

Nemat/Panzer-Heemeier/Meckenstock*

ESG 2.0 – Digitale Ethik als neue Dimension der Nachhaltigkeit

„Wir werden eine Nachhaltigkeitsrevolution erleben, die vergleichbar mit der industriellen Revolution im 19. Jahrhundert ist, aber im Tempo der digitalen Revolution. Es wird die größte Investitionschance und die größte Jobmaschine in der Geschichte sein.“

– Al Gore, ehemaliger US-Vizepräsident und Friedensnobelpreisträger

I. Einleitung

Die gegenwärtige Klima- und Ressourcenkrise führt zu einem massiven gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Umbruch. Das Bewusstsein darüber, dass globale und ethische Herausforderungen wie Armut, Diskriminierung, Ausbeutung und Zerstörung der Umwelt in einem komplexen Verhältnis zueinanderstehen und die politischen Lösungsansätze höchst ambitioniert sind, nimmt zu. Gesetzliche Vorgaben, Haftungsrisiken und Finanzierungsfragen tragen dazu bei, dass unternehmerische Transformationsprozesse beschleunigt werden. Die Abkehr vom alleinigen Shareholder-Value entwickelt sich strukturell und organisatorisch weiter in Richtung nachhaltiger Wirtschaft und rückt das Thema Vertrauen zu Organisationen in den Vordergrund.¹ Die erdrückende, wissenschaftliche Evidenz zu den Ursachen und Auswirkungen des globalen CO₂-Anstiegs sowie eine zunehmend sensibilisierte öffentliche Meinung im außerparlamentarischen, aktivistischen wie auch im parlamentarischen Bereich haben zu regulatorischen Eingriffen der europäischen Legislative geführt.

Eine exponentiell steigende Rechenleistung von Computern, die nach dem Erstbeschreiber auch „Moor’sches Gesetz“ genannt wird, hat die nächste industrielle Revolution eingeleitet. In einer vernetzten Welt, in der nicht nur Menschen miteinander, sondern auch Dinge in der Lage sind, Daten miteinander auszutauschen (Internet of Things (IoT)), ist eine Ökonomie jenseits der Digitalität nicht mehr denkbar. Aus ökonomischer Sicht sind daten- und algorithmenbasierte Geschäftsmodelle Grundlage jeder Wachstumsperspektive. Die Analogie von Nutzer- und Kundendaten als „Gold“ oder „Öl“ des 21. Jahrhunderts² wurde zurecht kritisiert, gibt jedoch eine Vorstellung von der existenziellen Bedeutung der Daten für Unternehmen einerseits, wie auch von der „Goldgräbermentalität“ auf Basis mangelnder Regulation andererseits, wieder. Durch den verstärkten Einsatz von Algorithmen und den damit einhergehenden Rückgang menschlicher Beteiligung oder Aufsicht bei bestimmten Technologien, können und müssen wir uns auf automatische Prozesse verlassen und geraten in die Gefahr, dabei ethische Überlegungen zu vernachlässigen oder zu übersehen.³ Die Zunahme datengetriebener Geschäftsmodelle erweitert somit die Verantwortung von Unternehmen um die Dimension digital-ethischer Kriterien. Im Zeichen fortschreitender Digitalisierung rücken zunehmend Handlungsempfehlungen zum verantwortlichen Umgang mit Daten in den Vordergrund, zumal diese – nicht zuletzt laut der EU-Kommission – zentrale Voraussetzung für die Bekämpfung des Klimawandels und für die breite Teilhabe an Bildung und Wohlstand sind.⁴

II. CSR (Corporate Social Responsibility) und ESG

In Deutschland, wie in den meisten europäischen Ländern, bestehen Vorgaben zur nachhaltigen Unternehmensführung aus mehr oder weniger freiwilligen Selbstverpflichtungen. Die Pflicht, formell zu berichten ist zwar gesetzlich geregelt; unklar ist jedoch, wie dieses programmatisch aufzusetzen, worüber also zwingend zu berichten ist. Versuche, die inhaltlichen Vorgaben in verbindliche Gesetze zu überführen, scheitern bislang an der komplexen Materie sowie mangelndem Handlungsdruck. Unternehmen sind daher gut beraten, in einem ersten Schritt ihren eigenen Wertekanon zu identifizieren und sukzessive in die Unternehmenskultur zu integrieren. Auf dieser Basis lassen sich in weiteren Schritten Operationalisierungsmaßnahmen aufbauen.

1. CSR

„CSR ist ein Konzept, das den Unternehmen als Grundlage dient, um auf freiwilliger Basis soziale und ökologische Belange in ihre Unternehmenstätigkeit und in die Wechselbeziehungen mit den Stakeholdern zu integrieren.“⁵ Als Schlüsselbegriff der Unternehmensethik beschreibt CSR unternehmerisches Handeln in Bezug auf ökologisch sowie sozial relevante Aspekte im Austausch mit den Stakeholdern.

In der wissenschaftlichen Praxis wird CSR sehr unterschiedlich interpretiert, zumal es thematische Überschneidungen zu anderen Nachhaltigkeitskonzepten gibt. In einer neueren Mitteilung aus 2011 hat die Europäische Kommission den Bereich der CSR weiter gefasst, als sie der CSR „die Verantwortung von Unternehmen für ihre Auswirkungen auf die Gesellschaft“ zuschreibt.⁶

Obwohl es sich bei CSR um ein freiwilliges Konzept handelt, ist es mittlerweile de-facto Standard in der unternehmerischen Praxis. Dies liegt zum einen an den veränderten Erwartungen von uns als Verbraucher, Nutzer, Mitarbeiter und Bürger. Zum anderen an den existierenden Berichtspflichten (siehe unter II, 3), die eine entsprechende Transparenz herstellen.

