



SKW
Schwarz

Datenschutz & Urheberrecht als Herausforderungen an die Künstliche Intelligenz

IHK München und Oberbayern, Webinar 10. Oktober 2023
Dr. Matthias Orthwein, LL.M. (Boston)

Dr. Matthias Orthwein, LL.M. (Boston)

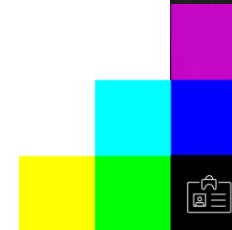
Partner


Dr. Orthwein ist seit 2003 als Rechtsanwalt zugelassen und **seit 2011 Partner bei SKW Schwarz**. Er erhielt in **2000 den Titel Master of Laws (LL.M.) in American Law von der Boston University (USA)** und **promovierte 2003** an der Rheinischen Friedrich Wilhelms Universität in **Münster** mit einem Thema aus dem Telekommunikationsrecht.

Er berät seine Mandanten in allen Bereichen des **IT Rechts** insbesondere im Cloud- und Softwarevertragsrecht und bei agilen Vertrags- oder Softwareentwicklungsformen, bei der Nutzung von **Daten und KI** sowie bei Projekten zur **digitalen Transformation**. Mit seinen Mandanten entwickelt und realisiert er neue **Digitale Plattformen und Geschäftsmodelle**. Er ist ein erfahrener Experte für nationale und internationale **Datenschutzrechtsfragen**, insbesondere im Zusammenhang mit der Nutzung von Cloud Diensten und KI Anwendungen.


Er ist "**Anwalt des Jahres 2023 für Technologierecht**" (*Handelsblatt/Best Lawyers*), und "**TOP-Anwalt 2023 im IT-Recht**" (*WirtschaftsWoche*). Die **Leaders League 2023** stuft ihn in den Bereichen *Data Protection* und *IT & Outsourcing* als "excellent" ein. **Legal 500 Germany** listet ihn als "*sehr empfohlenen Anwalt für Informationstechnologie und Outsourcing*". **Who's Who Legal: Data 2023** listet ihn als einen der weltweit führenden Anwälte und als **Thought Leader** für Datenschutz und Informationstechnologie. Auch das **JUVE Handbuch** listet ihn in seinem Ranking **2023** als sehr empfohlenen Anwalt für **Datenschutz- und IT-Recht**.

Dr. Orthwein ist **Lehrbeauftragter für das Recht der KI an der Hochschule Rosenheim**. Dr. Orthwein ist Mitglied der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik, der International Association of Privacy Professionals, des Deutschen Outsourcing Verbandes und der Deutsch-Amerikanischen Juristenvereinigung. Er ist Senior Vice Chairman im Technology Law Committee der International Bar Association.



 +49 89 28640 - 102

 m.orthwein@skwschwarz.de

 Wittelsbacherplatz 1
80333 München

Ihre Herausforderungen von morgen sind unser Antrieb von heute.

120

Anwältinnen & Anwälte

Mit einem gemeinsamen Anspruch: Wir denken weiter.

**SKW
Schwarz**

4

Standorte

In Deutschland (Berlin, Frankfurt, Hamburg und München) und Zugang zu einem internationalen Netzwerk von Partnerkanzleien weltweit.

17

Rechtsgebiete

Mit ihrer fachlichen Kompetenz sind unsere Expertinnen und Experten in der Lage für jede juristische Herausforderung die beste Lösung zu finden.

Künstliche Intelligenz und Recht

01

KI und Recht

02

KI Anwendungsfälle

03

KI Ausblick



1

KI und Recht

Künstliche Intelligenz



Künstliche Intelligenz

- Schwierigkeiten bei einer klaren Begriffsbestimmung
- **Grundsatz:** KI als System mit „intelligentem“ Verhalten
- Analyse der Umgebung (= Input)
- Gewisser Grad an Autonomie (= Verarbeitung)
- Erzeugen eines Ergebnisses (= Output)

Lernprozess der KI im Gegensatz zu einem vorgegebenen Ergebnis

Maschinelles Lernen

= Teilgebiet der KI

- Beaufsichtigtes Lernen
- Unbeaufsichtigtes Lernen
- Bestärkendes Lernen
- Mischformen

Deep-Learning und Künstliche Neuronale Netze (KNN) als weitere Teilgebiete

Einsatzfelder

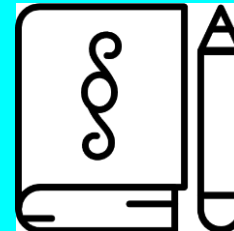
- Generative KI
- Produktdesign
- Fertigung / Logistik
- Qualitätskontrolle
- Kundenservice
- Marketing / Vertrieb
- HR
- Sicherheit / Compliance
- ...

