

# Kommunikation & Recht

K&R

4 | April 2023  
26. Jahrgang  
Seiten 233 - 304

**Chefredakteur**

RA Torsten Kutschke

**Stellvertretende  
Chefredakteurin**

RAin Dr. Anja Keller

**Redaktionsassistentin**

Dagmar Dinkel

[www.kommunikationundrecht.de](http://www.kommunikationundrecht.de)

**dfv** Mediengruppe  
Frankfurt am Main

- Das Internet, wie wir es kannten  
**Michael Terhaag**
- 233 Rechtsfragen bei ChatGPT & Co.  
**Prof. Dr. Thomas Wilmer**
- 240 Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen im Jahre 2022  
**Dr. Sebastian Meyer und Dr. Christoph Rempe**
- 246 § 25 TTDSG – Anwendungsbereich und Ausnahmen  
**Kathrin Schürmann und Philipp Guttman**
- 249 Anwendungsneutrale Vereinbarungen über QoS-Parameter und Volumenbeschränkungen  
**Krisztina Mezey und Anton Veidt**
- 255 Verfassungsgerichtliche Eingrenzung polizeilicher Befugnisse zur Terrorabwehr  
**Sofiane Benamor**
- 259 Länderreport Österreich  
**Prof. Dr. Clemens Thiele**
- 261 **EuGH:** Vermutung für Mehrwertsteuerpflicht eines Plattformbetreibers
- 275 **BGH:** Unterlassungsanspruch gegen Berichterstattung über Liebes-Aus
- 279 **BGH:** Persönlichkeitsrechtsverletzung durch Berichterstattung über Tod der Ehefrau
- 285 **OLG Frankfurt a. M.:** Nachtragsanspruch zu Äußerung auf anwaltlicher Homepage  
mit Kommentar von **Martin W. Huff**
- 290 **KG Berlin:** Einwilligung in E-Mail-Werbung umfasst auch Frequenz
- 291 **OLG Braunschweig:** Keine Markenrechtsverletzung durch Keyword-Advertising mit Konkurrenzmarke
- 295 **LG Karlsruhe:** Unterlassungsverpflichtung umfasst keine Einträge im Internetarchiv
- 298 **BFH:** Steuerbarkeit von Gewinnen aus der Veräußerung von Kryptowährungen  
mit Kommentar von **Prof. Dr. Jens M. Schmittmann**

Prof. Dr. jur. \* Thomas Wilmer\*\*

## Rechtsfragen bei ChatGPT & Co.

Einsatz und Nutzung nach aktuellem und künftigem Recht

### Kurz und Knapp

**Neben den Konsequenzen des ChatGPT-Einsatzes für Gesellschaft und Bildung stellen sich Rechtsfragen sowohl beim Auslesen von Webseiten und personenbezogenen Daten durch ChatGPT als auch bei der Nutzung und Verbreitung der KI-Ergebnisse durch Nutzer und Plattformen. Auch wenn mangels menschlicher Schöpfung keine Urheberrechte an den Texten von ChatGPT bestehen, sind Lizenzvorgaben und Regeln zum angemessenen Umgang mit den Ergebnissen einzuhalten. Daneben ist zu klären, welche Haftungsregeln nach aktuellem Recht und künftigen EU-Neuregelungen zu beachten sind.**

### I. Einleitung

Dieser Beitrag bietet einen Überblick über ausgewählte Rechtsfragen,<sup>1</sup> die bei der zunehmenden Nutzung<sup>2</sup> intelligenter Kommunikationssysteme und autonomer Textgeneratoren wie ChatGPT<sup>3</sup> entstehen.<sup>4</sup> Der Beitrag untersucht exemplarisch ChatGPT als Anwendungsfall der Textgenerierung durch sogenannte<sup>5</sup> Künstliche (schwache<sup>6</sup>) Intelligenz und richtet sich sowohl an diejenigen, die KI-Systeme anbieten, als auch an alle, die KI-Systeme dieser Art nutzen und mit den Ergebnissen der KI umgehen und diese anwenden. Die Ergebnisse der KI genießen in der Regel keinen urheberrechtlichen Schutz, insofern stellt sich die Frage geeigneter Lizenzierungsmodelle für die Anbieter. Soweit die KI sachlich falsche Ergebnisse produziert, wird die Einbindung in automatisierte Auskunftssysteme haftungsrechtliche Herausforderungen nach sich ziehen. Ob neue europäische Regelungen wie der Entwurf der KI-Verordnung<sup>7</sup> die Rechtsunsicherheiten beseitigen werden, muss bezweifelt werden, da sie sowohl terminologische Fragen aufwerfen als auch nicht ausreichend auf die Datenschutzgrundverordnung abgestimmt sind.

### II. Funktionsweise von ChatGPT

Bei ChatGPT handelt es sich um ein von OpenAI entwickeltes System, das der Künstlichen Intelligenz (KI) und dem maschinellen Lernen zuzuordnen ist. KI wird im KI-VO-E in Art. 3 Nr. 1 definiert als „eine Software, die mit einer oder mehreren der in Anhang I aufgeführten Techniken und Konzepten<sup>8</sup> entwickelt worden ist und im Hinblick auf eine Reihe von Zielen, die vom Menschen festgelegt werden, Ergebnisse wie Inhalte, Vorhersagen, Empfehlungen oder Entscheidungen hervorbringen kann, die das Umfeld beeinflussen, mit dem sie interagieren.“

Ergänzend hierzu die Antwort von ChatGPT selbst auf die Frage, wie ChatGPT funktioniert:

