

Im Überblick: Was schlägt das Europäische Parlament für eine KI-Betreiberhaftung vor?

von Louis Goral-Wood



Louis studiert Jura an der Universität zu Köln und arbeitet als studentischer Mitarbeiter am Institut der deutschen Wirtschaft (Kompetenzfeld: Bildung, Zuwanderung und Innovation).

Am 20. Oktober 2020 hat das Europäische Parlament (EP) einen Vorschlag für eine Verordnung (Verordnungsentwurf/VO-E) über eine Haftung für den Betrieb von Systemen mit Künstlicher Intelligenz¹ vorgelegt.² Es fordert die Europäische Kommission (KOM) im Wege seines indirekten Initiativrechts nach Art. 225 AEUV auf, einen Vorschlag für einen entsprechenden Rechtsakt zu unterbreiten.

1 Vgl. für eine Einführung zu künstlicher Intelligenz: *Lihotzky*, CTRL 2021, S. 4 ff. (in diesem Heft).

2 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20.10.2020 mit Empfehlungen an die Kommission für eine Regelung der zivilrechtlichen Haftung beim Einsatz künstlicher Intelligenz (2020/2014(INL)), hier abrufbar: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_DE.html (zuletzt abgerufen am 20.12.2020).

Im Kern schlägt das EP ein zweispuriges Haftungsregime auf der Grundlage einer zweistufigen Risikoklassifizierung von KI-Systemen vor: Der Betrieb von KI-Systemen mit hohem Risiko soll einer Gefährdungshaftung, verbunden mit einer Pflichtversicherung, unterliegen. Für den Betrieb solcher KI-Systeme, von denen kein hohes Risiko ausgeht – sogenannte andere KI-Systeme – ist eine vermutete Verschuldenshaftung vorgesehen. Entgegen seiner Entschließung aus dem Jahr 2017³ hält das EP die Verleihung einer Rechtspersönlichkeit an KI-Systeme ausdrücklich für obsolet.⁴

Dieser Beitrag befasst sich zunächst mit dem Regelungshintergrund des VO-E (A.) und seinem persönlichen sowie sachlichen Anwendungsbereich (B.), um sodann die Tatbestände der Gefährdungs- (C.) und Verschuldenshaftung (D.) näher zu betrachten. Anschließend wird die Erwägung des EP zum Einsatz von „regulatory sandboxes“ für KI-Anwendungen erklärt (E.). Der Beitrag schließt mit einem Ausblick (F.).

A. Regelungshintergrund des VO-E

Grundsätzlich weist das EP darauf hin, dass die Vorteile des Einsatzes von KI die Nachteile deutlich überwiegen und zu verbesserten Lebensbedingungen führen werden.⁵

Es sieht jedoch in der Opazität (mangelnde Transparenz) von KI-Systemen und ihrer Autonomie Herausforderungen für die nationalen Haftungsregelungen der Mitgliedsstaaten, denen durch eine harmonisierte KI-Betreiberhaftung begegnet werden soll.⁶

Der Regelungsvorschlag des EP muss dabei im Kontext des, am 19. Februar 2020 veröffentlichten, Weibuches der KOM zu KI gelesen werden. Zur Erklärung: Weibucher der KOM enthalten Vorschläge für Maßnahmen der EU in einem be-

stimmten Bereich mit dem Zweck eine Debatte in der Öffentlichkeit, bei Interessensgruppen, dem EP und dem Rat in Gang zu bringen, um einen politischen Konsens zu erleichtern.⁷

Die KOM unterteilt ihr Konzept für KI in zwei Bausteine. Sie will die KI-Forschung und den Einsatz von KI in kleineren und mittleren Unternehmen fördern (Aufbau eines „Ökosystems für Exzellenz“).⁸ Im Wege der Regulierung von KI-Systemen soll das Vertrauen der Menschen in diese gestärkt werden (Aufbau eines „Ökosystems für Vertrauen“).

Der Regelungsrahmen zum Aufbau dieses „Ökosystems für Vertrauen“ soll nach dem Risiko, das von einem KI-System ausgeht, bemessen werden.⁹ Dafür schlägt die KOM eine zweistufige Risikoklassifizierung vor.¹⁰

Das EP greift in seinem VO-E diese Zweistufigkeit in der Differenzierung in Gefährdungs- und Verschuldenshaftung auf.

Es zielt, ganz im Sinne der Errichtung eines „Ökosystems für Vertrauen“, darauf ab, durch „solide Entschädigungsverfahren“ das Vertrauen der Menschen in den Einsatz von KI-Systemen zu stärken und will vermeiden, dass erlittene Schäden nicht entschädigt werden.

Worin liegen die vom EP identifizierten haftungsrechtlichen Herausforderungen von KI-Systemen, die die Einführung einer KI-Betreiberhaftung aus seiner Sicht erforderlich machen?

Zum besseren Verständnis des Regelungshintergrundes des VO-E werden die vom EP identifizierten Risiken der Autonomie und Opazität dargestellt.

Fragen zur KI-Betreiberhaftung nach nationalem Recht bleiben in dieser Betrachtung ausgeklammert.¹¹

⁷ Vgl. EUR-Lex, Glossare von Zusammenfassungen der EU-Gesetzgebung, Stichwort „Weissbuch“, hier abrufbar: https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/white_paper.html (zuletzt abgerufen am: 08.01.2021).

⁸ Vgl. Demary/Goecke, IW-Kurzbericht 72/2020, Mittelstandsskepsis gegenüber Künstlicher Intelligenz, 18.06.2020, wonach nur 9 Prozent von KMU in Deutschland Verfahren der künstlichen Intelligenz einsetzen, hier abrufbar: https://www.iwkoeln.de/fileadmin/user_upload/Studien/Kurzberichte/PDF/2020/IW-Kurzbericht_2020_KI_und_KMU.pdf (zuletzt abgerufen am 20.12.2020).

⁹ Weibuch zur künstlichen Intelligenz – ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen vom 19.02.2020, COM(2020) 65 final, S. 3, hier abrufbar: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_de.pdf (zuletzt abgerufen am 20.12.2020).

¹⁰ Ebd., S. 20.

¹¹ Vgl. dazu: Wobbeking, in: Kaulartz/Braegelmann (Hrsg.), Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning,

³ Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Februar 2017 mit Empfehlungen an die Kommission zu zivilrechtlichen Regelungen im Bereich Robotik (2015/2103(INL)), 59. Entschlieungsgrund lit. f.): „[...] langfristig einen speziellen rechtlichen Status für Roboter [...] schaffen [...]“, hier abrufbar: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_DE.html (zuletzt abgerufen am 20.12.2020).