Künstliche Intelligenz versus Menschliche Regeln



Künstliche Intelligenz basiert auf

- **Algorithmen**= Formeln, die Menschen entdecken aber nicht erfinden oder erschaffen
- Dateneingaben und **Prompts**, die auf ein eigenständiges Ergebnis zielen
- Einer Logik, die zwar **statistisch erklärbar** aber bei komplexen Netzen nicht zwingend im Einzelfall mehr nachvollziehbar ist
- **Parametern und Kalibrierungen**, die Einfluss auf den Algorithmus haben, das Ergebnis aber nicht bestimmen



Gesetze und Verordnungen

- Adressieren **Menschen** und ihr Verhalten untereinander
- **Tiere und Maschinen** nur soweit sie mit dem Menschen agieren
- **Age Gap**: Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB): 1.1.1900

KI Regeln

KI spezifische Regelwerke

KI Verordnung der EU (in Arbeit) als spezifisches Regelwerk für KI und deren Risiken im Einsatz

KI und Haftung

Haftungsregeln des BGB
Produkthaftungsregeln
EU Produkthaftungsrichtlinie (in Arbeit)

KI und Urheberrecht

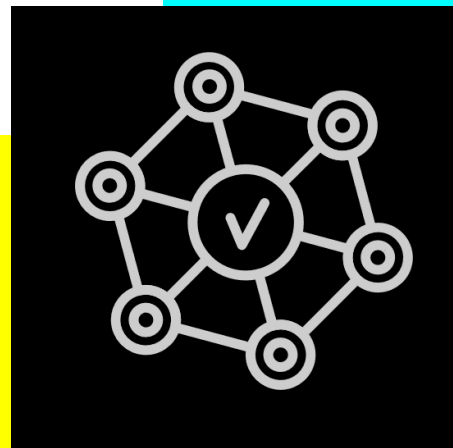
Urhebergesetze des Landes, in dem Schutz für ein kreatives Werk beansprucht wird

KI und Datenschutz

EU DSGVO
Bundesdatenschutzgesetz (HR Daten)
SGB (Gesundheitsdaten)

KI und Geheimnisschutz

Geschäftsgeheimnisschutzgesetz
Vertraulichkeitsvereinbarungen (NDA)





KI und Urheberrecht

KI und die Schöpfung - ChatGPT als Urheber?

KI ist kein Schöpfer

Es fehlt die persönliche geistige Schöpfung eines Menschen.

Prompt Engineer ist (noch?) kein Schöpfer

Es fehlt die schöpferische Leistung und die Individualität für das notwendige Maß an Kreativität.

Schutz des Urheberrechts

KI-Ergebnis kann jedoch Rechte verletzen

Jeder, der KI-Ergebnisse in seinen kreativen Prozess einbezieht, übernimmt die Verantwortung dafür.

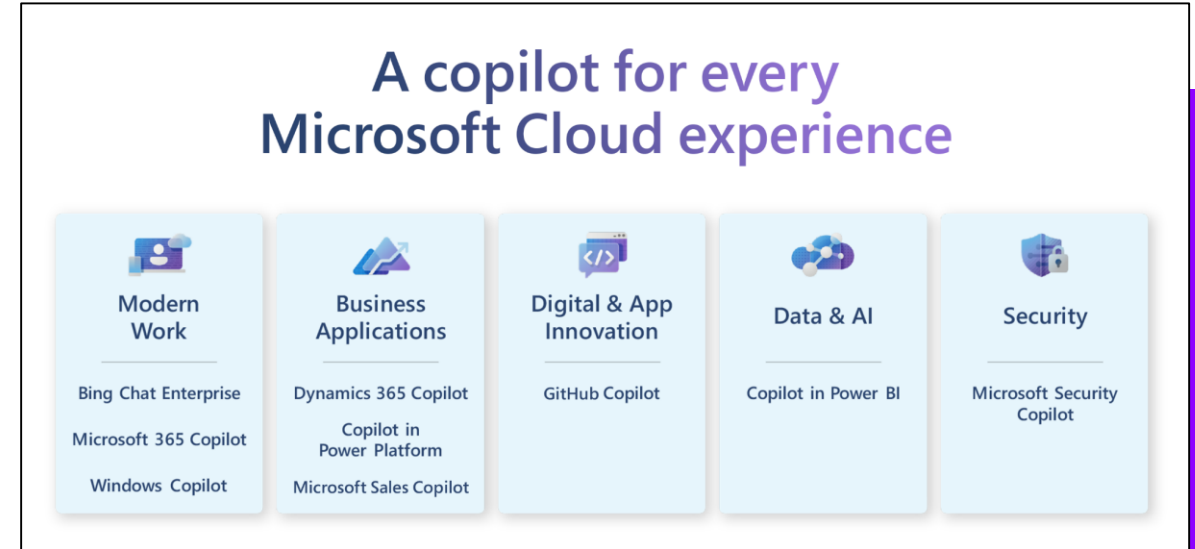
KI verhindert die Schöpfung nicht

Ein lediglich untergeordneter Beitrag zur menschlichen Kreativität als Inspiration steht dem Urheberrechtsschutz nicht entgegen.

KI und Geistiges Eigentum (IP)

Die Microsoft Copilot Garantie (7.9.2023)

- Microsoft **ersetzt alle Urheberrechtsansprüche**, denen Kunden im Zusammenhang mit der Nutzung der KI-gestützten Copiloten ausgesetzt sind
- **Bedingung:** Kunden müssen die in das Produkt eingebauten **Inhaltsfilter** und andere Sicherheitssysteme nutzen und dürfen **nicht versuchen, rechtsverletzendes Material zu erzeugen**, insbesondere keine Inhalte in den Copiloten eingeben, für die der Kunde keine **entsprechenden Nutzungsrechte** besitzt.
- Microsoft **beansprucht keine Urheberrechte** an den Ergebnissen, die der Copilot ausgibt.
- <https://blogs.microsoft.com/on-the-issues/2023/09/07/copilot-copyright-commitment-ai-legal-concerns/>



KI als Rechtsverletzer?

Training kann „fair use“ sein - das Ergebnis ist trotzdem gefährlich!