„ChatGPT ist ein maschinelles Lernmodell, das auf der Transformer-Netzwerkarchitektur basiert und von OpenAI trainiert wurde. Es wurde mit einer enormen Menge an Texten im Internet gefüttert, um es in der Sprachverarbeitung und Textgenerierung zu schulen. Wenn ein Benutzer eine Frage oder einen Text eingibt, analysiert ChatGPT den Eingabestring und verwendet dann sein trainiertes Modell, um eine mögliche Antwort zu generieren. Dabei berücksichtigt es sowohl den Kontext der Frage als auch die sprachlichen Muster, die es während seines Trainings gelernt hat. Die Antwort wird dann basierend auf einer Bewertung der möglichen Antworten ausgewählt, die es generiert hat.“

Entscheidend ist für die weitere rechtliche Erörterung, dass ChatGPT als Chatbot<sup>9</sup> – ähnlich wie vergleichbare Systeme, etwa LaMDA,<sup>10</sup> Sphere, PaLM<sup>11</sup> oder LLaMA<sup>12</sup> – weder von den ChatGPT-Urhebern vorgegebene Textmuster verwendet, noch längere Textelemente von Dritten übernimmt. Vielmehr basiert die Logik von ChatGPT auf einer Mischung aus gespeicherten Inhalten und aus Erfahrungswerten zur Frage, wel-

\* Als Jurist ist der Autor nach Einordnung von ChatGPT kein „böser Mensch per se“ (Antwort auf die Frage: Sind Juristen böse Menschen?: „Nein, Juristen sind keine ‚bösen‘ Menschen per se.“).

\*\* Alle hier aufgeführten Antworten von ChatGPT liegen als Screenshots der K&R-Redaktion vor, diese können vom Autor auf Anfrage zur Verfügung gestellt werden. Mehr über den Autor erfahren Sie am Ende des Beitrags. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 28. 2. 2023.

1 Auf die Darstellung gesellschaftlicher Folgewirkungen – insbesondere im Bildungsbereich – muss hier verzichtet werden.

2 <https://de.statista.com/infografik/29195/zeitraum-den-online-dienstegebraucht-haben-um-eine-million-nutzer-zu-erreichen/>.

3 „Generative Pretrained Transformer“; aktuell Version GPT-3 (Stand: Februar 2023), abrufbar unter <https://chat.openai.com/>; zum Überblick zu deutschsprachigen Textgeneratoren siehe Liste unter <https://edupad.ch/p/zCQGxvIVUy>.

4 Der Beitrag ist im Zusammenhang mit dem Projekt „Systematic privacy for large, real-life data processing systems“ des Nationalen Forschungszentrums für angewandte Cybersicherheit ATHENE entstanden, siehe dazu *Büscher*, ZD-Aktuell 2023, 01051.

5 Zur Kritik am KI-Begriff *Pieper*, K&R 2019, 14, 15.

6 Zur Abgrenzung schwache/starke KI von *Walter*, K&R 2019, 21.

7 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 (im Folgenden: KI-VO-E).

8 Anhang 1 benennt unter anderem Konzepte des maschinellen Lernens, mit beaufsichtigtem, unbeaufsichtigtem und bestärkendem Lernen unter Verwendung einer breiten Palette von Methoden, einschließlich des tiefen Lernens (Deep Learning) sowie Logik- und wissenschaftliche Konzepte und statistische Ansätze.

9 Zu den verschiedenen Arten von Chatbots und deren Funktionsweise siehe *Lorenz*, K&R 2019, 1, 2 ff.

10 Vgl. Artikel von *heise.de* vom 13. 6. 2022, „Hat Chatbot LaMDA ein Bewusstsein entwickelt? Google beurlaubt Angestellten“.

11 Übersichtsartikel über freie Chatbots in Medium vom 31. 12. 2022, „5 Free ChatGPT Competitors You Should Know About For 2023“, <https://medium.com/geekculture/5-free-chatgpt-competitors-you-should-know-about-for-2023-ff5fc48d0430>.

12 Artikel von *t3n*, „Der nächste ChatGPT-Konkurrent: Das ist Metas neue Sprach-KI“, <https://t3n.de/news/chat-gpt-konkurrent-meta-llama-1537268/>.

che Inhalte auf welche Fragen oder Texte typischerweise folgen.<sup>13</sup> Der Autor hat in einigen Stichproben versucht, ChatGPT zur wörtlichen Übernahme von Strings aus im Internet vor 2021 abrufbaren zielgerichteten Informationen zu verleiten, was jedoch nicht gelungen ist.

ChatGPT verwendet keine aktuellen Informationen aus dem Internet, sondern nutzt ausschließlich Daten aus seinem eigenen Modell, dabei wird nur auf Datensätze bis zum Jahr 2021 zurückgegriffen.<sup>14</sup> Neben der Textgenerierung bietet OpenAI auch zahlreiche andere Funktionen wie Bild- und Quellcodegenerierung.<sup>15</sup> Dieser Beitrag befasst sich ausschließlich mit der Textgenerierung auf Anfrage der Nutzer.

### III. Verletzung fremder Rechte: Input aus dem Internet in das KI-Modell/fremde Datenbasis

Soweit die Daten des KI-Modells durch das Auslesen aus dem Netz gewonnen werden, stellt sich die Frage der Zulässigkeit dieses sog. „Screenscraping“ oder „Webscraping“. In Betracht kommt eine Verletzung von Schutzrechten Geistigen oder Gewerblichen Eigentums, insbesondere des Urheberrechts.