* Dr. André T. Nemat ist Arzt und Thoraxchirurg. Mit seinem ingenieurwissenschaftlichen Hintergrund gründete er das Institute for Digital Transformation in Healthcare an der Universität Witten-Herdecke (iDiGiT). Er ist Gründungspartner der b.yond GmbH. Das joint venture zwischen iDiGiT und ARQIS bietet ein holistisches interdisziplinäres Beratungsangebot in den Feldern Datenrecht, Compliance und ESG mit dem Schwerpunkt Digitale Ethik. Dr. Andrea Panzer-Heemeier ist Rechtsanwältin mit den Schwerpunkten Arbeitsrecht und Datenschutz. Sie ist Managing Partnerin der Wirtschaftskanzlei ARQIS und Gründungspartnerin der b.yond GmbH. Prof. Dr. Cordula Meckenstock ist Chief Responsibility Officer der Grünenthal Group und für die Bereiche Compliance, Ethics, Data Privacy, Internal Audit, Corporate Responsibility und ESG zuständig.

1 Moosmayer/Grützner, CCZ 2021, 288.

2 Liekenbrock/Gebek/Scheider/Schuck, beck.digitax 2021, 347.

3 Floridi & Taddeo 2016: 2.

4 Europäische Kommission, Pressemitteilung zur Gestaltung der digitalen Zukunft Europas 2020.

5 Grünbuch Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen. (PDF; 198 kB) KOM (2001) 366 endgültig, Brüssel 2001.

6 EU-Strategie 2011–2014 für die soziale Verantwortung von Unternehmen (CSR).

2. ESG

Um die nachhaltigkeitsbezogenen Verantwortungsbereiche von Unternehmen zu beschreiben, haben sich in den vergangenen Jahren die sog. ESG-Kriterien (Environmental/Ökologie, Social/Soziales, Governance/Unternehmensführung) als Norm etabliert. Der Begriff vereint mehrere, sich verstärkende Trends zu einem Querschnittsthema. Die Initiativen hierfür lassen sich bis in das Jahr 2006 zurückverfolgen, in dem die Vereinten Nationen im Rahmen des Netzwerks „Principles for Responsible Investments („PRI“) dazu aufriefen, nachhaltige Investmententscheidungen in die gängigen ESG-Kriterien zu integrieren. Insgesamt über 4.000 Unternehmen haben die PRI unterschrieben, zusammen verwalten sie mittlerweile über 121 Billionen US-Dollar (Stand 13. Juli 2021).⁷ Im akademischen Diskurs leitet sich ESG historisch und inhaltlich vorwiegend aus dem CSR-Konzept ab. Während CSR allgemein das Bewusstsein eines Unternehmens für nachhaltiges Management in ökonomischer, ökologischer und sozialer Hinsicht beschreibt, verbergen sich hinter dem Begriff ESG-Kriterien zur Bewertung der kollektiven Verantwortung eines Unternehmens im Hinblick auf dessen ökologische und soziale Führung, insbesondere für Unternehmensbewertungen und damit auch die Zukunftsfähigkeit von Unternehmen⁸. Man kann sagen, dass die „ESG-Perspektive“ die Investorensicht widerspiegelt, während das CSR-Thema unter dem Blickwinkel des nichtfinanziellen Risikomanagements und des Wertsteigerungsaspektes erfolgt. Das ESG-Modell hat sich in den vergangenen Jahren als Rahmenwerk etabliert, welches in jeder modernen Unternehmensführung zur Kategorisierung von CSR-relevanten Themen verwendet wird.

Ziel ist es, die Wirtschaft dazu zu animieren, neben finanziellen Aspekten auch soziale und ökologische Belange in die Unternehmensstrategie zu integrieren. Während anfangs vor allem der regulatorische Druck auf Unternehmen lastete, war das Ziel vor allem, durch konformes Verhalten mögliche Risiken zu minimieren. Das spiegelt sich auch bereits in der Organisationsstruktur von Unternehmen wieder. „Nachhaltigkeit“ wird als eigener Zuständigkeitsbereich auf Vorstandsebene verankert und häufig dem Compliance und/oder Rechtsressort zugeordnet.

Mit zunehmender Erwartung seitens der Kapitalmärkte entsteht allerdings auch ein Innovationsdruck, der Unternehmen dazu veranlasst, ESG als Vehikel zur transparenten Kommunikation des eigenen ökonomischen und sozialen Engagements zu machen. Der „Purpose“ und „Impact“ strategischer Ausrichtung entlang der ESG-Kriterien „enabled“ Unternehmen ihren strategischen Handlungsspielraum zu erweitern. Aus einer wachstumsgetriebenen Absicht der Gewinnmaximierung kann nun eine nachhaltigkeitsorientierte Intention einer Gewinnoptimierung werden.

3. Rechtliche Herleitung von CSR/ESG

ESG-Kriterien entstammen zunächst einer Betrachtung der Nachhaltigkeit und damit des Erfolges von Investitionen. Aufgrund der Wesensgleichheit kann dabei auf die rechtlichen Grundlagen von CSR zurückgegriffen werden. Zudem existiert mittlerweile eine Vielzahl begleitender Regulierungen, die den Gedanken der Nachhaltigkeit aufgreifen und unterschiedlich implementieren. Dennoch lassen sich ESG-Kriterien nicht unmittelbar aus Gesetzen, Verordnungen oder Richtlinien ableiten. Rechtliche Konstruktionsschwierigkeiten ändern aber nichts daran, dass CSR-Themen mittlerweile unter dem – noch weiter gefassten – Schlagwort ESG zu den wirkmächtigsten Entwicklungen des Gesell-

schaftsrechts gehören, die auf gewundenen aber nicht minder effizienten Wirkungspfaden die Unternehmenswirklichkeit in vielfacher Hinsicht nachhaltig prägen.⁹

a) CSR-Richtlinien-Umsetzungsgesetz (Gesetz zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lage- und Konzernlageberichten, „CSR RUG“).