Quelle: theverge.com, 06.03.2023



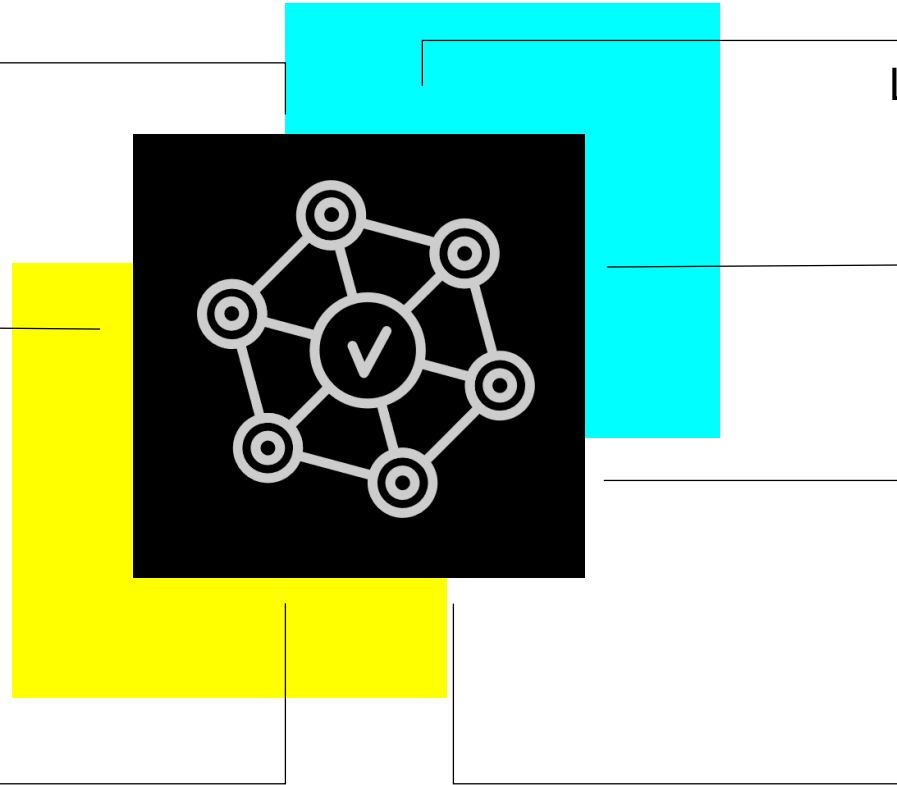
KI und Datenschutz

Datenschutz beim Einsatz von KI

Zweckbindung: Ist die KI Verarbeitung kompatibel zum Zweck der Datenerhebung?

Datenminimierung:
Reduzierung der Datenmenge /
Ausklammern überflüssiger
Datenpunkte

Verantwortliche Stelle:
KI Anwender und eigene
Verwendung des KI
Entwicklers (keine
Auftragsverarbeitung!)



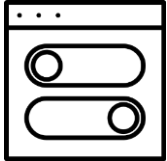
Speicherbegrenzung:
Löschregeln für Trainings- und
Validierungsdaten

Nachweispflichten:
Intransparenz ("Blackbox")

Datenrichtigkeit:
Qualität und Quantität
der Trainingsdaten,
keine Diskriminierung
oder Halluzination

**Rechtsgrundlage der
Verarbeitung**

KI und Datenschutz – Darf man das?



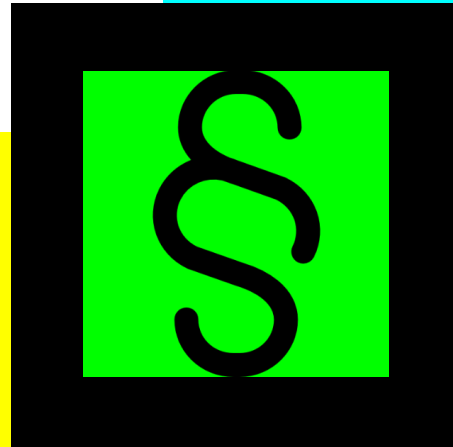
Einwilligung (Art. 6 I a) DSGVO)

- Betroffener kann einwilligen
- Informiertheit der Einwilligung als Problem
- Widerruf ist kaum umsetzbar und macht das Modell unbrauchbar.



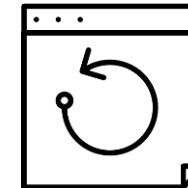
Vertragserfüllung (Art. 6 I b) DSGVO)

- Nur wenn Betroffener auch Vertragspartner (BtoC)
- Im BtoB nur mit ber. Interesse
- Training der KI als Vertragsinhalt?



Überw. Rechtliches Interesse, (Art. 6 I f) DSGVO)

- Training/Kalibrierung als berechtigtes Interesse?
- Fällt aus bei sensiblen Daten (Art. 9 DSGVO) und öffentlicher Hand



Zweckbindung (Art. 5 I b) DSGVO)

- In neuronalen Modellen umsetzbar?
- Sind Vertragszweck und Trainingszweck kompatibel für einen Zweckwechsel?
- Auch öffentlich zugängliche Daten sind zweckgebunden

KI und Datenschutz - Betroffenenrechte

Transparenz und Nachverfolgbarkeit als Problem

Informationspflichten (Art. 12 DSGVO)

- Betroffener ist u.a. über Zwecke der Verarbeitung, Verarbeitungsschritte, Rechtsgrundlagen und Datenempfänger zu informieren
- Bei Datenerhebung bzw. innerhalb 1 Monat nach Erlangung
- Bei neuronalen Modellen fehlt ggf. die Nachvollziehbarkeit

Automatisierte Entscheidungsfindung (Art. 22 DSGVO)

- Betroffener ist über die Logik der Entscheidungsfindung zu informieren
- Kann menschliches Eingreifen in die Entscheidung verlangen
- Welche Faktoren sind für die Entscheidung des Algorithmus entscheidend?

