRS 2010, 24181; OLG Hamm, r + s 2011, 225 (226–228); MüKoBGB/*Grotthe*, § 199 BGB Rn. 39; *Krämer*, ZGS 2003, 379 (381); Staudinger/*Peters/Jacoby*, § 199 BGB Rn. 59; Erman/*Schmidt-Räntsch*, § 199 BGB Rn. 14b; *Seidel*, AG 2019, 492 (497f.), die sich in ihrer Argumentation jeweils darauf stützen, dass anders als i.R.d. § 852 Abs. 1 BGB a.F. nunmehr auch grobe Fahrlässigkeit genüge. Nach zutreffender Ansicht lässt sich mithilfe der Wissensorganisationspflicht jedoch (auch) positive Kenntnis zurechnen.

1199 Diese Besonderheiten staatlicher Tätigkeit wurden für die Untersuchung explizit ausgeklammert, vgl. 1. Teil, B.

1200 Ähnlich *Thomale*, Emittent, 2018, S. 19.

meinen Voraussetzungen – das Kriterium der Sachzuständigkeit besonders rigide begrenzt, andererseits aber auf das Kriterium der Offenkundigkeit verzichtet.¹²⁰¹ Ersteres ist ersichtlich der Rücksichtnahme auf die gesetzliche Zuständigkeitsverteilung der Verwaltungsorganisation geschuldet; letzteres dem Umstand, dass es sich hier *realiter* um rein intern agierende Sachbearbeiter handelt. Auf die Zurechnung deren Wissens ist daher an sich die Wissensorganisationspflicht zugeschnitten. Die vorhandenen Fiktionen ließen sich dadurch vermeiden, dass man hier die Wissensorganisationspflicht anwendet und für die Figur des Wissensvertreters an den allgemeinen Voraussetzungen festhält.¹²⁰²

Was steht der Anwendung der Wissensorganisationspflicht also noch entgegen? Nach der Rechtsprechung ist es die fehlende Bedeutung des Verkehrsschutzes im deliktischen Bereich. Gerade an dieser These kann jedoch nicht länger festgehalten werden.¹²⁰³ Auch im Deliktsrecht spielt der Verkehrsschutz, spielen Vertrauen sowie Risikoschaffung und -beherrschung, eine nicht zu leugnende Rolle. Hinzu kommt im Fall der Verjährung, dass im Zeitpunkt der den Verjährungsbeginn auslösenden Kenntnisnahme des Gläubigers mit dem durch die unerlaubte Handlung begründeten gesetzlichen Schuldverhältnis eine Sonderverbindung zwischen juristischer Person und Schädiger besteht. Auf diesen Zeitpunkt, nicht etwa bereits den der schädigenden Handlung,¹²⁰⁴ kommt es an, da § 199 Abs. 1 BGB für den Verjährungsbeginn auf die Kenntnis des Gläubigers der Anspruchsentstehung zeitlich nachgelagert abstellt.¹²⁰⁵ Innerhalb dieser Sonderverbindung kommt dem Schutz des Vertrauens des Schuldners

1201 Zu letzterem bereits 2. Teil, B. sowie 3. Teil, A., IV., 3., c), bb).

1202 Hierfür bereits 3. Teil, A., IV., 3., c), bb).

1203 Hierzu bereits oben 3. Teil, B., III., 1.

1204 Unzutreffend daher *Baum*, Wissenszurechnung, 1999, S. 223f.; BeckOKBGB/*Spindler*, § 199 BGB Rn. 43a, die die Anwendung der Wissensorganisationspflicht hier mit der Erwägung ablehnen, dass der Schädiger im Zeitpunkt der schädigenden Handlung nicht auf eine ordnungsgemäße Wissensorganisation vertraue. *Baum*, Wissenszurechnung, 1999, S. 223, Fn. 697 erkennt den zutreffenden Zeitpunkt der Kenntnisnahme noch als Alternative, verfolgt diese im Haupttext aber aus unerfindlichen Gründen nicht weiter.