Enthalten die ausgelesenen Webseiten Datenbanken nach § 87a UrhG, kann das systematische wiederholte Auslesen einen Verstoß gegen § 87b Abs. 1 S. 2 UrhG darstellen, sofern diese Handlungen einer normalen Auswertung der Datenbank zuwiderlaufen oder die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar beeinträchtigen. Solch ein Eingriff liegt nach Auffassung des BGH jedenfalls vor, wenn „die Entnahmehandlungen hierauf gerichtet sind und im Fall ihrer Fortsetzung dazu führen würden, die Datenbank insgesamt oder einen nach Art oder Umfang wesentlichen Teil zu vervielfältigen, zu verbreiten oder öffentlich wiederzugeben und damit den Tatbestand des Art. 7 Abs. 1 der Datenbank-RL zu umgehen“.<sup>16</sup> Da bei ChatGPT keine Wortlautübernahmen oder „nahezu identische“<sup>17</sup> Übernahmen stattfinden und auch – anders etwa als bei Metasuchmaschinen oder Reiseangebotsseiten<sup>18</sup> – kein „Unterlaufen“ der Marketingmöglichkeiten der ausgelesenen Seiten stattfindet, wird ein Verstoß gegen § 87b UrhG in aller Regel zu verneinen sein.

Falls urheberrechtlich geschützte Satzelemente nach § 2 Abs. 1 UrhG als Trainingsdaten übernommen werden, könnte die Anwendung des in Umsetzung der DSM-Richtlinie (RL (EU) 2019/790) 2001 eingeführten § 44b UrhG zum Text und Data Mining in Betracht kommen. § 44b Abs. 1 UrhG erlaubt die automatisierte Analyse von einzelnen oder mehreren digitalen oder digitalisierten Werken, um daraus Informationen insbesondere über Muster, Trends und Korrelationen zu gewinnen. Nach § 44b Abs. 2 UrhG sind Vervielfältigungen von rechtmäßig zugänglichen Werken für das Text- und Data Mining zulässig. Die Vervielfältigungen sind zu löschen, wenn sie für das Text- und Data Mining nicht mehr erforderlich sind. Nach Abs. 3 des § 44b UrhG sind solche Nutzungen nach Abs. 2 S. 1 nur zulässig, wenn der Rechtsinhaber sich diese nicht vorbehalten hat. Ein Nutzungsvorbehalt bei online zugänglichen Werken ist nur dann wirksam, wenn er in maschinenlesbarer Form erfolgt. Ein Webseitenbetreiber, der das Auslesen seiner Werke (soweit es sich um solche handelt) auf seinen Internetseiten durch ChatGPT verhindern möchte, muss daher einen maschinenlesbaren Vorbehalt auf seiner Seite vorsehen. Hierfür genügt nach richtiger Auslegung des § 44b bereits „jede digital hinterlegte Information als Vorbehalt [...], die in einem Internetstandard für Text codiert ist“.<sup>19</sup>

Das Auslesen von nicht urheberrechtlich nach § 2 UrhG oder leistungsschutzrechtlich nach § 87a UrhG als Datenbank ge-

schützten Inhalten fremder Webseiten kann darüber hinaus auf rechtliche Bedenken stoßen, soweit sog. „virtuelle Hausverbote“ der betroffenen Webseiten dies untersagen.<sup>20</sup> Allerdings ist selbst der Verstoß gegen akzeptierte Nutzungsbedingungen in aller Regel nicht als Verbot unlauterer Behinderung gem. § 4 Nr. 10 UWG zu werten,<sup>21</sup> zumal dem Seitenbetreiber die Möglichkeit der Einrichtung technischer Abwehrmaßnahmen offensteht, deren Umgehung dann einen Wettbewerbsverstoß darstellen kann.<sup>22</sup> Der Besuch einer Webseite als solcher begründet im Übrigen noch keinen Vertragsschluss.<sup>23</sup>

### IV. Urheberrecht oder sonstige Schutzrechte an den Ergebnissen? – Lizenzierungsfolgen

Soweit Bedingungen für die Nutzung der Ergebnisse von ChatGPT formuliert werden, stellt sich die Frage, ob hier OpenAI<sup>24</sup> als Lizenzgeber eines urheberrechtlich geschützten Werks oder einer geschützten Leistung auftreten kann. Ein urheberrechtlicher Schutz eines Werks setzt nach § 2 Abs. 2 UrhG eine persönlich-geistige Schöpfung voraus, welche auf einer menschlichen Handlung beruht.<sup>25</sup> Ergebnisse von ChatGPT können daher nur einem Werkschutz unterliegen, wenn diese umfangreiche Anteile menschlicher Vorarbeiten enthalten.<sup>26</sup> Solche Anteile müssten unmittelbar – und nicht aus der Generierung von Modellen – in den Text einfließen – etwa als vorgefertigte Textpassagen – was nicht der Fall ist. Solche größeren menschlichen Vorarbeitsanteile wären typischerweise denkbar, wenn umfangreichere Grafikausteile in spätere KI-generierte Bilder integriert würden.

Die Funktionsweise der KI bei ChatGPT beruht jedoch auf Algorithmen, die in der Lage sind, sowohl große Datenmengen auszuwerten, als auch sie inhaltlich zu bewerten und Ergebnisse in sprachlich korrekter Form wiederzugeben, wobei der Grad der Autonomie – insbesondere bei neuronalen Netzwerken – das besondere Charakteristikum ist.<sup>27</sup> Je größer die Autonomie, umso weniger Übernahmen vorgefertigter Bestandteile werden zu finden sein, die einem Urheberrechtsschutz zugänglich wären. Grundsätzlich liegt daher kein Werk vor. Auch die europäischen bereichsspezifischen Rechtsgrundlagen<sup>28</sup>

13 Siehe zum KI-Begriff in diesem Kontext *Shah/Bender*, DOI: <https://doi.org/10.1145/3498366.3505816>; vgl. das Interview mit der Computerlinguistin *Bender* in der NZZ vom 25. 2. 2023, „Es ist absurd, bei ChatGPT von künstlicher Intelligenz zu sprechen“, <https://www.nzz.ch/technologie/es-ist-absurd-bei-chat-gpt-von-kuenstlicher-intelligenz-zu-sprechen-ld.1726924>.