Dem CSR-Konzept fehlte über Jahre und Jahrzehnte eine Verrechtlichung von Nachhaltigkeitskriterien. Mit dem CSR-RUG wurde in Deutschland im Jahr 2017 die sog. Corporate Social Responsibility-Richtlinie (Richtlinie 2014/95/EU vom 22. Oktober 2014 „CSR-Richtlinie“ oder auch Non-Financial Reporting Directive „NFRD“) umgesetzt. Hieraus ergibt sich die Pflicht zur Berichterstattung zu nichtfinanziellen Themen für kapitalmarktorientierte Unternehmen mit mehr als 500 Mitarbeitern im Jahresdurchschnitt sowie grundsätzlich Genossenschaften, Kreditinstitute, Finanzdienstleister und Versicherungsunternehmen.

Es stehen jedoch Änderungen an, die darauf abzielen, den Einfluss von ökologischen und sozialen Aspekten, sowie einer nachhaltigen Geschäftsführung weiter zu stärken. Am 21. April 2021 hat die europäische Kommission hierfür einen Entwurf für eine Corporate Sustainability Reporting Directive („CSRD-Entwurf“) verfasst. Diese soll bis zum 1. Dezember 2022 ebenfalls von den Mitgliedsstaaten in nationales Recht umgesetzt werden. Die Regelungen sollen ab dem Geschäftsjahr 2023 gelten, wobei sich eine Verzögerung abzeichnet. Der CSRD-Entwurf lässt einen bevorstehenden gravierenden Bedeutungsgewinn des Themas Nachhaltigkeit für europäische Unternehmen erkennen.¹⁰

Durch die CSRD erweitert sich der Kreis der berichtspflichtigen Unternehmen. Betroffen wären alle großen Unternehmen ab 250 Mitarbeitern im Jahresdurchschnitt, unabhängig von einer Kapitalmarktorientierung und einer Bilanzsumme von 20 Millionen Euro oder einem Jahresumsatz von 40 Millionen Euro. Weiter betroffen wären sämtliche kapitalmarkt-orientierten kleine und mittlere Unternehmen. Dies würde den Kreis der Unternehmen, die dazu verpflichtet sind in einem Bericht ihre Bemühungen auf den Gebieten Umwelt, Gesellschaft und der nachhaltigen Geschäftsführung zusammenzufassen und offenzulegen, in der EU nahezu vervierfachen. Darüber hinaus sieht der Entwurf die Schaffung von einheitlichen Nachhaltigkeitsberichterstattungsstandards auf EU-Ebene vor, an denen sich die einzelnen Unternehmen messen können und auch müssen.

b) GCGK

Die ESG-Kriterien finden auch Beachtung im Deutschen Corporate Governance Kodex („Kodex“). Der Kodex enthält Grundsätze, Empfehlungen und Anregungen zur Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Unternehmen, die national und international als Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung anerkannt sind. Es handelt sich bekanntlich um „Softlaw“ in Form einer Selbstverpflichtung der Wirtschaft und Best Practices guter Unternehmensführung. Ziel ist es, das Vertrauen der Anleger, der Kunden, der Belegschaft und der Öffentlichkeit

7 Reynolds 2021 URL: <https://www.unpri.org/pri-blog/ceo-quarterly-update-celebrating-4000-signatories-and-supporting-the-evolution-of-ri/8033.article>.

8 Göpfert/Stöckert NZA 2022, 452.

9 Koch AktienG, 16. Aufl. § 76 AktG Rn. 35 f.

10 Baumüller/Haring/Merl IRZ 2022, 125.

in die Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Gesellschaften zu fördern.

In der neuen Fassung des Kodex (veröffentlicht am 17. Mai 2022) haben die ESG-Kriterien ein neues Maß an Beachtung und Einschlag gefunden. Die überwiegende Anzahl der Änderungen beziehen sich auf Aspekte, die der Trias aus Umwelt, Gesellschaft und Geschäftsführung zuzuordnen sind. Beispielsweise soll nach dem neuen Entwurf die Unternehmensstrategie künftig Auskunft darüber geben, wie die wirtschaftlichen, ökologischen und sozialen Ziele umzusetzen sind (Empfehlung A.1). Darüber hinaus soll das interne Kontroll- und Risikomanagementsystem künftig auch ein Compliance Management System enthalten (Grundsatz 4) und ferner auf nachhaltigkeitsbezogene Belange ausgerichtet sein (Empfehlung A.3). Entsprechende Einbettungen der ESG-Kriterien finden sich auch bei den Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrats (Ziff. II Anregung A.6). Der aktuelle Stand des Kodex greift den unter CSR und ESG mit zunehmender Dynamik geführten gesellschaftspolitischen, vom Kapitalmarkt absorbierten Diskurs auf und übersetzt ihn in elementare Vorgaben für Vorstand und Aufsichtsrat.¹¹

c) ARUG II, Vergütung von Vorständen

ESG-Aspekte finden auch Berücksichtigung bei der Vergütung von Vorständen. Im Rahmen von ARUG II wurde der § 87 Abs. 1 S. 2 AktG dahingehend geändert, dass die variablen Bezüge des Vorstands bei börsennotierten Aktiengesellschaften künftig an einer nachhaltigen und langfristigen Entwicklung der Gesellschaft ausgerichtet werden müssen. Mit der Dopplung der Begriffe „nachhaltig“ und „langfristig“ möchte der Rechtsausschuss verdeutlichen, dass der Aufsichtsrat bei der Festsetzung der Vergütung – insbesondere bei der Wahl der Vergütungsanreize – auch soziale und ökologische Gesichtspunkte in den Blick zu nehmen hat. Vor der Änderung des Satzes wurde die „nachhaltige Entwicklung“ der Gesellschaft überwindend im Sinne einer „langfristigen Entwicklung“ verstanden und konnte daher nicht die kurzfristig gewünschten Änderungen im Bereich der sozialen und ökologischen Geschäftsführung realisieren. Diese Klarstellung dient primär dazu, die Unternehmen dazu zu motivieren die Unternehmensstrategie unter anderem auch am Klimaschutzprogramm der Bundesregierung auszurichten. Finanzielle Anreize sollen hierbei das Verhalten des Vorstands in die gewünschte Richtung lenken.

