

Wien, 29. Oktober 2021

Stellungnahme zum Vorschlag für eine Verordnung zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über KI) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union (COM(2021) 206)

Im Folgenden nimmt der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) zum vorgeschlagenen Gesetz über KI der Europäischen Kommission Stellung. Da es sich dabei um den ersten direkten Regulierungsansatz zu künstlicher Intelligenz handelt, sind eine Vielzahl von Mechanismen zu bewerten.

Der ÖRAK konzentriert sich daher vorwiegend auf verschiedene aus grundrechtlicher und rechtsstaatlicher Sicht essenzielle Bereiche des Verordnungsvorschlags und behält sich weitere Stellungnahmen vor.

Der ÖRAK begrüßt das Ziel der Europäischen Kommission, der Entwicklung und Verwendung künstlicher Intelligenz einen gesetzlichen Rahmen zu geben.

Solche Regelungen sind insbesondere im Hinblick auf das Risiko von Grundrechtsverletzungen klar notwendig.

Allgemein:

Der vorliegende Kommissionsvorschlag sieht das Rechtsinstrument einer direkt anwendbaren Verordnung vor, daher wird die Qualität des zwischen den EU-Institutionen auszuhandelnden Kompromisses entscheidend sein. Die Kommission scheint mit dem Ziel gehandelt zu haben, vor allem einen klaren und leicht verständlichen VO-Vorschlag vorzulegen, hierbei wurden aber **einige Bereiche zu stark vereinfacht bzw zu oberflächlich behandelt**. Das EU-Parlament und der Rat müssen nun die nötigen Nachschärfungen vornehmen. Es stellen sich insbesondere Fragen zu **Regelungslücken** und zur – teilweise noch fehlenden – ausreichenden **Klarheit und Strenge des Instruments**.



Im Einzelnen:

1. Grundsätzliche Ausrichtung der Verordnung

Grundsätzlich sollte mindestens in einem Erwägungsgrund **klar dem Eindruck entgegengetreten werden, dass alles, was nicht durch die VO verboten ist, automatisch erlaubt sei.** Es sollte insofern ein ausdrücklicher Vorbehalt eingefügt werden, insbesondere im Hinblick auf die Achtung – ohnehin vorrangiger – Grund- und Freiheitsrechte sowie anderer Vorschriften, wie zB der DSGVO.

2. KI in der Justiz, Einordnung als Hochrisiko-System gemäß Art. 6 (3), Annex III

Der ÖRAK begrüßt die Einordnung von solcher künstlichen Intelligenz als Hochrisiko-System, die Justizbehörden bei der Ermittlung und Auslegung von Sachverhalten und Rechtsvorschriften und bei der Anwendung des Rechts auf konkrete Sachverhalte unterstützen soll (Art. 6 (3) VO, Annex III Ziff. 8).

a. Klareres Bekenntnis zu menschlicher Justiz notwendig

Aus Sicht des ÖRAK lässt der vorliegende Vorschlag noch ein klares Bekenntnis zu einer menschlichen Justiz und dem Recht auf den gesetzlichen Richter, dh **Recht auf den menschlichen Richter** vermissen. Jegliche Entscheidungsfindung muss nicht bloß eine vom Menschen geleitete Tätigkeit sein, sondern sie muss **vom Menschen vorgenommen und einzig dem Menschen zugerechnet** werden können.

In der Praxis bedeutet dies auch, dass ein ledigliches „Abzeichnen“ von Entscheidungen durch Richterinnen und Richter organisatorisch unterbunden werden muss.

Der ÖRAK schlägt vor, Erwägungsgrund (40) dahingehend zu ergänzen:

“(40) Certain AI systems intended for the administration of justice and democratic processes should be classified as high-risk, considering their potentially significant impact on democracy, rule of law, individual freedoms as well as the right to an effective remedy and to a fair trial. In particular, to address the risks of potential biases, errors and opacity, it is appropriate to qualify as high-risk AI systems intended to assist judicial authorities in researching and interpreting facts and the law and in applying the law to a concrete set of facts. Such qualification should not extend, however, to AI systems



intended for purely ancillary administrative activities that do not affect the actual administration of justice in individual cases, such as anonymisation or pseudonymisation of judicial decisions, documents or data, communication between personnel, administrative tasks or allocation of resources. ***The right to a human judge including the right to human decision-making and to proceedings under the sole responsibility of a human judge is not affected by this regulation. Assisting judicial authorities in applying the law to a concrete set of facts therefore excludes any decision making or drafting of decisions.*** “

b. Kohärenz des Verordnungsvorschlags

Einige Konzepte des Verordnungsvorschlages scheinen noch nicht an den **Hochrisikoeinsatz in der Justiz** angepasst zu sein, zB im Hinblick auf **Pflichten zur Information** und Beendigung der KI-Anwendung bei „**serious incidents**“ (Art. 3, Ziffer 44 VO, Art. 62).¹ Hier muss nachgearbeitet werden.