14 <https://help.openai.com/en/articles/6827058-why-doesn-t-chatgpt-know-about-x>.

15 <https://platform.openai.com/overview>.

16 BGH, 1. 12. 2010 – I ZR 196/08, K&R 2011, 485 ff.

17 BGH, 1. 12. 2010 – I ZR 196/08, K&R 2011, 485 ff.

18 BGH, 30. 4. 2014 – I ZR 224/12, K&R 2014, 596 – Screen Scraping.

19 *Hartmann*, MMR-Aktuell 2021, 441332.

20 *Kianfar*, DSRITB 2014, 821.

21 BGH, 30. 4. 2014 – I ZR 224/12, K&R 2014, 596, Rn. 35, 38 – Screen Scraping.

22 BGH, 30. 4. 2014 – I ZR 224/12, K&R 2014, 596, Rn. 37 – Screen Scraping.

23 *Kianfar*, DSRITB 2014, 821, 825 m. w. N.

24 Zur Frage der Ausübung der Meinungsfreiheit durch Chatbotbetreiber und -programmierer: *Lorenz*, K&R 2019, 1, 2 ff.

25 *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger UrhG*, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 15; *Loewenheim/Leistner*, in: *Schricker/Loewenheim (Hrsg.)*, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 2 UrhG Rn. 38 m. w. N.

26 *Loewenheim/Leistner*, in: *Schricker/Loewenheim (Fn. 25)*, § 2 UrhG Rn. 39.

27 *Loewenheim/Leistner*, in: *Schricker/Loewenheim (Fn. 25)*, § 2 UrhG Rn. 41, 41a.

28 RL 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 4. 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (Software-RL), Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. 12. 2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimm-

gehen von einem Erfordernis der menschlichen Schöpfung aus.<sup>29</sup>

Auch ein Schutz als Sammelwerk nach § 4 Abs. 1 UrhG oder als Datenbankwerk nach § 4 Abs. 2 UrhG scheidet aus, da es hier ebenfalls an der menschlichen Schöpfung mangelt. Ein Schutz der Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG käme grundsätzlich für die hinter ChatGPT stehenden Teile der Modellierung in Betracht, da Datenbank nach § 87a Abs. 1 S. 1 UrhG eine Sammlung von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen ist, die systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich sind und deren Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung eine nach Art oder Umfang wesentliche Investition erfordert. Dies gilt allerdings nicht für die durch die KI erzeugten Ergebnisse,<sup>30</sup> so dass die Tatsache, dass als Datenbankhersteller auch eine juristische Person in Betracht käme, nicht zum Tragen kommt.

De lege ferenda wird teilweise ein eigenes Schutzrecht für KI-generierte Inhalte gefordert, welches sich jedoch sinnvollerweise auf den Schutz der Trainingsdaten beschränken sollte.<sup>31</sup> Der Schutz der Ergebnisse sollte vertraglich abgesichert werden, so dass es im Ermessen der Betreiber steht, die Ergebnisse lizenzrechtlich zu schützen. Patentrechtliche Schutzmöglichkeiten werden an der Notwendigkeit eines menschlichen Erfinders<sup>32</sup> sowie an den Anforderungen an die Technik der Erfindung scheitern.<sup>33</sup>

Neben der Möglichkeit des Schutzes der KI-Software als solcher nach § 69a UrhG, dem einzelfallabhängigen Schutz der KI-Trainingsdaten nach § 2 Abs. 1 Nr. 7, § 4 Abs. 2 und § 87a UrhG<sup>34</sup> und dem Schutz des KI-Modells nach dem GeschGehG<sup>35</sup> oder nach ergänzendem wettbewerblichen Leistungsschutz nach § 4 Abs. 3 UWG<sup>36</sup> soll somit der vertragliche Schutz der KI-Ergebnisse im Vordergrund stehen.

Aktuell sehen die Lizenzbedingungen von OpenAI vor, dass an den in den Nutzungsbedingungen definierten „Services“ nicht ausschließliche Nutzungsrechte unentgeltlich eingeräumt werden.<sup>37</sup>

Soweit – unabhängig vom aktuellen ChatGPT-Lizenzmodell – vertraglich Rechte an nicht schutzfähigen Ergebnissen eingeräumt werden, stellt sich die Frage, ob dies nach deutschem AGB-Recht zulässig ist. Denkbar wäre ein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, soweit eine Lizenzierung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Im Bereich der IP-Verträge finden jedoch meistens typengemischte Verträge Verwendung, die selten einheitlichen Standards folgen.<sup>38</sup> Da Leistungsregelungen von der AGB-Inhaltskontrolle ausgenommen sind,<sup>39</sup> führen auch Abweichungen von typischen urheberrechtlichen Lizenzierungsvorgaben (wie dem Zweckbindungsgrundsatz nach § 31 Abs. 5 UrhG oder) nicht zu einem AGB-Verstoß.<sup>40</sup>

Bei der Lizenzierung von Informationen aus der Textgenerierung, die nicht dem Urheberrecht unterliegen, kommen abhängig vom Nutzungsmodell verschiedene Vertragstypen in Betracht. Denkbar wäre bei Dauernutzungen ein Pachtvertrag nach § 581 Abs. 2 BGB,<sup>41</sup> alternativ kommt aber auch ein typengemischter Vertrag mit kauf- und dienstvertraglichen Elementen oder ein Vertrag sui generis in Betracht.<sup>42</sup> Soweit bei ChatGPT eine Registrierung erforderlich ist und mit dieser eine Nutzungserlaubnis für die Textergebnisse ohne Einzelvergütung verbunden wird, kommen zunächst unentgeltliche Vertragstypen in Betracht. Für eine Einordnung in den Leihvertrag (entsprechend dem Mietvertrag bei entgeltlicher

