

JAHRBUCH 22

**Digitalisierung  
und Recht**

herausgegeben von

**Elisabeth Hoffberger-Pippan**

**Ruth Ladeck**

**Peter Ivankovics**



# **Digitalisierung und Recht**

**Jahrbuch 2022**

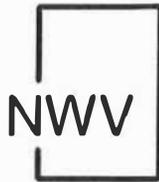
herausgegeben

von

**Dr.<sup>in</sup> Elisabeth Hoffberger-Pippan**

**Mag.<sup>a</sup> Ruth Ladeck**

**Dr. Peter Ivankovics**



Wien 2022

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Es darf empfohlen werden, Beiträge aus dem Jahrbuch für Europarecht wie folgt zu zitieren: „[Autor/in], Titel des Beitrages, in: *Hoffberger-Pippan/Ladeck/Ivankovics* (Hg), Digitalisierung und Recht. Jahrbuch 22 (2022) [Seitenangabe].“

Alle Rechte vorbehalten.

ISBN 978-3-7083-4085-1 (Print)  
ISBN 978-3-7083-4100-2 (eBook)  
<https://doi.org/10.37942/9783708341002>  
NWV im Verlag Österreich  
Bäckerstraße 1  
1010 Wien  
Österreich  
[www.verlagoesterreich.at](http://www.verlagoesterreich.at)

© Verlag Österreich, Wien 2022

Druck | Hantsch PrePress Services OG, Wien

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	3
---------------	---

## I.

### Völker- und Europarecht

Ranjana Andrea ACHLEITNER

<b>Zähmung der Tech-Giganten Plattformregulierung im digitalen Binnenmarkt: Rezente Entwicklungen im Unionsrecht .....</b>	<b>11</b>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

Philipp JAUD / Clara RAUCHEGGER

<b>Der Vorschlag der Europäischen Kommission für einen Rechtsrahmen für Künstliche Intelligenz .....</b>	<b>29</b>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

Nikolaus FORGÓ / Filip PASPALJ

<b>Die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie in Österreich .....</b>	<b>53</b>
----------------------------------------------------------------------	-----------

Robert FRAU

<b>Digitale Menschenrechte für Amtsträger? – Die Trump-Entscheidung des Facebook Oversight Boards .....</b>	<b>71</b>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

Ralf LEWANDOWSKI / Sebastian WUSCHKA

<b>Virtuelle mündliche Verhandlungen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit – Zulässigkeit, Umsetzung und Ausblick .....</b>	<b>87</b>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

Ralph JANIK

<b>Cyberangriffe zwischen Kriminalität und Jus Ad Bellum .....</b>	<b>105</b>
--------------------------------------------------------------------	------------

## II.

### Privatrecht

Johanna FISCHER / Carina GSTÖTTNER

**Haftungsfragen Künstlicher Intelligenz aus privatrechtlicher Sicht..... 121**

Martin HANZL / Clara KREUZBAUER

**Aktuelle rechtliche Entwicklungen rundum Blockchain-Technologie und Smart Contracts ..... 141**

Bettina NUNNER-KRAUTGASSER / Julian SCHNUR

**Digitalisierung und Legal-Tech im österreichischen Zivilverfahren ..... 155**

Alexandra JORZIG

**Digitalisierung und Gesundheitsrecht ..... 173**

Andreja SCHNEIDER-DÖRR

**Arbeitsrecht und Plattformökonomie – von Crowds, Gigs und Content Creators ..... 189**

Michael FINK / Stefan ADAMETZ

**Die gewährleistungsrechtliche Umsetzung der EU-Richtlinie Digitale Inhalte 2019/770 in Österreich und ihre Auswirkung ..... 219**

## III.

### Verfassungs- und Verwaltungsrecht

Klaus PATETER / Mathias HUBER

**Sind NFTs virtuelle Währungen im Sinne des FM-GWG? ..... 245**

Thomas NEGER / Pascal DREIER

**Digitalisierung auf Ebene der Gemeindeverwaltung ..... 263**

Franz MERLI

**Eine Folgenabschätzung für Algorithmen in der staatlichen  
Verwaltung. Der Gesetzgebungsvorschlag des European Law  
Instituts ..... 275**

Matthias ZUBNER

**Die europäische digitale Identität ..... 291**

Reinhard KLAUSHOFER

**Menschenrechte und künstliche Intelligenz – Analyse der  
verbotenen Praktiken im Entwurf zu einem EU-Gesetz über  
künstliche Intelligenz..... 309**

#### IV.

### Strafrecht

David JODLBAUER

**Die materiellrechtlichen Änderungen im Strafrecht durch  
das HiNBG und deren mögliche Auswirkungen auf die Praxis ..... 327**

#### V.

### Steuerrecht

Cedric VON DER HELLEN

**Die Digitalisierung im deutschen und europäischen Steuerrecht .... 341**

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren ..... 351

# Eine Folgenabschätzung für Algorithmen in der staatlichen Verwaltung. Der Gesetzgebungsvorschlag des European Law Instituts

## Inhaltsübersicht

I.	Einführung .....	275
II.	Grundgedanke .....	280
III.	Anwendungsbereich und Pflicht zur Folgenabschätzung .....	281
IV.	Inhalt und Verfahren der Folgenabschätzung .....	283
V.	Aufsicht und Rechtsschutz .....	285
VI.	Abstimmung mit anderen Regelungen .....	287
VII.	Der Mehrwert der Musterregeln gegenüber der KI-Verordnung der EU .....	287
VIII.	Gesamteinschätzung: Die Folgenabschätzung als Lernsystem .....	288

## I. Einführung

Künstliche Intelligenz und Algorithmen haben auch die staatliche Verwaltung erreicht. Automatisierte Techniken werden von ihr in verschiedenen Ländern zB verwendet, um Schulnoten zu vergeben,<sup>1</sup> Visaanträge zu bewerten,<sup>2</sup> Sozialhilfe-<sup>3</sup> oder Umsatzsteuerbetrug<sup>4</sup> zu bekämpfen, Sozialversicherungsbeiträge

---

1 A-levels and GCSEs: How did the exam algorithm work? <[www.bbc.com/news/explainers-53807730](http://www.bbc.com/news/explainers-53807730)> (abgefragt 20.04.2022).

2 *McDonald*, Home Office to scrap 'racist algorithm' for UK visa applicants. <[www.theguardian.com/uk-news/2020/aug/04/home-office-to-scrap-racist-algorithm-for-uk-visa-applicants](http://www.theguardian.com/uk-news/2020/aug/04/home-office-to-scrap-racist-algorithm-for-uk-visa-applicants)> (abgefragt 20.04.2022).

3 *Moini*, Verdächtig per Algorithmus, <[www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/software-syri-die-nutzung-von-algorithmen-durch-den-staat-16881641.html?premium](http://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/software-syri-die-nutzung-von-algorithmen-durch-den-staat-16881641.html?premium)> (abgefragt 20.04.2022).

