

# Schwerpunkte der Legal Due Diligence über ein KI-Unternehmen

Dr. Marc Seeger, Dr. Nils Löfing, Oliver Belitz & Dr. Simon Hembt, Bird & Bird LLP

## 1. Einleitung

Die Entwicklung künstlicher Intelligenz (KI) durch ein Zielunternehmen wirft im Rahmen der Legal Due Diligence weitreichende und detaillierte Fragen auf. Vom Ergebnis der Prüfung hängt in vielen Fällen ab, ob das Geschäftsmodell des Zielunternehmens tragfähig ist oder ob es wegen rechtlicher Themen erheblichen Risiken ausgesetzt ist, die von Bußgeldern bis hin zu einer Gefährdung des Geschäftsmodells als solchem reichen können. Der folgende Beitrag widmet sich den wesentlichen regulatorischen, urheberrechtlichen und datenschutzrechtlichen Fragen, die in einer Legal Due Diligence zwingend beantwortet werden müssen.

## 2. Künstliche Intelligenz beim Zielunternehmen einer M&A-Transaktion

KI ist spätestens seit der Veröffentlichung von ChatGPT im November 2022 in aller Munde. Auch innerhalb der Corporate-Finance-Community kommt keine Konferenz, kein Panel und kein Podcast daran vorbei, über die Auswirkungen der Entwicklungen zu diskutieren. Befeuernd hinzu kommt, dass es sich bei KI um die sich wohl am schnellsten fortentwickelnde Technologie aller Zeiten handelt, sodass die Ergebnisse einer Diskussion von gestern heute schon wieder überholt sein können.

Aber KI spielt im M&A natürlich nicht nur wegen ihrer Auswirkungen auf die Branche eine wesentliche Rolle, sondern auch als Zukunftstechnologie, die von immer mehr Zielunternehmen verwendet oder gar selbst entwickelt wird.

Insofern lassen sich drei Stufen unterscheiden:

- (a) Das Zielunternehmen nutzt fremde KI-Systeme eher am Rande und untergeordnet. Zum Beispiel steht der Copilot von Microsoft zur Verfügung, wird aber längst nicht von allen Mitarbeitern eingesetzt. Bei solchen Unternehmen geht es in erster Linie darum, die Nutzung der KI-Systeme zu regeln, insbesondere im Hinblick auf Daten- und Geschäftsgeheimnisschutz.
- (b) Das Zielunternehmen setzt fremde KI-Systeme im Kern der eigenen Wertschöpfung und systematisch ein. Ein Beispiel wäre eine Marketingagentur, die für die Ausarbeitung von Kampagnen für ihre Kunden KI-Systeme in hohem Maße einsetzt. Zusätzlich zu den unter (a) genannten Themen sollten bei solchen Zielunternehmen im Rahmen einer Due Diligence insbesondere die Regelungen in den Kundenverträgen (zu Datenschutz, IP, Vertraulichkeit) geprüft werden.
- (c) Das Zielunternehmen entwickelt und/oder vertreibt KI-Systeme.

In diesem Beitrag geht es um die Schwerpunkte einer rechtlichen Due Diligence über ein Zielunternehmen aus der dritten Gruppe, also eines, das KI selbst entwickelt. Die Schwerpunkte liegen dabei in den Bereichen der neuen, KI-spezifischen Regulatorik sowie des Urheberrechts und des Datenschutzrechts.

Daneben spielen weitere Rechtsbereiche regelmäßig eine Rolle, die in diesem Beitrag nicht behandelt wer-

den, etwa das Arbeitsrecht (z.B. Erwerb der Inhaberschaft an der entwickelten KI durch die Zielgesellschaft) und das Vertragsrecht (z.B. Haftungsregelungen für die an Kunden vertriebenen KI-Systeme).

### 3. Der AI Act als Prüfungsschwerpunkt

#### 3.1 Anwendungsbereich des AI Act

Der im August 2024 in Kraft getretene EU AI Act zeichnet sich durch einen weiten Anwendungsbereich aus:

- Sachlich ist dieser bereits dann eröffnet, wenn ein System vorliegt, das unter die – bewusst breit gefasste – Definition von KI fällt.
- Personell richtet sich der AI Act nicht nur an „Provider“, sondern u.a. auch an sogenannte „Deployer“ von KI-Systemen. Das sind Unternehmen, die KI-Systeme gewerblich nutzen.
- Der räumliche Geltungsbereich ist ähnlich extraterritorial gestaltet wie jener der DSGVO – das heißt auch Unternehmen außerhalb der EU sind erfasst, wenn sie KI-Systeme innerhalb der EU anbieten.