Gestaltung) spricht die dauerhafte Nutzungsmöglichkeit des KI-Systems, ähnlich einer Datenbanknutzung. Dem steht – wie beim mietvertraglichen Modell – nicht entgegen, dass der Mieter keinen körperlichen Zugang zum Server von ChatGPT hat; so genügt es nach Auffassung des BGH für die Gebrauchsgewährung, „wenn dem Mieter der Zugang zur Mietsache verschafft wird, der auch online erfolgen kann“.<sup>43</sup>

Umso mehr ist davon auszugehen, dass die Lizenzierung nicht schutzfähiger Güter (die am ehesten noch dem Leitbild des GeschGehG entsprechen<sup>44</sup>) keinen AGB-rechtlichen Bedenken im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB begegnet.

## V. Datenschutzfragen: Datenverarbeitung bei Eingabe und Ergebnisausgabe

### 1. Datenerhebung und -verarbeitung durch OpenAI

Soweit die ausgelesenen Daten in das KI-Modell einfließen, werden auch personenbezogene Daten im Sinne des Art. 4 Nr. 1 DSGVO erhoben und weiterverarbeitet. Als Verantwortliche sind die Betreiber der KI und einsatzabhängig die Nutzer – gegebenenfalls in gemeinsamer Verantwortlichkeit nach Art. 26 DSGVO<sup>45</sup> – zu nennen. Es ist davon auszugehen, dass das Modell von ChatGPT auch dauerhaft personenbezogene Daten – jedenfalls prominenter Personen – speichert. ChatGPT erteilt auch Auskünfte über Einzelpersonen,<sup>46</sup> die auf diesen Datensätzen basieren. Anders als nach dem vor Einführung der DSGVO geltenden BDSG sieht die DSGVO keine Rechtsgrundlage vor, welche aus dem Tatbestand der rechtmäßigen öffentlichen Verbreitung eines personenbezogenen Datums zugleich eine Erlaubnis zur Weiterverarbeitung ableitet. Lediglich in Art. 9 Abs. 2 lit. e DSGVO wird eine Ausnahme vom Verarbeitungsverbot des Art. 9 Abs. 1 DSGVO für besondere personenbezogene Daten vorgesehen, soweit sich die Verarbeitung auf personenbezogene Daten bezieht, die die betroffene Person offensichtlich öffentlich gemacht hat. Diese Ausnahme vom Verarbeitungsverbot des Art. 9 Abs. 1 DSGVO ist jedoch nicht mit einer Verarbeitungserlaubnis gleichzusetzen, vielmehr handelt es sich nach Erwägungsgrund 51 S. 5 der DSGVO um zusätz-

ter verwandter Schutzrechte (Schutzdauer-RL), RL 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 3. 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken (Datenbank-RL), RL 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. 5. 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (InfoSoc-RL).

29 Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 25), § 2 UrhG Rn. 40.

30 Vgl. Vogel, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 25), § 87a UrhG Rn. 34.

31 Hacker, GRUR 2020, 1025, 1033.

32 Hetmank/Lauber-Rönsberg, GRUR 2018, 574, 575.

33 Hetmank/Lauber-Rönsberg, GRUR 2018, 574, 576.

34 Hacker, GRUR 2020, 1025, 1028; Gräfe/Kahl, MMR 2021, 121, 123.

35 Zum Ausscheiden des patentrechtlichen Schutzes bei Textgeneratoren-KI: Gräfe/Kahl, MMR 2021, 121, 123.

36 Hacker, GRUR 2020, 1025, 1031.

37 <https://openai.com/terms/>, dort § 2a („Use of Services“).

38 Grohmann, GRUR-Prax 2019, 27, 28.

39 BGH, 19. 4. 2012 – I ZB 80/11, K&R 2012, 664, Rn. 18.

40 BGH, 19. 4. 2012 – I ZB 80/11, K&R 2012, 664.

41 Hennemann, RD 2021, 61, 64 m. w. N.

42 Hennemann, RD 2021, 61, 64.

43 BGH, 15. 11. 2006 – XII ZR 120/04, K&R 2007, 91 ff.

44 Grohmann, GRUR-Prax 2019, 27, 28.

45 Conrad, K&R 2018, 741, 743.

46 Antwort auf die Frage „Wer war Lorient?“: „Lorient war der Künstlername des deutschen Humoristen, Cartoonisten, Schauspielers und Regisseurs Vicco von Bülow (1923–2011). Er gilt als einer der bedeutendsten Komiker des 20. Jahrhunderts in Deutschland (...).“ Antworten auf Fragen nach wenig bekannten Personen wurden in den vom Autor gestellten Fragen nicht beantwortet, was natürlich nicht die Speicherung der entsprechenden Daten ausschließt.