d) Taxonomy-VO für „E“

Die VO (EU) 2020/852 über die Errichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen („Taxonomie-VO“) knüpft als gesetzlich normiertes Klassifizierungssystem für grüne Aktivitäten und Kernstück¹² des EU Sustainable Finance Package¹³ an der Wirtschaftstätigkeit von Unternehmen und deren ökologischer Nachhaltigkeit an.¹⁴ Bei der Bewertung einer Wirtschaftstätigkeit sind sowohl die Umweltauswirkungen der Tätigkeit selbst, als auch die Umweltauswirkungen der durch diese Tätigkeit bereitgestellten Produkte und Dienstleistungen während ihres gesamten Lebenszyklus zu berücksichtigen.¹⁵ Um der Nachhaltigkeitspräferenz der Anleger Rechnung zu tragen und durch einheitliche Bezeichnungen Vertrauen stärken zu können¹⁶, finden Transparenz- und Offenlegungspflichten Eingang in den Pflichtenkatalog der Gesellschaftsorgane.

Die Verordnung greift auf die CSR-Richtlinie zurück und adressiert in ihrem Anwendungsbereich Nicht-Finanzunternehmen, die eine nichtfinanzielle und Diversität betreffende Erklärung im Rahmen ihrer Berichterstattung veröffent-

lichen müssen, sowie Finanzmarktteilnehmer, die Finanzprodukte bereitstellen. Der ökologisch nachhaltige Anteil von Umsatzerlösen, Investitionsausgaben (CapEx) und Betriebsausgaben (OpEx) sind somit von Unternehmen der Realwirtschaft in ihre Berichterstattung einzubeziehen. Die Angaben der CSR-RL werden durch zwei neue quantitative Kennzahlen ergänzt: Dem prozentualen Anteil der Umsatzerlöse zur Ermittlung des Umfangs aktueller Aktivitäten und dem Anteil der Investitionsausgaben zur Erfassung zukünftiger Aktivitäten, der jeweils ökologisch nachhaltigen Wirtschaftsaktivitäten zuzurechnen ist.¹⁷

e) Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG)

Den vorläufigen Höhepunkt findet die CSR-Debatte in dem Entwurf des neuen Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes. Seit einigen Jahren wird eine intensive Debatte über Compliance in globalen Lieferketten geführt. Besonderes Augenmerk wird dabei auf die Verpflichtung zur Einhaltung von Menschenrechten und Umweltaspekten gelegt.¹⁸ Das LkSG tritt zum 1. Januar 2023 in Kraft und soll der Verbesserung der internationalen Menschenrechtslage und des Umweltschutzes dienen, indem es erstmals verbindliche Vorgaben für eine verantwortungsvolle Gestaltung der Lieferkette durch große Unternehmen aufstellt.¹⁹ Adressat des Gesetzes sind Unternehmen mit Sitz im Inland, unabhängig von ihrer Rechtsform, die in der Regel mindestens 3.000 Arbeitnehmer beschäftigen.

III. CDR (Corporate Digital Responsibility) und Digitale Ethik

Die fundamentalen Veränderungen in unserer Gesellschaft, bedingt durch die zunehmende Digitalisierung sämtlicher Lebensbereiche, erfordern einen verantwortungsbewussten Umgang mit digitalen Technologien und deren Folgen. Ehemals analoge Prozesse werden ins Digitale übersetzt und neue, datengetriebene Modelle halten Einzug in die Wirtschaft. Von Beginn an wurden bei aller Technikbegeisterung auch die Gefahren deutlich, die bei unkritischer Nutzung entstehen, sodass die Orientierung an humanistischen Werten zur Handlungsmaxime der Entscheidungsträger aus Wirtschaft und Politik wurde. Der Bedeutung dieser Entwicklung wird mit der Corporate Digital Responsibility Rechnung getragen. In der wissenschaftlichen Auseinandersetzung werden die Begrifflichkeiten CDR, Digitale Ethik und Datenethik mit teilweise überlappender Bedeutung genutzt.

1. CDR

Seit 2019 etwa erhält der Begriff CDR in Ergänzung zu CSR zunehmend Aufmerksamkeit im wissenschaftlichen und unternehmerischen Kontext.²⁰ Allgemeine Definitionen sind noch nicht konsensfähig, obwohl weitgehend Einigkeit darüber besteht, was CDR beinhaltet. Das CDR-Konzept von Lobschat et al. (2021) zielt auf die Förderung „gemeinsamer Werte und Normen ab, die den Betrieb einer Organisation im Hinblick auf die Erstellung und den Einsatz digitaler

11 Spießhofer NZG 2022, 435.

12 Spießhofer NZG 2022, 439.

13 Online abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/publications/210421-sustainable-finance-communication_en.