Während Unternehmen der Kategorien 1(a) und 1(b) primär als „Deployer“ agieren und daher einem vergleichsweise überschaubaren Pflichtenkreis unterliegen, sind Unternehmen der Kategorie 1(c) als „Provider“ in vollem Umfang vom AI Act betroffen.

#### 3.2 Interesse des Käufers an angemessener Compliance

Ein Käufer fragt sich bei der Prüfung eines Zielunternehmens, das selbst KI-Systeme entwickelt, inwieweit es bereits auf den AI Act vorbereitet ist. Zwar wird der AI Act erst im August 2026 vollständig anwendbar. Es gibt jedoch einzelne Abschnitte, die bereits früher – in einigen Fällen schon sechs oder zwölf Monate nach Inkrafttreten im August 2024 – anwendbar sind. Diese Fristen machen es für Unternehmen erforderlich, rechtzeitig entsprechende Compliance-Prozesse zu implementieren, da deren Umsetzung häufig mit einem erheblichen Aufwand verbunden ist.

Zeigt sich in der Due Diligence, dass ein betroffenes Zielunternehmen noch keine Vorbereitungen für den AI Act getroffen hat, sollte sich der Käufer im Klaren darüber sein, dass nach Closing weitere Investitionen erforderlich sein werden, um die einschlägigen Anforderungen des AI Act (rechtzeitig) umzusetzen. Die Situation ist vergleichbar mit der, in der sich ein datengetriebenes Unternehmen kurz vor dem Inkrafttreten der DSGVO befand, wenn es noch kein Projekt zu deren Umsetzung gestartet hatte.

#### 3.3 Wichtige Aspekte im Rahmen der Due Diligence

Ziel der Due Diligence sollte es sein, dem Käufer ein umfassendes tatsächliches und rechtliches Bild der vom Zielunternehmen entwickelten KI-Systeme zu vermitteln. Ein wesentlicher Bestandteil dieser Analyse sollte die Bereitstellung einer vollständigen Liste aller entwickelten KI-Systeme sein. Diese Liste sollte je System unter anderem folgende Fragen beantworten:

- Auf welcher technischen Infrastruktur laufen die KI-Systeme?
- Wer sind die Abnehmer der KI-Systeme?
- Für welchen Einsatzzweck sind sie konzipiert?
- Handelt es sich um „General-Purpose“-Systeme im Sinne des AI Act?
- Woher stammen die Daten, mit denen die KI-Systeme trainiert werden?

Daran anknüpfend ist die Frage zu stellen, welche konkreten Vorkehrungen das Zielunternehmen bereits getroffen hat, um sich auf den AI Act vorzubereiten.

Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass ein Unternehmen, das eigene KI-Systeme entwickelt, auch in erheblichem Umfang fremde KI-Systeme einsetzt. Dies betrifft insbesondere Systeme, die im Entwicklungsprozess der eigenen KI-Systeme eingesetzt werden. Dieser Aspekt sollte im Rahmen der Due Diligence nicht vernachlässigt werden. Zwar ist die regulatorische Verantwortung für „eigene KI-Systeme“ deutlich höher. Dennoch dürfen die Pflichten, die sich aus der Nutzung fremder KI-Systeme (in der Rolle des „Deployers“) ergeben, nicht unterschätzt werden.

#### 3.4 „AI Literacy“ und AI Use Policy

Ein weiterer wichtiger Aspekt ist die vom AI Act geforderte „AI Literacy“, also die Fähigkeit eines Unternehmens, ein angemessenes Verständnis für KI-Technologien zu entwickeln. Im Rahmen der Due Diligence ist daher zu prüfen, inwieweit das Zielunternehmen seinen Mitarbeitern das notwendige Wissen vermittelt hat, um den Anforderungen des AI Act gerecht zu werden. Entscheidend ist nicht nur die Vermittlung, sondern auch die Überprüfung, ob das erworbene Wissen im Arbeitsalltag richtig angewendet wird. Im Rahmen der Due Diligence sollten daher auch die internen Prozesse des Zielunternehmens evaluiert werden, die sicherstellen, dass die Schulungsmaßnahmen effektiv umgesetzt werden. Dazu gehört insbesondere die Überprüfung der AI Use Policy des Unternehmens.