⁴ EP 2020/2014(INL), 7. Entschlieungsgrund und 6. Erwägungsgrund der Anlage zur Entschließung; dazu: Popp/Mahlow, CTRL 2021, S. 22 ff. (in diesem Heft).

⁵ EP 2020/2014(INL), 4. Erwägungsgrund der Anlage zur Entschließung.

⁶ Ebd., 7. Erwägungsgrund der Anlage zur Entschließung.

Autonomierisiko¹² meint die Unvorhersehbarkeit des Fehlerpotenzials von im Betrieb selbstlernender Systeme, insbesondere in komplexen Einsatzumgebungen.

Ein Beispiel: Ein autonomes Fahrzeug identifiziert aufgrund eines Fehlers in der Objekterkennungstechnik einen Gegenstand auf der Straße falsch und verursacht einen Unfall mit Personen- und Sachschäden.¹³

Der Entwickler des, der Objekterkennungstechnik zugrundeliegenden, „Machine Learning“-Modells¹⁴ muss das System so trainieren, dass es bei den meisten der möglichen Eingabebilder (bei 10.000^{10.000} verschiedenen möglichen Eingabebildern) im Betrieb Objekte richtig erkennt. Angesichts der Menge an Bildern kann der Entwickler das System mittels ausgewählter Trainingsdaten allerdings nur so konstruieren, dass es mit hoher Wahrscheinlichkeit im Betrieb zum richtigen Ergebnis kommt, ohne Fehler vollständig ausschließen zu können.¹⁵

Dagegen beschreibt der Begriff der Opazität die eingeschränkte ex post-Nachvollziehbarkeit der Entscheidungsfindung von selbstlernenden Systemen: Bei 100 Millionen von Gewichtungen eines „Deep Learning“-Modells, die zu einer bestimmten Verhaltensweise eines KI-Systems beitragen, ist es nachträglich nur begrenzt erklärbar, welche Änderungen an welchen Gewichtungen die einzelne Entscheidung beeinflusst haben.¹⁶ Dabei ist zu bedenken, dass Systeme, die auf der

Grundlage künstlicher neuronaler Netze funktionieren, zwar im geringeren Maß nachträglich erklärbar, dafür aber potenziell genauer sind.¹⁷

B. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich des VO-E

Der VO-E sieht Ersatzansprüche bei Verletzungen des Eigentums und Lebens, der körperlichen Unversehrtheit und Gesundheit vor, die durch den Betrieb eines KI-Systems herbeigeführt wurden. Das EP ist der Auffassung, dass auch erhebliche immaterielle Schäden erfasst werden sollen. Es legt sich aber nicht eindeutig fest: Die KOM soll die Rechtstraditionen in den Mitgliedstaaten und nationale Gesetze, in denen ein Ausgleich für immaterielle Schäden gewährt wird, eingehend analysieren, um zu evaluieren, ob die Einbeziehung immaterieller Schäden in KI-spezifische Gesetzgebungsakte notwendig ist.¹⁸

I. Wie definiert das EP ein KI-System?

Eine einheitliche Begriffsbestimmung für KI hat sich bis dato nicht herausgebildet.¹⁹

Wie also soll das EP KI-Systeme definieren? Es ist nicht seine Aufgabe im Rahmen der Schaffung eines Regelungsrahmens für eine Betreiberhaftung eine allgemeine Begriffsbestimmung für KI zu finden.

Maßstab muss vielmehr seine legislative Zielsetzung sein.²⁰ Die legislative Zielsetzung des EP ist die haftungsrechtliche Bewältigung des von ihm identifizierten Risikos der Unvorhersehbarkeit von Fehlern von im Betrieb selbstlernenden Systemen.

Es kommt daher entscheidend auf den Begriff der Autonomie eines KI-Systems an. Eine grundlegende Definition²¹ für autonome Systeme haben

2020, Kap.4, Rz. 77ff.; Eichelberger, in: Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter (Hrsg.), Rechtshandbuch Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 5; Spindler, CR 2015, S. 766ff.; Deng, CR 2018, S. 69ff.; Müller-Hengstenberg/Kirn, CR 2018, 682ff.; Riehm/Meier, in: Fischer/Hoppen/Wimmers (Hrsg.), DGRI Jahrbuch 2018, 1. Aufl. 2019, Künstliche Intelligenz im Zivilrecht, juris Rn. 19ff.; Zech, ZfPW 2019, S. 198ff. (205ff.).

12 Zum Begriff: Zech, Risiken Digitaler Systeme: Robotik, Lernfähigkeit und Vernetzung als aktuelle Herausforderungen für das Recht, Weizenbaum Series 2, S. 27 m.w.N., hier abrufbar: https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/66418/ssoar-2020-zech-Risiken_Digitaler_Systeme_Robotik_Lernfahigkeit.pdf?sequence=1&isAllowed=y&lnkname=ssoar-2020-zech-Risiken_Digitaler_Systeme_Robotik_Lernfahigkeit.pdf (zuletzt abgerufen am 20.12.2020).

13 Beispiel nach COM(2020) 65 final, S. 14.

14 Vgl. zur Funktionsweise von Verfahren des maschinellen Lernens: Kupfermann, CTRL 2021, S. 7 ff. (in diesem Heft).

15 Stiernerling, in: Kaulartz/Braegelman (Hrsg.), Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, 2020, Kap. 2.1, Rz. 45ff.

16 Körner, in: Kaulartz/Braegelman (Hrsg.), Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, 2020, Kap. 2.4, Rz. 7ff. mit anschaulichen Beispielen.

17 Vgl. dazu die Abbildung bei ebd., Kap. 2.4, Rz. 4.

18 EP 2020/2014(INL), 19. Entschließungsgrund; zur Haftung für Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch KI Oster, UFITA 2018, S. 14ff.

19 Buiten, European Journal of Risk Regulation 2019, S. 41ff. (43) m.w.N.; eine umfangreiche Übersicht von Definitionen, wie sie von nationalen Regierungen und internationalen Organisationen vertreten werden, findet sich bei Bertolini, AI and Civil Liability – Study requested by the European Parliament Committee on Legal Affairs, S. 23ff., hier abrufbar: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU\(2020\)621926_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU(2020)621926_EN.pdf) (zuletzt abgerufen am: 20.12.2020).

20 Bertolini, AI and Civil Liability – Study requested by the European Parliament Committee on Legal Affairs, S. 31; Unger, ZRP 2020, S. 234ff. (235); Meyer, ZRP 2018, S. 233ff. (235).