liche Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen.<sup>47</sup> Die Wertung des Art. 9 Abs. 2 lit. e DSGVO kann jedoch im Rahmen einer Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO herangezogen werden.<sup>48</sup> Soweit es sich um Daten handelt, die rechtmäßig veröffentlicht wurden, lässt sich die Verarbeitung durch ChatGPT unter Umständen auf Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO stützen.<sup>49</sup> Demnach wäre ein berechtigtes Interesse erforderlich, welches das Interesse der betroffenen Person überwiegt. Soweit ChatGPT lediglich öffentlich verfügbare Daten über Personen neu formuliert, welche jederzeit in öffentlich im Internet zugänglichen Quellen vorhanden sind, dürfte kein Überwiegen der Interessen der betroffenen Personen anzunehmen sein, wenn diese die Daten offensichtlich selbst öffentlich gemacht haben.<sup>50</sup> Zieht man die Maßstäbe des Art. 9 Abs. 2 lit. e DSGVO heran, muss es sich um „einen unzweideutigen und bewussten Willensakt der betroffenen Person“<sup>51</sup> handeln, wobei *keine* „zweckgerichtete Veröffentlichung“<sup>52</sup> vorliegen muss. Ob eine Erhebung der Daten „für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke“ nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO stattfindet, muss bezweifelt werden, da der exakte Verarbeitungszweck – da einsatzabhängig – nicht feststeht.<sup>53</sup>

Neben der – für die Robots der KI schwierigen – Beurteilung der bewussten Veröffentlichung der Daten einer einzelnen Internetquelle durch den Betroffenen spielt für die Interessenabwägung auch das Element der Kombination mehrerer Datenquellen eine Rolle.<sup>54</sup> Eine solche Kombination der Informationen über eine Einzelperson durch ChatGPT könnte über die Informationen hinausgehen, die ein Internetnutzer durch die eigene Suche im Internet auf den ersten Blick erhalten würde. Damit könnte dies auch eine Verarbeitung darstellen, mit welcher der Betroffene nicht mehr vernünftigerweise rechnen musste. Anders soll sich dies verhalten, wenn der Betroffene Daten in einem Sozialen Netzwerk eingestellt hat, welches in seinen Nutzungsbedingungen ein Auslesen der Daten durch Dritte untersagt hat.<sup>55</sup> Hier stellt sich allerdings die Frage, ob Betroffene, welche Daten in Soziale Netzwerke einstellen, diese Regelung kennen und nicht vielmehr gerade bei Sozialen Netzwerken mit einer Verbreitung selbst eingestellter Daten – jedenfalls bei auf öffentlich eingestellten Privatsphäreinstellungen – vernünftigerweise zu rechnen ist. Soweit von einem berechtigten Interesse zur Datenverarbeitung ausgegangen werden kann, ist vermutlich auch von einer Ausnahme von der Verpflichtung zur Information des Betroffenen über die Datenerhebung bei Dritten auszugehen.<sup>56</sup>

Inwieweit außerdem die in Art. 10 Abs. 5 der KI-VO-E<sup>57</sup> vorgesehene Zweckänderung mit „verschärftem“ Erforderlichkeitsmaßstab<sup>58</sup> als Rechtsgrundlage herangezogen werden kann, wird im Einzelfall von der Verwendung personenbezogener Daten für den konkreten Trainingszweck abhängen. Nach der dem Diskriminierungsschutz dienenden<sup>59</sup> Regelung dürfen KI-Anbieter personenbezogene Daten verarbeiten, soweit dies für die Beobachtung, Erkennung und Korrektur von Verzerrungen im Zusammenhang mit Hochrisiko-KI-Systemen unbedingt erforderlich ist, wobei sie angemessene Vorkehrungen für den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen treffen müssen.

## 2. Einbindung von ChatGPT durch Dritte

Der Einsatz von ChatGPT bei eigenen Verarbeitungstätigkeiten eines Unternehmens – etwa im Personalwesen zur Unterstützung bei der Erstellung personalisierter Schreiben – verbietet sich, soweit damit automatisiert und ohne menschlichen Eingriff nach Art. 22 DSGVO unzulässige Entscheidungen getrof-

fen werden sollen.<sup>60</sup> Die französische Datenschutzaufsicht CNIL hat im Übrigen darauf hingewiesen, dass die Einbindung von Chatbots als Kommunikationsassistenten eine entsprechende Einwilligung erfordert.<sup>61</sup> Die fehlende Transparenz der Datenverarbeitung durch ChatGPT wird dabei die angemessene Information der Betroffenen über die Datenverarbeitung nach Art. 13 Abs. 1 DSGVO erschweren, denn selbst eine Offenlegung der Algorithmen würde nicht zur Nachvollziehbarkeit der Entscheidungswege der KI führen.<sup>62</sup>

Nach § 87a BetrVG kommt auch eine Mitbestimmungspflicht beim Einsatz von ChatGPT als Bestandteil einer technischen Einrichtung in Betracht, welche geeignet ist, die Leistung der Beschäftigten zu kontrollieren.

Beim Einsatz in der Werbung gelten für Chatbot-Ergebnisse die Regelungen des UWG, so dass etwa automatisiert erstellte unkontrollierte Marketingäußerungen zur unzulässigen Irreführung der Verbraucher führen können.<sup>63</sup>

Wird ChatGPT von Berufsträgern eingesetzt, die besonderen standesrechtlichen und Geheimhaltungsregelungen unterliegen, kann der Einsatz im Widerspruch zum Prinzip der höchstpersönlichen Leistungserbringung stehen, zulässig ist jedoch zweifellos die Heranziehung zu Unterstützungsleistungen.<sup>64</sup>

## VI. Plagiatsfragen

Fraglich ist, wie sich der Einsatz von ChatGPT durch Schüler<sup>65</sup> und Studierende auf die Plagiatskontrollen auswirken wird. Der Begriff des Plagiats kann zum einen im engeren Sinne als Verletzung fremder Urheberrechte – hier den generierten Texten – verstanden werden. Hierfür müsste an den KI-Ergebnissen ein Urheberrecht entstehen, was nicht der Fall ist (s. o.), so dass keine fremde Urheberschaft durch die Übernahme der Texte angemaßt wird.<sup>66</sup> Ein Plagiat kann jedoch auch in einem Verstoß gegen die Pflicht zur Quellenangabe nach § 63 UrhG bestehen, bei welcher dadurch „der Eindruck entsteht, das Entlehnte stamme vom Entlehnenden“.<sup>67</sup>

47 Siehe auch zum Verhältnis Art. 9 DSGVO und den allgemeinen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen *Mester*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO, 4. Aufl. 2022, Art. 9 Rn. 1 f.