### 3.5 Zukünftige Bedeutung des AI Act für M&A-Transaktionen

Der AI Act wird in den kommenden Monaten und Jahren zunehmend an Bedeutung gewinnen. Für Unternehmen, die sich bisher noch nicht intensiv mit den Anforderungen auseinandergesetzt haben, besteht die Möglichkeit, nach Closing noch rechtzeitig die notwendigen Schritte zur Compliance einzuleiten. Dies wird sich jedoch mit dem Näherrücken der vollständigen Anwendbarkeit des AI Act im Sommer 2026 ändern. Eine Zielgesellschaft, die bis zu diesem Zeitpunkt keine angemessenen Maßnahmen zur Compliance ergriffen hat, stellt für den Käufer aufgrund drohender Bußgelder ein Risiko dar.

### 4. Urheberrechtliche Prüfungsschwerpunkte

Gegenstand einer Due Diligence ist typischerweise, ob das Zielunternehmen Rechte an Schlüssel-IP wie Computerprogrammen oder Marken besitzt. Wenn ein Unternehmen beispielsweise einen einzigartigen Code entwickelt hat, der das ganze Geschäftsmodell trägt, ist die Rechteinhaberschaft für den Käufer entscheidend.

Der Einsatz generativer KI wirkt sich auf grundlegende Fragen des Rechts geistigen Eigentums auf – und damit auch auf die Prüfungspunkte in einer Due Diligence. Dieser Abschnitt befasst sich daher insbesondere mit den Auswirkungen von generativer KI auf IP und den Due-Diligence-Prozess. So stellen sich beispielsweise folgende Fragen:

- Ist ein KI-generierter Inhalt (etwa ein Code) überhaupt urheberrechtlich geschützt? Wenn nein, gibt es Workarounds? Wenn ja, wem stehen die Rechte zu?
- Liegen mögliche Rechtsverletzungen vor, wenn der KI-Output Werke anderer wiedergibt? Wer haftet?

Je tiefer KI im Unternehmen integriert ist, desto komplexer werden diese Fragen. Auch insoweit ist wiederum danach zu unterscheiden, ob das Zielunternehmen KI lediglich intern nutzt (wie oben 1(a) und 1(b)) oder ob (generative) KI oder KI-generierte Inhalte das Produkt des Zielunternehmens sind (wie oben 1(c)).

Im Einzelnen:

#### 4.1 Was ist zu beachten, wenn das Zielunternehmen KI-Produkte erschafft?

Bietet ein Unternehmen KI-Produkte (etwa eine Front-End-Lösung wie einen Chat-Bot für Retailer) oder KI-

generierte Produkte (etwa KI-generierte Marketingunterlagen) an, wird die Due Diligence zum geistigen Eigentum komplexer.

Bei KI-Produkten klärt man zunächst, ob ausreichende Rechte an den KI-Assets wie Trainingsdaten, Algorithmen und Modellstrukturen bestehen. Entwickelt das Unternehmen diese Inhalte überwiegend selbst, prüft man, ob sie urheberrechtlich geschützt sind und alle relevanten Rechte, insbesondere von Angestellten und Freelancern, übertragen wurden. Bei lizenzierten Inhalten untersucht man die Lizenzverträge im Detail. Der Lizenzvertrag muss die beabsichtigte Nutzung räumlich, sachlich und zeitlich klar abdecken. Dies gilt auch für Trainingsdaten: Sind diese lizenziert, prüft man, ob der Lizenzvertrag das Training zulässt.