14 ErwG 12 Taxonomie-VO.

15 Art. 17 Abs. 2 Taxonomie-VO.

16 ErwG 11 Taxonomie-VO.

17 Geier/Hombach BKR 2021, 6.

18 Rutloff/Wagner/Hahn/Freihoff CCZ 2022, 20.

19 BT-Drs. 19/28649, 2 (23).

20 Herden et al. 2021; Lobschat et al. 2021.

Technologien und Daten leiten“.²¹ Es wird argumentiert, dass, wenn wir glauben, dass „*menschliches Verhalten von moralischen Normen und ethischen Erwägungen geleitet werden sollte, dann sollte jede Erstellung, jeder Betrieb, jede Folgenabschätzung und jede Verbesserung digitaler Technologien und Daten nach solchen Regeln beurteilt werden*“. Einige Autoren wie Herden et al. (2021) stimmen der Definition von Lobschat et al. grundsätzlich zu, betrachten jedoch CDR als eine Erweiterung von CSR.²² „*Corporate Digital Responsibility ist eine Erweiterung der Verantwortlichkeiten eines Unternehmens, die die ethischen Chancen und Herausforderungen der Digitalisierung berücksichtigt*.“²³ Die Autoren verweisen auf die Ähnlichkeit zwischen CSR und CDR und erklären, beide Konzepte gingen grundsätzlich von der Überzeugung aus, dass Unternehmen (und Organisationen im Allgemeinen) eine Pflicht und Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft haben und dass diese aufgrund ihres hohen Maßes an Macht und Einfluss die Verantwortung tragen sollten, gesellschaftliche Probleme zu verbessern.²⁴ Sie begründen jedoch die Notwendigkeit eines eigenen CDR-Konzepts aus drei Gründen: (1) Die beispiellose Geschwindigkeit, mit der digitale Technologien sich entwickeln, (2) ihre Formbarkeit, was bedeutet, dass sie manchmal anders genutzt werden, als es die „Designer“ vorhergesehen oder beabsichtigt haben, und (3) ihre Allgegenwärtigkeit, da sie im Alltags- und Arbeitsleben zunehmend unausweichlich sind. Darüber hinaus werden vier Lebenszyklusphasen im Zusammenhang mit digitaler Technologie und Daten identifiziert, nämlich: die Schaffung, der Einsatz, die Folgenabschätzung und die Verbesserung der Technologie.²⁵ Diese müssen von CDR-Konzepten insbesondere berücksichtigt werden.

2. Digitale Ethik

Die Datenethik im Kontext der Digitalisierung befasst sich mit der ethischen Reflexion über den verantwortungsvollen Umgang mit Daten. Dies schließt ein, wie diese Daten generiert, aufgezeichnet, kuratiert, verarbeitet, verbreitet, geteilt und verwendet werden.²⁶

Unter digitaler Ethik und Datenethik wird der Zweig der Ethik verstanden, der normative Fragestellungen im Zusammenhang mit Daten und Informationen (bspw. bei ihrer Erzeugung oder Verarbeitung), Algorithmen (bspw. beim Einsatz von künstlicher Intelligenz) und Infrastrukturen (bspw. bei der Verwendung von digital-ethischen Leitlinien für die Entwicklung verantwortungsvoller Innovationen) untersucht und bewertet, um wertorientierte Lösungen zu formulieren und zu fördern.²⁷ Diese Definition kann zum besseren Verständnis in drei Teile unterteilt werden: Die Ethik der Daten, die Ethik der Algorithmen und die Ethik der Infrastrukturen.

- Die Ethik der Daten konzentriert sich auf ethische Probleme, die u. a. bei der Sammlung, Verarbeitung, Verwertung und Analyse von großen Datenmengen entstehen. So stellen sich etwa Fragen der Verhältnismäßigkeit bei Big Data in der biomedizinischen Forschung. (Welche Daten werden benötigt, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen?)
- Die Ethik der Algorithmen konzentriert sich auf ethische Probleme, die u. a. durch die wachsende Komplexität und Autonomie von Software entsteht. Automatisierte Diagnosen bei bildgebenden Verfahren sind hierbei ein gängiges Beispiel. (Wer ist verantwortlich für etwaige Fehldiagnosen?)
- Die Ethik der Infrastrukturen beschäftigt sich mit den drängenden Fragen bezüglich der Verantwortlichkeiten

von Personen und Organisationen, die für Datenprozesse und -strategien verantwortlich sind. Sie hat zum Ziel, einen ethischen Rahmen für die Gestaltung von Innovationen und für das Programmieren auf Basis von u. a. digital-ethischen Leitlinien und Standards zu gestalten.²⁸

Bei digitaler Ethik geht es also darum, die Grundpfeiler des digitalen Wandels – Daten und Algorithmen – sowie deren Organisation über verschiedene Infrastrukturen moralisch zu hinterfragen und begründete Handlungskonzepte für den Umgang mit diesen zu entwickeln. Das bedeutet, dass daten-ethische Reflexion nicht etwas ist, das nur einmal, zu Beginn eines Prozesses, „passieren“ sollte, sondern als ein kontinuierlicher und begleitender Verhaltenskodex bezeichnet werden kann.

Mit der bewussten Umsetzung von Datenethik in einer Organisation wird anerkannt, dass viele Arten von Daten auf die eine oder andere Weise zu sensiblen Daten werden können. Durch Missbrauch oder die unabsichtliche, missbräuchliche Verwendung dieser Daten, können Verzerrungen (Bias) und Diskriminierung sowohl Einzelpersonen als auch soziale Gruppen schaden. Entscheidend ist, dass diese ethischen Überlegungen auch angestellt werden, wenn es um den Einsatz von algorithmischer Intelligenz in Form von maschinellem Lernen, Robotik und mehr geht. Der Missbrauch, das Bekanntwerden und die unerlaubte Verwendung unserer Daten, insbesondere der personenbezogenen Daten, bei denen die Daten leicht mit Einzelpersonen in Verbindung gebracht werden können, kann unsere Privatsphäre, unser Gefühl der Selbstbestimmung und unser Selbstverständnis stark beeinträchtigen.²⁹ Für die gesamte Gesellschaft wären unter anderem Werte wie Diversität und Vielfalt in Gefahr. Auch sind die potentiell negativen Folgen von diskriminierenden Entscheidungen, auf der Basis von algorithmischer Intelligenz, auf demokratische Strukturen nicht zu unterschätzen.

