WERNER | R | I
RECHTSANWÄLTE
INFORMATIKER

VDI-Rheinland-Staffel zur Künstlichen Intelligenz, 24. Oktober 2023 - Köln

Künstliche Intelligenz und Recht

Rechtsanwalt Dipl.-Inform. Dr. jur. Marcus Werner
Fachanwalt für IT-Recht
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

WERNER Rechtsanwälte Informatiker
Oppenheimstr. 16, 50668 Köln

https://www.werner-ri.de
Telefon: 0 221 / 97 31 43 – 0
E-Mail: info@werner-ri.de

Inhalte

- Funktionsweise
- Ethik
- Öffentliches Recht und Regulierung von KI
- Urheber- und wettbewerbsrechtliche Fragen
- Datenschutz
- Die neuen EU-Regelungen zur Haftung für KI

Funktionsweise

- Die terminologische Geburtsstunde von „artificial intelligence“ ist das 31.08.1955 von *J. McCarthy, M. L. Minsky, N. Rochester und C. E. Shannon* erstellte Thesenpapier „A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence”.
- Künstliche Intelligenz bezeichnet den Versuch, bestimmte Entscheidungsstrukturen des Menschen nachzubilden, indem ein Computer so gebaut und programmiert wird, dass er eigenständig Probleme bearbeiten kann.

Funktionsweise

- Wesentliche Gruppen der Künstlichen Intelligenz
  - Wissensbasierte Systeme (inkl. Expertensysteme)
  - Musteranalysen und Mustererkennung
  - Mustervorhersagen
  - Robotik
- Definition in Art. 3 Nr. 1 i.V.m. Anhang I des Entwurfs der KI-Verordnung der EU vom 21. April 2021

Funktionsweise

- Technik
  - Software mit Datenbank-Anwendung
  - z.B. ProLog für Expertensysteme
- Große Datenmengen mit leistungsfähigen Rechnern
- Problem des „Lernens“

Ethik

- „Ethik“ stammt aus dem Griechischen und umfasst „das die Sittlichkeit, Gesinnung Betreffende“ und damit die Sittenlehre als einen Teil der Praktischen Philosophie.
- Seit Aristoteles wird die Ethik als eigenständige philosophische Disziplin behandelt. Sie wird auch Moralphilosophie genannt und erscheint in zahlreichen Spielarten und Denkschulen.
- Ethik ist damit jener Teilbereich der Philosophie, der sich mit den Voraussetzungen und Kriterien rationalen menschlichen Handelns befasst, wobei im Kern das spezifisch moralische Handeln steht.

Ethik

- Allgemeine ethischen Grundsätze und Werte sind nie abschließend, sondern unterliegen der gesellschaftlichen Weiterentwicklung.
- Anforderungen der Ethik können sein:
  - Fairness
  - Transparenz
  - Nachvollziehbarkeit
  - Rechenschaftspflicht

Ethik

- Vorrang menschlichen Handelns und menschliche Aufsicht
- Technische Robustheit und Sicherheit
- Schutz der Privatsphäre und Daten-Qualitätsmanagement
- Transparenz
- Vielfalt, Nichtdiskriminierung und Fairness
- Gesellschaftliches und ökologisches Wohlergehen
- Sicherung und Zuordnung von Verantwortung in digitalen Räumen

Ethik

- Verankerung von ethischen Fragen der KI
  - Menschsein und Menschenwürde (Artt. 1, 2 GG)
  - Frage nach der Wahrung der menschlichen Autonomie und des freien Willens (Artt. 1, 2 GG)
  - Der Schutz des Eigentums (Art. 14 GG)

Öffentliches Recht und Regulierung von KI

Agenda

1. Gleichbehandlung
2. Regulierung

Öffentliches Recht und Regulierung von KI

1. Gleichbehandlung

- Diskriminierung liegt vor, wenn Personen (auf Grund irrelevanter Merkmale) benachteiligt werden.
- Antidiskriminierungsgesetze sichern das Recht jedes Menschen, frei über seinen Wert zu befinden und gegen Benachteiligungen vorzugehen.
- Art. 3 Abs. 1 GG postuliert, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind. Art. 3 Abs. 3 GG normiert Merkmale, auf Grund derer eine Ungleichbehandlung verboten ist.