1205 Nach § 199 Abs. 1 BGB beginnt die Verjährung mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und (*dann*) der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen sowie der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat. Die Kenntnisnahme ist also der Entstehung des Anspruchs zeitlich nachgelagert.

gar eine besonders exponierte Bedeutung zu.¹²⁰⁶ Die Verjährung soll nämlich auch dem Schutz der Dispositionsfreiheit des Schuldners dienen. Dieser darf nach einer bestimmten Zeit darauf vertrauen, dass der Gläubiger seine Forderung nicht mehr geltend machen wird.¹²⁰⁷ So stellt sich die Situation auch im einführenden Beispiel dar. Da der Schädiger von der E-Scooter-Anbieterin nichts mehr hört, geht er nach geraumer Zeit davon aus, dass sich die Angelegenheit erledigt hat. In dieser Situation ist der Schutz des (deliktischen) Schuldners über eine den Verjährungsbeginn auslösende Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht angebracht. Freilich muss dem Gläubiger eine reale, faire Chance bleiben, seinen Anspruch geltend zu machen. Allerdings genügt es auch, wenn diese Chance tatsächlich bestand.¹²⁰⁸ Dies gewährleistet im Rahmen der Wissensorganisationspflicht aber das Prinzip der Risikoschaffung und -beherrschung. Die Verjährung beginnt nämlich nur zu laufen, wenn sich die maßgeblichen Informationen auch tatsächlich in der von der juristischen Person beherrschten Sphäre befinden. Der Telos der Verjährung, insbesondere von § 199 Abs. 1 BGB, steht einer Anwendung der Wissensorganisationspflicht daher – auch im Deliktsrecht – nicht entgegen.

Schließlich bringt auch die Änderung der Rechtslage von § 852 BGB a.F. zu § 199 BGB n.F. – entgegen der Ansicht des Bundesgerichtshofs – zwei Argumente für die Anwendung der Wissensorganisationspflicht: Zum einen besteht kein hinausgeschobener Verjährungsbeginn für deliktische Ansprüche mehr. Dies spricht gegen eine gegenüber vertraglichen Ansprüchen erhöhte Schutzbedürftigkeit des Gläubigers.¹²⁰⁹ Zum anderen wollte der Gesetzgeber zwar nicht *expressis verbis* in die Frage der Wissenszurechnung eingreifen. Mit der Schaffung der gesetzlichen Regelung strebte er aber eine Vereinheitlichung des Verjährungsrechts, insbesondere einen einheitlichen Verjährungsbeginn an, um so ein Mehr an Rechtssicherheit zu erreichen.¹²¹⁰ Dem würde eine gesplante Anwendung von § 199 Abs. 1 BGB im Hinblick auf die Wissenszurechnung aber diametral zuwiderlau-

1206 BT-Drs. 14/6040, S. 96; OLG Saarbrücken BeckRS 2010, 24181; *Baisch*, Verjährungsbeginn, 2018, S. 67; *Faßbender*, Wissen, 1998, S. 136; *Zimmermann*, JZ 2000, 853 (857).

1207 BT-Drs. 14/6040, S. 96; OLG Saarbrücken BeckRS 2010, 24181; *Zimmermann*, JZ 2000, 853 (857).

1208 BT-Drs. 14/6040, S. 95; *Schrader*, Wissen, 2017, S. 117.

1209 So auch *Seidel*, AG 2019, 492 (496–498). Zu diesem Argument gegen die Wissensorganisationspflicht im Rahmen des § 852 Abs. 1 BGB a.F. BGH NJW 2001, 2535 (2536).

1210 BT-Drs. 14/6040, S. 96, 107.

fen. Dies gilt umso mehr, als vertragliche Ansprüche oftmals mit solchen aus Delikt einhergehen.¹²¹¹

Nach alledem verbleibt kein Grund, an der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs festzuhalten. Die Wissensorganisationspflicht ist vielmehr auch im Fall deliktischer Ansprüche im Rahmen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB anzuwenden. Dies ermöglicht dann auch eine Wissenszurechnung bei autonomen Systemen in den Bereichen der Informationsbeschaffung und -auswertung sowie der Entscheidungsfindung.

3. Haftung nach § 826 BGB

Auch zur Begründung einer Haftung nach § 826 BGB hat der Bundesgerichtshof eine Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht abgelehnt.¹²¹² Die Frage nach deren Anwendbarkeit stellt sich dort mit Blick auf die Tatbestandsmerkmale der Sittenwidrigkeit und des Vorsatzes. Schon für die Sittenwidrigkeit kann es auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen.¹²¹³ Im vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall einer Prospekthaftung bedarf es so etwa bereits zur Begründung des Sittenverstößes einer bewussten Täuschung.¹²¹⁴ Diesbezüglich hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die erforderliche Kenntnis der juristischen Person nicht über das Konzept der Wissensorganisationspflicht zugerechnet werden könne. Eine solche Wissenszurechnung führe nämlich nicht zum für das Merkmal der Arglist entbehrlichen, für das Merkmal der Sittenwidrigkeit aber erforderlichen moralischen Unwerturteil. Sie würde daher dem personalen Charakter des § 826 BGB nicht gerecht.¹²¹⁵ Auch die Annahme von Vorsatz kraft Wissenszurechnung hat