3. Rechtliche Einordnung von CDR/Digitaler Ethik und die EU-Datenstrategie

Die Europäische Union legte 2020 ihre umfassende Datenstrategie vor und schafft so schrittweise einen verbindlichen Rechtsrahmen für den Zugang zu Daten und die Nutzbarkeit von Maschinendaten mit einer Reihe von Rechtsakten. Festgeschrieben wird die Ausarbeitung von Grundprinzipien für eine faire, offene Kommerzialisierung und die Schaffung eines gemeinsamen europäischen Datenrechts.³⁰

a) Datenökonomie und Datenschutz

Datenökonomie und Datenschutz bedingen einander; die unveräußerlichen Rechte des Individuums und seine Selbstbestimmung sind für einen freiheitlichen und sozialen Rechtsstaat konstitutiv.³¹ Die anerkannte Bedeutung von ökonomischen Disruptionen, Dynamiken und Kräfteverhält-

21 .Lobschat et al. 2021: 876.

22 Lobschat et al. 2021; Herden et al. 2021.

23 Herden et al. 2021: 17.

24 Lobschat et al. 2021: 875-886.

25 Lobschat et al. 2021: 875-888; Herden et al. 2021: 14.

26 Floridi & Taddeo 2016: 3.

27 Floridi 2018.

28 Floridi und Taddeo 2016.

29 Yeung 2017; Sax 2018: 143-167.

30 Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Eine Europäische Datenstrategie vom 19.2.2020, COM(2020)66 final, S. 5 ff., abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-european-strategy-data-19feb2020_de.pdf.

31 Deutscher Ethikrat, Stellungnahme 2017, Big Data und Gesundheit – Datensouveränität als informationelle Freiheitsgestaltung.

nissen für Nachhaltigkeitsfragen erfordert eine adäquate ESG-Politik. Insgesamt 15 Gesetzesvorhaben der neuen deutschen Regierung zeigen das Wertschöpfungspotenzial mit Daten und den Handlungsbedarf, dieses demokratisch zu gestalten. Gleichzeitig im Koalitionsvertrag der aktuellen Regierung enthalten ist das Versprechen, ein Dateninstitut zu gründen, um Datenverfügbarkeit und -standardisierung voranzutreiben sowie Datentreuhändermodelle und Lizenzen zu etablieren. Ziel dieser Maßnahmen ist die Schaffung eines Datenökosystems für nachhaltigen Wohlstand.³² Nicht zu unterschätzen ist zudem die Bedeutung von Daten für eine umweltverträgliche Steuerung intelligenter Technologien.³³

b) Data Governance Act (DGA)

Der DGA ist ein erstes Resultat der Europäischen Datenstrategie. Als sektorübergreifender Governance-Rahmen beinhaltet er mit drei inhaltlichen Bausteinen Neuregelungen für Dienste zur gemeinsamen Datennutzung, für den sog. „Datenaltruismus“ und die Weiterverwendung geschützter Daten des öffentlichen Sektors (Sekundärnutzung). Letztere gilt für bereits vorhandene Daten auch dann, wenn sie den Rechten Dritter, sprich Datenschutzvorschriften der DSGVO, Vorschriften des geistigen Eigentums oder des Geschäftsgeheimnisses unterliegen.

c) Data Act (DA)

Der DA stellt den zivilrechtlichen Regelungsrahmen für harmonisierte Standards zum sektorübergreifenden Austausch von Daten dar. In Ergänzung zum DGA, der die Erleichterung des Umgangs mit Daten schafft, legt der am 23. Februar 2022 veröffentlichte Entwurf des Datengesetzes fest, wer unter welchen Bedingungen einen wertschöpfenden Nutzen aus diesen ziehen kann. Dadurch wird den datenerzeugenden Nutzern eine umfangreiche Verfügungsmacht verschafft. In seinem digitalpolitischen Kontext hat der DA das Ziel, die Wettbewerbsfähigkeit des europäischen Datenmarkts vor dem Hintergrund der wachsenden, europäischen Datenströme zu verbessern.³⁴

Der Data Act statuiert primär das Recht des Nutzers eines vernetzten Produktes oder eines damit verbundenen Dienstes über den Zugriff, das Verfügen und die Weitergabe der von ihm bei der Nutzung generierten Daten.

d) Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)

Der Datenschutz wird seit dem 25. Mai 2018 in einer unmittelbar geltenden Verordnung grundsätzlich einheitlich für den öffentlichen und nicht öffentlichen Bereich geregelt.³⁵ Die DSGVO dringt mit ihren Verschärfungen der Sorgfaltspflichten immer mehr in die Praxis von Unternehmen, parallel nehmen Fragen zu ihrer Auslegung und Unvereinbarkeit mit nationalem Recht an den EuGH zu.³⁶ Eine anfänglich still-schweigend gewährte Schonfrist im Umgang mit dem Datenschutzrecht scheint längst vorüber³⁷ und seine Bedeutung für die Unternehmenspraxis bestimmend. Der in der DSGVO festgehaltene Grundsatz der Datenminimierung (Art. 5 DSGVO) steht zwar im Gegensatz zur heutigen Entwicklung. Dennoch muss der Bogen zu datenschutzrechtlichen Vorgaben zugunsten der Betroffenen unbedingt gespannt werden, um Rechtssicherheit zu gewährleisten. „Die digitale Transformation muss zusammen mit dem Datenschutz erfolgen und nicht an ihm vorbei“³⁸, gerade da Europa aufbauend auf der DSGVO als internationalen Referenzpunkt in der Datenregulierung eine Vorreiterstellung genießt. Transparenz- und Governance-Pflichten fallen dabei actu, denn nur mit Datenschutz entsteht Fortschritt.