VDI-Rheinland-Staffel zur Künstlichen Intelligenz, 24. Oktober 2023, Köln

Öffentliches Recht und Regulierung von KI

1. Gleichbehandlung

- Das BVerfG erkennt in neuerer Entscheidung zu Art. 3 Abs. 3 GG eine mittelbare Drittwirkung im Verhältnis zwischen Privaten für besondere Konstellationen an: Ein Privater nutzt sein Monopol oder strukturelle Überlegenheit aus, um Personen ohne sachlichen Grund von der „Teilhabe am gesellschaftlichen Leben“ auszuschließen (BVerfG, B. v. 11.4.2018 – Aktenzeichen 1 BvR 3080/09, Rdnr. 41).
- § 3 Abs. 1 AGG
- § 26 Abs. 2 BDSG

Öffentliches Recht und Regulierung von KI

2. Regulierung

- Anforderungen an KI-Anwendungen im Weißbuch 2020 der EK (Seite 22)
  - Trainingsdaten
  - Aufbewahrung von Daten und Aufzeichnungen
  - Vorzulegende Informationen
  - Robustheit und Genauigkeit
  - Menschliche Aufsicht
  - Besondere Anforderungen an bestimmte KI-Anwendungen, z.B. Anwendungen für die biometrische Fernidentifikation

Urheber- und wettbewerbsrechtliche Fragen

Agenda

1. Urheber: Programmierer vs. Maschine
2. Unlauterer Wettbewerb und Kartellrecht

Urheber- und wettbewerbsrechtliche Fragen

1. Urheber: Programmierer vs. Maschine

- § 1 Urheberrechtsgesetz (UrhG)

  Die Urheber von Werken [...] genießen für ihre Werke Schutz nach Maßgabe dieses Gesetzes.
- § 2 UrhG

  (1) Zu den geschützten Werken [...] gehören insbesondere: [...]

  (2) Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur persönliche geistige Schöpfungen.
- § 7 UrhG

  Urheber ist der Schöpfer des Werkes.

VDI-Rheinland-Staffel zur Künstlichen Intelligenz, 24. Oktober 2023, Köln

Urheber- und wettbewerbsrechtliche Fragen

1. Urheber: Programmierer vs. Maschine

- Schlussfolgerung: Lässt sich das Ergebnis eines KI-Einsatzes einer natürlichen Person zuordnen?
  - Falls ja => liegt ein schutzfähiges Werk vor (+).
  - Falls nein => liegt kein schutzfähiges Werk vor (-).
- Passt dieses (Zwischen-)Ergebnis zur modernen, digitalen Welt?
  Ja, denn es ist nur der nächste Schritt der Werkschaffung.
  - Zunächst arbeiteten Urheber nur mit den eigenen Händen.
  - Ziemlich schnell kamen Werkzeuge hinzu, der Urheber schaffte jedoch weiterhin stets selbst.
  - Heutiger Künstler/Urheber kann auch Ideengeber und Planer sein, z.B. bei Großkunstwerken, wie Verhüllter Reichstag.

Urheber- und wettbewerbsrechtliche Fragen

1. Urheber: Programmierer vs. Maschine

- Autonomiegrad relevant?
  - Herkömmliche Software agiert mit Wenn-Dann-Regeln, sodass Ergebnisse vorherbestimmt und berechenbar sind.
  - KI soll anders sein: Sie trifft autonome Entscheidungen aufgrund der Datenbasis und des Lernens daraus. Ergebnisse sind nicht vorhersehbar.
  - Ergebniszuordnung lässt sich gut am Zufallsgenerator diskutieren, obwohl dies eher eine herkömmliche Software ist.