1211 So etwa auch in BGH NJW 2012, 1789.

1212 BGH NJW 2017, 250 (251–253); dem sind im Kontext des *Dieselskandals* zahlreiche OLG gefolgt, vgl. etwa OLG Karlsruhe WM 2019, 881 (885); Urt. v. 9.1.2020 – 17 U 107/19, Rn. 56; Urt. v. 21.1.2020 – 17 U 2/19, Rn. 58; OLG Köln Urt. v. 10.3.2020 – 4 U 219/19, Rn. 86; OLG München Urt. v. 15.1.2020 – 20 U 3219/18, Rn. 50; Urt. v. 29.1.2020 – 20 U 3015/18, Rn. 50; Urt. v. 6.4.2020 – 21 U 3039/19, Rn. 49; OLG Stuttgart Urt. v. 30.1.2020 – 2 U 306/19, Rn. 39 (jeweils abrufbar auf *juris.de*); a.A. aber OLG Köln BeckRS 2019, 22423 sowie die damalige Vorinstanz des BGH KG WM 2015, 2365 (2369f.). Überblicksartig hierzu bereits 2. Teil, D.

1213 BGH NJW 2017, 250 (252); hierzu auch BGH NJW 2014, 1380.

1214 BGH NJW 2017, 250 (252); ferner BGH NJW-RR 2013, 1448 (1449f.).

1215 BGH NJW 2017, 250 (252f.).

der Bundesgerichtshof in seinem Urteil entschieden abgelehnt. Hierzu wäre ähnlich den Fällen der „gespaltenen Arglist“¹²¹⁶ nicht nur die Zurechnung des Wissens einer Hilfsperson, sondern auch der Verzicht auf das voluntative Element des Vorsatzes erforderlich gewesen. Dem Bundesgerichtshof zufolge setzt jedoch die zumindest billigende Inkaufnahme der Schädigung eines anderen damit korrespondierende Kenntnisse derselben natürlichen Person voraus. Möge es im Fall einer natürlichen Person noch gerechtfertigt sein, von Wissen auf Willen zu schließen, so käme dies bei juristischen Personen einer Fiktion gleich. Diese würde der Vorschrift des § 826 BGB nicht gerecht.¹²¹⁷

Im Ergebnis bedeutet dies, dass eine Haftung der juristischen Person nach § 826 BGB nur in Betracht kommt, wenn ein Organwalter (§ 31 BGB) oder eine sonstige Hilfsperson (§ 831 BGB) den objektiven und subjektiven Tatbestand der Haftungsnorm in eigener Person verwirklicht hat. Das Urteil des Bundesgerichtshofs schließt somit auch eine in diesem Bereich allein in Betracht kommende Wissenszurechnung bei autonomen Systemen in den Einsatzgebieten der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung sowie der Entscheidungsfindung aus. Ihm ist, jedenfalls im Ergebnis, zuzustimmen.

Zutreffend ist zunächst, dass das Merkmal der Sittenwidrigkeit aufgrund des personalen Charakters des § 826 BGB das Erfordernis eines moralischen Unwerturteils enthält, das sich nicht mit einer der Wissensorganisationspflicht inhärenten Risikoverteilung begründen lässt. Zwar ist der Bundesgerichtshof von einigen dafür kritisiert worden, dass er damit das Merkmal der Sittenwidrigkeit – insbesondere vor dem Hintergrund bestehender Objektivierungstendenzen – ungewöhnlich stark moralisch aufgeladen habe.¹²¹⁸ Er hat den zugegebenermaßen starken Begriff des moralischen Unwerturteils aber vor allem gebraucht, um den Kontrast zur Arglist zu verdeutlichen, für die er das Erfordernis eines solchen explizit abgelehnt hat.¹²¹⁹ Zudem sprechen sich zwar immer wieder Vertreter der wissenschaftlichen Diskussion zu § 826 BGB für eine Objektivierung oder Funktionalisierung des Merkmals der Sittenwidrigkeit aus.¹²²⁰ Im Gegen-

1216 Hierzu 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (3).

1217 BGH NJW 2017, 250 (253).

1218 Wagner, Anm. zu BGH Urt. v. 28.6.2016 – VI ZR 536/15, JZ 2017, 522 (524); ferner Seidel, AG 2019, 492 (500); BeckOGK/Spindler, § 826 BGB Rn. 23.

