

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
1. Teil: Einführung	1
§ 1 Künstliche Intelligenz „everywhere“: Chatbots, Aktanten und das digitale Risiko	3
I. Hype um Chatbots und Trend zu KI: KI im Zentrum der (medialen) Aufmerksamkeit	3
II. Das digitale Risiko der DS-GVO und in der KI-VO	14
III. Zum Gang der Untersuchung	18
2. Teil: Risiko und Recht	21
§ 2 Begriffsgeschichte und ökonomische Betrachtung des Risikos	23
I. Vom Seeversicherungsrecht	23
II. ... zum ubiquitären Handelsgut	26
III. Kritik / Nutzbarmachung für das Recht?	28
§ 3 Risiko in der Soziologie	35
I. Ulrich Becks „Risikogesellschaft“	36
II. Niklas Luhmann und die Unterscheidung von Risiko und Gefahr	37
III. Wolfgang Bonß' Fokus auf die Betrachterperspektive	39
IV. Kritik / Nutzbarmachung für das Recht?	41

§ 4 Risiko und Recht – Risiko im Recht	45
I. <i>(Risiko-)Sicherheitsdogmatik im Wandel</i>	48
II. <i>Rechtliche Bewältigung der Ungewissheit / Elemente des Risikorechts</i>	59
III. <i>Zusammenfassende Bewertung</i>	83
3. Teil: Grunddarstellung des risikobasierten Ansatzes	87
§ 5 Grunddarstellung des risikobasierten Ansatzes	89
I. <i>Ausgangslage</i>	89
II. <i>Das „Risiko“ im risikobasierten Ansatz</i>	95
III. <i>Regulierungskonzeption im risikobasierten Ansatz</i>	102
§ 6 Der risikobasierte Ansatz in der Medizinprodukteverordnung als Anwendungsbeispiel und Referenzmaßstab	107
I. <i>Vorbemerkung: Die Medizinprodukteverordnung als geeigneter Referenzmaßstab</i>	107
II. <i>Regelungsgegenstand der Medizinprodukteverordnung</i>	109
III. <i>Darstellung ausgewählter Aspekte des risikobasierten Ansatzes in der Medizinprodukteverordnung</i>	110
4. Teil: Das digitale Risiko: Der risikobasierte Ansatz in DS- GVO, KI-VO und DSA	127
§ 7 Das digitale Risiko	129
I. <i>Einführung</i>	129
II. <i>Manifestationen und Exegese eines digitalen Risikos</i>	131
III. <i>Bewertung: Das digitale Risiko als Daten- und Methodenrisiko der Datenverarbeitung</i>	146
§ 8 Der risikobasierte Ansatz in der Datenschutz- Grundverordnung	155
I. <i>Risikobasierte Regulierung als Neuheit der DS-GVO?</i>	155
II. <i>Kapitel IV als Zentralelement des risikobasierten Ansatzes</i>	159
III. <i>Bewertung</i>	172

<i>Inhaltsübersicht</i>	IX
§ 9 Der risikobasierte Ansatz in der KI-Verordnung	177
I. Gesetzgebungsverfahren zur europäischen KI-Verordnung	178
II. Regelungskonzeption und -materie der KI-Verordnung	184
III. Der risikobasierte Ansatz in der KI-Verordnung	189
§ 10 Der risikobasierte Ansatz im Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act)	233
I. Vorbemerkung: Der risikobasierte Ansatz in der europäischen Plattformregulierung	233
II. Hintergrund und gesetzgeberisches Ziel des DSA	234
III. Regelungskonzeption und -materie des DSA	237
IV. Der risikobasierte Ansatz im DSA	240
§ 11 Gesamtbewertung des risikobasierten Ansatzes im Europäischen Digitalrecht in DS-GVO, KI-VO und DSA	267
I. Risikobasierter Ansatz als „Sammel- und Tendenzbegriff“	267
II. Absage an behördliche ex-ante-Zulassung	268
III. Zentralität der Klassifizierung	269
IV. Organisationsvorgaben anstelle materiell-inhaltlicher Maßstäbe	272
V. Elemente regulierter Selbstregulierung	274
VI. Gesamtschau	275
5. Teil: Erfolgsaussichten risikobasierter Regulierung im Recht der Digitalisierung	277
§ 12 Schlussbetrachtung und Ausblick	279
I. Kritik des risikobasierten Ansatzes im Recht der Digitalisierung	279
II. Eigener Vorschlag zur Fortentwicklung: Stärkung von Kohärenz, Transparenz und demokratischer Beteiligung	286
III. Ausblick: Risiken von KI und Erfolgsaussichten risikobasierter Regulierung	292

X	<i>Inhaltsübersicht</i>	
Verzeichnisse	297
<i>I. Literaturverzeichnis</i>	297
<i>II. Internetquellenverzeichnis</i>	323
Register	333