4 *Szczygiel*, Pre-crime at the tax office: How Poland automated the fight against VAT fraud, <[algorithmwatch.org/en/story/poland-stir-vat-fraud/](http://algorithmwatch.org/en/story/poland-stir-vat-fraud/)> (abgefragt 20.04.2022).

einzutreiben,<sup>5</sup> Einbrüche, Gewalt gegen Frauen und Rückfälligkeit von Straftäter\*innen vorherzusagen,<sup>6</sup> Gesundheitskontrollen zu optimieren, Vergabeentscheidungen zu treffen, Arbeitsunfälle, Konsumentenbeschwerden und Äußerungen in öffentlichen Konsultationsverfahren automatisch auszuwerten und Patentanträge zu bearbeiten,<sup>7</sup> die Herkunft von Asylwerber\*innen anhand ihrer Art zu sprechen festzustellen,<sup>8</sup> Menschen zu erkennen, die Ausgangssperren missachten,<sup>9</sup> gefallene Soldaten im Ukrainekrieg zu identifizieren<sup>10</sup> oder ein allgemeines Sozialbewertungssystem für die gesamte Bevölkerung zu betreiben.<sup>11,12</sup> Auch die Strategie der österreichischen Bundesregierung für Künstliche Intelligenz will die öffentliche Verwaltung mit künstlicher Intelligenz

- 5 *Glenn*, Centrelink's automated debt raising and recovery system, <[www.ombudsman.gov.au/\\_data/assets/pdf\\_file/0022/43528/Report-Centrelinks-automated-debt-raising-and-recovery-system-April-2017.pdf](http://www.ombudsman.gov.au/_data/assets/pdf_file/0022/43528/Report-Centrelinks-automated-debt-raising-and-recovery-system-April-2017.pdf)> (abgefragt 20.04.2022).
- 6 *Kayser-Bril*, Automatisiert und intransparent: Verhaltensvorhersagen in der Schweiz, <[algorithmenethik.de/2020/09/09/automatisiert-und-intransparent-verhaltensvorhersagen-in-der-schweiz/](http://algorithmenethik.de/2020/09/09/automatisiert-und-intransparent-verhaltensvorhersagen-in-der-schweiz/)> (abgefragt 20.04.2022). Zu Großversuchen mit Polizeidaten der EU-Mitgliedstaaten: *Moechel*, EU-Pilotprojekt mit „Hochrisiko“-KI für Polizeibehörden, <[fm4.orf.at/stories/3023291/](http://fm4.orf.at/stories/3023291/)> (abgefragt 20.04.2022).
- 7 Diese Beispiele stammen aus einer Übersicht über den Einsatz von Algorithmen in der Bundesverwaltung der USA: *Engstrom/Ho/Sharkey*, Government by Algorithm (2020), <[www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2020/02/ACUS-AI-Report.pdf](http://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2020/02/ACUS-AI-Report.pdf)> (abgefragt 20.04.2022).
- 8 *Lulamae*, Die automatisierte Gesellschaft: Das BAMF verbreitet in Europa Software für Dialekterkennung: was kann **■** schiefgehen? <[r.algorithmwatch.org/nl2/x3ysn/1467.html?m=AM4AAL63\\_QIAAAAPgGIAAAQ8z\\_gAAAAA6uQAAB1hABB0KQBh84a0gsJ8cFNsRUG85hUXgUjWgAQJ0I&b=8837d836&e=c7cd5b1d&x=1Nhp0RCSttH9\\_IK3cbLog9MgLuahb\\_ukiK0lnWq7\\_vg](http://r.algorithmwatch.org/nl2/x3ysn/1467.html?m=AM4AAL63_QIAAAAPgGIAAAQ8z_gAAAAA6uQAAB1hABB0KQBh84a0gsJ8cFNsRUG85hUXgUjWgAQJ0I&b=8837d836&e=c7cd5b1d&x=1Nhp0RCSttH9_IK3cbLog9MgLuahb_ukiK0lnWq7_vg)> (abgefragt 20.04.2022).
- 9 *Lulamae*, Die automatisierte Gesellschaft Gesichtertaten mit dem russischen Facebook: eine makabre Randerscheinung des Krieges, <[r.algorithmwatch.org/nl2/x3ysn/1jin.html?m=AU8AAFI2pqqAAAAAQEZoAAAQ8z\\_gAAAAA6uQAAB1hABB0KQBiT-9smi2UOE5GQ4m3I1AGU55A2gAQJ0I&b=53711cef&e=006f20ff&x=1Nhp0RCSttH9\\_IK3cbLog9MgLuahb\\_ukiK0lnWq7\\_vg](http://r.algorithmwatch.org/nl2/x3ysn/1jin.html?m=AU8AAFI2pqqAAAAAQEZoAAAQ8z_gAAAAA6uQAAB1hABB0KQBiT-9smi2UOE5GQ4m3I1AGU55A2gAQJ0I&b=53711cef&e=006f20ff&x=1Nhp0RCSttH9_IK3cbLog9MgLuahb_ukiK0lnWq7_vg)> (abgefragt 20.04.2022).
- 10 *Dave*, Ukraine uses facial recognition to identify dead Russian soldiers, minister says, <[www.reuters.com/technology/ukraine-uses-facial-recognition-identify-dead-russian-soldiers-minister-says-2022-03-23/](http://www.reuters.com/technology/ukraine-uses-facial-recognition-identify-dead-russian-soldiers-minister-says-2022-03-23/)> (abgefragt 20.04.2022).
- 11 *ZB Chen/Lin/Liu*, "Rule of Trust": The Power and Perils of China's Social Credit Megaproject, *Columbia Journal of Asian Law* 2018, 1.
- 12 Weitere Beispiele finden sich zB in Bertelsmann-Stiftung, Automating Society Report 2020 – Aktuelle Entwicklungen zum Einsatz algorithmischer Systeme in 16 Ländern, <[www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/user\\_upload/Automating\\_SocietyReport20201028.pdf](http://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/user_upload/Automating_SocietyReport20201028.pdf)> (abgefragt 20.04.2022); oder für die Schweiz bei *Braun-Binder* ua, Einsatz Künstlicher Intelligenz in der Verwaltung: rechtliche und ethische Fragen, <[www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/themen/politik-staat/kanton/digitale-verwaltung-und-e-government/projekte\\_digitale\\_transformation/ki\\_einsatz\\_in\\_der\\_verwaltung\\_2021.pdf](http://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/themen/politik-staat/kanton/digitale-verwaltung-und-e-government/projekte_digitale_transformation/ki_einsatz_in_der_verwaltung_2021.pdf)> (abgefragt 20.04.2022). Eine aktuelle Übersicht über Entwicklungen weltweit bietet Center for AI and Digital Policy, Artificial Intelligence and Democratic Values, <[s899a9742c3d83292\\_jimcontent.com/download/version/1649263051/module/8376927963/name/AIDV-Index-2021.pdf](http://s899a9742c3d83292_jimcontent.com/download/version/1649263051/module/8376927963/name/AIDV-Index-2021.pdf)> (abgefragt 20.04.2022).

modernisieren.<sup>13</sup> Beispiele automatisierter oder automatisationsunterstützter Entscheidungen aus Österreich betreffen die Erstellung von Hochwassergefahrenzonenplänen, Corona-Maßnahmen, die auf Prognosemodellen zu Spitalsauslastung beruhen,<sup>14</sup> die Berechnung von Emissionsschwellenwerten und automatische Geschwindigkeitsbeschränkungen, die vom aktuellen Schadstoffgehalt der Luft abhängen<sup>15</sup>, die Arbeitsvermittlung durch das AMS,<sup>16</sup> die Identifikation von Verdächtigen bei Straftaten und Grenzkontrollen mit Gesichtserkennung,<sup>17</sup> die erweiterte Gefahrenerforschung und die Freischaltung von Mautschranken mit automatischer Kfz-Kennzeichenerkennung,<sup>18</sup> die Bewertung der Gefährlichkeit von möglichen Terroristen im Staatsschutz<sup>19</sup> oder die automatische Bescheiderlassung und das Risikomanagement im Steuerrecht.<sup>20</sup> Schon diese wenigen Beispiele zeigen, dass die neuen Techniken in