Löschungsanspruch (Art. 17 DSGVO)

- Betroffener kann Löschung / Berichtigung verlangen, wenn keine Rechtsgrundlage für Weiterspeicherung
- Daten, die im Model durch Training verarbeitet sind, lassen sich nicht löschen
- Falsche Verarbeitung durch „Halluzination“ ist zu vermeiden

Auskunftsrecht (Art. 15 DSGVO)

- Betroffener kann Auskunft verlangen u.a. über Verarbeitungszwecke und Empfänger seiner Daten
- Setzt Nachvollziehbarkeit voraus, die neuronale Modell möglicherweise nicht mehr bieten

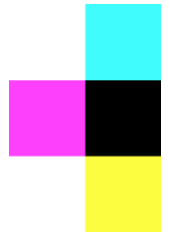
KI und automatische Entscheidungsfindung

Wenn nur noch die KI entscheidet

- Carol Beer von Little Britain zeigt, worum es geht: https://youtu.be/On_Ty_72Qds?feature=shared
- Betroffener hat das Recht aus Art. 22 DS-GVO, **nicht Gegenstand einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhenden Entscheidung** ausgesetzt zu sein; dies setzt die Möglichkeit zum Eingreifen eines Menschen voraus.
- **Datenschutzaufsichtsbehörden („Hambacher Erklärung“, 2019)**: Es ist nicht ausreichend, nur über das Ergebnis einer KI aufzuklären; die Nachvollziehbarkeit im Hinblick auf die Prozesse und das Zustandekommen von Entscheidungen ist zu gewährleisten (ggf. auch Information über Trainingsdaten).



KI und Datenschutz: Praktische Empfehlungen



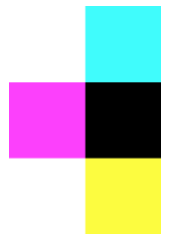
Unternehmen sollten **Trainingsmodus** optional gestalten



Möglichst **synthetische, anonymisierte** oder **aggregierte Daten** in der KI verarbeiten



Datenschutz-Folgenabschätzung (Art. 35 DS-GVO) perspektivisch als umfassende KI-Folgenabschätzung nach den Anforderungen des KI-Act verstehen



Datentransfers und externen Zugriff durch Hosting der KI auf **eigenem Server/Tenant** verhindern



Informationspflichten sind ggf. eingeschränkt zu erfüllen, wenn Unterrichtung aller Betroffenen **unmöglich oder unverhältnismäßig** ist (ErwG 62 zur DS-GVO)
Beispiel: Trainingsdaten aus Internet



KI-Einsatz zum **Vertragsinhalt** machen, um eine Rechtsgrundlage außerhalb der Einwilligung zu schaffen



KI und Haftung

Und was ist mit Risiken und Nebenwirkungen?

Grundregeln der Haftung:

1. Wer den Schaden kausal verursacht, haftet.
2. Wer trotz Vorhersehbarkeit des Schadens handelt, trägt den Schuldvorwurf.
3. Wer eine Gefahrenquelle öffnet oder beherrscht, haftet.

Haftungsfall KI

1. Unklar, ob der Algorithmus, die Parameter oder der Prompt kausal für das Ergebnis sind.
2. Unvorhersehbarkeit der Ergebnisse ist das Unterscheidungsmerkmal von KI zur "wenn-dann-Logik".
3. Beherrschbar ist nur das "Ob" der Anwendung, nicht das "Wie" der Ergebnisfindung.



Bringt den Roboter ins Gefängnis!

Theorie:

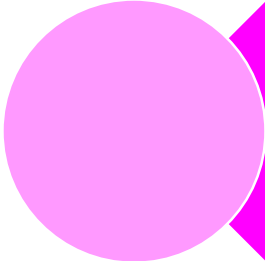
E-Person als Gegenstand der Haftung

Problem:

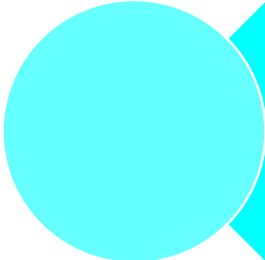
E-Person hat keine finanziellen Mittel

KI und Haftung - Ausblick

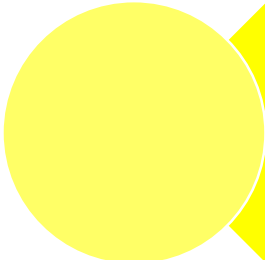
EU-Richtlinie zur KI-Haftung (Vorschlag)



Einführung harmonisierter Regeln für die außervertragliche verschuldensabhängige (z. B. deliktische) Haftung für durch KI-Systeme verursachte Schäden



Anbieter von KI-Systemen mit hohem Risiko sind verpflichtet, Informationen über das KI-System offenzulegen; Die Nichtoffenlegung führt zu der Vermutung, dass eine relevante Sorgfaltspflicht nicht eingehalten wurde.