1219 Hierzu 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (3).

1220 So bereits Mestmäcker, AcP 168 (1968), 235 (254–256) sowie Mertens, AcP 178 (1978), 227 (239, 261f.); ferner Hacker, RW 2018, 243 (285); Schanze, NZG

satz zur Arglist¹²²¹ betonen Rechtsprechung und überwiegendes Schrifttum jedoch für das Merkmal der Sittenwidrigkeit nach wie vor dessen moralisches Element.¹²²² So wird die Sittenwidrigkeit seit jeher als Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden definiert.¹²²³ Sie enthält somit einen personalen Vorwurf, der den Charakter des § 826 BGB ausmacht.¹²²⁴ Dieser lässt sich nicht im Wege der wertenden Wissenszurechnung begründen. Dies gilt erst recht, wenn das maßgebliche Wissen nur in autonomen Systemen als technischen Artefakten verkörpert ist.¹²²⁵ Eine derart weitgehende, entpersonalisierte Haftung würde dem Ausnahmeharakter des § 826 BGB¹²²⁶ nicht gerecht.

Was den Vorsatz im Rahmen des § 826 BGB betrifft, überzeugt die Begründung des Bundesgerichtshofs für die Ablehnung einer Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht nicht. So, wie er es für § 826 BGB ablehnt, verfährt er nämlich im Rahmen der „gespaltenen Arglist“.¹²²⁷ Dennoch ist ihm auch hier im Ergebnis zuzustimmen. Anders als für die Arglist ist das voluntative Element für den Schädigungsvorsatz des § 826 BGB unentbehrlich.¹²²⁸ Auf dieses kann daher nicht im Wege der Rechtsfortbildung verzichtet werden. Auch dies ist dem personalen Charakter des § 826 BGB geschuldet. Dieser setzt gerade ein von Wissen geleitetes Wollen der Schädigung des Opfers voraus. Ihm ist insofern ein personaler Vor-

2007, 681 (684); MüKoBGB/Wagner, § 826 BGB Rn. 12; Wagner, Anm. zu BGH Urt. v. 28.6.2016 – VI ZR 536/15, JZ 2017, 522 (524).

1221 Zu deren Verobjektivierung durch die Rechtsprechung eingehend 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (3).

1222 BGHZ 160, 149 (157) (2004); 173, 246 (255) (2007); NJW 2014, 1380; 2017, 2613; Förster, AcP 209 (2009), 398 (423, 429); BeckOKBGB/Förster, § 826 BGB Rn. 11; BeckOGK/Spindler, § 826 BGB Rn. 4; Erman/Wilhelmi, § 826 BGB Rn. 4.

1223 Mot. bei Mugdan II, S. 406; RGZ 48, 114 (124) (1901); BGHZ 160, 149 (157) (2004); 173, 246 (255) (2007); NJW 2014, 1380; 2017, 2613.

1224 Hierzu bereits Canaris, AcP 184 (1984), 201 (234) sowie im Kontext der Wissenszurechnung ders., Sonderheft VersR, Karlsruher Forum 1994, 33 (35); Frisch, Anm. zu BGH Urt. v. 28.6.2016 – VI ZR 536/15, EWIR 2016, 761 (762); Handke, Anm. zu BGH Urt. v. 28.6.2016 – VI ZR 536/15, BB 2016, 2626; Prölss, Liber Amicorum Leenen, 2012, 229 (258); A. Reuter, ZIP 2017, 310 (313); Schwab, JuS 2017, 481 (488).

1225 A.A. Hacker, RW 2018, 243 (285–287).

1226 Zu diesem Förster, AcP 209 (2009), 398 (421, 423); BeckOGK/Spindler, § 826 BGB Rn. 2.

1227 Dort wird i.E. auf das voluntative Element verzichtet, vgl. 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (3).

1228 Zum Folgenden bereits 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (3).

wurf immanent, als der Täter aufgrund des Normzwecks, der Deprivilegierung des Vorsatztäters, gerade aufgrund *seines* Wissens einen rechtsfeindlichen Willen entfalten muss.¹²²⁹ Dies ist der eigentliche Grund für die von der „gespaltenen Arglist“ abweichende Behandlung durch die Rechtsprechung.