21 Ebenfalls zugrunde gelegt von Zech, ZfPW 2019, S. 198ff. (200) und Sommer, Haftung für autonome Systeme - Verteilung der Risiken selbstlernender und vernetzter Algorithmen im Vertrags- und Deliktsrecht, 2020, S. 35f.

die KI-Forscher *Stuart J. Russel* und *Peter Norvig* entwickelt: „Ein System ist dann nicht autonom, wenn es seiner Funktionsweise nach mehr vom Vorwissen seines Entwicklers abhängt als von seinen eigenen Wahrnehmungen.“²²

Das EP definiert ein KI-System im VO-E so: „Ein softwaregestütztes oder in Hardware-Geräte eingebettetes System, das **ein Intelligenz simulierendes Verhalten** zeigt, indem es unter anderem Daten sammelt und verarbeitet, seine Umgebung analysiert und interpretiert und **mit einem gewissen Maß an Autonomie** Maßnahmen ergreift, um bestimmte Ziele zu erreichen. Autonom ist ein KI-System nach dem VO-E, wenn es durch die Interpretation bestimmter Eingaben und **durch die Verwendung einer Reihe vorab festgelegter Anweisungen funktioniert, ohne durch solche Anweisungen beschränkt zu sein**, wenngleich das Verhalten des Systems durch das ihm vorgegebene Ziel und andere relevante Vorgaben seines Entwicklers eingeschränkt wird bzw. auf die Erfüllung des Ziels ausgerichtet ist.“

Mit der von *Russel* und *Norvig* entwickelten Begriffsbestimmung erfasst der VO-E mit dem Erfordernis „ohne durch solche Anweisungen beschränkt zu sein“ – ausgehend von der legislativen Zielsetzung des EP – zutreffend die Fähigkeit zur selbstständigen Änderbarkeit von Verhaltensweisen im Betrieb.

Die Definition der Autonomie von KI-Systemen durchlief einen Entwicklungsprozess vom ersten Entwurf, der Ende April 2020 vom Rechtsausschuss des EP vorgelegt wurde, bis zur jetzigen Fassung des VO-E: Der erste Entwurf bestimmte die Autonomie eines Systems danach, ob das System ohne die Notwendigkeit vorab festgelegte Anweisungen zu befolgen, betrieben wird.²³ Die Formulierung „ohne vorab festgelegte Anweisungen“ wurde zu Recht als missverständ-

lich kritisiert,²⁴ weil damit fälschlicherweise²⁵ suggeriert worden wäre, dass KI-Systeme selbst darüber entscheiden können, ob sie überhaupt in Betrieb genommen werden. Die nunmehr zugrunde gelegte Funktionsweise der „Verwendung einer Reihe vorab festgelegter Anweisungen, ohne durch solche Anweisungen beschränkt zu sein“ stellt klar, dass es keine KI-Systeme gibt, die gänzlich ohne menschliche Eingaben funktionieren.

Bei der Definition für KI fällt insbesondere das Kriterium eines „Intelligenz simulierenden Verhaltens“ auf. Im Kontext der Dartmouth-Konferenz,²⁶ der Geburtsstunde der KI-Forschung als wissenschaftliche Disziplin, formulierten die beteiligten Wissenschaftler die These, dass Maschinen so entwickelt werden können, dass sie ein Intelligenz simulierendes Verhalten zeigen.²⁷

Das EP greift, ohne die Dartmouth-Konferenz ausdrücklich zu erwähnen, letztlich auf diese Begriffsbestimmung zurück. Es gibt aber bereits keine trennscharfe Definition für menschliche Intelligenz und damit keine hinreichend klare Begriffsbestimmung für ein Intelligenz simulierendes Verhalten.²⁸

Selbst wenn wir heute bestimmte Fähigkeiten von Systemen als intelligent erachten, werden diese in der Zukunft vielleicht nicht mehr als intelligent angesehen. Unsere Vorstellungen davon, wann ein System ein intelligentes Verhalten

24 *Otto*, KI und die geplante EU-Gefährdungshaftung, COT-Legal, <https://cot.legal/ki-und-die-geplante-eu-gefaehrdungshaftung> (zuletzt abgerufen am: 20.12.2020).

25 *Dukino*, Was ist Künstliche Intelligenz? Eine Definition jenseits von Mythen und Moden, Blog des Fraunhofer IAO, 14.03.2019, <https://blog.iao.fraunhofer.de/was-ist-kuenstliche-intelligenz-eine-definition-jenseits-von-mythen-und-moden/> (zuletzt abgerufen am: 20.12.2021).

26 Das „Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence“ gilt als Geburtsstunde der KI-Forschung, dazu: *Konrad*, in: Siefkes/Eulenhöfer/Stach/Städtler (Hrsg.), Sozialgeschichte der Informatik, Zur Geschichte der künstlichen Intelligenz in Deutschland, 1997, S. 287ff. (S. 287f.).

27 Aus dem Förderantrag der Initiatoren an die Rockefeller Foundation vom 31.08.1955: „The study is to proceed on the basis of the conjecture that every aspect of learning or any other feature of intelligence can in principle be so precisely described that a machine can be made to simulate it.“, hier abrufbar: <http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/dartmouth/dartmouth.html> (zuletzt abgerufen am: 20.12.2020).

28 *Kaulartz/Braegelmann*, in: *Kaulartz/Braegelmann* (Hrsg.), Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, 2020, Kap. 1, Rz. 3.; *Otto*, KI und die geplante EU-Gefährdungshaftung, COT-Legal; *Bertolini*, AI and Civil Liability – Study requested by the European Parliament Committee on Legal Affairs, S. 29.

22 *Russel/Norvig*, Artificial Intelligence: A Modern Approach, 3. Aufl. 2016, S. 39: „To the extent that an agent relies on the prior knowledge of its designer rather than its own perceptions, we say that the agent lacks autonomy.“

23 Art. 3 lit. c.) des Entwurfs eines Berichts mit Empfehlungen an die Kommission zu zivilrechtlicher Haftung beim Einsatz künstlicher Intelligenz (2020/2014(INL)), hier abrufbar: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-650556_DE.html (zuletzt abgerufen am: 20.12.2020).

zeigt, verändern sich im Laufe der Zeit je mehr Fähigkeiten Systeme erwerben.²⁹ Damit hat dieses Kriterium, jedenfalls unter dem Gesichtspunkt einer hinreichend bestimmten KI-Betreiberhaftung, keinen Mehrwert.

II. Frontend- und Backend-Betreiber als Haftungsadressaten

Im Zusammenhang mit der Haftung beim Einsatz von KI-Systemen rückt vor allem der Hersteller, als derjenige, der das System entwickelt hat, in den Mittelpunkt. Beim Einsatz von KI-Systemen gibt es jedoch aufgrund einer Vielzahl von beteiligten Akteuren ein „Geflecht von Verantwortlichkeiten“.³⁰ Mit dem Inverkehrbringen eines Systems verliert der Hersteller zu einem gewissen Grad die Kontrolle über die Art und Weise der Nutzung des KI-Systems.