Vermutung des Kausalzusammenhangs zwischen dem Verschulden des Beklagten und dem von dem KI-System erzeugten Ergebnis, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind



KI und Geschäftsgeheimnisse

KI und Geschäftsgeheimnisse

- Informationen können einen hohen Wert für Unternehmen haben, ohne dass sie auch schöpferischen Charakter haben (daher nicht urheberrechtlich geschützt) oder ihre Offenlegung würde sie wertlos machen (daher keine Patentanmeldung möglich)
- Solange der Schutz besteht, kann der Eigentümer vom Kopierer **Unterlassung/Vernichtung** und **Schadenersatz** verlangen, wie bei einem geistigen Eigentum, aber auch **persönliche Haftung für unzureichenden Schutz**
- **Geschäftsgeheimnisse:**
 - Eigenes Fertigungsknowhow
 - Produktanforderungen des Kunden in der Fertigung
 - Produktbeschreibungen
 - Auch Algorithmen

KI und Geschäftsgeheimnisse

GeschGehG

Schutz von Geschäftsgeheimnissen durch das GeschGehG, wenn sie geheim sind daher einen wirtschaftlichen Wert haben und Gegenstand angemessener Vertraulichkeitsmaßnahmen sind.



KI Einsatz

Geschäftsgeheimnisse werden beim **Prompting** an die KI übergeben und unverschlüsselt verarbeitet; **Vertraulichkeit durch Vermischung** ist zwar möglich, verlangt aber große Trainingsdatensätze



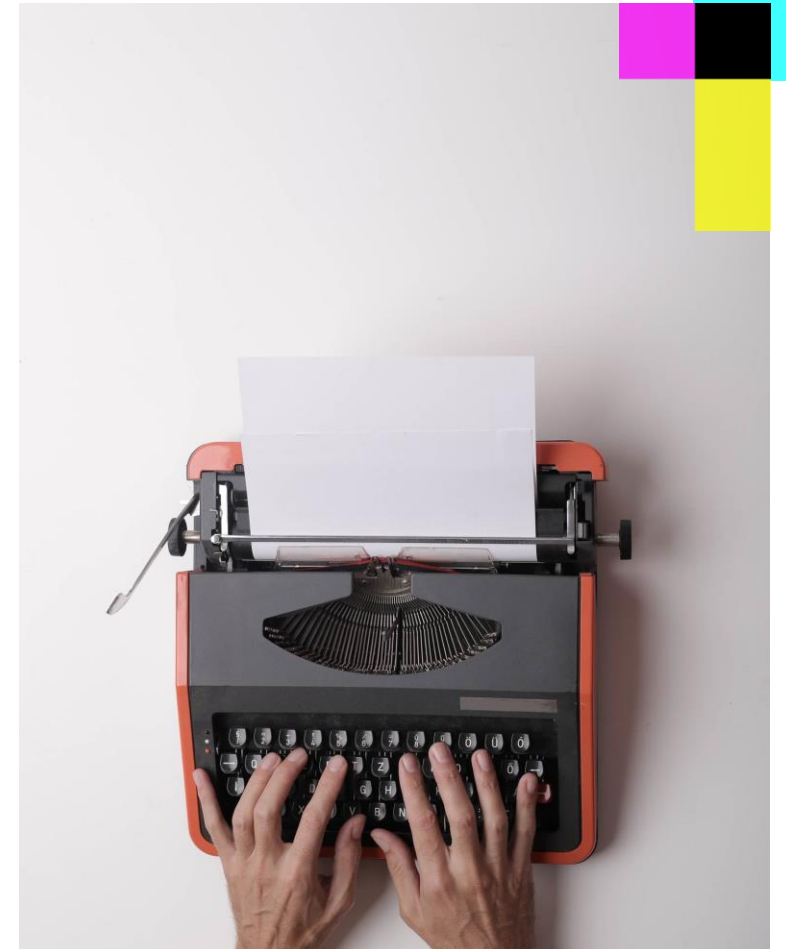
2

KI Anwendungsfälle

KI Anwendungsfall (1):

Text- oder Bilderstellung für Marketingzwecke

- Generative KI eignet sich zur Erstellung von Produktbeschreibungen, Webseitentexte, Werbetexten oder Bildern für Marketingzwecke
- § 2 (2) UrhG: nur persönliche geistige Schöpfung eines Menschen sind durch Urheberrecht geschützt: keine Lizenzpflicht
- Ergebnis der KI hat keinen Urheberschutz, kann aber Rechte anderer verletzen: Prüfungspflicht
- Wer mit Hilfe von KI eigenes Werk erschaffen will, muss seinen bestimmenden eigenen Beitrag nachweisen
- Keine vertraulichen Produktinformationen im Prompt!
- Vorsicht vor Halluzinationen: KI erfindet hinzu und der Textverwender haftet für die Inhalte der Produktbeschreibung



KI Anwendungsfall (2)