Urheber- und wettbewerbsrechtliche Fragen

1. Urheber: Programmierer vs. Maschine

- Urheberrechtliche Betrachtung ändert sich nicht:
  - Auch das nicht vorhersehbare Werk-Ergebnis schließt nicht per se Werk-Qualität aus. Auch herkömmliche Kunst muss nicht vorhersehbar sein, wie bei Kunstwerken, die absichtlich aber nicht vorhersehbar verrotten oder vergammeln.

Urheber- und wettbewerbsrechtliche Fragen

1. Urheber: Programmierer vs. Maschine

- Vieles ist noch streitig und ungeklärt.
- Entscheidend für den Werkschutz ist (derzeit) die Zuordenbarkeit eines Ergebnisses zur natürlichen Person; es kann auf Nuancen ankommen.
- Rechtlich „leichter“ kann der Schutz über das Datenbankrecht hergestellt werden; auch hier ist jedoch einiges noch offen.

Urheber- und wettbewerbsrechtliche Fragen

2. Wettbewerbsrecht, Kartellrecht

- Beispiel: Algorithmische Preisbildung (Algorithmic Pricing), Preisalgorithmus, dynamic Pricing.

  Anhand verschiedener Parameter werden die Preise für den Interessenten angepasst. Ziel ist es den maximalen Preis pro Interessent herauszufinden und zu realisieren. Faktoren können sein:
  - Aktuelle Wettbewerbspreise und Nachfrageentwicklung
  - Markentreue des Interessenten
  - Aufenthaltsort des Interessenten
  - Zeit des Vertragsschlusses
  - Finanzielle Leistungsstärke des Interessenten

Urheber- und wettbewerbsrechtliche Fragen

2. Wettbewerbsrecht, Kartellrecht

- Preisalgorithmen gehören ebenfalls zum Bereich der künstlichen Intelligenz:

  Preisalgorithmen werden, einmal eingerichtet, völlig autonom tätig. Sie sammeln, analysieren und (re-)agieren.

- Daher hatte die Monopolkommission in ihrem „Hauptgutachten 2018“ gefordert, die

  Märkte mit algorithmen-basierter Preisbildung systematisch auf Wettbewerbsbeeinträchtigungen zu untersuchen.

Urheber- und wettbewerbsrechtliche Fragen

2. Wettbewerbsrecht, Kartellrecht

- Beispiele für kartellrechtliche Untersuchungen:
  - „Google Shopping“: Konkurrierende Suchmaschinen-Anbieter wurden von Preisvergleichsseiten durch Google systematisch herabgestuft: Missbrauch marktbeherrschender Stellung.
  - „Google Android“: Machtmissbrauch durch vorgegebene Google-Suche als Standardeinstellung (gegenüber den Smartphone-Herstellern).
  - Flugtickets: Nach Air-Berlin-Insolvenz waren Preiserhöhungen bei Lufthansa-Tickets auf Strecken zu beobachten, auf denen die Lufthansa zuvor mit Air Berlin im Wettbewerb stand. Verfahren eingestellt.

Urheber- und wettbewerbsrechtliche Fragen

2. Wettbewerbsrecht, Kartellrecht

- Entscheidende Bedeutung kommt Plattformen zu, weil dort Daten gesammelt und vorgehalten werden („Big Data“), um Algorithmen zu versorgen und einzusetzen. Daher sind die Plattformen im Fokus von GWB-Novellen.

Urheber- und wettbewerbsrechtliche Fragen

2. Wettbewerbsrecht, Kartellrecht

- 9. GWB-Novelle (Juni 2017)
  - Zentral ist § 18 GWB – Marktbeherrschung
  - Neu ist § 18 Abs. 2a GWB:

    Der Annahme eines Marktes steht nicht entgegen, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird.

    Damit sollen auch Märkte erfasst werden, die entweder zunächst kostenlos sind, um ab einer bestimmten Größe kostenpflichtig zu werden oder, die kostenlos sind, um eine Datengrundlage für kostenpflichtige Märkte zu schaffen.