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
1. Teil: Einführung	1
§ 1 Künstliche Intelligenz „everywhere“: Chatbots, Aktanten und das digitale Risiko	3
I. <i>Hype um Chatbots und Trend zu KI: KI im Zentrum der (medialen) Aufmerksamkeit</i>	3
II. <i>Das digitale Risiko der DS-GVO und in der KI-VO</i>	14
III. <i>Zum Gang der Untersuchung</i>	18
2. Teil: Risiko und Recht	21
§ 2 Begriffsgeschichte und ökonomische Betrachtung des Risikos	23
I. <i>Vom Seeversicherungsrecht ...</i>	23
II. <i>... zum ubiquitären Handelsgut</i>	26
III. <i>Kritik / Nutzarmachung für das Recht?</i>	28
§ 3 Risiko in der Soziologie	35
I. <i>Ulrich Becks „Risikogesellschaft“</i>	36
II. <i>Niklas Luhmann und die Unterscheidung von Risiko und Gefahr</i>	37
III. <i>Wolfgang Bonß' Fokus auf die Betrachterperspektive</i>	39
IV. <i>Kritik / Nutzarmachung für das Recht?</i>	41

§ 4 Risiko und Recht – Risiko im Recht 45

I. (Risiko-)Sicherheitsdogmatik im Wandel 48

1. Klassisches Drei-Stufen-Modell 48

2. Zwei-Stufen-Modell 51

3. Stellungnahme 53

4. Ungewissheitsorientiertes Risikokonzept 54

II. Rechtliche Bewältigung der Ungewissheit / Elemente
des Risikorechts 59

1. Entmaterialisierung und Prozeduralisierung 63

 a) Vorbemerkung: Erfahrungswissen und Normstruktur
 im Gefahrenabwehrrecht 63

 b) Unsicherheit und Veränderung der Normstruktur im Risikorecht 65

 aa) Entmaterialisierung bzw. Abnahme der materiellen
 Regelungsdichte auf Gesetzesebene 67

 bb) Prozeduralisierung bzw. Stärkung (der Rolle)
 des Verfahrens 67

 cc) Normenstrukturwandel und verfassungsrechtliche
 Anforderungen des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips 69

 c) Exkurs: Bildung von Risikoklassen 70

2. Reflexivität 72

3. Flexibilisierung und Temporalisierung 73

4. Pluralisierung 75

 a) ... als Erschließen verteilter Wissensbestände 75

 b) ... als Pluralität in der Regulierung 78

5. Zwischenergebnis 79

6. Kritik an einer solchen Veränderung des Rechts 79

III. Zusammenfassende Bewertung 83

3. Teil: Grunddarstellung des risikobasierten Ansatzes 87

§ 5 Grunddarstellung des risikobasierten Ansatzes 89

I. Ausgangslage 89

II. Das „Risiko“ im risikobasierten Ansatz 95

1. Begriff des Risikos 95

2. Risikobewertung, risikobasierter Ansatz und
europäisches Vorsorgeprinzip 97

3. Risikomanagement i.e.S. 101

III. Regulierungskonzeption im risikobasierten Ansatz 102

§ 6 Der risikobasierte Ansatz in der Medizinprodukteverordnung als Anwendungsbeispiel und Referenzmaßstab	107
I. <i>Vorbemerkung: Die Medizinprodukteverordnung als geeigneter Referenzmaßstab</i>	107
II. <i>Regelungsgegenstand der Medizinprodukteverordnung</i>	109
III. <i>Darstellung ausgewählter Aspekte des risikobasierten Ansatzes in der Medizinprodukteverordnung</i>	110
1. Geschütztes Rechtsgut	111
2. Risikobasierte Klassifizierung	112
a) Überblick über die Klassifizierung	112
b) Klassifizierung gemäß Anhang VIII Kapitel III	113
c) Abweichungsbefugnis der Europäischen Kommission	114
d) Zwischenergebnis	114
3. Konformitätsbewertungsverfahren	115
4. Allgemeine Herstellerpflichten aus Art. 10 MDR	116
5. Zwischenergebnis	118
6. Benannte Stellen	120
7. Überwachung nach Inverkehrbringen eines Medizinprodukts	123
8. Bewertung	124
4. Teil: Das digitale Risiko: Der risikobasierte Ansatz in DS-GVO, KI-VO und DSA	127
§ 7 Das digitale Risiko	129
I. <i>Einführung</i>	129
II. <i>Manifestationen und Exegese eines digitalen Risikos</i>	131
1. Beispiel: Datenverarbeitung zum Zwecke personalisierter Werbung ohne Rechtsgrundlage / 390 Mio. EUR Strafe gegen Meta-Konzern	131
2. Beispiel: Weiterverwendung bzw. Nichtlöschung eines Datums / Restschuldbefreiung in Schufa-Kartei	133
3. Beispiel: DS-GVO-Verstöße durch biometrische Gesichtserkennung / Rekombinationsrisiko bei digitalen Daten	134
4. Zwischenfazit	136
5. Beispiel: Automatisierte Datenanalyse als eigens rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff / Urteil des BVerfG zu „hessenData“	137
a) Sachverhalt	137
b) Urteil des Ersten Senats des BVerfG v. 16. Februar 2023 – Automatisierte Datenanalyse	138
c) Bewertung	140