Softwareerstellung oder -prüfung

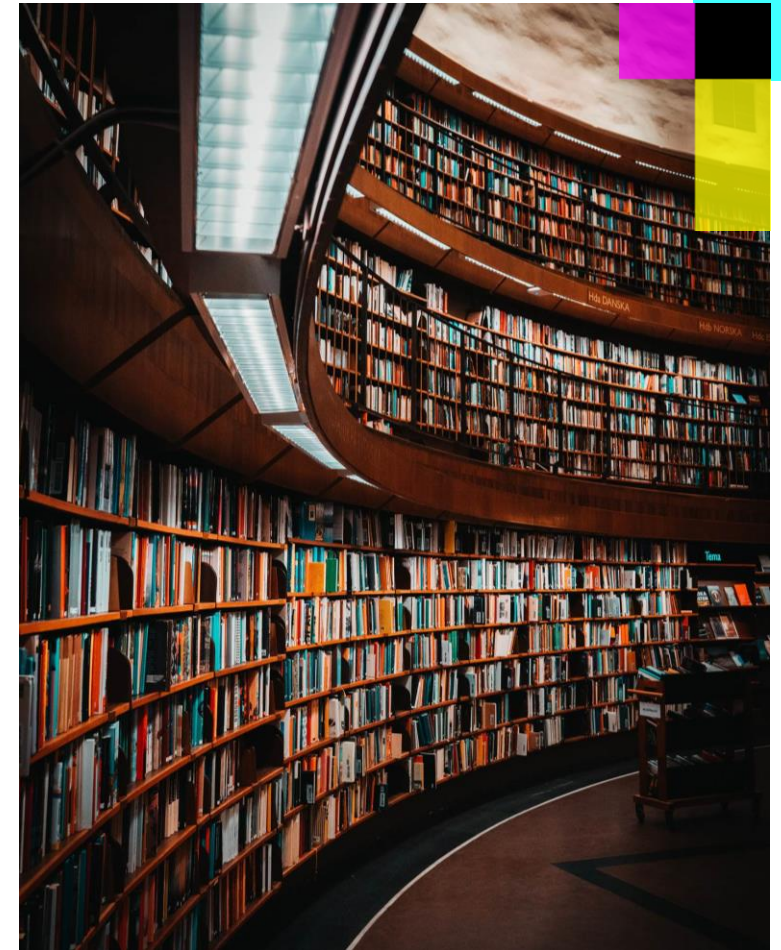
- Automatisierte Softwareentwicklung und KI-Codierung nutzen KI, um vorgefertigte Module zusammenzustellen und immer wieder anhand der Anforderungen zu testen, bis ein akzeptables Ergebnis vorliegt oder um fertigen Code zu prüfen.
- Der menschliche Beitrag (Formulierung der Anforderungen, Starten der KI) ist nicht ausreichend kreativ und individuell.
- Das bloße Training der KI führt nicht zu deren Programmierung auf ein bestimmtes geplantes Ergebnis, sondern nur zur Parametrisierung des Algorithmus.
- Der erstellte Code ist nicht geschützt, sondern „gemeinfrei“
- Außer: KI hat nur untergeordnete Aufgaben im menschlichen Schaffensprozess (z.B. automatische Vervollständigung von vorprogrammierten Codes).
- Verwender haftet für Fehler im Code, ohne dass er sie erklären kann



KI Anwendungsfall (3)

Know How Crawler

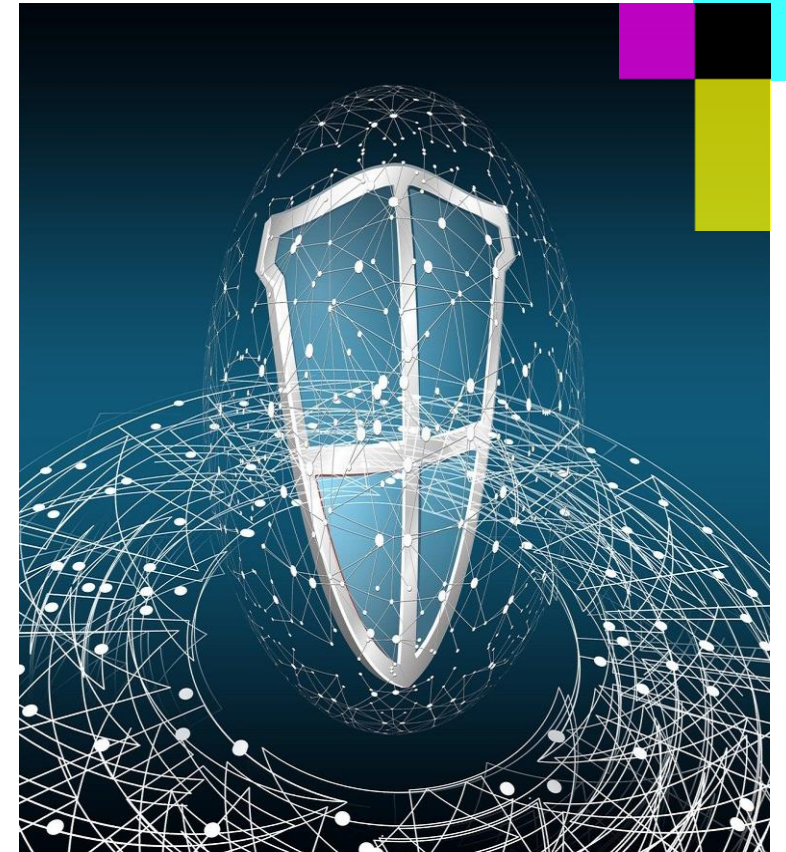
- Generative KI fasst vorgegebene Texte zusammen oder ergänzt um das Wissen des Internets
- Wenn zum Training eigene Daten genutzt werden, muss sicher sein, dass der Datenschutz und die Rechte Dritte an den Trainingsdaten diese Verwendung erlauben
- Erstellte Zusammenfassungen sind nicht urheberrechtlich geschützt, soweit sie nicht bearbeitet werden.
- KI neigt zur Halluzination und erfindet überzeugend klingende Informationen hinzu, die schwer zu erkennen sind, für die der Verwender aber ggf. haftet.
- Bei kleiner Trainingsbasis oder sehr spezifischem Prompt kann das Ergebnis Informationen enthalten, die durch Datenschutz, Geheimnisschutz oder Urheberrecht Dritter blockiert sind



KI Anwendungsfall (4)