Nimmt ein Unternehmen die gesetzliche Text-und-Data-Mining-Ausnahme in Anspruch, die die Nutzung fremder Werke zu Trainingszwecken ohne Lizenzvertrag erlaubt, sind die gesetzlichen Voraussetzungen in der Due Diligence sorgfältig zu prüfen. Fehlen diese Voraussetzungen, gibt es keine rechtliche Grundlage, fremde Werke zum Training zu nutzen, was Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüche auslösen könnte. Zu den Voraussetzungen zählt insbesondere, dass das Unternehmen die Opt-out-Möglichkeiten der Rechteinhaber beachtet, da jeder Rechteinhaber der Nutzung seiner Werke zu Trainingszwecken widersprechen kann.

Diese rechtliche Prüfung hängt eng mit Fragen zum AI Act zusammen. Das Zielunternehmen als Anbieter einer sogenannten General-Purpose-KI muss beispielsweise Auskunft über die verwendeten Datensätze seiner Trainingsdatenbank geben (ohne dabei einzelne Daten offenzulegen) und eine Copyright-Policy bereithalten, die den EU-rechtskonformen Umgang mit Trainingsdaten sicherstellt.

#### 4.2 Welche Besonderheiten gelten, wenn KI-generierte Inhalte im Einsatz sind?

Für Geschäftsmodelle, die KI-generierte Inhalte vertreiben, müssen ebenfalls einige Punkte beachtet werden.

Werden Marketingmaterialien automatisiert erstellt und anschließend an Kunden lizenziert, ist zu prüfen, ob das Unternehmen dafür die nötigen Verwertungsrechte besitzt. Andernfalls kann es seine vertraglichen Pflichten gegenüber Kunden nicht erfüllen, wenn die vertraglich zugesicherten Rechte nicht übertragen werden können.

In einer Due Diligence sollte zudem das Qualitätsmanagement überprüft werden, um mögliche Rechtsverletzungen zu vermeiden. Werden KI-Inhalte ungeprüft

verschickt? Gibt es eine Prüfung gegen bekannte gewerbliche Schutzrechte, wie fremde Marken oder weltbekannte Werke?

Außerdem sollte abgeglichen werden, ob mögliche Transparenzpflichten jetzt unter dem Werberecht oder in Zukunft unter dem AI Act beachtet und gegebenenfalls schon umgesetzt werden. Enthalten die Inhalte täuschend echte Abbildungen von realen Personen oder Orten, könnte dies als Deep Fakes spätestens unter dem AI Act, aber mitunter auch schon heute wegen des Irreführungsschutzes eine Kennzeichnung erfordern.

#### 4.3 Was ist bei der rein internen KI-Nutzung zu prüfen?

Intern müssen klare Richtlinien in Unternehmen existieren, um sicherzustellen, dass Mitarbeiter KI-Systeme rechtlich konform nutzen.

So sollten die KI-Compliance-Guidelines aus IP-Sicht beispielsweise vorschreiben, dass Mitarbeiter mit Prompts nicht gezielt Kopien fremder, unlizenzierter Werke erzeugen oder urheberrechtlich geschützte Inhalte wie Bilder ohne Lizenz als Input verwendet werden.

Wenn ein Arbeitsprodukt Schutz genießen soll (etwa ein wichtiger Programmcode), sollte in der Due Diligence geprüft werden, inwiefern das Unternehmen den KI-Einsatz in diesen Bereichen regelt oder zumindest Dokumentationspflichten des Schaffensprozesses fordert.

### 5. Datenschutzrechtliche Prüfungsschwerpunkte

Die datenschutzrechtliche Due Diligence bei einem Unternehmen, das KI entwickelt, stellt besondere Herausforderungen dar, insbesondere sofern – wie marktüblich – öffentlich verfügbare Daten als Trainingsdaten genutzt werden.

#### 5.1 Training mit öffentlich zugänglichen Daten

Öffentlich zugängliche Daten spielen eine zentrale Rolle bei der Entwicklung von KI-Systemen, da sie eine reichhaltige und kosteneffiziente Grundlage für das Training und die Verbesserung der zugrunde liegenden Modelle und Algorithmen darstellen. Solche Daten sind oft aktueller und relevanter, was im dynamischen Umfeld der KI-Entwicklung von großer Bedeutung ist.