Hinzu kommt ein weiterer Aspekt, der bislang keinerlei Beachtung gefunden hat, der das Unbehagen des Bundesgerichtshofs gegenüber einer Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht im Rahmen des § 826 BGB gleichwohl erklären dürfte: Für eine rechtsfortbildende Begründung des Vorsatzes – und damit des Verschuldens – im Wege der Wissenszurechnung ist im Rahmen der Haftungsnormen des Deliktsrechts¹²³⁰ angesichts der gesetzlichen Konzeption schlichtweg kein Raum. Ihr steht somit bereits der in der gesetzlichen Konzeption zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers entgegen. § 826 BGB ist nämlich – wie im Übrigen auch § 823 BGB – auf den Fall des Individualtäters ausgerichtet.¹²³¹ Anders als im Bereich der (reinen) Wissensnormen, deren Anwendung auf arbeitsteilige Organisationen nicht geregelt ist, existiert hier aber ein gesetzliches Konzept für die Haftung von Unternehmen bzw. – allgemeiner – der juristischen Person: Dieses setzt sich aus den allgemeinen Regeln der §§ 31, 831 BGB zusammen. Aus diesen folgt, dass der Tatbestand des § 826 BGB auch im Fall einer juristischen Person stets in einer natürlichen Person verwirklicht sein muss. Handelt es sich bei dieser um einen Organwalter, ist der juristischen Person die Verwirklichung des Tatbestandes strikt über § 31 BGB zuzurechnen. Für untergeordnete Hilfspersonen haftet die juristische Person nach § 831 Abs. 1 BGB dagegen nur bei eigenem Auswahl-, Instruktions- oder Überwachungsverschulden (ihrer Organe). Die Begründung der Haftung der juristischen Person über eine Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht würde nun die bestehende gesetzliche Systematik grundlegend nivellieren. Sie würde – durch die Hintertür – eine allgemeine Haftung der juristischen Person für Hilfspersonen nach dem Prinzip des *respondeat superior*¹²³² schaffen und damit das im Deliktsrecht geltende Verschuldensprinzip durch das der Wissenszurechnung inhärente

1229 Staudinger/Oechsler, § 826 BGB Rn. 81b; zustimmend Seidel, AG 2019, 492 (501); BeckOGK/Spindler, § 826 BGB Rn. 24.

1230 Dies dürfte also auch für die anderen Tatbestände des Deliktsrechts, insb. § 823 Abs. 1, 2 BGB, gelten.

1231 MüKoBGB/Wagner, § 826 BGB Rn. 38.

1232 Nach diesem Prinzip haftet der Geschäftsherr ohne Entlastungsmöglichkeit und ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden stets für unerlaubte Handlungen seiner Hilfspersonen, vgl. Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 275f.,

Risikoprinzip ersetzen. Der juristischen Person würde nun sämtliches objektive wie subjektive Fehlverhalten von Personen innerhalb ihrer Organisation unterschiedslos – geradezu mosaikartig – zugerechnet. Eine solche Haftung wollte der deutsche Gesetzgeber – im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen¹²³³ – aber gerade nicht.¹²³⁴ Es verwundert daher wenig, dass mit *Wagner* gerade ein pointierter Kritiker¹²³⁵ der bestehenden gesetzlichen Systematik mit der Bejahung einer Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht das Prinzip des *respondeat superior* dennoch zu verwirklichen sucht¹²³⁶ – allerdings *contra legem*. Zwar mag man die von ihm angestrebte Unternehmenshaftung für rechtspolitisch wünschenswert halten.¹²³⁷ Sie lässt sich jedoch mit dem geltenden Recht nicht vereinbaren. Methodisch wäre bereits das Vorliegen einer Lücke abzulehnen. Für die Begründung einer deliktischen Haftung über eine Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht ist somit kein Raum. Folglich muss hier auch eine Wissenszurechnung bei autonomen Systemen ausscheiden.

Gegen die Ablehnung einer Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht wendet *Wagner* aus der Steuerungsperspektive zwar ein, dass eine auf Vorsatz beschränkte Haftung nicht funktionieren könne, wenn sie nicht um das Konzept der Wissensorganisationspflicht ergänzt werde. Es bestünde sonst nämlich der Anreiz, sein Unternehmen so zu organisieren, dass die positive Kenntnis von unangenehmen Informationen von den für das Unternehmen handelnden Organwaltern nicht erlangt wird.¹²³⁸ Hierbei handelt es sich aus ökonomischer Sicht um ein durchaus berechtigtes

310; grundlegend aus rechtshistorischer und rechtsvergleichender Perspektive *Wicke*, *Respondeat Superior*, 2000, passim.

1233 Etwa dem anglo-amerikanischen Rechtskreis, Frankreich, Italien oder den meisten skandinavischen Ländern, vgl. *Kötz/Wagner*, *Deliktsrecht*, 13. Aufl. 2016, Rn. 330.

1234 Mot. bei *Mugdan II*, S. 411; Prot. bei *Mugdan II*, S. 1094f. Auch spätere Bemühungen um eine entsprechende Änderung des § 831 BGB – etwa im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung – konnten sich nicht durchsetzen, vgl. überblicksartig *Staudinger/Bernau*, § 831 BGB Rn. 187–199; *MüKoBGB/Wagner*, § 831 BGB Rn. 3–5.