IT-Sicherheitsunterstützung

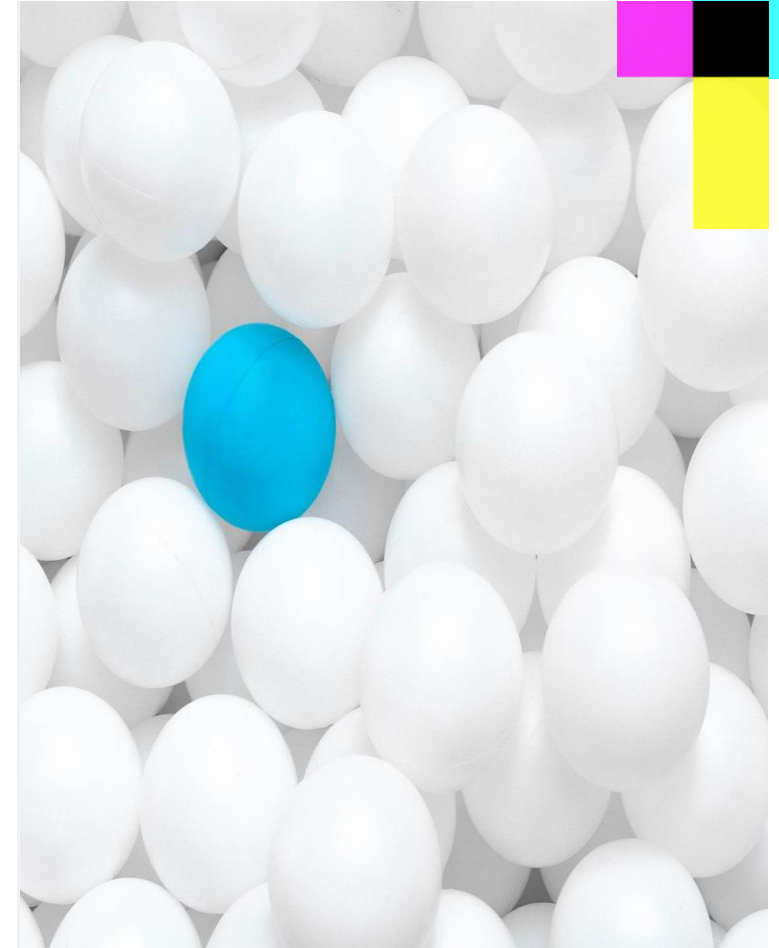
- KI-Systeme in IT-Sicherheitsmaßnahmen z.B. zur Erkennung von Spam-E-Mails, von Phishing Attacken und anderen Auffälligkeiten.
- Dabei besteht u.a. die Gefahr, dass eine selbstlernende KI die falschen Schlussfolgerungen aus einem IT-Sicherheitsvorfall zieht. Wenn die KI z.B. trainiert ist, wiederholende Ereignisse als „akzeptabel“ einzustufen, könnten Angreifer dies ausnutzen.
- Sie könnten einen Angriff z.B. so oft durchführen, bis die KI ihn als „akzeptabel“ einstuft und keine Abwehrmaßnahmen veranlasst und/oder keine Warnung abgibt.
- Wiederholende Ereignisse müssen demnach anhand verschiedener Kriterien untersucht werden, um sie als „akzeptabel“ oder „nicht akzeptabel“ einstufen zu können.
- Datenschutz ist gewahrt, da IT-Sicherheit ein berechtigtes Interesse des Verantwortlichen ist (ErwGr. 49 DSGVO)



KI Anwendungsfall (5)

Sortieren und Filtern von Bewerberdaten

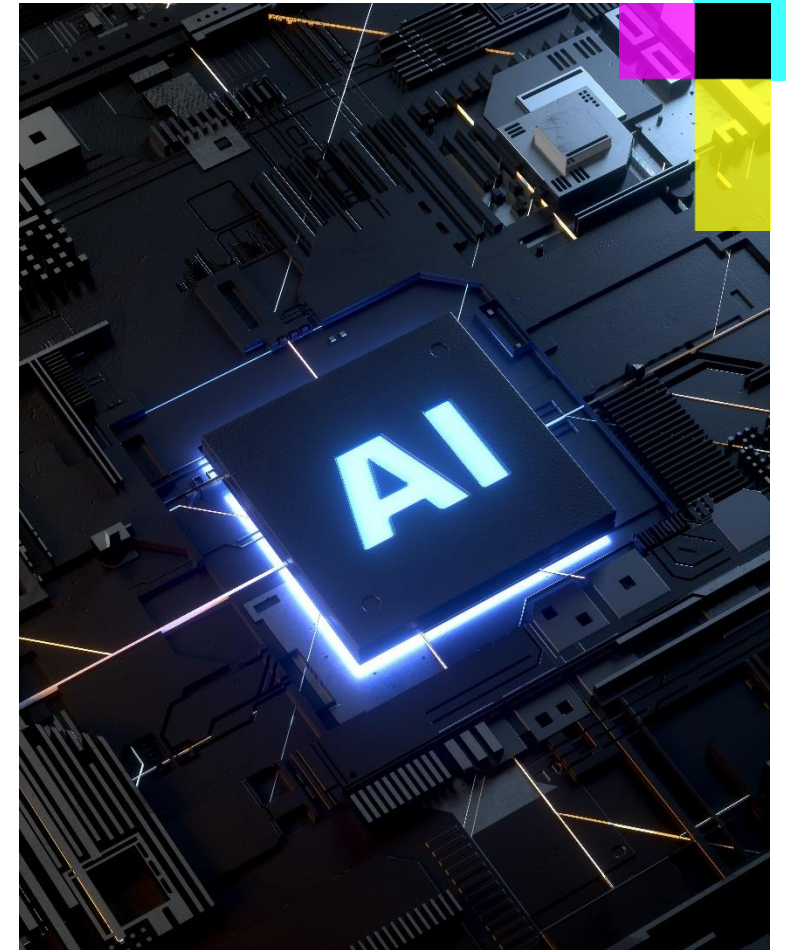
- Anhand eines KI-Systems können Bewerbungen gefiltert und sortiert werden.
- Dies ist datenschutzrechtlich nach Artikel 6 Abs. 1 lit. b) Fall 2, 22 Abs. 2 lit. a) Fall 1 DS-GVO zulässig.
- Der Verantwortliche muss auch eine Datenschutz-Folgenabschätzung (Artikel 35 DS-GVO) durchführen und insbesondere darauf achten:
 - Das Training der KI muss genau überwacht werden.
 - Die KI darf nicht diskriminieren (Diskriminierungsverbot).
 - Der Verantwortliche muss u.a. einen Prozess einrichten, damit ein Mensch auf die jeweilige Entscheidung durch die KI einwirken kann. Ein Betroffener muss die Möglichkeit haben, seinen eigenen Standpunkt darzulegen und gehört zu werden (Artikel 22 Abs. 3 DS-GVO).
 - Die Bewerber-Datenschutzhinweise müssen einen transparenten Hinweis auf diese KI-gestützte Datenverarbeitung enthalten und die Logik zur Filterung und Sortierung muss grob beschrieben werden.