Es ist nicht sinnvoll, einerseits „high risk“-Kategorien von künstlicher Intelligenz zu bestimmen, andererseits die Schutzmechanismen der Verordnung nicht ausreichend auf diese abzustimmen. Eine besondere Herausforderung dürfte dabei die geplante dynamische Entwicklung der Hochrisikoanwendungen darstellen. Die Kompetenz der Kommission, die Liste dieser Anwendungen im Rahmen delegierter Rechtsakte anzupassen, Art. 7 VO, ist auch angesichts dieser Komplexität sehr kritisch zu sehen.

3. Anwendung von KI durch staatliche Stellen, insbesondere Strafverfolgungsbehörden

Der ÖRAK möchte hier zunächst noch einmal betonen, dass die vorgelegte Verordnung nicht bewertet (und nicht bewerten kann), ob eine KI-Anwendung aus grund- oder freiheitsrechtlichen Gründen trotz Erfüllung der Voraussetzungen der VO unzulässig ist. Es ist hier leider durchaus zu befürchten, dass die **Zulässigkeit einer Anwendung nach der Verordnung eine falsche Signalwirkung im Hinblick auf deren Unbedenklichkeit erzeugt.**

Verkürzt gesagt: ein gut regulierter Überwachungsstaat bleibt ein Überwachungsstaat und ist mit Grund- und Freiheitsrechten nicht vereinbar. In diesem Sinne ist nachdrücklich eine

¹ Ein „serious incident“ wären hier zB diskriminierende Folgen der Anwendung von KI, da vor dem Gesetz alle Rechtssuchenden gleich zu behandeln sind.

eindeutige(re) Klarstellung des Verhältnisses der VO zu Grund- und Freiheitsrechten, aber auch zu anderen Rechtsinstrumenten zu fordern.

Darüber hinaus sollte die VO zumindest feststellen, dass Ergebnisse einer KI-Anwendung nicht automatisch als Beweise in einem Strafprozess genutzt werden können.

4. Verbot von spezifischen Anwendungen von AI

Positiv zu bewerten sind das Verbot von KI, die zB **menschliches Verhalten manipulieren** oder die **Schutzbedürftigkeit von Personen ausnutzen** (Artikel 5 VO).

Das Verbot von **Social Scoring** scheint weniger weitreichend als die Kommission es öffentlich bewirbt² (Art. 5 b) VO). Die Voraussetzungen für **biometrische Fernidentifikation** im öffentlichen Raum stellen ebenfalls keine unüberwindbaren Hürden auf, dies schließt auch die Fernidentifikation in Echtzeit ein (Vgl. Art. 3, Ziffer 36f, Art. 5 Abs. 3, Art. 6 Abs. 2, Art. 52 VO). Die Auswirkung solcher Technologien für demokratische und rechtsstaatliche Gesellschaften können nicht unterschätzt werden. Diese Technologien verletzen u.a. das Recht auf Privat- und Familienleben, vertiefen Diskriminierungen und stellen Bürger einem übermächtigen Staat gegenüber, zumal sie in einigen Fällen auch de facto die Unschuldsvermutung umkehren dürften. Daneben ist Anonymität oft ein entscheidender Faktor für die uneingeschränkte Ausübung von Grundrechten, die durch diese Technologien untergraben bzw unmöglich gemacht wird.

Aus Sicht des ÖRAK sind hier klare Verbote zu fordern³. Im Hinblick auf biometrische Fernidentifikation sollte dies alle Kennzeichen zur Identifizierung betreffen, also neben dem Gesicht zB auch Gang, Stimme, Tastaturanschlag etc.

Solche Verbote sind ebenfalls unbedingt erforderlich für andere ähnliche und teilweise noch eingriffsintensivere Anwendungen wie zB Emotionserkennung, die Zuordnung zu bestimmten Gruppen nach Kategorien wie ethnischer Zugehörigkeit oder sexueller Orientierung.

² Siehe Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 21.04.2021, abrufbar hier: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_21_1682.

³ So auch die Forderung des European Data Protection Board und des European Data Protection Supervisor in ihrer gemeinsamen Stellungnahme 5/2021, abrufbar hier: https://edps.europa.eu/system/files/2021-06/2021-06-18-edpb-edps_joint_opinion_ai_regulation_en.pdf.

5. Risiko einer Abkehr vom Vorsorgeprinzip

In Artikel 7 (2) VO werden verschiedene Kriterien genannt, die bei der Einschätzung, ob eine KI-Anwendung mit einem hohen Risiko verbunden ist, berücksichtigt werden sollen. Laut Art. 7 (2) (h) (i) soll hier auch das Bestehen effektiver Rechtsmittel berücksichtigt werden. Effektive Rechtsmittel sind in der Regel aber erst nach Schadenseintritt von Belang, sodass hier eine teilweise Abkehr vom in der EU geltenden Vorsorgeprinzip zu befürchten ist.

Das Kriterium bestehender Rechtsmittel scheint daher nicht geeignet, eine Hochrisiko-Anwendung zu bestimmen und lässt eine Abkehr vom europäischen Vorsorgesystem befürchten.