48 *Schwarz*, ZD 2018, 353, 355.

49 *Gräfe/Kahl*, MMR 2021, 121, 124.

50 *Dallmann/Busse*, ZD 2019, 394, 395; *Schnebbe*, in: Selzer, Datenschutzrecht, 2022, Art. 9 DSGVO Rn. 13.

51 *Mester*, in: Taeger/Gabel (Fn. 47), Art. 9 Rn. 25 m. w. N.

52 *Mester*, in: Taeger/Gabel (Fn. 47), Art. 9 Rn. 25 m. w. N.

53 *von Walter*, K&R 2019, 21, 23; *Conrad*, K&R 2018, 741.

54 *Dallmann/Busse*, ZD 2019, 394, 396.

55 *Dallmann/Busse*, ZD 2019, 394, 397.

56 Siehe im Einzelnen unter Verweis auf ErwG 62 der DSGVO: *Dallmann/Busse*, ZD 2019, 394, 398.

57 S. u. IX.

58 *Hornung*, Trainingsdaten und die Rechte von betroffenen Personen – in der DSGVO und darüber hinaus?, in: Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz/*Rostalski* (Hrsg.), Künstliche Intelligenz. Wie gelingt eine vertrauenswürdige Verwendung in Deutschland und Europa? 2022, S. 91, 117.

59 ErwG 44 KI-VO-E, S. 5.

60 *von Walter*, K&R 2019, 21, 23.

61 Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), Chatbots : les conseils de la CNIL pour respecter les droits des personnes, 19. 2. 2021, <https://www.cnil.fr/en/node/120938>.

62 *Lauscher/Legner*, ZfDR 2022, 367, 382; *Ebert/Spiecker gen. Döhmman*, NVwZ 2021, 1188, 1191.

63 Im Einzelnen: *Lorenz*, K&R 2019, 1, 5 ff.

64 *Kremer*, K&R 2019, 18.

65 Siehe zu Fragen des Einsatzes von ChatGPT an Schulen: *Beat Döbeli Honegger*, ChatGPT & Schule, Einschätzungen der Professur „Digitalisierung und Bildung“ der Pädagogischen Hochschule Schwyz, <https://mia.phsz.ch/pub/MIA/ChatGPT/2023-chat-gpt-und-schule-v117.pdf>.

66 *Loewenheim*, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 25), § 23 UrhG Rn. 28.

67 *Loewenheim*, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 25), § 23 UrhG Rn. 28, siehe unten IX. 1 zur Kennzeichnungspflicht von KI-Resultaten nach der KI-VO.

Im weiteren Sinne wird das Plagiat aber als Verstoß gegen die Vorgaben zum wissenschaftlichen Arbeiten verstanden werden, wobei es nicht auf einen Urheberrechtsschutz des verwendeten Materials, sondern lediglich um die Anmaßung der Autorenschaft des Textes ankommt.<sup>68</sup> Soweit im prüfungsrechtlichen Kontext Studierenden abverlangt wird, die eigenständige Abfassung von Arbeiten an Eides Statt zu versichern,<sup>69</sup> kann es sich bei der Integration von ChatGPT-Texten ohne Kennzeichnung derselben auch um einen Verstoß gegen § 156 StGB (falsche eidesstattliche Versicherung) handeln. Vor allem sind jedoch prüfungsrechtliche Konsequenzen zu erwarten. Eine Strafbarkeit nach § 106 UrhG (Unerlaubte Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke) wird dagegen meist am erforderlichen Werkcharakter der Übernahmen scheitern.<sup>70</sup>

## VII. Haftung für falsche Ergebnisse oder Missbrauch?

Hinsichtlich der Haftung für die Antworten von ChatGPT stellt sich die Frage, welche vertraglichen oder gesetzlichen Gewährleistungs- und Haftungsregelungen in Betracht kommen. Zu den klassischen Risiken eines KI-Systems zählen das Autonomierisiko der nicht menschlich überprüften Entscheidungen und das Opazitätsrisiko der bei echter KI nicht nachvollziehbaren Entscheidungswege.<sup>71</sup> An dieser Stelle kann nur ein Auszug der anwendbaren Regelungen dargestellt werden, da die Einsatzszenarien der Chatbots zahlreich sind. Haftungssubjekte werden die Betreiber des Systems und diejenigen sein, welche die Ergebnisse für ihre Zwecke – etwa gegenüber ihren Vertragspartnern – einsetzen.

### 1. Vertragliche Haftung

Betrachtet werden soll die zivilrechtliche<sup>72</sup> Haftung für den Betrieb und den Einsatz von Chatbots.

#### a) OpenAI als ChatGPT-Betreiber

Soweit ChatGPT nur unter Akzeptanz von Nutzungsbedingungen verwendet werden kann, ist der vertraglich vereinbarte Leistungsumfang und Sollzustand maßgeblich.<sup>73</sup> Die Verantwortlichkeit von OpenAI richtet sich bei unentgeltlicher Bereitstellung der Ergebnisse nach den Grundsätzen der unentgeltlichen Vertragsarten des Schuldrecht BT. Je nach Lizenzmodell kommen die Grundsätze der Leihe nach § 598 BGB (s. o. IV. zu einzelnen Vertragstypen) oder der Schenkung nach § 516 BGB in Betracht. Mögliche Haftungsszenarien orientieren sich dann an den – bei unentgeltlichen Verträgen entsprechend §§ 521, 599, 690 BGB eingeschränkten – Haftungsmaßstäben der §§ 280, 276 BGB.