e) EU-Verordnung für KI

Der Vorschlag für die Verordnung zur Künstlichen Intelligenz vom 21. April 2021 gründet auf dem horizontalen, rechts-einheitlichen Ansatz zur Gewährleistung hinreichenden Schutzes für Sicherheiten und Grundrechte.³⁹ Der Versuch technologieneutraler Regelungen hat zum Ziel, ein zukunfts-taugliches Ökosystem des Vertrauens und der erhöhten Rechtssicherheit zu schaffen.⁴⁰ Ein KI-System wird definiert als Hervorbringung physisch oder digital umweltbeeinflussender, vom Menschen festgelegter Ergebnisse mit der Möglichkeit verschiedener Autonomiegrade.

Reguliert werden Anwendungsfälle, die risikobasiert unterschieden werden zwischen 1) unannehmbares Risiko, 2) hohes Risiko, 3) spezifisches, Transparenz und Aufklärung erforderndes Risiko und 4) geringes oder minimales Risiko. Keine zusätzlichen rechtlichen Verpflichtungen, jedoch die Einhaltung des allgemein geltenden Rechts wie der EU-Grundrechtecharta, Datenschutzvorschriften, Anti-Diskriminierungsregelungen, Produktsicherheits- und Verbraucherschutz, treffen KI-Systeme der vierten Gruppe, von denen ein geringes bis gar kein Risiko ausgeht.⁴¹ Ein solches Klassifizierungssystem erfordert Deckungsgleichheit mit bestehendem Unionsrecht und die Ergänzung der durch die Verordnung unberührten DSGVO mit harmonisierten Vorschriften.

IV. Conclusio – CDR/Digitale Ethik ist zwingender Bestandteil von ESG

Die Integration von digitaler Ethik in die ESG-Kriterien ist die logische Konsequenz des eingeschlagenen Pfades, die Unternehmensführungen weltweit auf die Kriterien der Nachhaltigkeit einzuschwören. Das ESG-Rahmenwerk lässt die Integration digital-ethischer Prinzipien in allen drei Dimensionen (E, S, G) zu. Unternehmen können sich auch datenethisch engagieren, ohne dies explizit im Kontext ihrer ESG-Verpflichtungen zu tun. Das ESG-Rahmenwerk bietet sich jedoch an, um einem verzerrten Resultat durch einen unvollständigen ESG-Aspekte abgreifenden Ansatz vorzubeugen.⁴² Eine klare Integration ins ESG-Programm versetzt das Unternehmen in die Lage, strukturiert über die eigene Corporate Digital Responsibility zu berichten und die Anstrengungen auch im Rahmen eines ESG-Risk-Ratings bewerten zu lassen. Die Einführung einer unternehmenseigenen Datenstrategie, die Entwicklung neuer datengetriebener Geschäftsmodelle oder die Umstellung analoger auf digitale Geschäftsmodelle betrifft das gesamte Unternehmen. Das Thema digitale Ethik kann daher nicht losgelöst von sämtlichen übrigen wertegetriebenen Betrachtungen im Rahmen einer erfolgreichen Nachhaltigkeitsstrategie betrieben werden. Die digitale Transformation und in der Folge daten-

32 Specht-Riemenschneider, MMR 2022, 169.

33 Gailhofer/Franke, ZUR 2021, 532.

34 Studie der EU-Kommission zur Quantifizierung der Datenströme in Europa „Study on Mapping Data Flows – Final Report“ 2022, abrufbar unter <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/study-mapping-data-flows>.

35 Nietsch, 2019 Compliance und soziale Verantwortung im Unternehmen/Gola.

36 Gola/Klug NJW 2022, 662.

37 Nietsch, 2019 Compliance und soziale Verantwortung im Unternehmen.

38 Kipker ZD-Aktuell 2022, 04465.

39 Orsich EuZW 2022, 254.

40 Weißbuch zur Künstlichen Intelligenz – ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen, COM (2020) 65.

41 <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/assessment-list-trust-worthy-artificial-intelligence-altai-self-assessment>.

42 Siehe allgemein zu den Gefahren der Verzerrung: Francis, ZD-Aktuell 2022, 01038.

getriebene Geschäftsmodelle werden zukünftig die Grundlage von Erfolg von Unternehmen sein.

V. Fazit und Ausblick

Wirtschaft, Politik und Gesellschaft werden mehr denn je nachhaltig geprägt von der Forderung nach ethischem Handeln, um gewünschte Effekte wie Ressourceneffizienz oder mehr soziale Teilhabe⁴³ zu erreichen. Dieser Perspektivwandel wird greifbar durch eindeutige Investorenpriorisierungen, veränderte Kundenerwartungen sowie Transparenzregelungen, woraus nicht nur exponierte Risikopositionen, sondern auch Innovationschancen entstehen. Deutlich wird dies einerseits in der Gesamtsumme der Kapitalanlagen, die in Deutschland unter Berücksichtigung von ESG-Kriterien angelegt wird und im Jahr 2020 über 335 Milliarden Euro betrug⁴⁴ sowie in den spürbaren Folgen der Nichteinhaltung: Existenzgefährdende Reputations- und Haftungsrisiken, Datenschutz-Skandale meist ausgelöst durch Data Breaches in Folge nicht ausreichender Datensicherheit, Sanktionen durch hohe Bußgelder, Cyber- und Ransomware-Angriffe. Besonders komplexe Technologien wie KI- und Blockchain-Anwendungen oder Big-Data-Analysen weisen dementsprechend hohe Compliance-Risiken auf.⁴⁵ Laut einer Compliance-Studie 2021 haben sich bei der Hälfte der Befragten digitale Rechtsrisiken in dargelegten Formen bereits realisiert.⁴⁶