d) Neuregelung des § 25a HSOG	141
6. Beispiel: Verbot der automatisierten Entscheidung im Einzelfall einschließlich Profiling nach Art. 22 DS-GVO	141
7. Beispiel: Inhaltekuratierung auf (Plattform-)Webseiten und fehlende Transparenz	144
<i>III. Bewertung: Das digitale Risiko als Daten- und Methodenrisiko der Datenverarbeitung</i>	<i>146</i>
1. Datenrisiko	146
2. Automatisierungsrisiko	147
3. Autonomierisiko	149
4. Fazit	152
 § 8 Der risikobasierte Ansatz in der Datenschutz- Grundverordnung	 155
<i>I. Risikobasierte Regulierung als Neuheit der DS-GVO?</i>	<i>155</i>
<i>II. Kapitel IV als Zentralelement des risikobasierten Ansatzes</i>	<i>159</i>
1. Darstellung ausgewählter Pflichten der Art. 24, 25 und 32 DS-GVO	160
a) Pflichteninhalt	160
aa) Art. 24 als „Generalnorm der Verantwortungszuweisung“	160
bb) Art. 25: Technikgestaltung und datenschutzfreundliche Voreinstellungen	161
cc) Art. 32: Sicherheit der Datenverarbeitung	162
b) Einordnung in den Gesamtkontext	163
2. Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 DS-GVO	166
a) Überblick	166
b) Inhalt der Datenschutz-Folgenabschätzung	167
3. Zwischenergebnis	169
4. Risikobegriff der DS-GVO und Kritik hinsichtlich der Weite des Schutzgutes	170
<i>III. Bewertung</i>	<i>172</i>
 § 9 Der risikobasierte Ansatz in der KI-Verordnung	 177
<i>I. Gesetzgebungsverfahren zur europäischen KI-Verordnung</i>	<i>178</i>
1. Hintergrund und Vorarbeiten des Entwurfs der KI-Verordnung	178
2. Gang des Gesetzgebungsverfahrens nach Vorlage des Kommissionsvorschlags	181
a) Allgemeine Ausrichtung des Rats der Europäischen Union	182
b) Position des Europäischen Parlaments	182
<i>II. Regelungskonzeption und -materie der KI-Verordnung</i>	<i>184</i>

<i>III. Der risikobasierte Ansatz in der KI-Verordnung</i>	189
1. Gesetzliche Verankerung	189
2. Übersicht: Aspekte der Risikobeurteilung in der KI-VO	190
3. Geschütztes Rechtsgut	193
4. Die risikobasierte Klassifizierung von KI-Systemen	194
a) Übersicht	194
b) Einzelne Risikoklassen	195
aa) Inakzeptables Risiko: Verbotene KI-Praktiken gemäß Art. 5	195
bb) Hochrisiko-KI-Systeme, Art. 6 ff.	196
cc) KI-Systeme mit geringem Risiko: Transparenzpflichten gemäß Art. 50	199
dd) KI-Systeme mit keinem oder minimalem Risiko: Anforderungen nur im Einzelfall, Art. 95	199
c) Bewertung	200
5. Risikobasierte Festsetzung von Anforderungen und Pflichten bei Hochrisiko-KI-Systemen	202
a) Übersicht	203
b) Konformitätsbewertungsverfahren	204
aa) Inhalt	204
bb) Einordnung und Bewertung	207
c) Übersicht: Qualitätsmanagementsystem	209
d) Risikomanagementsystem, Art. 9	211
aa) Übersicht	211
bb) Vertretbares Rest- und Gesamtrisiko, Art. 9 Abs. 5	213
(1) Erforderlichkeit der Maßstabsbestimmung im Einzelfall	214
(2) Einordnung und Bewertung	216
e) Beobachtung nach dem Inverkehrbringen	217
6. Bewertung	219
7. Regelungen für KI-Modelle mit allgemeinem Verwendungszweck als Neuaufnahme im Trilog	222
a) Entstehungsgeschichte	222
b) Überblick und Einordnung	224
c) Anforderungen für KI-Modelle mit allgemeinem Verwendungszweck, Art. 53	225
d) Zusätzliche Anforderungen für KI-Modelle mit allgemeinem Verwendungszweck mit systemischem Risiko, Art. 55	226
e) Differenzierung nach Art. 51, 52	227
aa) Inhalt der Einstufungsvorschrift	227
bb) Einordnung und Bewertung	228
f) Fazit: Kapitel V als Manifestation des risikobasierten Ansatzes	229
g) Bewertung	230
8. Ausblick	231