- 13 Strategie der Bundesregierung für Künstliche Intelligenz. Artificial Intelligence Mission Austria 2030 (AIM AT 2030), <[www.bmdw.gv.at/dam/jcr:25d7d1f6-b32c-4a6b-ae39-ffa3825a73ff/2021-AIM\\_AT\\_2030\\_UA-bf.pdf](http://www.bmdw.gv.at/dam/jcr:25d7d1f6-b32c-4a6b-ae39-ffa3825a73ff/2021-AIM_AT_2030_UA-bf.pdf)> (abgefragt 20.04.2022), 56 ff.
- 14 Zu diesen beiden Fällen *l. Eisenberger*, Prognosemodelle und generelles Verwaltungshandeln, ÖJZ 2022, 418.
- 15 § 2 Z 23, § 3a und Anlage 8, § 14 Abs 1, 6, 6a ff zum IG-L, BGBl I 1997/115 idF BGBl I 2010/77; IG-L-VBA-Verordnung BGBl II 2007/302 idF BGBl II 2021/153 und zB Verordnung des Steiermärkischen Landeshauptmanns LGBl 2014/117 idF LGBl 2019/72.
- 16 *Lopez*, Reinforcing Intersectional Inequality via the AMS Algorithm in Austria (2019), <[diglib.tugraz.at/download.php?id=5e29a88e0e34f&location=browse](http://diglib.tugraz.at/download.php?id=5e29a88e0e34f&location=browse)> (abgefragt 20.04.2022); *Allhutter/Mager/Fischer/Grill*, Der AMS-Algorithmus Eine Soziotechnische Analyse des Arbeitsmarktchancen-Assistenz-Systems (AMAS), (2020), <[epub.oeaw.ac.at/0xc1aa5576\\_0x003bfd3.pdf](http://epub.oeaw.ac.at/0xc1aa5576_0x003bfd3.pdf)> (abgefragt 20.04.2022); *Bachberger-Strolz*, Profiling, Targeting, Algorithmen, künstliche Intelligenz – über die Irrwege einer Debatte in der Arbeitsmarktpolitik, *Wirtschaft und Gesellschaft* 2020, 329; *Picek*, Der AMS-Algorithmus verwaltet ab jetzt die Arbeitslosigkeit, <[www.moment.at/story/der-ams-algorithmus-verwaltet-ab-jetzt-die-arbeitslosigkeit](http://www.moment.at/story/der-ams-algorithmus-verwaltet-ab-jetzt-die-arbeitslosigkeit)> (abgefragt 20.04.2022); *Wimmer*, Gericht erlaubt Einsatz von AMS-Algorithmus, <[futurezone.at/netzpolitik/gericht-erlaubt-einsatz-von-ams-algorithmus/401136678](http://futurezone.at/netzpolitik/gericht-erlaubt-einsatz-von-ams-algorithmus/401136678)> (abgefragt 20.04.2022).
- 17 Siehe die Parlamentarische Anfragebeantwortung, <[www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/AB/AB\\_00750/imfname\\_789567.pdf](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/AB/AB_00750/imfname_789567.pdf)> (abgefragt 20.04.2022), außerdem zB Flughafen Wien-Schwechat: Automatisierte Grenzkontrolle gestartet, <[bmi.gv.at/news.aspx?id=512F5670662F487048574D3D](http://bmi.gv.at/news.aspx?id=512F5670662F487048574D3D)> (abgefragt 20.04.2022).
- 18 § 11 Abs 1 Z 4 Staatsschutz- und Nachrichtendienst-Gesetz, Digitale Streckenmaut, <[www.asfinag.at/maut-vignette/streckenmaut/digitale-streckenmaut/](http://www.asfinag.at/maut-vignette/streckenmaut/digitale-streckenmaut/)> (abgefragt 20.04.2022).
- 19 Vgl den Bericht der Untersuchungskommission zum Terroranschlag vom 02.11.2020, <[www.bmi.gv.at/downloads/Endbericht.pdf](http://www.bmi.gv.at/downloads/Endbericht.pdf)> (abgefragt 20.04.2022), 18 f; zum System: <[www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Deliktsbereiche/PMK/Radar/radar\\_node.html](http://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Deliktsbereiche/PMK/Radar/radar_node.html)> (abgefragt 20.04.2022).
- 20 Rekordwert bei Arbeitnehmerveranlagung in 2021: 500 Mio. Euro automatisch ausbezahlt, <[www.bmf.gv.at/presse/pressemeldungen/2022/April/bilanz-finanzamt.html](http://www.bmf.gv.at/presse/pressemeldungen/2022/April/bilanz-finanzamt.html)> (abgefragt 20.04.2022); *Ehrke-Rabel*, Der digitalisierte Steuerpflichtige, ALJ 2017, 150; *Ehrke-Rabel*, Profiling im Steuervollzug, FR 2019, 45; *Denk*, Der maschinell erstellte Bescheid, ZTR 2019, 189, 2020, 1.

der gesamten Verwaltung verwendet werden: in der Hoheits- und der Privatwirtschaftsverwaltung, in der Eingriffs-, Leistungs-, Planungs- und Bedarfsdeckungsverwaltung, bei der Erlassung genereller und individueller Akte, als Ersatz oder zur Vorbereitung menschlicher Handlungen.

Offensichtlich bringt die Verwendung der neuen Technologien viele Vorteile, aber eben auch Risiken mit sich. Deshalb gibt es bereits eine stattliche Zahl von Empfehlungen zu ihrem Einsatz,<sup>21</sup> und die Europäische Kommission hat

- 21 Hier einige Beispiele: UNESCO Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence (2022), <[unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137)> (abgefragt 20.04.2022); OECD AI Principles (2019), <[legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449](https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449)> (abgefragt 20.04.2022); European Commission for the Efficiency Of Justice (CEPEJ), European Ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment (2018), <[rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c](https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c)> (abgefragt 03.06.2022); Council of Europe Commissioner of Human Rights, Unboxing Artificial Intelligence: 10 steps to protect Human Rights (2019), <[rm.coe.int/unboxing-artificial-intelligence-10-steps-to-protect-human-rights-reco/1680946e64](https://rm.coe.int/unboxing-artificial-intelligence-10-steps-to-protect-human-rights-reco/1680946e64)> (abgefragt 20.04.2022); Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems (2020), <[search.coe.int/cm/pages/result\\_details.aspx?objectId=09000016809e1154](https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectId=09000016809e1154)> (abgefragt 20.04.2022); Council of Europe, Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence, Feasibility Study (2020), <[rm.coe.int/cahai-2020-23-final-eng-feasibility-study-/1680a0c6da](https://rm.coe.int/cahai-2020-23-final-eng-feasibility-study-/1680a0c6da)>; Council of Europe Ad hoc Committee on Artificial Intelligence, Possible elements of a legal framework on artificial intelligence, based on the Council of Europe's standards on human rights, democracy and the rule of law (2022) <[rm.coe.int/possible-elements-of-a-legal-framework-on-artificial-intelligence/1680a5ae6b](https://rm.coe.int/possible-elements-of-a-legal-framework-on-artificial-intelligence/1680a5ae6b)> (abgefragt 21.04.2022); Hochrangige Expertengruppe für künstliche Intelligenz, Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI, <[digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai](https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai)> (abgefragt 20.04.2022); High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, Assessment List for Trustworthy Artificial Intelligence (ALTAI) for self-assessment (2020), <[digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/assessment-list-trustworthy-artificial-intelligence-altai-self-assessment](https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/assessment-list-trustworthy-artificial-intelligence-altai-self-assessment)> (abgefragt 20.04.2022); EU Fundamental Rights Agency, Getting the future right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights (2020), <[fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2020-artificial-intelligence\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-artificial-intelligence_en.pdf)> (abgefragt 20.04.2022); Gutachten der Datenethikkommission (2019) (Deutschland), <[www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Fokusthemen/Gutachten\\_DEK\\_DE.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Fokusthemen/Gutachten_DEK_DE.pdf?__blob=publicationFile&v=5)> (abgefragt 20.04.2022); KI Bundesverband e.V., Positionspapier des zur EU-Regulierung von Künstlicher Intelligenz (2021), <[ki-verband.de/wp-content/uploads/2022/02/KI\\_Regulierung\\_DE-komprimiert.pdf](https://ki-verband.de/wp-content/uploads/2022/02/KI_Regulierung_DE-komprimiert.pdf)>; Défenseur des droits (Frankreich), Algorithmes: prévenir l'automatisation des discriminations (2020), <[www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/836200110\\_ddd\\_algorithmes\\_access.pdf](https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/836200110_ddd_algorithmes_access.pdf)> (abgefragt 20.04.2022); U.K. Information Commissioner's Office/Alan Turing Institute, Explaining decisions made with AI (2020) (Vereinigtes Königreich), <[ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-data-protection-themes/explaining-decisions-made-with-ai/](https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-data-protection-themes/explaining-decisions-made-with-ai/)> (abgefragt 20.04.2022); Ada Lovelace Institute: Examining the Black Box: Tools for Assessing Algorithmic Systems (2020), (Vereinigtes Königreich) <[www.adalovelaceinstitute.org/wp-content/uploads/2020/04/Ada-Lovelace-Institute-DataKind-UK-Examining-the-Black-Box-Report-2020.pdf](https://www.adalovelaceinstitute.org/wp-content/uploads/2020/04/Ada-Lovelace-Institute-DataKind-UK-Examining-the-Black-Box-Report-2020.pdf)> (abgefragt 20.04.2022); Oxford Commission on AI & Good Gov-

im April 2021 einen Vorschlag für ein „Gesetz über Künstliche Intelligenz“ (im Folgenden: KI-Verordnungsvorschlag) veröffentlicht.<sup>22</sup>