Vielmehr ist der Betreiber derjenige, der – soweit Betreiber und Hersteller auseinanderfallen – entscheidet, ob und für welche Aufgabe ein System eingesetzt werden soll. Der Hersteller hat etwa auch keinen Einfluss darauf, ob der Betreiber regelmäßig sicherheitsrelevante Updates installiert oder nicht.³¹

Zusätzlich gibt es noch weitere Akteure, die als „Intermediäre“ bezeichnet werden können, die insbesondere Daten zur Funktionsweise des Systems zur Verfügung stellen.³²

Das EP knüpft an den Betreiber an, weil er mit der Inbetriebnahme eines KI-Systems ein Risiko für die Öffentlichkeit hervorruft oder aufrechterhält und dieses Risiko vorab minimieren oder nachträglich ausgleichen sollte.³³ Dabei differenziert das EP für den Betreiberbegriff zwischen Frontend- und Backend-Betreiber. Der Frontend-Betreiber ist derjenige, der ein gewisses Maß an Kontrolle über ein mit dem Betrieb und der Funktionsweise des KI-Systems verbundenes Risiko ausübt und für die sein Betrieb einen Nutzen

darstellt. Backend-Betreiber im Sinne des VO-E ist derjenige, der die Kontrolle über das System ausübt, indem er kontinuierlich die Merkmale der Technologie definiert und Daten bereitstellt. Damit sollen die oben als „Intermediäre“ bezeichneten Akteure in den Anwendungsbereich der anvisierten Betreiberhaftung einbezogen werden.

Diese Haftungsverteilung zwischen Frontend- und Backend-Betreiber geht zurück auf Überlegungen der von der KOM eingesetzten *Expert Group on liability and emerging technologies*, die diese Differenzierung ursprünglich entwickelte.³⁴ Zur Veranschaulichung sei ein von der *Expert Group* entwickeltes Beispiel angeführt:³⁵ Ein autonomes Fahrzeug wird von einer Person für ihre Zwecke eingesetzt. Diese Person³⁶ entscheidet ob, wie und wo das autonome Fahrzeug eingesetzt wird und ist damit der Frontend-Betreiber. Daneben gibt es noch den Service-Anbieter, der kontinuierlich Cloud-Navigationsdienste bereitstellt, Kartendaten aktualisiert oder z.B. entscheidet, wann und in welchem Umfang das autonome Fahrzeug einer Wartung bedarf. Dieser Anbieter ist der Backend-Betreiber.

Natürlich können Frontend- und Backend-Betreiber auch ein und dieselbe Person sein, wie z. B. bei einem „Mobility-as-a-Service“ (MaaS), bei dem ein autonomes Fahrzeug von einem Flottenbetreiber betrieben wird.

Wie schon die *Expert Group*, geht auch das EP im Grundsatz davon aus, dass der Frontend-Betreiber als derjenige, der in erster Linie über die Verwendung des KI-Systems entscheidet, ein höheres Maß an Kontrolle über das System haben wird. Sowohl *Expert Group* als auch EP prognostizieren jedoch, dass der Betrieb von KI-Systemen in der Zukunft zunehmend Backend-

29 *Buiten*, European Journal of Risk Regulation 2019, S. 41ff. (46).

30 *Thöne*, Autonome Systeme und deliktische Haftung – Verschulden als Instrument adäquater Haftungsallokation?, 2020, S. 161; zur Vielzahl der beteiligten Akteure *Eichelberger*, in: Ebers/Heinze/Krögel/Steinrötter (Hrsg.), Rechtshandbuch Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 5 Rn. 1.

31 *Thöne*, Autonome Systeme und deliktische Haftung – Verschulden als Instrument adäquater Haftungsallokation?, 2020, S. 163.

32 *Spindler*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (GesamtHrsg.), Spickhoff (Hrsg.), beck-online.Grosskommentar, Stand: 01.11.2020, § 823 Rn. 743.

33 EP 2020/2014(INL), 18. Erwägungsgrund der Anlage zur Entschlüsselung.

34 Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies, Report from the Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, S. 41, hier abrufbar: <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/1c5e30be-1197-11ea-8c1f-01aa75ed71a1> (zuletzt abgerufen am: 20.12.2020); diese Differenzierung greift auch die Datenethikkommission auf: GutachtenderDatenethikkommission vom 23.10.2019, S. 221, hier abrufbar: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (zuletzt abgerufen am: 10.01.2020).

35 Ebd., S. 41.

36 Die *Expert Group* knüpft in ihrem Beispiel an die Eigentumsfrage an. Auf die Eigentumsfrage kommt es aber für den Betreiberbegriff nicht an, wenngleich (Frontend-)Betreiber und Eigentümer in einer Person zusammenfallen können.

fokussiert erfolgen wird. Dementsprechend wird, soweit diese Prognose der *Expert Group* und des EP zutrifft, der Backend-Betreiber derjenige sein, der ein höheres Maß an Kontrolle über die Risiken des Betriebs ausübt. In der Folge tritt er bei der Haftungsverteilung in den Vordergrund.³⁷

Mehrere Betreiber haften dem Geschädigten gegenüber gem. Art. 11 Satz 1 VO-E gesamtschuldnerisch. Der gesamtschuldnerische Innenausgleich richtet sich gem. Art. 12 Abs. 2 VO-E einzelfallabhängig nach dem Grad an Kontrolle über das System.

Hier könnte sich die vorgeschlagene Differenzierung zwischen Backend- und Frontend-Betreiber, insbesondere die Prognose des EP bezüglich des höheren Maßes an Kontrolle des Backend-Betreibers, auswirken.

III. Der VO-E aus Herstellersicht: Pflicht zur Kooperation und Benennung eines „KI-Haftungsbeauftragten“

Für den Hersteller bedeutsam ist insbesondere seine Kooperationspflicht gem. Art. 8 Abs. 4 VO-E, nach der er auf Aufforderung verpflichtet ist, mit Betreibern und Geschädigten zusammenzuarbeiten und ihnen Informationen bereitzustellen, um eine Haftungsfeststellung zu ermöglichen.

Offen bleibt die – aus Herstellersicht bedeutsame – Frage nach dem Umfang dieser Kooperationspflicht, die sich nach dem – relativ unbestimmten Kriterium – der „Bedeutung des Anspruchs“ richten soll. Die Kooperationspflicht ist für den Hersteller heikel. So wird er sich auch – in Art. 12 Abs. 3 VO-E ausdrücklich geregelten – Regressansprüchen des Betreibers ausgesetzt sehen. Darüber hinaus erwägt das EP den Hersteller – in Anlehnung an die Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten gem. Art. 37 DSGVO – zu verpflichten, als Ansprechpartner zur Beantwortung aller Anfragen von Betreibern, einen Vertreter für KI-Haftung zu benennen.³⁸

37 EP 2020/2014(INL), 10. Erwägungsgrund der Anlage zur Entschließung; Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies, Report from the Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, S. 41f.