§ 10 Der risikobasierte Ansatz im Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act) 233

I. *Vorbemerkung: Der risikobasierte Ansatz in der europäischen Plattformregulierung* 233

II. *Hintergrund und gesetzgeberisches Ziel des DSA* 234

1. Hintergrund des Gesetzes über digitale Dienste 234

2. Ziel und Schutzbereich des Gesetzes 235

III. *Regelungskonzeption und -materie des DSA* 237

1. Grundprinzipien der E-Commerce-RL 237

2. Weiterentwicklung im DSA 238

 a) Haftungsprivilegierungen 238

 b) Gestufte Sorgfalts- und Transparenzpflichten für Anbieter von Vermittlungsdiensten 239

IV. *Der risikobasierte Ansatz im DSA* 240

1. Begriff und Kategorien von Vermittlungsdiensten 240

2. Risikobegriff des DSA 241

3. Risikobasierte Stufung von Sorgfalts- und Transparenzpflichten, Art. 11 ff. DSA 243

 a) Anforderungen an alle Vermittlungsdienste, Art. 11 ff. 243

 b) Zusätzliche Anforderungen für Hostingdienste, einschließlich Online-Plattformen, Art. 16–18 244

 c) Zwischenergebnis 246

 d) Zusätzliche Bestimmungen für Online-Plattformen, Art. 19–32 246

 aa) Internes Beschwerdemanagement und außergerichtliche Streitbeilegung, Art. 20 f. 247

 bb) Maßnahmen zum Erhalt der Integrität der Online-Plattform, Art. 22 f. 248

 cc) Erweiterte Transparenzpflichten, Art. 24, 27 248

 dd) Spezielle Lauterkeitsregeln, Art. 25 ff. 248

 ee) Online-Plattformen zur Ermöglichung des b2c-Fernabsatzes, Art. 29 ff. 250

4. Zusätzliche Verpflichtungen für sehr große Online-Plattformen bzw. sehr große Online-Suchmaschinen, Art. 33–43 250

 a) Verschärfungen der Regelungen für Online-Plattformen 251

 b) Spezifische Anforderungen hinsichtlich des Umgangs mit systemischen Risiken für VLOPs und VLOSEs 252

 aa) Risikomanagementpflichten zum Umgang mit systemischen Risiken, Art. 34–35 252

 bb) Bewertung 254

 cc) Krisenreaktionsmechanismus, Art. 36 256

 dd) Weitere Anforderungen zur Fremd- und Selbstkontrolle ... 257

(1) Unabhängige Prüfung, Art. 37	257
(2) Datenzugang und Kontrolle, Art. 40	258
(3) Compliance-Abteilung, Art. 41	258
5. Gestufte behördliche Zuständigkeit	259
6. Bewertung	260
 § 11 Gesamtbewertung des risikobasierten Ansatzes im Europäischen Digitalrecht in DS-GVO, KI-VO und DSA	267
I. Risikobasierter Ansatz als „Sammel- und Tendenzbegriff“	267
II. Absage an behördliche ex-ante-Zulassung	268
III. Zentralität der Klassifizierung	269
IV. Organisationsvorgaben anstelle materiell-inhaltlicher Maßstäbe	272
V. Elemente regulierter Selbstregulierung	274
VI. Gesamtschau	275
 5. Teil: Erfolgsaussichten risikobasierter Regulierung im Recht der Digitalisierung	277
 § 12 Schlussbetrachtung und Ausblick	279
I. Kritik des risikobasierten Ansatzes im Recht der Digitalisierung	279
1. Risiko als entdifferenzierender Rechtsbegriff mit unscharfen Konturen	280
2. Widersprüchlichkeiten im Umgang mit hohen Risiken vor dem Hintergrund staatlicher Schutzpflichten	281
3. Heterogenität und fehlende systematische Kohärenz	283
4. Delegation als Herausforderung für staatlichen Grundrechtsschutz und Demokratie	283
II. Eigener Vorschlag zur Fortentwicklung: Stärkung von Kohärenz, Transparenz und demokratischer Beteiligung	286
1. Steigerung von Kohärenz und Transparenz durch Harmonisierung und Vereinheitlichung	287
2. Stärkung der demokratischen Legitimation durch Partizipation	289
a) ... europäischer Institutionen	290
b) ... von Öffentlichkeit und Zivilgesellschaft	291
III. Ausblick: Risiken von KI und Erfolgsaussichten risikobasierter Regulierung	292

Verzeichnisse 297

I. Literaturverzeichnis 297

II. Internetquellenverzeichnis 323

Register 333