1235 Vgl. etwa *MüKoBGB/Wagner*, § 831 BGB Rn. 1–5; ferner *Kötz/Wagner*, *Deliktsrecht*, 13. Aufl. 2016, Rn. 328–331.

1236 *MüKoBGB/Wagner*, § 826 BGB Rn. 40; *Wagner*, Anm. zu BGH Urt. v. 28.6.2016 – VI ZR 536/15, JZ 2017, 522 (524f.).

1237 Zu den ökonomischen Vorzügen einer solchen *vicarious liability* *Shavell*, *Economic Analysis of Law*, 2004, S. 233–235.

1238 *Wagner*, Anm. zu BGH Urt. v. 28.6.2016 – VI ZR 536/15, JZ 2017, 522 (525); ähnlich im Kontext autonomer Systeme *Hacker*, RW 2018, 243 (287).

Argument.¹²³⁹ In rechtlicher Hinsicht verfährt dieses jedoch nicht. Bereits in einer von *Wagner* befürchteten rechtsmissbräuchlichen Organisation liegt ein Sittenverstoß im Sinne des § 826 BGB. In der Regel dürfte auch der diesbezügliche Vorsatz des unternehmensorganisierenden Organwalters vorliegen. Eine Haftung nach § 826 BGB ist daher schon aufgrund der rechtsmissbräuchlichen Wissensorganisation begründet, ohne dass es hierzu überhaupt einer Wissenszurechnung bedarf.¹²⁴⁰ So bleibt § 826 BGB selbst im Kontext autonomer Systeme – ganz gemäß seiner genuinen Funktion als Auffangtatbestand für Extremfälle¹²⁴¹ – leistungsfähig. Unerwünschte Anreize für die Organisation von Unternehmen sind daher auch bei einem Festhalten an der gesetzlichen Konzeption nicht zu befürchten.

IV. Ergebnis

Abschließend sind die Ergebnisse der Untersuchung zur Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme im außervertraglichen Bereich zusammenzufassen. Anhand dieser Ergebnisse ist dann das einführende Beispiel zu lösen.

1. Zusammenfassung

Die Untersuchung der Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme im außervertraglichen Bereich hat ergeben, dass die typischerweise vorgenommene Differenzierung zwischen vertraglichem und außervertraglichem Bereich überflüssig ist. Die Wissenszurechnung folgt in beiden Bereichen einheitlichen Regeln. Einschränkungen können sich hier wie dort allenfalls aus den Wertungen einzelner Wissensnormen ergeben.

Fragen der Wissenszurechnung stellen sich im außervertraglichen Bereich vor allem in fünf Zusammenhängen: Die Wissensnormen des gutgläubigen Erwerbs (§§ 932 Abs. 2, 892 Abs. 1 S. 1 BGB), des EBV (§ 990 Abs. 1 BGB), des Bereicherungsrechts (§ 819 Abs. 1 BGB) sowie des Insolvenzrechts (§§ 82, 133 Abs. 1 InsO) stellen jeweils auf die Kenntnis – sowie

1239 Hierzu etwa auch 3. Teil, A., II., 3., c), ee), (3).

1240 So völlig zutreffend *Seidel*, AG 2019, 492 (501); allgemein zur Haftung nach § 826 BGB im gesellschaftsrechtlichen Kontext wegen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens *MüKoBGB/Wagner*, § 826 BGB Rn. 200–213.

1241 *Förster*, AcP 209 (2009), 398 (443).

teils die grob fahrlässige Unkenntnis – des Betroffenen ab. Zudem ist die Wissenszurechnung im Deliktsrecht für den Verjährungsbeginn deliktischer Ansprüche sowie die Haftung nach § 826 BGB von Relevanz.

Für eine Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme kann dabei im Bereich der Entscheidung und Entscheidungsumsetzung – wie im vertraglichen Bereich – § 166 Abs. 1 BGB analog angewendet werden. Die zu § 990 Abs. 1 BGB vertretene analoge Anwendung von § 831 Abs. 1 BGB überzeugt dagegen nicht. Zwar lässt sich dieser auch sinnvoll auf autonome Systeme anwenden. Dies haben Untersuchungen im Bereich der Haftung ergeben. Ungeachtet dessen überzeugt eine Wissenszurechnung analog § 831 Abs. 1 BGB – unabhängig von autonomen Systemen – nicht. Vor allem handelt es sich bei § 831 Abs. 1 BGB um keine Zurechnungsnorm für fremdes Verhalten oder gar Wissen, sondern um einen eigenständigen Haftungstatbestand für eigenes Verschulden des Geschäftsherrn. Die Norm stellt zudem explizit nur auf vom Verrichtungsgehilfen verwirklichte objektive Merkmale ab und verbietet die Berücksichtigung seiner subjektiven Merkmale. Mit Wissenszurechnung hat § 831 Abs. 1 BGB folglich nichts zu tun.