Die Empfehlungen und die Verordnung behandeln den Einsatz künstlicher Intelligenz und von Algorithmen durch private und staatliche Nutzer gleichermaßen. Den Staat beziehen sie meist indirekt ein, indem sie bestimmte typische staatliche Nutzungen zu jenen mit hohem Risiko zählen. Die Verwendung durch die Verwaltung wirft aber besondere Fragen auf, die über die behandelten Risiken hinausgehen, weil die Verwaltung grundsätzlich nicht nur mächtiger, grundrechtsgefährdender und schwerer vermeidbar, sondern auch gesetzes- und verfahrensgebundener, begründungspflichtiger und legitimationsbedürftiger ist als private Verwender von Automatisierungstechniken.<sup>23</sup> Das Verwaltungsrecht hat bislang auf die neuen Techniken meist sektorspezifisch oder mit Einzelbestimmungen reagiert.<sup>24</sup> Allgemeine Regelungen für ihren Einsatz durch die Verwaltung gibt es jedoch, soweit ersichtlich, in Europa noch nicht.<sup>25</sup>

---

ernance, AI in the Public Service: From Principles to Practice (2021) (Vereinigtes Königreich) <[oxaig.org.uk/wp-content/uploads/sites/124/2021/12/AI-in-the-Public-Service-Final.pdf](https://www.oxaig.org.uk/wp-content/uploads/sites/124/2021/12/AI-in-the-Public-Service-Final.pdf)> (abgefragt 04.06.2022); UCLA School of Law, AI Pulse. Creating a tool to reproducibly estimate the ethical impact of AI (2020) (USA), <[aipulse.org/creating-a-tool-to-reproducibly-estimate-the-ethical-impact-of-artificial-intelligence/?pdf=493](https://aipulse.org/creating-a-tool-to-reproducibly-estimate-the-ethical-impact-of-artificial-intelligence/?pdf=493)> (abgefragt 20.04.2022); Einen vergleichenden Überblick bietet Berkman Klein Center at Harvard University, Principled Artificial Intelligence (2020) (USA), <[cyber.harvard.edu/publication/2020/principled-ai](https://cyber.harvard.edu/publication/2020/principled-ai)> (abgefragt 20.04.2022).

- 22 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, COM(2021) 206 final. Dazu zB *Ebert/Spiecker gen. Döhmann*, Der Kommissionsentwurf für eine KI-Verordnung der EU, NVwZ 2021, 1188; *Veale/Zuiderveen Borgesijs*, Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act, Computer Law Review International 2021, 97.
- 23 Für Österreich, mit Schwerpunkt auf individuellen Verwaltungsentscheidungen, *Mayerhofer/Palycek*, Digitalisierung des Rechts – Herausforderungen und Voraussetzungen, 21. ÖJT (2022); allgemeiner zB *Harlow/Rawlings*, Proceduralism and Automation. Challenges to the Values of Administrative Law, in Fisher/King/Young (eds), The Foundations and Future of Public Law. Essays in Honour of Paul Craig (2020) 277 (291 ff); *Unger*, Demokratische Herrschaft und künstliche Intelligenz, und *Hoffmann-Riem*, Die digitale Transformation als Herausforderung für die Legitimation rechtlicher Entscheidungen, in Unger/von Ungern-Sternberg (Hrsg.), Demokratie und künstliche Intelligenz (2019) 113 und 129.
- 24 ZB Art 22, 35 DSGVO; § 41 DSG; § 96 Abs 2 und § 114 Abs 4 BAO, Nachweise in FN 15.
- 25 Vgl aber ansatzweise für Frankreich Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique und Décret n° 2017-330 du 14 mars 2017 relatif aux droits des personnes faisant l'objet de décisions individuelles prises sur le fondement d'un traitement algorithmique; umfassender für Kanada Directive on Automated Decision-Making, <[tbs-sct.gc.ca/pol/doc-fra.aspx?id=32592](https://tbs-sct.gc.ca/pol/doc-fra.aspx?id=32592)> (abgefragt 20.04.2022); und einen Gesetzesvorschlag für den Bundesstaat Washington in den USA: Senate Bill 5116 (Washington, Senators Hasegawa, Hunt, Kuderer and Wilson),

Nun hat das European Law Institute „Model Rules on Impact Assessment of Algorithmic Decision-Making Systems Used by Public Administration“ (im Folgenden: Musterregeln) veröffentlicht.<sup>26</sup> Das European Law Institute ist eine private gemeinnützige Vereinigung von Jurist\*innen aus ganz Europa, die die Rechtsetzung in Europa verbessern möchte. „Model Rules“ sind ausformulierte und erläuterte Gesetzgebungsvorschläge, die als Vorbild für die Gesetzgebung der EU oder von Staaten dienen sollen. Sie werden Projektgruppen des European Law Institute erarbeitet und seinen Mitgliedern gebilligt. Der folgende Überblick soll die wesentlichen Probleme und Lösungen der Musterregeln zu Algorithmen in der Verwaltung deutlich machen. Ganz objektiv kann die Darstellung nicht ausfallen, weil ich ein Mitglied der Projektgruppe war, die die Musterregeln erstellt hat; informativ sollte sie aber sein.<sup>27</sup>

## II. Grundgedanke

Die Musterregeln sehen eine Folgenabschätzung vor. Sie setzen damit nicht auf zusätzliche Verbote, inhaltliche Vorschriften und behördliche Genehmigungspflichten für Algorithmen und künstliche Intelligenz, sondern machen der Verwaltung nur zur Pflicht, vor ihrer Anwendung über die Folgen dieser Systeme nachzudenken und das Ergebnis zu veröffentlichen. Das kann (und soll) dazu führen, dass die Verwaltung auf bestimmte Systeme verzichtet und bei anderen mehr auf die Qualität achtet. Die Verwaltung kann jedoch auch ein System einführen, für das die Folgenabschätzung schlecht ausfällt, nur unterliegt sie damit einer Rechtfertigungspflicht.<sup>28</sup> Indem sie die Folgenabschätzung nicht als Teil eines Genehmigungsverfahrens konzipieren, unterscheiden sich die Musterregeln von jenen der UVP-Richtlinie<sup>29</sup>, die sonst in vielerlei Hinsicht ein Vorbild abgegeben haben.

---

<lawfilesexternal.wa.gov/biennium/2021-22/Pdf/Bills/Senate%20Bills/5116.pdf?q=20220420013747> (abgefragt 20.04.2022).

26 European Law Institute, Model Rules on Impact Assessment of Algorithmic Decision-Making Systems Used by Public Administration, <[www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Model\\_Rules\\_on\\_Impact\\_Assessment\\_of\\_ADMSs\\_Used\\_by\\_Public\\_Administration.pdf](http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Impact_Assessment_of_ADMSs_Used_by_Public_Administration.pdf)> (abgefragt 20.04.2022). Artikelangaben ohne weitere Kennzeichnung und Verweise auf den „Kommentar“ beziehen sich auf diesen Text.