Beim Einfluss von ESG hingegen können Synergien gehoben, unternehmenseigene Werte gewahrt und Mitarbeiter- und Kundenzufriedenheit geschaffen sowie soziale Risiken gemindert werden, was letztlich zu einer besseren Finanz- und Ertragslage führt. Die Opportunitäts-Kostenfrage stellt sich nicht, wenn Unternehmen ihre Compliance-Systeme konsequent weiterentwickeln, sondern wenn diese es gerade nicht tun. Ein Nachhaltigkeitsmanagement über die normative Compliance hinaus spiegelt also ein gemeinsames ethisches Wertesystem wieder, in dessen Investition sich auszahlt. Die Grundlage dieser Vertrauenseinschätzung in die

digitale Transformation bilden integrierte Nachhaltigkeitsfaktoren, die praktisch im Compliance-System umgesetzt werden können, das über die gesetzlichen Vorgaben hinaus im Sinne von „Best Practice“ auch das ethisch korrekte Verhalten des Unternehmen und seiner Mitarbeiter umfassen muss.⁴⁷

Die Operationalisierung kann dann durch die Integration eines holistischen, in der gesamten Breite angesetzten Management-Systems erfolgen. ESG-Kriterien können als international akzeptierter Rahmen den Handlungsspielraum abbilden, welche im Zuge der Digitalisierung auch die Verantwortung für sämtliche Aspekte des Umganges mit Daten einschließt. Für die erfolgreiche Implementierung dieses Ansatzes in Unternehmen bedarf es zunächst der Aufstellung entsprechender Kodizes und Maßstäbe. Diese variieren je nach Branche und Unternehmenskultur. Anhand dieser festgelegten Maßstäbe können dann die Geschäftstätigkeiten im Einzelnen analysiert werden, um spezifische Risiken zu erkennen, zu bewerten und in der Folge entweder beseitigen oder reduzieren zu können. In der Folge einer transparenten und vergleichbaren Berichterstattung wird ein Rating – und damit eine positive Differenzierung – möglich. Nur so können Unternehmen Vertrauen gewinnen und bewahren. So ermöglicht der ESG-Ansatz perspektivisch die Sicherstellung zahlreicher wertegetriebener Geschäftsmodelle unter Berücksichtigung digital- und datenethischer Prinzipien. Der Wettbewerbsvorteil generiert sich dabei stets mit dem ethischen Grundsatz: Nicht alles was legal ist, ist auch legitim. ■

43 Unternehmensverantwortung im digitalen Wandel: Ein Debattenbeitrag zu Corporate Digital Responsibility, 2020 Bertelsmann Stiftung.

44 Forum Nachhaltige Geldanlagen, Marktbericht Nachhaltige Geldanlagen 2021 – Deutschland, Österreich und die Schweiz.

45 Bräutigam/Habbe NJW 2022, 809.

46 Digitalisierung und Compliance, Compliance-Studie 2021, S. 14 abrufbar unter <https://www.noerr.com/de/unter/Newsroom>.

47 Gola RDV, 2022.

Rechtsprechung

Internationales Recht

Aussetzung eines Beschwerdeverfahrens in einer Widerspruchssache wegen Zweifeln an der Schutzfähigkeit des Anmeldezeichens

VO (EU) Nr. 2017/1001 Art. 7 Abs. 1 lit. b, lit. c, Art. 45 Abs. 3; VO (EU) Nr. 2018/625 Art. 30 Abs. 2

1. Das Beschwerdeverfahren in einer Widerspruchssache ist gemäß § 45 Abs. 3 VO (EU) Nr. 2017/1001 in Verbindung mit Art. 30 Abs. 2 VO (EU) Nr. 2018/625 auszusetzen und die Sache zur weiteren Prüfung an die Prüfungsabteilung zurückzuverweisen, wenn die Beschwerdekammer ernsthafte Zweifel an der Schutzfähigkeit des Anmeldezeichens hat.

2. Bei dem vom Anmeldezeichen verwendeten Begriff „CLIMATE NEUTRAL“ handelt es sich um einen gebräuchlichen, lexikalisch nachweisbaren Ausdruck, der gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. c VO (EU) Nr. 2017/1001 nicht monopolisiert werden darf und

dem die gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. b VO (EU) Nr. 2017/1001 erforderliche Unterscheidungskraft fehlt.

EUIPO Entscheidung v. 24.2.2022 – R 1071/2021-2

Zum Sachverhalt:

[1] Mit Anmeldung vom 31 Juli 2018 beantragte die ClimatePartner GmbH („die Anmelderin“) die Eintragung der Bildmarke als Unionsmarke für folgende Waren und Dienstleistungen:

(...)

Klasse 18 – Leder und Lederimitationen sowie Waren daraus, nämlich Handtaschen, Reisetaschen, Beutel, Geldbörsen, Rucksäcke, Aktenmappen, Koffer, Messetaschen; Taschen, Geldbeutel aus Häuten und Fellen; Kunstpelze; Reise- und Handkoffer; Taschen; Brieftaschen und andere Tragebehältnisse; Etuis; Regen- und Sonnenschirme; Spazier- und Gehstöcke; Sattlerwaren; Decken und Bekleidung für Tiere; Futtersäcke; Zaumzeug.

(...)

Klasse 22 – Seile, Bindfaden, Netze, Zelte, Planen, Segel, Säcke, Schnüre, soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind; Polsterfüllstoffe; Füllmaterial; Polstermaterial (außer aus Kautschuk, Papier, Pappe, Gummi oder Kunststoffen); Verpackungsmaterial aus Textilien; Beutel und Säcke für Verpackung, Lagerung und Transport; Rohe textile