In den Bereichen der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung sowie der Entscheidungsfindung kann für eine Wissenszurechnung bei autonomen Systemen auch im außervertraglichen Bereich auf die Wissensorganisationspflicht zurückgegriffen werden. Die dieser zugrunde liegenden Rechtsprinzipien sind mit den Wertungen der Wissensnormen des außervertraglichen Bereichs grundsätzlich vereinbar. Dies gilt insbesondere auch für die mit der Wissensorganisationspflicht vorgenommene Risikoverteilung. Diese wird im außervertraglichen Bereich ebenso durch ein wechselseitiges Zusammenspiel von Vertrauensschutz und Risikobeherrschung konkretisiert. Im Vergleich zum vertraglichen Bereich, in welchem dem Vertrauensschutz aufseiten des Vertragspartners die Risikoschaffung und -beherrschung aufseiten der juristischen Person gegenübersteht, ist dieses Zusammenspiel aber anders konturiert. Die Wissensnormen des außervertraglichen Bereichs – das Deliktsrecht ausgenommen – schützen das Vertrauen des von ihnen Betroffenen, hier der juristischen Person. Der Schutz des Vertrauens steht aber stets unter dem Vorbehalt des Selbstschutzes. Dieser wird wiederum durch das Prinzip der Risikobeherrschung konkretisiert. Diesbezüglich ist im Hinblick auf die juristische Person auch das von ihr grundsätzlich beherrschbare Wissensaufspaltungsrisiko zu berücksichtigen.

Auch im Deliktsrecht ist die Wissensorganisationspflicht grundsätzlich anwendbar. Die ihr zugrunde liegenden Rechtsprinzipien sind mit den

Wertungen des Deliktsrechts vereinbar. Entgegen der Ansicht von Rechtsprechung sowie Teilen der Literatur kommt auch dem Vertrauensschutz sowie dem Verkehrsschutz in diesem Bereich strukturelle Bedeutung zu. Dies wird insbesondere an der Parallele von Wissensorganisationspflicht und deliktischen Verkehrspflichten deutlich. Einschränkungen der Wissenszurechnung (auch bei autonomen Systemen) können sich daher auch hier allein aufgrund der einzelnen Wissensnorm ergeben.

Keine Einschränkung ergibt sich jedoch für die Verjährung deliktischer Ansprüche. An der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB kann nicht länger festgehalten werden. Deren Übertragbarkeit auf hier im Mittelpunkt stehende Wirtschaftsunternehmen als juristische Personen des Privatrechts erscheint ohnehin fraglich, da sämtliche Entscheidungen zu Behörden ergangen sind. Das zentrale Argument des Bundesgerichtshofs, die fehlende Bedeutung des Verkehrsschutzes im deliktischen Bereich, ist zudem durch die Untersuchung widerlegt. Gerade in der mit der schädigenden Handlung begründeten Sonderverbindung zwischen Schädiger und juristischer Person kommt dem Vertrauen des Schädigers mit zunehmender Zeit eine besonders exponierte Bedeutung zu. Die Anwendung der Wissensorganisationspflicht auch im Fall von deliktischen Ansprüchen trägt schließlich dem Anliegen des Gesetzgebers Rechnung, mit der Einführung von § 199 Abs. 1 BGB einen einheitlichen Verjährungsbeginn für vertragliche und deliktische Ansprüche und damit ein Mehr an Rechtssicherheit zu schaffen.

Die gesetzliche Konzeption des § 826 BGB schließt eine Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht jedoch (auch für autonome Systeme) aus. Diesbezüglich hat die Rechtsprechung zutreffend darauf hingewiesen, dass sich das für die Sittenwidrigkeit – im Gegensatz zur Arglist – erforderliche moralische Unwerturteil nicht mit einer der Wissensorganisationspflicht inhärenten Risikoverteilung begründen lässt. Zudem kann aufgrund des personalen Charakters des § 826 BGB nicht auf das voluntative Element des Schädigungsvorsatzes verzichtet werden. Der entscheidende, bisher nicht beachtete Grund, der einer Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht hier entgegensteht, ist aber die abschließende gesetzliche Konzeption der Haftung von Unternehmen im deliktischen Bereich (§§ 31, 831 BGB). Diese lässt schlicht keinen Raum für die Begründung einer Haftung der juristischen Person über eine Wissenszurechnung qua Wissensorganisationspflicht. Damit würde nämlich eine dem deutschen Recht fremde allgemeine Haftung der juristischen Person für Hilfspersonen nach dem Prinzip des *respondeat superior* geschaffen. Das im De-

liktsrecht geltende Verschuldensprinzip würde auf diese Weise *contra legem* durch das der Wissenszurechnung inhärente Risikoprinzip ersetzt.