27 Viel von dem Folgenden verdankt sich den Diskussionen in der Gruppe, besonders mit Jens-Peter Schneider und Jonathan Dollinger. Für Hilfe bei den Recherchen zur Einführung bedanke ich mich bei Felix Ruker und Laura Winninger.

28 Vgl. Kommentar 6.1. zu Art 6, 44.

29 RL 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABi 2012 L 26/1 idF Richtlinie 2014/52/EU, ABi 2014 L 124/1.

### III. Anwendungsbereich und Pflicht zur Folgenabschätzung

Die Musterregeln gelten für „Algorithmic Decision-Making Systems used by public authorities which are likely to have significant impacts on the public“. Das ist in mehrfacher Hinsicht ein breiter Zugang.

Zunächst geht es bei den Systemen auch, aber nicht nur um künstliche Intelligenz. Was genau künstliche Intelligenz ausmacht, ist nicht leicht zu sagen; in der Regel wird auf einen Entscheidungsspielraum des Systems oder auf seine Fähigkeit, ohne menschliche Intervention dazuzulernen, abgestellt.<sup>30</sup> Für die Musterregeln kommt es darauf aber nicht an: Sie definieren „system“ als „a computational process, including one derived from machine learning, statistics, or other data processing or artificial intelligence techniques, that makes a decision, or supports human decision-making used by a public authority“. Darunter fallen auch vollkommen determinierte automatisierte Systeme.<sup>31</sup>

Die genannten Systeme müssen, der Definition von „public authority“ entsprechend, von der Verwaltung verwendet werden. Die Verwaltung wird dabei funktionell verstanden: Zu ihr zählen auch Private, wenn sie Verwaltungsaufgaben erfüllen.<sup>32</sup>

Die genannten Systeme treffen oder unterstützen Verwaltungsentscheidungen. Erfasst werden also, über automatische Entscheidungssysteme im engeren Sinn hinaus, auch Algorithmen für traditionelle, von Menschen getroffene Entscheidungen der Verwaltung.<sup>33</sup> Als Entscheidung („decision“) gilt „any determination by a public authority to take or not to take action“, somit nicht nur formelle Bescheide oder andere traditionelle Rechtsakte, sondern auch unselbstständige Entscheidungen innerhalb eines Verwaltungsverfahrens, Entscheidungen außerhalb eines Verwaltungsverfahrens, generelle Rechtsakte und privatrechtliche Entscheidungen der Verwaltung und auch Entscheidungen, nicht zu handeln.<sup>34</sup>

Eine Folgenabschätzung verlangen die Musterregeln für jene Systeme, die erhebliche Auswirkungen auf die Öffentlichkeit haben können. Das ist natürlich eine unbestimmte Formulierung. Doch werden die Wirkungen, auf die es ankommt, vor allem Risiken für die Grundrechte, Demokratie, Gesellschaft und die Verwaltung selbst, in Art 6 und im Anhang dazu in Beispielsform sehr ausführlich verdeutlicht.<sup>35</sup> Außerdem soll die Beurteilung durch zwei Anhänge zu den Musterregeln und einen Entscheidungsprozess für Zweifelsfälle erleichtert werden: Anhang 1 ist für jene Systeme vorgesehen, die jedenfalls einer Folgenabschätzung bedürfen; Anhang 2 soll die Systeme aufzählen, für die von

30 Genauer: *Udrea/Fuchs/Peissl*, Künstliche Intelligenz. Verstehbarkeit und Transparenz (2022) 13 ff <epub.oeaw.ac.at/ita/ita-projektberichte/ITA-pb-2022-01> (abgefragt 04.06.2022).

31 Vgl Kommentar 1.1. zu Art 2, 41.

32 Kommentar 2.3. zu Art 2, 41: Vorbild für die Formulierung war hier Art 3 Abs 9 der Richtlinie 2007/2/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2007 zur Schaffung einer Geodateninfrastruktur in der Europäischen Gemeinschaft (INSPIRE), ABI 2007 L 108/1.

33 Vgl Kommentar 2.3. zu Art 2, 41.

34 Vgl Kommentar 2.4. zu Art 2, 41 f.

35 Kommentar 1.1. zu Art 1, 40.

vornherein keine Folgenabschätzung erforderlich ist; für die übrigen Fälle verpflichtet Art 4 die Verwaltungsstelle, die ein System einführen will, mithilfe eines Fragebogens einzuschätzen, ob die mit dem System verbundenen Risiken gering, substantiell oder hoch sind („screening“). Sind sie zumindest substantiell, muss das System einer Folgenabschätzung unterzogen werden.

Die Musterregeln verzichten darauf, die beiden Anhänge selbst zu befüllen, schon weil das eine Beurteilung aller gängigen Systeme verlangen würde, die die Arbeitsgruppe nicht leisten konnte, aber auch, weil es sich dabei um eine politische Entscheidung handelt, die nicht zuletzt von der öffentlichen Diskussion beeinflusst wird und die in verschiedenen Rechtssystemen unterschiedlich ausfallen kann. Die Musterregeln empfehlen jedoch in den Erläuterungen, bei der Festlegung jedenfalls folgenabschätzungspflichtiger Systeme des Anhangs 1 von Anhang III des Verordnungsvorschlags der Kommission zur künstlichen Intelligenz auszugehen und daher zB Systeme zur Gesichtserkennung, zur Gefährlichkeitsbewertung von Personen oder zur Vergabe von Sozialleistungen aufzunehmen, darüber hinaus aber auch Systeme etwa im Bereich dort nicht genannter kritischer Infrastrukturen, der Steuerverwaltung des Umwelt- und Wirtschaftsrechts.<sup>36</sup> In Anhang 2 könnten dagegen Systeme aufgenommen werden, die weithin in Gebrauch stehen und deren Risiken daher bekannt sind; dazu auch solche, die sich nicht oder nicht vollständig für eine öffentliche Erörterung eignen, etwa im militärischen Bereich.<sup>37</sup>

Auch der Fragebogen zur Risikoeinschätzung, den die Musterregeln als Anhang 3 zu Art 4 vorsehen, ist noch nicht ausformuliert. Die Erläuterungen schlagen relativ einfach zu beantwortende Multiple Choice-Fragen vor, die zu einer punktemäßigen Bewertung des Risikos als „niedrig“, „substantiell“ oder „hoch“ führen. Zum Beispiel:

Is the impact resulting from the decision reversible?

- Yes, it is easily reversible. [risk value of 0]
- It is likely to be reversible. [risk value of 1]
- It is difficult to reverse. [risk value of 2]
- It is irreversible. [risk value of 3 or higher]<sup>38</sup>

Die Idee stammt aus dem kanadischen Recht.<sup>39</sup> Damit soll ohne große Abwägungen eine schnelle Entscheidung darüber getroffen werden können, ob eine Folgenabschätzung notwendig ist oder nicht, und verhindert werden, dass – wie oft im österreichischen Feststellungsverfahren zur Umweltverträglichkeitsprüfung – die Feststellung so aufwendig wird, dass sie die Folgenabschätzung vorwegnimmt.