6. Veränderung der Nutzung von KI: Veränderung des Risikos, Zweckentfremdung

Fragen zu gradueller Entwicklung einer Software zu einer Hochrisikoanwendung und zu zweckentfremdeter KI werden durch die Verordnung nicht abschließend geklärt. Denkbar wäre beispielsweise die Nutzung von KI-Software durch Gerichte, die hierfür nicht vorgesehen war.⁴ Die Kommission versucht richtigerweise bereits die denkbare missbräuchliche Verwendung abzudecken, siehe Artikel 9 (4).

Zur graduellen Veränderung des Risikos einer KI sowie deren Zweckentfremdung müssen weitere Schutzmechanismen eingefügt werden.

7. Verbindliches Qualitätsmanagement bei Hochrisiko von KI – Bewertung von Verhältnismäßigkeit

Die Umsetzung der Komponenten des verbindlich vorgeschriebenen Qualitätsmanagements für Hochrisiko-KI soll „verhältnismäßig“ zur Unternehmensgröße sein (Art. 17 Abs. 2 VO). Risiken sinken allerdings nicht zwingend bei kleinerer Unternehmensgröße, zudem könnten hiermit Anreize für sogenannte *shell companies* gesetzt werden.

Es ist damit bei der Bewertung der Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen in jedem Fall am Risiko selber, nicht an der Unternehmensgröße anzuknüpfen.

⁴ Siehe zB zur Zweckentfremdung der bekannte [Loomis-Fall](#); zweckentfremdet wurde in diesem eine Software zur Belegung von Gefängnissen nach Risikogruppen bei der gerichtlichen Bewertung der Rückfallwahrscheinlichkeit.

8. Regulatory Sandboxes

Die Nutzung von „regulatory sandboxes“ kann innovative Ansätze begünstigen, aber auch Umgehungen ermöglichen (Art. 53ff VO). Hier ist zweifelhaft, ob alle Mitgliedstaaten die Grundvoraussetzungen für solche Projekte gleich auslegen. Es besteht klare Umgehungsgefahr durch politisch gewollte, bewusste Überdehnung der „sandboxes“. Daneben sind KI-Anwendungen denkbar, die selbst im Rahmen einer *sandbox* nicht wünschenswert sind. Hier sind klare Grenzen in der VO zu ergänzen.

9. Effizienz der vorgesehenen Kontrollmechanismen

Die Effizienz der vorhergesehenen allgemeinen Kontrollmechanismen ist fraglich, da diese vorrangig auf Dokumentationspflichten zu basieren scheinen (Vgl. Art. 16 (j), 25 (2) (b), 29 (5), Art. 64). In Art. 64 (5) werden die Voraussetzungen für einen Test der KI sogar an den Inhalt der unternehmenseigenen Dokumentation gebunden.

Weiters fällt auf, dass die Regelungen zu Konformitätsprüfungen und harmonisierten Standards wohl im Ergebnis auf eine de facto Eigenbewertung der Unternehmen hinauslaufen könnten (Vgl. Art. 43 (3)). Eine unabhängige Standardsetzung scheint in diesem Bereich allerdings besonders notwendig.

10. Haftung

Die Haftungsregelungen erscheinen unklar und zersplittert, dies gefährdet einen effektiven Schutz der Rechtspositionen der betroffenen Bürger. Aus Sicht des ÖRAK wären klare Haftungsregelungen zu ergänzen, auch aufgrund der Unterschiedlichkeit zwischen KI-Produkten und -Anwendungen und klassischen Produkten.

Die Anwendung von Produkthaftungsregelungen und einhergehender Schadensersatz dürften im Hinblick auf KI potenziell immer diskussionswürdig sein ohne klare Regelungen. Die Einordnung von KI-Algorithmen, aber auch auf der Rechtsfolgende Seite der Ersatz von Schmerzensgeld und finanziellen Schäden werden ohne eindeutige Bestimmungen zumindest in einigen Mitgliedstaaten streitig bleiben.

Die Regulierung von KI ohne eine faire Zuordnung der verbundenen Risiken wird zu ungewollter de facto Übertragung der Risiken auf die Verbraucher sorgen.



11. Zusätzlicher Rechtsschutz notwendig

Nach Ansicht des ÖRAK hat jeder Bürger jederzeit das Recht zu erfahren, worauf sich die **Zulässigkeit einer KI-Entscheidung** stützt und worauf diese **inhaltlich beruht**. Eine solche Auskunft sollte jederzeit gerichtlich ohne Angaben von Gründen überprüft werden können, dies sowohl vor dem Einsatz von KI als auch im Nachhinein.

Zur Effektuierung derartiger Entscheidungen sollte eine Unterlassung, eine Beseitigung und/oder ein angemessener Schadenersatz begehrt werden können.

12. Vertrauliche Informationen

Zur Liste der durch die Behörden und sonstigen Stellen vertraulich zu behandelnden Informationen, Art. 70 (1), sollten auch solche hinzugefügt werden, die durch die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht geschützt sind.

Kontakt/ Contact: Britta Kynast, Leiterin ÖRAK-Vertretung Brüssel / Head of Brussels Office