2. Lösung des einführenden Beispiels

Legt man die Ergebnisse dem einführenden Beispiel zugrunde, so ist der sich aus § 823 Abs. 1 BGB ergebende Anspruch der S gegen R auf Zahlung von Schadensersatz bereits verjährt, § 214 Abs. 1 BGB. Die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 BGB hat mit dem Schluss des Jahres 2016 begonnen und ist Ende des Jahres 2019 abgelaufen. Die Verjährungsfrist begann mit dem Schluss des Jahres 2016, da in diesem der Anspruch der S mit der Beschädigung des Rollers durch R am 2. September entstanden ist und die S von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangte, § 199 Abs. 1 BGB. Sie hat sich diesbezüglich das Wissen des von ihr eingesetzten autonomen Systems zurechnen zu lassen. Auf die Zurechnung der erst im Jahr 2020 erlangten Kenntnis des M kommt es daher nicht mehr an.

Die im System vorhandenen Informationen entsprechen dem gesetzlich geforderten Gegenstand der Kenntnis. Diese hat sich nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB auf die anspruchsbegründenden Umstände sowie die Person des Schuldners zu beziehen. Ausreichend hierfür ist, dass der Betroffene den dem Anspruch zugrunde liegenden Hergang in seinen Grundzügen kennt und weiß, dass der Sachverhalt erhebliche Anhaltspunkte für die Entstehung eines Anspruchs bietet.¹²⁴² Insofern müssen die dem Betroffenen bekannten Tatsachen in den Kontext des verjährenden Anspruchs gebracht, das heißt rechtlich kontextualisiert werden.¹²⁴³ Im Hinblick auf die Informationsintensität ist maßgeblich, ob der Betroffene aufgrund der ihm bekannten Tatsachen gegen eine bestimmte Person Klage erheben kann, die bei verständiger Würdigung der ihm bekannten Tatsachen so viel Aussicht auf Erfolg bietet, dass sie für ihn zumutbar ist.¹²⁴⁴ Das autonome System der S hat die von R im Formular angegebenen Informationen verarbeitet. Hierzu gehören neben den Informationen über dessen Identität detaillierte Informationen zum genauen Unfallort sowie zum Unfallhergang

1242 BGHZ 97, 97 (111) (1986); NJW 1990, 176 (179); MüKoBGB/Grothe, § 199 BGB Rn. 28.

1243 Hierzu Schrader, Wissen, 2017, S. 16.

1244 BGHZ 6, 195 (201) (1952); 97, 97 (111) (1986); NJW 1994, 3092 (3093); 2004, 510; 2009, 2046 (2050); 2017, 949 (950f.).

und zum Schaden am Roller. Auch wenn das System selbst diese Informationen nicht in den Kontext eines Anspruchs gebracht haben sollte, ist bei dann anzulegendem anthropoparallelem Maßstab¹²⁴⁵ davon auszugehen, dass ein menschlicher Angestellter dies in dieser Situation getan hätte.

Das Wissen des autonomen Systems ist der S nach den hier entwickelten Grundsätzen der Wissenszurechnung beim Einsatz autonomer Systeme zuzurechnen. Das autonome System ist nicht am konkreten rechtlichen Geschehen beteiligt, sondern agiert rein intern zum Zwecke der Informationsverarbeitung, somit im Bereich der Informationsbeschaffung und Informationsauswertung. Die einer Wissenszurechnung in diesem Einsatzbereich zugrunde liegende Wissensorganisationspflicht ist auch im Deliktsrecht grundsätzlich anwendbar.

Der Zurechnung stehen auch nicht die Wertungen der Verjährung deliktischer Ansprüche entgegen.¹²⁴⁶ Auch hier besteht nämlich grundsätzlich nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums ein schutzwürdiges Vertrauen des Schädigers darauf, dass der Geschädigte seinen Anspruch nicht mehr geltend machen wird. Die Wertungen der Verjährung deliktischer Ansprüche widersprechen daher nicht den Rechtsprinzipien, die der Wissensorganisationspflicht zugrunde liegen.

1245 Hierzu ausführlich 3. Teil, A., II., 3., c), dd), (1), (c).

1246 Hierzu eingehend 3. Teil, B., III., 2.