38 EP 2020/2014(INL), 19. Erwägungsgrund der Anlage zur Entschließung.

C. Gefährdungshaftung für den Betrieb von KI-Systemen mit hohem Risiko

Nach Art. 4 Abs. 1 VO-E haftet der Betreiber eines KI-Systems mit hohem Risiko verschuldensunabhängig für alle Personen- oder Sachschäden, die von einer von dem KI-System angetriebenen physischen oder virtuellen Aktivität, Vorrichtung oder Prozess verursacht wurden. Bei Vorliegen höherer Gewalt ist die Haftung ausgeschlossen. Der VO-E sieht Haftungshöchstgrenzen in Höhe von zwei Millionen Euro im Falle des Todes einer Person oder Körper- und Gesundheitsschäden vor. Bei einem Schaden, der zu einem Sachschaden führt, beträgt die Haftungshöchstgrenze eine Million Euro.

Der Betreiber eröffnet mit dem Betrieb eines KI-Systems mit hohem Risiko eine unbeherrschbare Gefahrenquelle für die Allgemeinheit. Strukturell drängt sich eine Parallele zur Tierhalterhaftung nach § 833 S. 1 BGB auf³⁹ und wird auch vom EP – ohne ausdrücklichen Rückgriff auf die deutsche Regelung – als Beispiel für die Schaffung eines unkontrollierbaren Risikos für die Öffentlichkeit zugrunde gelegt: Genauso wie der Halter das Risiko der Unberechenbarkeit tierischen Verhaltens trägt, soll auch der Betreiber das Risiko der Unberechenbarkeit des KI-Systems tragen.⁴⁰ Ihre innere Rechtfertigung findet die Gefährdungshaftung⁴¹ für den Betreiber eines KI-Systems mit hohem Risiko in der Zusammengehörigkeit von Vorteil und Risiko: Aus dem Betrieb eines KI-Systems zieht der Betreiber einen Nutzen, sodass er die damit verbundenen Risiken tragen soll.⁴²

Mit Blick auf die Parallele zur Tierhalterhaftung wird kritisch gesehen, dass der Betreiber eines KI-Systems weniger auf das KI-System einwirken kann, als der Halter auf sein Tier.⁴³ Gerade dies

39 Dazu: *Sosnitza*, CR 2016, 764ff. (772).

40 EP 2020/2014(INL), Entschließungsgrund C.

41 Für eine Gefährdungshaftung für KI-Betreiber de lege ferenda: *Riehm/Meier*, in: Fischer/Hoppen/Wimmers (Hrsg.), DGRJ Jahrbuch 2018, 1. Aufl. 2019, Künstliche Intelligenz im Zivilrecht, juris Rn. 25 m.w.N.; dagegen: *Eichelberger*, in: Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter (Hrsg.), Rechtshandbuch Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 5 Rn. 72.

42 Dafür auch: Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Justiz NRW vom 15.04.2019, „Robotic Law, Blockchain und Leistungsschutzrechte an Daten“, S. 48, hier abrufbar: https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/digitaler_neustart/zt_fortsetzung_arbeitsgruppe_teil_2/2019-04-15-Bericht_April-2019.pdf (zuletzt abgerufen am: 20.12.2020).

43 *Wöbeking*, in: Kaulartz/Braegelmann (Hrsg.), Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, 2020,

rechtfertigt jedoch die Einführung einer Gefährdungshaftung für den Betrieb von KI-Systemen mit hohem Risiko: In der besonderen Unberechenbarkeit eines KI-Systems, auf das sein Betreiber weniger als ein Halter auf sein Tier einwirken kann, liegt das Risiko, welches nicht der Allgemeinheit, sondern dem einzelnen Betreiber zugewiesen werden muss.⁴⁴

Um gleichwohl eine ausufernde Gefährdungshaftung zu verhindern, kommt der hinreichenden Bestimmtheit der Legaldefinition des hohen Risikos eine Schlüsselfunktion zu:⁴⁵ „Ein KI-System mit hohem Risiko verfügt über ein signifikantes Potential bei einer oder mehreren Personen einen Personen- oder Sachschaden auf eine Weise zu verursachen, die zufällig ist und darüber hinausgeht, was vernünftigerweise erwartet werden kann. Die Bedeutung des Potenzials hängt von der Wechselwirkung zwischen der Schwere des möglichen Schadens, der Frage, inwieweit die Entscheidungsfindung autonom erfolgt, der Wahrscheinlichkeit, dass sich das Risiko verwirklicht, und der Art, in der das KI-System verwendet wird, ab.“

Der VO-E ermächtigt dabei die KOM im Wege delegierter Rechtssetzung nach Art. 290 AEUV KI-Systeme mit hohem Risiko und die kritischen Sektoren, in denen sie eingesetzt werden, in einer abschließenden Auflistung im Anhang zur Verordnung nach Maßgabe der vom EP definierten Kriterien zu ergänzen oder zu ändern.

Damit will das EP eine Rechtssetzung entlang der technologischen Entwicklung sicherstellen und den Anwendungsbereich der Gefährdungshaftung begrenzen.⁴⁶

Im Rahmen einer Änderung oder Ergänzung des Anhangs ist die KOM verpflichtet einen – noch

zu schaffenden – ständigen technischen Ausschuss für KI-Systeme mit hohem Risiko zu konsultieren. Dieser ständige Ausschuss soll sich aus Vertretern der Mitgliedstaaten, einer Auswahl von Verbraucherorganisationen, Verbänden, Vertretern von Unternehmen verschiedener Sektoren sowie Wissenschaftlern zusammensetzen.

Grundsätzlich unterfallen also nur die im Anhang der Verordnung genannten KI-Systeme der Gefährdungshaftung.

Das EP erwägt jedoch eine Ausnahme hiervon:⁴⁷ Ein System, das nicht im Anhang aufgeführt wird, soll dennoch der Gefährdungshaftung unterliegen, wenn es wiederholt Zwischenfälle verursacht hat, die schwerwiegende Personen- oder Sachschaden nach sich gezogen haben.