---

36 Kommentar zu Anhang 2, 27 und zu Art 1, 40.

37 Kommentar zu Anhang 2, 27 und zu Art 1, 40.

38 Kommentar zu Anhang 3, 28.

39 Der Kommentar 4.2. zu Art 4, 43. verweist auf die Directive on Automated Decision-Making (FN 25).

## IV. Inhalt und Verfahren der Folgenabschätzung

Zur Folgenabschätzung erstellt die Verwaltungsstelle, die das System einführen will, nach Art 6 einen Bericht. Darin beschreibt sie zunächst das geplante System, va seinen Zweck und seine Wirkungsweise und die Algorithmen, aber auch die Auswahl und Herkunft der zu seiner Entwicklung verwendeten Daten und das Zusammenwirken des Systems mit anderen digitalen Systemen der Verwaltung, und bewertet seine Leistungsfähigkeit für die Erfüllung der Verwaltungsaufgaben, denen es dient. Dann legt die Verwaltungsstelle dar, wie sich die Verwendung des Systems auf die Grund- und Verfahrensrechte der Betroffenen, auf Demokratie, Gesellschaft und Umwelt und auf die Arbeit der Verwaltungsstelle selbst auswirkt, und schildert die Maßnahmen, die zur Maximierung des Nutzens und Vermeidung oder Verringerung von negativen Folgen vorgesehen sind, ua für die Aufsicht und Kontrolle durch Menschen, für hohe Datenqualität, Verlässlichkeit, Sicherheit und Transparenz des Systems, für die Erklärbarkeit seiner Entscheidungen, klare Verantwortlichkeiten und zum Rechtsschutz. Schließlich entscheidet die Verwaltungsstelle, wenn das nicht schon in Anhang 1 festgelegt wurde, ob es sich um ein System mit hohem Risiko handelt (weil davon abhängt, ob es noch ein öffentliches Konsultationsverfahren dazu gibt – siehe unten), trifft eine Gesamtabwägung der Vorteile der Automatisierung mit den anderen genannten Faktoren, auch im Hinblick auf mögliche Alternativen, und gibt eine begründete Erklärung zur Rechtmäßigkeit des Systems ab.

Schon diese Kurzbeschreibung zeigt, dass die Erstellung des Berichts keine ganz einfache Aufgabe ist. Bei ihrer Bewältigung soll der Verwaltung ein Fragenkatalog in Anhang 4 helfen, der die einzelnen Tatbestände von Art 6 präzisiert, oft indem er sie auf konkrete Sachverhalte herunterbricht, und zugleich Anleitungen gibt, zB die Intensität, Dauer und Reversibilität von Folgen zu berücksichtigen. Die Verwaltungsstelle muss den Katalog nicht verwenden, dann aber eine Erklärung dafür abgeben. Insgesamt umfasst der Katalog 36 Fragen, die in einer erweiterten Fassung noch detaillierter und ergänzt werden, und je nach System und Kontext unterschiedlich intensive Erörterungen als Antwort verlangen. Gefragt wird etwa bei den Auswirkungen auf die Rechte Betroffener nach der Einhaltung von Datenschutzregelungen bei der Gewinnung und Verwendung von Daten bei Training und Entwicklung des Systems, nach möglichen Diskriminierungen und Benachteiligungen, auch von digital weniger versierten Personen, und der Wahrung des rechtlichen Gehörs, der Begründungspflicht der Verwaltung und der Akteneinsicht bei der Verwendung des Systems. Bei der Demokratie geht es um einen möglichen negativen Einfluss auf Wahlen oder den öffentlichen Diskurs oder um die Nutzbarkeit von kritischer Infrastruktur; bei Aufsicht und Kontrolle ua darum, dass die Betroffenen überhaupt erkennen, dass sie es mit einem automatisierten System zu tun haben, und ob ihnen eine Alternative zur Nutzung des Systems offensteht.

Art 6 und der Katalog des Anhangs 4 kombinieren Aspekte und Fragen aus verschiedenen Empfehlungen,<sup>40</sup> setzen aber auch eigene Akzente. Dazu ge-

40 Die Musterregeln nennen im Kommentar zu den Anhängen 4a und 4b. 29 und 33,

hört, dass die Musterregeln auch die Vorteile des Systems einbeziehen, also automatisierte Verwaltungsentscheidungen nicht nur als Gefahr, sondern auch als Chance für die Verbesserung der Verwaltung betrachten. Außerdem berücksichtigen sie nicht nur die externen Folgen, sondern auch die Umstände in der Verwaltungsstelle selbst, etwa die Akzeptanz des Systems durch das Personal, dessen Ausbildung und technische Fähigkeiten und wie wahrscheinlich es ist, dass es sich zu sehr auf automatisierte Entscheidungsvorschläge verlässt.

Die Folgenabschätzung ist, von einigen Ausnahmen abgesehen, vor der Einführung des Systems durchzuführen.<sup>41</sup> Hauptverantwortlich dafür ist die Verwaltungsstelle, die das System einführen will, oder die vorgesetzte Stelle (Art 2 Abs 7: „implementing authority“). In einem ersten, optionalen Schritt bestimmt sie die wichtigsten Punkte und die jeweils nötige Tiefe der Untersuchung (Art 5, „Scoping“). Sie kann sich dafür mit der Aufsichtsbehörde und anderen Stellen beraten oder diesen Schritt sogar der Aufsichtsbehörde überlassen und muss dann deren Empfehlungen „so weit wie möglich“ berücksichtigen.<sup>42</sup> Die Untersuchung führt sie aber selbst durch. Dabei, wie gegebenenfalls auch schon bei der Entwicklung und Testung des Systems, arbeitet sie gem Art 7 intensiv mit (oft privaten) System- und allfälligen gesonderten Datenlieferanten zusammen. Deren Bereitschaft dazu muss die Verwaltung bei der Auftragsvergabe sicherzustellen.

Im Normalfall ist die Folgenabschätzung somit eine bloße Selbstkontrolle jener Verwaltungsstelle, die das System einführen will. Anders ist das bei Systemen, die nach Anlage 1 oder nach dem Ergebnis der Folgenabschätzung mit einem hohen Risiko verbunden sind: In diesen Fällen wird der Bericht der Verwaltungsstelle gem Art 9 noch einer Analyse und Bewertung durch ein unabhängiges Expertengremium und einer Konsultation durch die Öffentlichkeit unterzogen. Die jeweiligen Verfahren wurden in Anlehnung an die UVP in Art 10 und 11 geregelt. Gem Art 12 muss die Verwaltungsstelle die Stellungnahme der Sachverständigen und eine Zusammenfassung der Äußerungen der Öffentlichkeit in einen erweiterten Bericht aufnehmen und dazu Stellung nehmen. Hier gibt es also eine organisierte externe Kontrolle.

Der Bericht (oder der erweiterte Bericht) wird dann gem Art 13 an zwei Stellen publiziert: zum einen auf der Homepage der Stelle, die das System verwendet, zum anderen in einem zentralen öffentlichen Register, das die Aufsichtsbehörde führt.<sup>43</sup>

---

die High-Level Expert Group's Assessment List for Trustworthy AI (FN 21), den KI-Verordnungsvorschlag der EU (FN 22), das Positionspapier des KI Bundesverband e.V. zur EU-Regulierung von Künstlicher Intelligenz, die Feasibility Study des Ad Hoc Committee on AI und den Bericht der Europäischen Grundrechteagentur (alle FN 21) und weist den Einfluss bei den Fragen einzeln aus.

41 Kommentar 1.7. zu Art 1, 41.

42 Kommentar 5.2. zu Art 5, 43: Die Formulierung stammt aus Art 4 Abs 2 Verordnung (EU) 182/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren, ABI 2011 L 55/13.

43 Nach dem Kommentar 13.4. zu Art 13, 49, könnte das auch das in Art 60 Verord-

Ein schwieriges Thema bildet der Umgang mit Geheimhaltungsinteressen, von geistigen Eigentumsrechten privater System- und Datenlieferanten bis zur öffentlichen Sicherheit.<sup>44</sup> Einerseits können sie nicht einfach ignoriert werden, andererseits ist eine echte Beurteilung mancher Systeme gar nicht möglich, wenn man ihre konkrete Funktionsweise und die zugrundeliegenden Datensätze nicht kennt. Art 8 gibt für eine sinnvolle Folgenabschätzung grundsätzlich der Transparenz den Vorzug und schränkt damit Geheimhaltungsansprüche ein. Das umfasst auch den Zugang zum Quellcode und zu den Datensätzen, mit denen das System entwickelt und trainiert wurde; sie sollen nach Art 10 Abs 2 dem Expertengremium und gem Art 8 Abs 3 grundsätzlich über den Folgenabschätzungsbericht auch der Öffentlichkeit offenstehen. Machen allerdings Beteiligte spezifische Geheimhaltungsinteressen geltend, muss eine Abwägung getroffen werden, die auch zu Lasten der Transparenz ausgehen kann. Zur Geheimhaltung können nach Art 13 Abs 3 auch zwei Berichtsversionen erstellt werden: eine bearbeitete ohne vertrauliche Informationen für die Öffentlichkeit und eine volle Version für die Aufsichtsbehörde. Gegenüber der Aufsichtsbehörde gibt es generell keine Geheimhaltung, doch unterliegt die Aufsichtsbehörde selbst Verschwiegenheitspflichten (Art 15 Abs 5 lit b und Art 15 Abs 3 lit I).