Öffentlich zugängliche Daten enthalten jedoch häufig personenbezogene und sensible Daten, wie Namen, Kontaktdaten, Gesundheitsinformationen oder politische Ansichten, beispielsweise aus Social-Media-Beiträgen, Foren und Blogs. Aufgrund der unstrukturierten

Natur dieser Daten ist es technisch schwierig, personenbezogene Daten vollständig herauszufiltern oder zu anonymisieren. Dies macht eine datenschutzrechtliche Rechtfertigung für die Nutzung dieser Daten für KI-Trainings- und Entwicklungszwecke erforderlich.

#### 5.2 Herausforderungen und Risiken

Die Nutzung öffentlich zugänglicher Daten für KI-Training basiert oft auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO, der die Verarbeitung zur Wahrung berechtigter Interessen erlaubt, sofern die Rechte der betroffenen Personen nicht überwiegen (sog. Interessenabwägung). Dies gilt meist für frei zugängliche Daten, da die betroffenen Personen diese oft bewusst veröffentlicht haben.

Für besondere Kategorien personenbezogener Daten gemäß Art. 9 Abs. 1 DSGVO (z.B. Gesundheitsdaten, biometrische Daten) gelten strengere Voraussetzungen, und die Interessenabwägung findet keine Anwendung. Da die Nutzung solcher sensibler Daten beim KI-Training nicht ausgeschlossen werden kann, ist die rechtliche Zulässigkeit des Trainings mit öffentlich zugänglichen Daten für das Training und die Entwicklung von KI fraglich. Die Argumentation, dass diese Daten als unerwünschter „Beifang“ gelten, ist nicht tragfähig. Auch die Erlaubnis über Art. 9 Abs. 2 lit. e DSGVO („personenbezogene Daten, die die betroffene Person offensichtlich öffentlich gemacht hat“) ist problematisch, da die bloße Präsenz dieser Daten im öffentlichen Raum nicht ausreicht. Andere Argumente, wie Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO in Verbindung mit § 27 BDSG (Nutzung der Daten für wissenschaftliche Forschungs- oder für statistische Zwecke), sind nicht hinreichend erprobt und bergen Risiken.

Vor diesem Hintergrund untersuchen Datenschutzbehörden derzeit die Praxis des Trainings von KI-Modellen mit öffentlich zugänglichen Daten. Das Problem ist, dass besondere Kategorien personenbezogener Daten technisch schwer auszuschließen sind. Werden die rechtlichen Vorgaben durch das Zielunternehmen nicht eingehalten, bestehen erhebliche Risiken, da bei Verstößen gegen die DSGVO bekanntlich empfindliche Bußgelder und sonstige Maßnahmen bis hin zur Untersagung der Datenverarbeitung drohen.

#### 5.3 Empfehlung und Best Practices

Angesichts der Probleme bei der Nutzung besonderer Kategorien personenbezogener Daten für das Training von KI-Modellen sollte in der Due Diligence geprüft werden, ob das Zielunternehmen proaktive Maßnahmen ergreift, um datenschutzkonform zu handeln. Die DSGVO-Erlaubnisnormen reichen oft nicht aus, um die Nutzung dieser Daten zu rechtfertigen. Daher sollten



technische und organisatorische Maßnahmen implementiert sein, um insbesondere die Nutzung sensibler Daten so weit wie möglich zu minimieren.

Empfohlene Maßnahmen, die das Zielunternehmen ergriffen haben sollte, umfassen die Implementierung von Filtermechanismen zur Entfernung sensibler Daten aus Datensätzen vor dem Training. Natürliche Sprachverarbeitungstechniken (Natural Language Processing, NLP) sollten genutzt werden, um Texte automatisch auf sensible Informationen zu scannen und diese zu anonymisieren oder zu entfernen. Marktführende KI-Anbieter setzen diese Techniken ein, um DSGVO-konform zu handeln. Zudem ist Transparenz gegenüber den Nutzern entscheidend. Das Zielunternehmen sollte offenlegen, welche Daten genutzt und verwendet werden, und die getroffenen Maßnahmen zum Schutz der Privatsphäre erläutern. Die Relevanz dieser Maßnahmen zur Erlangung von Datenschutzkonformität für KI-entwickelnde Unternehmen hat auch schon der Europäische Datenschutzausschuss als das Gremium europäischer Datenschutzbehörden, dessen Verlautbarungen oft ein gewisses Präjudiz entfalten, in seinem Zwischenbericht zur ChatGPT-Taskforce betont.