I. Zweistufige Risikoklassifizierung von KI-Systemen

Ein risikobasierter Ansatz ist letztlich nichts anderes als eine Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und damit zu begrüßen.⁴⁸

Ganz unumstritten ist die (nur) zweistufige Risikoklassifizierung von KI-Systemen, wie sie die KOM und das EP vertreten, jedoch nicht. Die deutsche Bundesregierung schlug in ihrer Stellungnahme zum Weißbuch der KOM mehr als nur zwei Risikostufen vor, um je nach Schadenshöhe und -wahrscheinlichkeit differenzieren zu können.⁴⁹ Zudem sprach sich die Datenethikkommission für eine Abstufung in fünf Kritikalitätsstufen aus.⁵⁰

Mehrere Risikostufen könnten jedoch mangelnde Trennschärfe zwischen den einzelnen Stufen bedeuten und damit zu Rechtsunsicherheit führen.⁵¹

Kap.4.2, Rz. 18f., schließt daraus, dass eine Gefährdungshaftung de lege ferenda auf besonders risikoträchtige Systeme beschränkt bleiben muss.

44 Riehm/Meier, in: Fischer/Hoppen/Wimmers (Hrsg.), DGRI Jahrbuch 2018, 1. Aufl. 2019, Künstliche Intelligenz im Zivilrecht, juris Rn. 25.

45 Für eine Beschränkung auf neue Gefahren durch KI-Systeme: Bericht der Enquete-Kommission Künstliche Intelligenz vom 28.10.2020, BT-Drs. 19/23700, S. 75, hier abrufbar: <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/237/1923700.pdf> (zuletzt abgerufen am: 20.12.2020); allgemein für eine Eingrenzung einer Gefährdungshaftung für KI-Betreiber de lege ferenda: Müller-Hengstenberg/Kirn, CR 2018, 682ff. (687); bezugnehmend auf die Risikoklassifizierung von KI im Weißbuch der KOM Ebers, VuR 2020, S. 121ff. (122).

46 EP 2020/2014(INL), 16. Entschließungsgrund.

47 Ebd., 21. Entschließungsgrund, wobei diese Ausnahme keine Regelung im Text des VO-E selbst erfahren hat.

48 Einen risikobasierten Ansatz ebenfalls befürwortend: Rohr, Wie steht's eigentlich um die haftungsrechtliche Bewertung von KI, ML Tech-Blog vom 25.06.2020, hier abrufbar: <https://www.ml-tech.org/blog/wie-stehts-eigentlich-um-die-haftungsrechtliche-bewertung-von-ki/> (zuletzt abgerufen am: 21.12.2020).

49 Stellungnahme der Bundesregierung zum Weißbuch der KOM vom 29.06.2020, S. 10f., hier abrufbar: https://www.ki-strategie-deutschland.de/files/downloads/Stellungnahme_BBReg_Weissbuch_KI.pdf (zuletzt abgerufen am: 20.12.2020).

50 Gutachten der Datenethikkommission vom 23.10.2019, S. 177.

51 Unger ZRP 2020, S. 234ff. (236).

II. Individuelle Nutzenziehung zur Rechtfertigung der Gefährdungshaftung?

Die Einführung einer Gefährdungshaftung wird mit dem individuellen Nutzen, den der Betreiber aus dem Betrieb des KI-Systems zieht, begründet.

Dies wird angesichts des – auch vom EP erkannten (s.o. unter A.) – gesamtgesellschaftlichen Nutzens, den KI-Systeme haben könnten, kritisch gesehen.⁵²

Berücksichtigt man die Annahme, dass etwa autonome Fahrzeuge weniger Unfälle verursachen könnten als Fahrzeuge, die Menschen lenken, trifft den europäischen Gesetzgeber aus seiner Schutzpflicht nach Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 EU-GRCh⁵³ eine Pflicht zur Förderung des Einsatzes autonomer Systeme. Mit der Einführung einer haftungsverschärfenden Gefährdungshaftung wird dieses Förderungsgebot konterkariert.⁵⁴

Wenngleich vieles dafür spricht, dass der Einsatz von KI-Systemen zu einer Risikominimierung führen wird,⁵⁵ fehlt es für eine entsprechende Ablehnung einer Gefährdungshaftung – von dem Gestaltungsspielraum des europäischen Gesetzgebers bei der Erfüllung seiner Schutzpflicht mal abgesehen⁵⁶ – an hinreichenden Daten zu durch den Betrieb von KI-Systemen verursachten Schäden. Insbesondere ist die Datenlage zur Sicherheit von autonomen Fahrzeugen aktuell noch unzureichend, um die Behauptung zu stützen, sie seien tatsächlich sicherer als Fahrzeuge, die von Menschen bedient werden. So fördert auch die KOM aktuell ein Forschungsprojekt zur Untersuchung der Risikoträchtigkeit von KI-Systemen.⁵⁷

Der Gesichtspunkt der Risikominimierung beim Einsatz von KI-System im Vergleich zu mensch-

lichem Handeln⁵⁸ muss aber mit zunehmender Verbesserung der Datenlage eine laufende Evaluierung haftungsrechtlicher Vorschriften nach sich ziehen. Vor diesem Hintergrund eröffnet die Erteilung der Befugnis an die KOM die Möglichkeit, im Anhang bereits aufgeführte KI-Systeme, von denen – eine entsprechende Datenlage zugrunde gelegt – tatsächlich kein hohes Risiko ausgeht, zu löschen (vgl. Art. 4 Abs. 2 lit. c.) VO-E).

III. Wann geht von einem KI-System ein hohes Risiko aus?

Angesichts der noch fehlenden Statistiken zu durch den Betrieb von KI-Systemen verursachten Schäden, muss die KOM zur Bestimmung, ob von einem KI-System ein hohes Risiko ausgeht, zwangsläufig eine Prognoseentscheidung treffen.

Den Erwägungen des EP folgend, soll es dabei vor allem auf die Art der Verwendung des KI-Systems, fokussiert auf Systeme, die im öffentlichen Raum eingesetzt werden, ankommen.⁵⁹ Ausgehend davon, dass im öffentlichen Raum eine Vielzahl von Personen gefährdet werden können, ist die Fokussierung des EP darauf im Grundsatz richtig.⁶⁰

Die fehlende räumliche Beschränkung im öffentlichen Raum führt zu einer geringeren Beherrschungsmöglichkeit des KI-Systems.⁶¹

Es könnten sich jedoch Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Raum ergeben. Dies wird bereits mit Blick auf die Begründung des EP erkennbar. Es begründet die Anknüpfung an den öffentlichen Raum damit, dass den dort potenziell Geschädigten der Betrieb oft nicht bekannt ist und ihnen regelmäßig keine vertraglichen Haftungsansprüche gegen den Betreiber zustehen könnten. Wenngleich dies zutreffen mag, kann dies auch in einem pri-

52 Thöne, Autonome Systeme und deliktische Haftung – Verschulden als Instrument adäquater Haftungsallokation?, 2020, S. 168.