Nach Abschluss der Folgenabschätzung kann das System in Betrieb genommen werden. Die Verwaltungsstelle trifft dann gem Art 14 eine Pflicht zur Beobachtung und Überprüfung seiner Funktionsweise. Stellt sich dabei heraus, dass erhebliche negative Auswirkungen auftreten, die bei der ursprünglichen Folgenabschätzung nicht berücksichtigt wurden, muss die Verwaltungsstelle ein neues Verfahren durchführen und den Bericht ergänzen. Jedenfalls ist ein ergänzendes Folgenabschätzungsverfahren nach sechs Monaten des Betriebs und zwei Jahre nach der letzten Folgenabschätzung verpflichtend. Diese Regelungen sind besonders wichtig für neue Systeme, bei deren Einschätzung viel Ungewissheit besteht.

## V. Aufsicht und Rechtsschutz

Zur Kontrolle der Verwendung von automatisierten Entscheidungssystemen durch die Verwaltung sieht Art 15 eine unabhängige und ausreichend ausgestattete Aufsichtsbehörde vor. Das muss keine neu errichtete Behörde sein, sondern die Gesetzgebung kann auch etwa die Datenschutzbehörde mit den entsprechenden Funktionen betrauen.<sup>45</sup> Die Aufsichtsbehörde kann von Amts

---

nungsvorschlag der EU vorgesehene Register sein. Allerdings geht der publizierte Inhalt nach den Musterregeln viel weiter; vgl unten bei FN 54.

- 44 Zu möglichen Problemen mit den WTO-Regeln zu geistigen Eigentum zB *Iron*, AI Regulation in the European Union and Trade Law: How Can Accountability of AI and a High Level of Consumer Protection Prevail over a Trade Discipline on Source Code? (2021), <[www.ivir.nl/publicaties/download/Iron\\_study\\_ai\\_and\\_trade\\_21-01-26-1.pdf](http://www.ivir.nl/publicaties/download/Iron_study_ai_and_trade_21-01-26-1.pdf)> (abgefragt 23.4.2022).
- 45 Kommentar 15.2. zu Art 15, 50; vgl auch Art 63 Abs 5 KI-Verordnungsvorschlag (FN 22).

wegen oder aus Anlass von Beschwerden Ermittlungen anstellen und Empfehlungen abgeben. Bei Verstößen gegen die Pflicht zur Folgenabschätzung kann sie der betreffenden Verwaltungsstelle die weitere Verwendung des Systems entweder untersagen oder, wo dies, wie zum Beispiel gegenüber obersten Verwaltungsbehörden in Österreich, aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht möglich ist, eine entsprechende gerichtliche Verfügung beantragen.

Darüber hinaus unterstützt die Aufsichtsbehörde die Verfahren zur Folgenabschätzung, indem sie die betroffenen Verwaltungsstellen vor allem bei der Strukturierung und Planung (Scoping) berät und die mitwirkenden Expertengremien ernannt und beaufsichtigt.

Schließlich fungiert die Aufsichtsbehörde als Wissensspeicher.<sup>46</sup> Sie führt ein öffentliches Register der ausgefüllten Fragebögen zur Risikoeinschätzung (Screening) und der Berichte zur Folgenabschätzung sowie der laufenden öffentlichen Konsultationen. Damit ermöglicht sie allen Interessierten, aus den Erfahrungen anderer zu lernen. Gleichzeitig verfolgt sie auch selbst neue Entwicklungen, erteilt Auskünfte, gibt Stellungnahmen ab und berichtet dem Parlament jährlich über ihre Tätigkeit.

Für den Rechtsschutz sieht Art 16 eine Beschwerde an die Aufsichtsbehörde und gerichtliche Klagemöglichkeiten vor. In Anspruch genommen werden können sie von allen, die ein ausreichendes Interesse oder, in Rechtsordnungen wie der österreichischen, eine Verletzung subjektiver Rechte geltend machen können, jedenfalls aber auch von NGOs mit einschlägigem Tätigkeitsbereich. Dies entspricht dem Vorbild von Art 9 Abs 2 der Aarhus-Konvention.<sup>47</sup> Die Beschwerde richtet sich gegen die Verwendung von Systemen, die entgegen den Musterregeln keiner ordnungsgemäßen Folgenabschätzung unterworfen wurden. Geklagt werden kann gegen eine unzureichende Erledigung der Beschwerde durch die Aufsichtsbehörde, die Verwendung eines Systems entgegen der Anordnung oder Empfehlung der Aufsichtsbehörde und schließlich gegen jeden nach dem Rechtsschutzsystem des jeweiligen Landes anfechtbaren Akt, der durch oder mithilfe eines Systems erlassen wurde, das ohne ordnungsgemäße Folgenabschätzung in Betrieb genommen wurde.

Gegenüber dem klassischen österreichischen Rechtsschutzsystem erweitern die Musterregeln durch die Einbeziehung der NGOs die Beschwerdebefugten und mit der Verwendung von Automatisierungssystemen ohne vorige Folgenabschätzung die Beschwerdegründe. Die anfechtbaren Akte bleiben aber dieselben: Auch wenn die Musterregeln auf Systeme für sehr weit gefasste Verwaltungsentscheidungen anwendbar sind,<sup>48</sup> begnügen sie sich damit, dass Rechtsschutz gegen jene von ihnen gewährt wird, die schon nach dem bestehenden nationalen Recht angefochten werden können.

---

46 Kommentar 15 4. zu Art 15, 50.

47 Übereinkommen von Aarhus über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten samt Erklärung, BGBl III 2005/88.

48 Siehe oben bei FN 34.

## VI. Abstimmung mit anderen Regelungen

Nicht ganz einfach zu lösen beantwortet ist die Frage, wie sich die Musterregeln zu anderen einschlägigen Vorschriften verhalten und verhalten sollen. Der KI-Verordnungsvorschlag der EU zielt auf einen Binnenmarkt ohne Hindernisse und will daher mitgliedstaatliche Regeln durch eine vollständige Harmonisierung grundsätzlich ersetzen oder verhindern.<sup>49</sup> Ob es sich bei den Musterregeln um unzulässige zusätzliche Anforderungen handeln würde, hängt vom jeweiligen Verständnis der inhaltlichen Reichweite der Harmonisierung und der Interpretation von Ausnahmebestimmungen ab. UU könnte Art 29 Abs 2 Verordnungsvorschlag eine Grundlage für mitgliedstaatliche Zusatzanforderungen bilden.<sup>50</sup> Jedenfalls wäre eine explizite Öffnungsklausel in der endgültigen Fassung der Verordnung hilfreich. Im Übrigen geht es darum, Doppelprüfungen zu vermeiden, also um das Verhältnis zu Konformitätsprüfungen, die die KI-Verordnung für Hochrisikosysteme vorsieht, und die Folgenabschätzung, die Art 35 DSGVO für Datenanwendungen verlangt, die ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen zur Folge haben.