KI Anwendungsfall (6)

KI als Teil eigener Produkte und Services

- KI Systeme (selbst entwickelt oder zugekauft) werden zunehmend Teil eigener Produkte und Service sein
- Eigene Lizenzen müssen diesen Zweck beinhalten; insbesondere gilt das für verwendete Testdaten in späteren Verifikationsrunden
- Künftig werden Risikoeinstufung und Compliancepflichten nach dem AI Act wichtig
- Haftungsvermutung aus der EU Haftungsrichtlinie beachten
- Versicherungsschutz prüfen, da KI Ergebnis gerade nicht auf Unverschulden prüfbar ist
- Algorithmus ist nur als Geschäftsgeheimnis geschützt
- Da regelmäßig ausländische KI Anbieter (mit) involviert sind, muss der Transfer personenbezogener Daten in Prompts und Training geprüft sein (oder Training ausgeschlossen)





3

KI Ausblick

KI Ausblick

Was kommt rechtlich auf die KI zu?

IT muss für Transparenz und Verifizierung sorgen

Steigende Anforderungen an die IT für Transparenz der Ergebniserzielung und Verhindern der Manipulation zu sorgen (digitales Wasserzeichen etc.).

IDW 861

Prüfungsstandard der Wirtschaftsprüfer beschreibt Risiken beim Einsatz von KI, die das Management kennen, bewerten und ggf. reduzieren muss.

Haftung

Haftungsrichtlinie

EU plant Richtlinie zur Haftung bei KI Verwendung.

IDW 861

WP haben KI als potentiell Betriebsrisiko anerkannt und erstellen Prüfungsleitlinien.

Risiko

Datenschutz

Aufsicht

Gemeinsame Praxis der Aufsichtsbehörden in Arbeit.

AI Act

AI Act der EU ist seit Sommer 2023 im Trilogverfahren.

Compliance

Datenschutzkonferenz und EDSA

Aufsichtsbehörden arbeiten an Guidelines. Kunden erwarten mehr Transparenz und Nachvollziehbarkeit der KI

KI Verordnung der EU, 2024 (?)

KI Verordnung teilt KI Anwendungen in Risikoklassen ein und knüpft daran Nachweis- und Aufklärungspflichten mit hohen Bußgelder. Völlig unklar wer die Regulierungsbehörde sein wird (z.B. BSI oder Datenschutzbehörden)

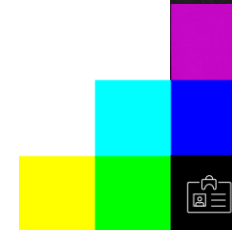
Dr. Matthias Orthwein, LL.M. (Boston)


Rechtsanwalt / Partner

→ Follow me on **LinkedIn**: www.linkedin.com/in/dr-matthias-orthwein-ll-m-boston-7989952




→ Oder auf unserer **Webseite**:
www.skwschwarz.de/personen/matthias-orthwein



 +49 89 28640-102

 m.orthwein@skwschwarz.de

 Wittelsbacherplatz 1
80333 München

SKW Schwarz - Unterstützung bei der KI



„Einsteiger-Paket“

- Quick-Check zu den rechtlichen Anforderungen beim Einsatz von KI unter Berücksichtigung des entsprechenden Modells (Eigenentwicklung oder Fremdlizenzierung)
- Anschließender Workshop mit maßgeschneiderten Handlungsempfehlungen für das Unternehmen
- Schulung zum Einsatz von KI in den involvierten Fachbereichen



„Basis-Paket“

- Entwurf von Muster-Dokumenten (Datenschutzhinweise, Einwilligungserklärungen, etc.)
- Prüfung und/oder Entwurf von Verträgen mit Dienstleistern oder Kooperationspartnern unter Berücksichtigung insbesondere datenschutzrechtlicher, urheberrechtlicher und haftungsrechtlicher Aspekte
- Durchführen einer Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Art. 35 DS-GVO (vgl. hierzu [SKW Schwarz: Datenschutz-Folgenabschätzung beim Einsatz von KI](#))
- Prüfung und Berücksichtigung künftiger Auswirkungen des AI-Acts und weiterer regulatorischer Anforderungen



SKW
Schwarz