#### 5.4 Schlussfolgerungen

Die datenschutzrechtliche Prüfung eines Unternehmens, das KI-Systeme entwickelt, erfordert besondere Aufmerksamkeit, insbesondere hinsichtlich der Nutzung personenbezogener (einschließlich sensibler) Trainingsdaten. Es sollte unbedingt geprüft werden, ob das Zielunternehmen technische und organisatorische Maßnahmen ergriffen hat, um die Einhaltung der DSGVO zu gewährleisten und Risiken zu minimieren. Filtermechanismen und Techniken zur Datenreduktion sollten zur Einhaltung der Datenschutzvorschriften und zur Minderung regulatorischer Risiken durch das Zielunternehmen beitragen.

#### 6. Zusammenfassung

Die Legal Due Diligence über ein Zielunternehmen, das selbst KI-Systeme entwickelt, stellt eine große Herausforderung dar. Dies gilt insbesondere, da die zu prüfenden rechtlichen Rahmenbedingungen in weiten Teilen dynamisch sind. Mit dem AI Act gibt es ein neues EU-Regelwerk, das für davon erfasste KI-Systeme ähnliche Auswirkungen haben wird wie die DSGVO für die Verarbeitung und Nutzung von Daten, und aktuell noch Terra Incognita ist. In etablierten Rechtsgebieten wie dem Urheberrecht und dem Datenschutzrecht besteht die Aufgabe im Rahmen der Due Diligence im Wesentlichen darin, die Prozesse und das Geschäftsmodell des Zielunternehmens in bestehende Regelungsrahmen einzuordnen und zu prüfen, dass der Geschäftsbetrieb des Zielunternehmens rechtlich zulässig ist und keine

für den Verkäufer empfindlichen Risiken beinhaltet. Bei der Legal Due Diligence über ein KI entwickelndes Zielunternehmen gilt noch einmal mehr, was auch sonst zu einer guten Prüfung beiträgt: Die Experten aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten müssen wohl koordiniert und eng verzahnt vorgehen, um Geschäftsmodell und -betrieb des Zielunternehmens zu erfassen und rechtliche Risiken auszuschließen oder zu erkennen und zu würdigen. ■



**Dr. Marc Seeger** verfügt über mehr als 15 Jahre Erfahrung in der Beratung zu M&A-Transaktionen, Joint Ventures, Umstrukturierungen und im Gesellschaftsrecht. Ein Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt bei grenzüberschreitenden M&A-Transaktionen für deutsche und internationale Investoren, insbesondere in den Sektoren Technology & Communications, Retail & Consumer and Renewable Energies. Zuletzt beriet er gemeinsam mit den Mitautoren einen global agierenden Venture-Capital-Fonds zur Finanzierungsrunde eines führenden deutschen Unternehmens für künstliche Intelligenz im Bereich der Sprachtechnologie.

**Dr. Nils Löfing** bringt über ein Jahrzehnt Erfahrung im Umgang mit den komplexen Anforderungen des Daten- und IT-Rechts im Technology & Communications-Sektor mit. Schwerpunktmäßig berät er nationale und internationale Unternehmen lösungsorientiert zu rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit KI, einschließlich Datennutzung, Produktregulierung, Vertragsgestaltung und Haftung.

**Oliver Beltz** ist spezialisiert auf IT-Recht, insbesondere Vertragsrecht und -verhandlungen sowie IT-Outsourcing in regulierten Branchen. Ein besonderer Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt in der Beratung zu rechtlichen Rahmenbedingungen von (generativer) KI, insbesondere zum AI Act. Darüber hinaus ist er bei Bird & Bird national und international in diversen Legal-Tech-Initiativen aktiv, in denen er den Einsatz von KI im Beratungsalltag einer Großkanzlei erforscht und steuert.

**Dr. Simon Hembt** berät im gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und zu Branchenregulierung und ist spezialisiert auf Künstliche Intelligenz, Digitale Medien und Games. Ein Schwerpunkt seiner Arbeit liegt an der Schnittstelle von (generativer) KI, geistigem Eigentum und Technologieregulierung, und er berät regelmäßig zur Entwicklung maßgeschneiderter KI-Compliance-Strategien.