Art 3 sieht vor, dass die Verwaltungsstelle, die ein System einführen will, sich auf bereits erfolgte Prüfungen berufen und deren Ergebnisse in ihren Bericht einbauen kann, soweit sie Aspekte der Folgenabschätzung abdecken. Umgekehrt wäre auch denkbar, die Folgenabschätzung nach den Musterregeln zugleich auch als eine datenschutzrechtliche Folgenabschätzung iSv Art 35 DSGVO zu verstehen und zu verwenden, weil sie ja auch die dort relevanten Aspekte erfasst. Im Einzelnen stellen sich aber noch viele Detailfragen vor allem zum jeweiligen Verfahren, die einer Regelung bedürften.

## VII. Der Mehrwert der Musterregeln gegenüber der KI-Verordnung der EU

Abgesehen von technischen Abstimmungsproblemen interessiert natürlich, welchen zusätzlichen Wert die Musterregeln gegenüber dem KI-Verordnungsvorschlag haben. Die wichtigste Antwort darauf liegt im unterschiedlichen Zweck. Die Verordnung versteht Systeme als Produkte und will Risiken ihrer Anwendung vermeiden oder begrenzen; sie befasst sich aber nicht damit, ob ihre Verwendung an sich gut oder schlecht ist, sondern überlässt dies dem Markt. Die Musterregeln verlangen dagegen eine begründete öffentliche Entscheidung der Verwaltung, warum und wofür sie die neuen Techniken einsetzen will. Der Verordnung geht es also primär um Sicherheit, den Musterregeln um die demokratische Legitimität.

Daraus ergeben sich mehrere Unterschiede: Wenn nicht schon der Anwendungsbereich der Musterregeln wegen der offeneren Definition der automatisierten Entscheidungssysteme breiter ist als die „KI-Systeme“ der Verordnung, dann gehen jedenfalls die Systeme, für die die Musterregeln eine Folgen-

---

49 Siehe die Begründung des Verordnungsvorschlags unter 2.1.

50 Dazu zB *Veale/Zuiderveen Borgesius* (FN 22) Rz 81 ff, 90.

abschätzung verlangen, über die Hochrisikosysteme der Verwaltung hinaus. für die die Verordnung eine Konformitätsbewertung vorsieht. Die Musterregeln erfassen also mehr, weil ihr Fokus stärker auf der Automatisierung als auf der künstlichen Intelligenz als solcher liegt und sie eine öffentliche Rechtfertigung von manchen Systemen verlangen, die der Verordnung nicht als riskant gelten.

Vor allem aber sehen die Musterregeln eine viel genauere und umfassendere Prüfung vor: Sie betrifft nicht das System als solches, sondern seinen konkreten Einsatz durch eine bestimmte Verwaltungsstelle für einen bestimmten Zweck,<sup>51</sup> und sie erschöpft sich nicht im Abgleich mit Rechtsregeln und technischen Normen, sondern erfasst alle wesentlichen Vor- und Nachteile.<sup>52</sup> Dazu gehören, wie oben dargestellt, konkrete Gefahren der Technik, aber auch der Sinn und Nutzen der Verwendung des Systems und deren Folgen jenseits der Verletzung subjektiver Rechte.

Schließlich liegt ein ganz wichtiger Unterschied im Bewertungsverfahren: Bei Hochrisikosystem verlangen die Musterregeln eine Expertenprüfung und eine Öffentlichkeitsbeteiligung, während der Verordnungsvorschlag<sup>53</sup> sich meist mit einer bloßen Selbstbewertung des Anbieters zufriedengibt. Und wo die Verordnung für Hochrisikosysteme ein öffentliches Register mit knappen und grundsätzlich formalen Angaben vorsieht,<sup>54</sup> machen die Musterregeln mit dem Ergebnis des Screenings und dem Bericht die Bewertung des Systems in allen Einzelheiten auf Dauer zugänglich. Die Musterregeln sichern nicht nur eine Technik, sondern sie zeigen und erklären die Maschine Verwaltung.

Und nicht zuletzt und anders als der KI-Verordnungsvorschlag<sup>55</sup> verleihen die Musterregeln den Menschen, die von dieser Maschine betroffen sind, Rechte.

Die Musterregeln zielen also auf demokratische Qualität, die die Verwaltung braucht, und ergänzen damit die Verordnung, die das wegen ihrer Marktorientierung nicht tun kann.

## VIII. Gesamteinschätzung: Die Folgenabschätzung als Lernsystem

Die Musterregeln lassen sich sicher noch in vielen Bereichen verbessern. Ihr größter Vorzug besteht jedoch mE in ihrem Grundansatz. Sie schaffen ein flexibles System und ermöglichen, fördern und organisieren das Lernen aus den in seiner Anwendung gewonnenen Erfahrungen.

Das zeigt schon die Wahl des Instruments: Die Folgenabschätzung ist keine Abgleichung mit rechtlichen Anforderungen, sondern ein Selbstbesinnungs-, Entdeckungs-, Bewertungs- und Rechtfertigungsverfahren.

Dazu kommen weitere Elemente. Die Anhänge 1 und 2, die den Anwendungsbereich der Folgenabschätzungspflicht steuern, können nach und nach

51 Vgl Kommentar 4.4. zu Art 4. 43.

52 Vgl Kommentare 6.1., 6.3. und 6.9. zu Art 6, 44.

53 Art 43 Z 2 und Anhang III Z 2-8 Verordnungsvorschlag.

54 Art 60 iVm Anhang VIII und Anhang V Verordnungsvorschlag.

55 *Veale/Zuiderveen/Borgesius* (FN 22) Rz 98.

entsprechend den gewonnenen Erfahrungen, etwa zur Wirkungsweise bestimmter Typen von Systemen oder zum Aufwand und Ertrag des Verfahrens, befüllt werden und erlauben auch, auf spezifische Sensibilitäten in der Öffentlichkeit bestimmter Länder Rücksicht zu nehmen. Die Experten- und Öffentlichkeitsbeteiligung bei Hochrisikosystemen kann neue Aspekte zeigen, die verwaltungsintern nicht gesehen werden. Dasselbe gilt für die geforderten Ergänzungen der Folgenabschätzung nach Inbetriebnahme des Systems. Eine ganz wichtige Rolle spielt die Veröffentlichung der Risikoeinschätzungen und der Folgenabschätzungsberichte im öffentlichen Register der Aufsichtsbehörde. Weil diese Dokumente dauerhaft, allgemein und an einer Stelle zugänglich sind, muss nicht jede Verwaltungsstelle, die ein System einführen will, von Null starten, sondern kann auf Vorbilder und Gegenbilder zurückgreifen. Schließlich gibt es mit der Aufsichtsbehörde, bei der die gesammelten Erfahrungen zusammenfließen und die selbst einen Lern- und Lehrauftrag hat, ein institutionelles Rückgrat für das System.

Vielleicht sind die Musterregeln daher tatsächlich eine angemessene Reaktion auf eine neue Technik, die wir noch nicht recht einschätzen können. Eine Rolle in der rechtspolitischen Diskussion haben sie jedenfalls verdient.

Digitalisierung ist aus unser aller Leben nicht mehr wegzudenken. Von Smartphones über autonomes Fahren zu künstlicher Intelligenz (KI), in vielfältigen Erscheinungsformen spielt Digitalisierung eine immer größer werdende Rolle – für das Individuum und die Gesellschaft insgesamt. Der Digitale Binnenmarkt, Informationskrieg, Kryptowährungen und die „European Digital Identity“ sind nur einige wenige Beispiele, die den fortschreitenden Digitalisierungsprozess umreißen. Dies wirft vielfältige Rechtsfragen in nahezu sämtlichen Rechtsbereichen auf.

Das komplexe Phänomen „Digitalisierung“ lässt sich nur aus mehreren Blickwinkeln begreifen. Das Jahrbuch Digitalisierung und Recht begleitet den digitalen Wandel und die damit einhergehenden Fragen in allen Rechtsbereichen, von Konsumentenschutzfragen bis hin zur militärischen Nutzung künstlicher Intelligenz, auf internationaler wie auf nationaler Ebene. So bietet das Jahrbuch reichhaltige Erkenntnisse für Wissenschaft und Praxis.

ISBN 978-3-7083-4085-2



9 783708 340852