Urheber- und wettbewerbsrechtliche Fragen

2. Wettbewerbsrecht, Kartellrecht

- 10. GWB-Novelle („GWB-Digitalisierungsgesetz“)
  - Neu ist § 19a GWB mit der Überschrift

    Missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb

    In der Begründung (auf Seite 75 des Referentenentwurfs) heißt es hierzu wörtlich:

    Mit § 19a wird eine Ermächtigungsgrundlage geschaffen, die dem Bundeskartellamt eine effektivere Kontrolle derjenigen ***großen Digitalkonzerne*** *ermöglichen soll, denen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt.*

Urheber- und wettbewerbsrechtliche Fragen

2. Wettbewerbsrecht, Kartellrecht

- 10. GWB-Novelle („GWB-Digitalisierungsgesetz“)
  - Neu ist § 20 Abs. 1a GWB

    Eine Abhängigkeit [...] kann sich auch daraus ergeben, dass ein Unternehmen für die eigene Tätigkeit auf den Zugang zu Daten angewiesen ist, die von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden.

    Hier geht es um eine kartellrechtliche Regelung eines begrenzten Datenzugangsanspruchs (vgl. Begründung, Seite 83 des Referentenentwurfs).

Urheber- und wettbewerbsrechtliche Fragen

2. Wettbewerbsrecht, Kartellrecht

- 11. GWB-Novelle („Kartellrecht mit Klauen und Zähnen“ (Habeck))
  - Stand: Bundesrat hat Gesetzesentwurf (GWB-E) am 29.09.2023 gebilligt
  - Neu ist: § 32g Abs. 2 GWB-E

    Das Bundeskartellamt kann alle für die Untersuchung nach Absatz 1 [Nichteinhaltung von Art. 5, 6 und 7 des Digital Markets Act] erforderlichen Ermittlungen durchführen.

    Bundeskartellamt (BKartA) erhält hier weitreichende Ermittlungsbefugnisse zur Unterstützung der Europäische Kommission bei der Durchsetzung des Digital Markets Acts.

Urheber- und wettbewerbsrechtliche Fragen

2. Wettbewerbsrecht, Kartellrecht

- 11. GWB-Novelle („Kartellrecht mit Klauen und Zähnen“ (Habeck))
  - Stand: Bundesrat hat Gesetzesentwurf (GWB-E) am 29.09.2023 gebilligt
  - Neu ist: § 32f Abs. 3 GWB-E

    Das Bundeskartellamt kann [...] feststellen, dass eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs [...] vorliegt [... und] den betroffenen Unternehmen alle Abhilfemaßnahmen [...] vorschreiben, [... insbesondere]:

    1. *die Gewährung des Zugangs zu Daten, Schnittstellen, Netzen*
    2. *[...]*

Urheber- und wettbewerbsrechtliche Fragen

2. Wettbewerbsrecht, Kartellrecht

- 11. GWB-Novelle („Kartellrecht mit Klauen und Zähnen“ (Habeck))
  - Stand: Bundesrat hat Gesetzesentwurf (GWB-E) am 29.09.2023 gebilligt
  - Neu ist: § 32f Abs. 3 GWB-E

    Konsequenz: Das BKartA kann bereits intervenieren, wenn es eine abstrakte „Marktstörung“ – und noch keinen konkreten Kartellrechtsverstoß – feststellt.

    Das BKartA könnte also in Zukunft z.B. gegen KI-basierte Preisfestlegungs-Algorithmen vorgehen, die (unbeabsichtigte) Koordinierungseffekte erzeugen und dadurch zu einer Preisbildung über dem Marktgleichgewicht führen (hierzu Ott, Kontroverse um 11. GWB-Novelle, LTO (12.07.2023)).