53 Ebd., S. 168 bezieht sich auf die Schutzpflicht des deutschen Gesetzgebers aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; zur Schutzpflicht des europäischen Gesetzgebers Jarass GRCh, 4. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 8 u. Art. 3 Rn. 10.

54 Thöne, Autonome Systeme und deliktische Haftung – Verschulden als Instrument adäquater Haftungsallokation?, 2020, S. 168.

55 Wöbbeking, in: Kaulartz/Braegelmann (Hrsg.), Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, 2020, Kap. 4.2, Rz. 5 m.w.N.

56 Jarass GRCh, 4. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 8 u. Art. 3 Rn. 10 jeweils m.w.N.

57 Bertolini, AI and Civil Liability – Study requested by the European Parliament Committee on Legal Affairs, S. 78.

58 Anschaulich zur Berücksichtigung des Gesichtspunkts der Risikominimierung bzw. einer Pflicht zum Einsatz von KI: Riehm/Meier, in: Fischer/Hoppen/Wimmers (Hrsg.), DGRI Jahrbuch 2018, 1. Aufl. 2019, Künstliche Intelligenz im Zivilrecht, juris Rn. 3 u. 27.

59 EP 2020/2014(INL), 12. und 13. Erwägungsgrund der Anlage zur Entschließung.

60 Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies, Report from the Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, S. 40.

61 Zech, in: Gless/Seelmann (Hrsg.), Intelligente Agenten und das Recht, 1. Aufl. 2016, Zivilrechtliche Haftung für den Einsatz von Robotern – Zuweisung von Automatisierungs- und Autonomierisiken, S. 163ff. (174).

vaten Raum der Fall sein, der von Personen betreten wird, ohne dass diese Kenntnis von den dort eingesetzten KI-Systemen haben und in keinerlei vertraglichen Beziehung zu dem Betreiber dieser Systeme stehen.⁶²

Darüber hinaus fehlt der Legaldefinition des hohen Risikos ein – wie das von der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages vorgeschlagene – Kriterium des „kontextspezifischen Referenzszenarios“: Dieses fordert stets eine vergleichende Betrachtung zu der Situation, bei der keine KI-Systeme involviert sind. Die KOM sollte Risiken, die unabhängig vom Betrieb von KI-Systemen auftreten können, nicht diesem zuweisen.⁶³

IV. Sektorspezifische Auflistung und die Konsultationspflicht der KOM

Grundsätzlich ist die abschließende Auflistung durch die KOM mit einer sektorspezifischen Erfassung von KI-Systemen mit hohem Risiko – im Vergleich zu einem „one-size-fits-all“-Ansatz zu bevorzugen. So kann eine Risikoprognose am Maßstab konkreter Anwendungskontexte getroffen werden und die – grundsätzlich – abschließende Auflistung sorgt für Rechtssicherheit.⁶⁴

Mit einer sektorspezifischen Auflistung ist aber das Folgeproblem verbunden, dass KI-Systeme mit hohem Risiko, die sektorübergreifend eingesetzt werden, einer solchen sektorspezifischen Erfassung von vorneherein nicht zugänglich sind.⁶⁵

Insoweit besteht ein Spannungsverhältnis zwischen einer hinreichenden Erfassung aller Hochrisiko-KI-Systeme einerseits und der Gewährleistung von Rechtssicherheit für Betreiber andererseits.

Dieses Spannungsverhältnis wird durch die erwogene Ausnahmeregelung wiederholter, schwerwiegender Zwischenfälle aufgrund ihrer Unbestimmtheit nur bedingt aufgelöst. Rein begrifflich fällt wohl unter eine wiederholte Verursachung jedes KI-System, das mehr als nur einen Schadensfall verursacht hat. Unklar bleibt

jedoch, wann ein Schaden so schwerwiegend ist, dass das System dem Tatbestand der Gefährdungshaftung unterliegen soll. Sicherlich wird es offensichtliche Fälle geben, in denen die Frage nach der wiederholten, schwerwiegenden Schadensverursachung keine Abgrenzungsschwierigkeiten aufwirft. Die Grenzziehung für weniger eindeutige Fälle kann anhand der vorgeschlagenen Begriffsbestimmung aber kaum rechtssicher geleistet werden.

Die Pflicht der KOM zur Konsultation des technischen Ausschusses gewährleistet die Einbeziehung technischen Sachverständigen, der gegebenenfalls verhindert, dass sich die KOM in ihrer Bewertung von Vorstellungen leiten lässt, die nicht dem Stand der Technik entsprechen.

Es wurde aber nicht zu Unrecht bereits in Bezug auf die im Weißbuch der KOM vorgeschlagene sektorspezifische Erfassung angemerkt, dass – ungeachtet der Notwendigkeit sektorspezifischen Sachverständigen – die Gefahr besteht, dass die sektorale Erfassung von KI-Systemen in einen Wettbewerb um das beste Lobbying umschlagen könnte.⁶⁶

V. Pflichtversicherung für den Betrieb von KI-Systemen mit hohem Risiko

Der Betreiber⁶⁷ eines KI-Systems mit hohem Risiko unterliegt einer Versicherungspflicht.⁶⁸ Problematisch ist auch hier die unzureichende Datenlage zum Schadenspotenzial von KI-Systemen. Das EP stellt fest, dass für die Versicherungsbranche Schwierigkeiten bestehen könnten, entsprechende Versicherungsprodukte zu entwickeln.⁶⁹ Es erwägt insoweit, dass die KOM eng mit der Versicherungsbranche zusammenar-

66 *Borutta/Haag/Hoffmann/Kevekordes/ Vogt*, „Fundamentalkritik“ des White Papers und des Datenstrategiepapiers der EU-Kommission vom 17.03.2020, GOAL-Projekt (dazu hier: <https://goal-projekt.de>), S. 3., hier abrufbar: <https://goal-projekt.de/wp-content/uploads/2020/03/Fundamentalkritik-1.pdf> (zuletzt abgerufen am: 20.12.2020).

67 Der Frontend-Betreiber ist verpflichtet sicherzustellen, dass der Betrieb des KI-Systems mit hohem Risiko durch eine Haftpflichtversicherung abgedeckt ist, während der Backend-Betreiber sicherstellen soll, dass seine Dienste durch eine Betriebshaftpflicht- oder Produkthaftpflichtversicherung gedeckt sind.

68 Krit. gegenüber einer Versicherungspflicht: *Denga* CR 2018, S. 69ff. (76); befürwortend: *Spindler*, CR 2015, S. 766ff. (775f.).

69 *Sommer*, Haftung für autonome Systeme - Verteilung der Risiken selbstlernender und vernetzter Algorithmen im Vertrags- und Deliktsrecht, 2020, S. 467 geht davon aus, dass sich Versicherungsmärkte für autonome Systeme bilden werden.