Datenschutz

Agenda

1. Daten und Rechtsgrundlagen
2. Profiling und Programmiervorgaben
3. Transparenz und Aufsichtsmöglichkeiten

Datenschutz

1. Daten und Rechtsgrundlagen

- Mögliche Rechtsgrundlagen für Datennutzung durch KI:
  - Art. 6 Abs. 1 lit. b), Abs. 4 DS-GVO
  - Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO
- Zu beachtende Grundsätze nach der DS-GVO:
  - Zweckbindung
  - Datenminimierung
  - Datensparsamkeit

Datenschutz

1. Daten und Rechtsgrundlagen

- Zweckbindungsgrundsatz nach Art. 5 Abs. 1 lit. b) DS-GVO: Wie können Daten, die für einen bestimmten Zweck erfasst wurden für andere Zwecke eingesetzt werden?
  - Soll das Anlernen von KI-Systemen in der Anwendungsauslegung der DS-GVO einen hinreichend eindeutig festgelegten sowie legitimen Zweck darstellen?
- Die Pseudonymisierung von Datensätzen, v. a. in Bezug auf eine mögliche Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO, kann vorteilhaft sein, ErwG 78 (dazu KI 1, S. 12).
- Unterscheidung geboten, ob Datenerhebung im rein industriellen Kontext oder nicht.

Datenschutz

2. Profiling und Programmiervorgaben

- Funktionierende Geschäftsmodelle ⟷ digitaler Souveränität
- Automatisierte Entscheidungen nur nach Vorgaben von Art. 22 DS-GVO zulässig
  - Automatisierte Entscheidung?
  - Erhebliche Beeinträchtigung?
  - Ausnahmetatbestand nach Abs. 2?
    - lit. a: Vertragsabschluss oder Vertragserfüllung?
    - lit. b: § 37 BDSG
    - lit. c: Einwilligung?
  - Abs. 4 bei besonderen Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 DS-GVO

Datenschutz

2. Profiling und Programmiervorgaben

- Gebotene Differenzierung:

  Kann das selbstlernende System mit der automatisierten Entscheidung eine unmittelbare Auswirkung auf den Betroffenen haben?

Datenschutz

3. Transparenz und Aufsichtsmöglichkeiten

- Ziel: Vertrauen bei den Bürgern und Nutzern schaffen.
- DS-GVO sichert Informationsrechte, Kontrolle über die Daten und Überprüfung von automatisierten Entscheidungen zu.
- Aber: Spannungsverhältnis zwischen Recht auf Information und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen und Schutz des geistigen Eigentums.
- Notwendig sind Konzepte für die mögliche Aufsicht und die Erfüllung der Rechenschaftspflicht.

Die neuen EU-Regelungen zur Haftung für KI

Agenda

1. Zum Stand der Gesetzgebungsverfahren
2. Haftungskonzept

Die neuen EU-Regelungen zur Haftung für KI

1. Zum Stand des Gesetzgebungsverfahrens

- EU-Kommission hat im Rahmen der EU-Digital-Strategie folgende Gesetzesvorschläge unterbreitet:
  - KI-Verordnung (KI-VO-E)
    - Ziel: Regulatorischen Rahmen für den Einsatz von KI
  - KI-Haftungs-Richtlinie (KI-Haft-RL-E)
    - Ziel: EU-weit einheitliches Schutzniveau für Schäden, welche durch KI-Systeme verursachte werden

Die neuen EU-Regelungen zur Haftung für KI

1. Zum Stand des Gesetzgebungsverfahrens

- 21.04.2021: Vorschlag einer KI-VO-E der EU-Kommission.
- 28.09.2022: Vorschlag einer KI-Haft-RL-E der EU-Kommission
- 14.06.2023: EU-Parlament beschließt wesentliche Änderungen zum KI-VO-E.
  - Liste verbotener KI-Systeme erweitert und präzisiert :
    - Biometrischen Echtzeit-Fernidentifizierung ausnahmslos verboten
    - KI-Systeme zur Analyse von Bildmaterial öffentlich zugänglicher Räume für nachträgliche biometrische Fernidentifizierung ausnahmslos verboten.
  - Pflichten für Betreiber von Hochrisiko-KI verschärft.
  - Betroffenenrechte (z.B. Beschwerde zur Aufsichtsbehörde) für Einzelpersonen und sogar „Personengruppen“ eingeführt.