62 *Bertolini*, AI and Civil Liability – Study requested by the European Parliament Committee on Legal Affairs, S. 79.

63 Bericht der Enquete-Kommission Künstliche Intelligenz vom 28.10.2020, BT-Drs. 19/23700, S. 64.

64 Ebd., S. 64.

65 *Unger*, ZRP 2020, S. 234ff. (236); Stellungnahme der Bundesregierung zum Weißbuch der KOM vom 29.06.2020, S. 10f.

beiten sollte, um herauszufinden, wie Daten und innovative Modelle genutzt werden können, um Versicherungspolicen zu entwickeln, die eine angemessene Deckung zu einem erschwinglichen Preis bieten.⁷⁰

D. Vermutete Verschuldenshaftung für den Betrieb von anderen KI-Systemen

Nach Art. 8 Abs. 1 VO-E haftet der Betreiber verschuldensabhängig für alle Personen- oder Sachschäden, die durch eine von einem anderen KI-System – also einem System, das nicht im Anhang zum VO-E aufgeführt wird – angetriebene physische oder virtuelle Aktivität, Vorrichtung oder einen entsprechenden Prozess verursacht wurden.

Das Verschulden des Betreibers wird nach dem Wortlaut des VO-E vermutet. So wird es dem Geschädigten beim Einsatz von Systemen, die ihre Verhaltensregeln selbstständig im Betrieb ändern können, schwer fallen, dem Betreiber nachzuweisen, dass bei Anwendung der im Einzelfall erforderlichen Sorgfalt das schädigende Ereignis hätte vermieden werden können.⁷¹

Der Betreiber kann sich gem. Art. 8 Abs. 2 VO-E exkulpieren, wenn er nachweist, dass das System ohne seine Kenntnis aktiviert wurde oder dass – kumulativ – alle folgenden Maßnahmen mit gebührender Sorgfalt getroffen wurden: Auswahl eines geeigneten KI-Systems für eine Aufgabe, ordnungsgemäße Inbetriebnahme, Überwachung der Aktivitäten und Aufrechterhaltung der betrieblichen Zuverlässigkeit durch regelmäßiges Installieren aller verfügbaren Aktualisierungen.

Im Hinblick auf die Anforderungen an die Exkulpation des Betreibers will das EP berücksichtigen, dass dem Betreiber die im KI-System verwendeten Daten nur begrenzt bekannt sein könnten.⁷²

Insbesondere mit Blick auf die Auswahl eines geeigneten KI-Systems soll sich der Betreiber bereits dann exkulpieren können, wenn er ein KI-System ausgewählt hat, das im Rahmen eines

freiwilligen Zertifizierungssystems, vergleichbar zu dem von der KOM vorgeschlagenen „freiwilligen Gütesiegel“,⁷³ zertifiziert wurde.

Damit wird ein Anreiz für Betreiber geschaffen nur zertifizierte KI-Systeme einzusetzen. Dies kann von vorneherein eine höhere Gewähr für die Sicherheit von KI-Systemen sicherstellen und signalisiert dem Wirtschaftsverkehr zugleich, dass das jeweilige System vertrauenswürdig ist.⁷⁴

In Deutschland wird bereits an der Entwicklung von Prüfverfahren für eine KI-Zertifizierung „made in Germany“ gearbeitet.⁷⁵

E. Regulatorische Sandkästen für KI-Anwendungen?

Das EP erwägt den Einsatz regulatorischer Sandkästen für KI-Anwendungen.⁷⁶ In einem regulatorischen Sandkasten („regulatory sandbox“) können für eine begrenzte Zeit und in einem begrenzten Bereich innovative Anwendungen getestet werden.⁷⁷ Dies soll eine evidenzbasierte Regulierung ermöglichen, die einen angemessenen Ausgleich zwischen Innovationsförderung und Gewährleistung hoher Schutzstandards herstellt.⁷⁸ Insbesondere KI-Forscher fordern geschützte Räume, in denen Anwendungen ausprobiert werden können, um besser nachzuvollziehen, welche Aspekte einer Anwendung reguliert werden sollten.⁷⁹

Die Erwägung des EP belässt es leider nur bei einem allgemeinen Hinweis auf die Notwendigkeit der Schaffung von „regulatory sandboxes“, ohne deren Ausgestaltung näher zu konkretisieren.

73 COM(2020) 65 final, S. 29.

74 Ebd., S. 29.

75 Vgl. <https://www.ki.nrw/zertifizierung> (zuletzt abgerufen am: 20.12.2020).

76 EP 2020/2014(INL), Erwägungsgrund L.

77 Für die praktische Umsetzung sind in der Regel gesetzlich vorgesehene Experimentierklauseln erforderlich (vgl. z.B. § 2 Abs. 7 PBefG).

78 Vgl. BMWi, Freiräume für Innovationen – Das Handbuch für Reallabore, 2019, S. 7ff., hier abrufbar: https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/handbuch-fuer-reallabore.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am: 21.12.2020).

79 Burchardt, „Steckt die KI in den Sandkasten!“, ZEIT Arbeit, ZEIT Online, hier abrufbar: <https://www.zeit.de/2020/52/kuenstliche-intelligenz-suchmaschinen-navigationen-training-forschung> (zuletzt abgerufen am: 20.12.2020).

70 EP 2020/2014(INL), 25. Entschließungsgrund und 22. Erwägungsgrund der Anlage zur Entschließung.

71 Horner/Kaulartz, CR 2016, S. 7ff. (8f.).

72 EP 2020/2014(INL), 18. Erwägungsgrund der Anlage zur Entschließung.

F. Ausblick

Es bleibt abzuwarten, welche Veränderungen die KOM an dem VO-E des EP vornehmen wird. Beobachter gehen davon aus, dass die Vorschläge des EP im Wesentlichen von der KOM übernommen werden.⁸⁰ Mit einem Verordnungsvorschlag der KOM kann wohl bereits im ersten Quartal des Jahres 2021 gerechnet werden.⁸¹



Talking Legal Tech - Folge 28
„regulierung & innovation – wie lässt sich beides vereinbaren, martin ebers?“



Talking Legal Tech - Folge 25
„künstliche Intelligenz- was ist das eigentlich, manuela lenzen?“

80 Otto, KI und die geplante EU-Gefährdungshaftung, COT-Legal.

81 Pressemitteilung des Europäischen Parlaments vom 21.10.2020, hier abrufbar: <https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20201016IPR89544/parlament-ebnet-weg-fur-erste-eu-regeln-zu-kunstlicher-intelligenz> (zuletzt abgerufen am: 21.12.2020).