Die neuen EU-Regelungen zur Haftung für KI

1. Zum Stand des Gesetzgebungsverfahrens

- Derzeit:
  - „Trilog"-Verhandlungen zwischen EU-Parlament, -Rat und -Kommission zur KI-VO-E.
  - Weiterleitung des KI-Haft-RL-E an zuständige Komitees im Parlament
- Vermutlicher Zeitplan:
  - Finalisierungen der KI-VO-E bis Ende 2023
  - Sodann Inkrafttreten der KI-VO mit Übergangsfrist von 24 Monaten.
  - Finalisierung und Inkrafttreten der KI-Haft-RL unbekannt.

Die neuen EU-Regelungen zur Haftung für KI

2. Haftungskonzept (Stand: 14.06.2023)

- Verbotene KI-Praktiken (Art. 5 KI-VO-E):
  - Beeinflussung von Verhalten (z.B. Techniken unterschwelliger Beeinflussung)
  - Beeinflussung und Ausnutzung schutzbedürftiger Gruppen
  - Soziale Bewertung („social scoring")
  - Biometrische Echtzeit-Fernidentifizierungssysteme ohne Ausnahmen

Die neuen EU-Regelungen zur Haftung für KI

2. Haftungskonzept (Stand: 14.06.2023)

- Hochrisiko-KI-Systeme (Art. 6 ff. KI-VO-E):
  - Einstufungsbedingungen:
    - Das System wird nach Anhang III des KI-VO-E als Hochrisiko-KI-System definiert (z.B. Sicherheitskomponenten im Straßenverkehr oder KI-Systeme in der Rechtspflege) oder
    - Das System ist nach Anlage II des KI-VO-E eine Sicherheitskomponente in gefährlichem Produkt (oder selbst das gefährliche Produkt) und muss eine Konformitätsbewertung durch Dritte durchlaufen

Die neuen EU-Regelungen zur Haftung für KI

2. Haftungskonzept (Stand: 14.06.2023)

- Gestaffelte Haftungsregelungen (Art. 4 KI-Haft-RL-E):
  - KI-Haft-RL-E soll nichtvertragliche Haftung regeln und verschuldensunabhängige Haftung nach Produkthaftungs-RL-E unberührt lassen
  - Dokumentationspflichten für KI-Anwender
  - Gerichte können bei Hochrisiko-KI die Offenlegung von Beweismitteln anordnen.

Die neuen EU-Regelungen zur Haftung für KI

2. Haftungskonzept (Stand: 14.06.2023)

- Gestaffelte Haftungsregelungen (Art. 4 KI-Haft-RL-E):
  - Beweislastumkehr gegen Betreiber und gegen gewerbliche Nutzer von Hochrisiko-KI (Vermutung, dass verschuldete Nichteinhaltung einer Pflicht nach der KI-VO-E für herbeigeführten Schaden ursächlich ist).
  - Differenziertere Beweislastumkehr im Übrigen:
    - KI-System ist nicht hochriskant: Beweislastumkehr nur, wenn das Gericht es als schwierig für den Kläger erachtet, den Kausalzusammenhang nachzuweisen.
    - Verbraucher nutzt KI-System: Beweislastumkehr nur, wenn der Verbraucher erheblich in Betriebsparameter der KI eingegriffen hat.

RA Dipl.-Inform Dr. jur. Marcus Werner

Partner, Rechtsanwalt
Fachanwalt für IT-Recht
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Externer Datenschutzbeauftragter (DSB), TÜV-zertifiziert

WERNER Rechtsanwälte Informatiker
Oppenheimstraße 16, 50668 Köln

Telefon 0 221 / 97 31 43 - 66
marcus.werner@werner-ri.de

https://www.werner-ri.de