Zur Zuverlässigkeit der Aussagen von ChatGPT und zum Sollzustand der Leistungen und Mitwirkungspflichten der Nutzer teilt OpenAI mit:

„Up-to-date Knowledge: ChatGPT's training data cuts off in 2021. (...) ChatGPT has no external capabilities and cannot complete look-ups. This means that it cannot access the internet, search engines, databases, or any other sources of information outside of its own model. It cannot verify facts, provide references, or perform calculations or translations. It can only generate responses based on its own internal knowledge and logic.“<sup>74</sup>

Weiterhin weist OpenAI auf Folgendes hin:<sup>75</sup>

„The following set of use cases carry a greater risk of potential harm: criminal justice, law enforcement, legal, government and civil services, healthcare, therapy, wellness, coaching, finance, news. For these use-cases, you must: 1. Thoroughly test our models for accuracy in your use case and be transparent with your users about limitations; 2. Ensure your team has domain expertise and understands/follows relevant laws“.

Soweit hierbei OpenAI auf die Grenzen des Modells und die Notwendigkeit der Kontrolle der Ergebnisse hinweist, darf die Transparenz dieser Hinweise bezweifelt werden, solange und soweit den Vertragspartnern die Details und Grenzen des Modells nicht bekannt sein können.

Es sind zahllose Haftungsszenarien in den Auswirkungen ungenauer oder falscher Ergebnisse denkbar. Welche Konsequenzen der unerwartete Einsatz von KI haben kann, zeigt der Fall eines Xerox-Kopierers, welcher aufgrund einer vielen Kunden nicht bekannten schwachen KI-Funktion keine fotografische Reproduktion hergestellt hat, sondern undeutliche Ziffern oder Zahlen autonom korrigiert hat – zum Teil mit falschen Ergebnissen bei Zahlenwerten („aus 4 wird 7“).<sup>76</sup>

Eine Haftungsbegrenzung in den ChatGPT-Lizenzbedingungen wird im Übrigen unwirksam sein, soweit sie den üblichen AGB-rechtlichen Beschränkungen nicht entspricht.<sup>77</sup> Schwer fallen wird trotz der Hinweise von OpenAI zu schadensgeneigten Einsätzen die Bestimmung des typischen vorhersehbaren Schadens, welcher Maßstab für die Haftungshöchstsummenbegrenzung ist.<sup>78</sup> ChatGPT beantwortet auch Fragen zu schadensgeneigten oder bei inhaltlichen Fehlern gesundheitsgefährdenden Informationen, so etwa zur Frage, wie ein Luftröhrenschnitt durchzuführen ist. Der entsprechenden Antwort wird der Hinweis hinzugesetzt, „Der Eingriff wird normalerweise von einem erfahrenen Arzt durchgeführt und erfordert eine sorgfältige Vorbereitung und Durchführung.“<sup>79</sup> Insofern wird abzuwarten bleiben, welche Absicherungen und Hinweise eingesetzt werden, wenn ChatGPT als Bestandteil einer Suchmaschinenauskunft betrieben wird.

#### b) Integration von ChatGPT in fremde Leistungen

Werden ChatGPT-Ergebnisse in fremde entgeltliche Leistungen integriert, kommen je nach Lizenzmodell der Datenintegration und -bereitstellung beispielsweise Ansprüche aus dem Mietrecht nach § 535 BGB, dem Pachtrecht nach § 581 BGB oder dem Kaufrecht nach § 433 BGB in Betracht. Wird ChatGPT als Teil eines Vertragsschlussprozesses eingesetzt, gelten auch hierfür die Regeln der elektronischen, automatisierten Willenserklärung, die wirksamer Bestandteil des Vertragsschlusses sein und deren Fehler Bestandteil einer Anfechtung nach § 119 Abs. 1 S. 2 oder § 120 BGB sein kann.<sup>80</sup>

68 Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 25), § 23 UrhG Rn. 30, zu den strafrechtlichen Konsequenzen des Plagiats im Bereich des Betrugs nach § 263 StGB: Wagner, wistra 2017, 466.

69 Auszug aus der Beispielformulierung aus dem Studiengang Informationsrecht der Hochschule Darmstadt unter [https://irecht.h-da.de/fileadmin/Studiengaenge/Irecht/STUDIENGAENGE/Gemeinsame\\_Unterlagen/Pruefungsunterlagen/Eidesstattliche\\_Erklarung.pdf](https://irecht.h-da.de/fileadmin/Studiengaenge/Irecht/STUDIENGAENGE/Gemeinsame_Unterlagen/Pruefungsunterlagen/Eidesstattliche_Erklarung.pdf): „Ich erkläre hiermit an Eides statt, dass ich die vorliegende Arbeit ohne unzulässige Hilfe Dritter und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt habe. Die aus anderen Quellen direkt oder indirekt übernommenen Stellen sind unter Angabe des Literaturverzeichnisses gekennzeichnet.“ Die im Entwurf befindliche Neufassung verbietet ausdrücklich den ungekennzeichneten Chatbot-Einsatz.

70 Siehe zur Problemstellung im wissenschaftlichen Bereich Fahl, ZRP 2012, 7, 9.

71 Burchardi, EuZW 2022, 685, 686; Strecker, RdI 2021, 124.

72 Zu möglichen strafrechtlichen Folgen, Lorenz, K&R 2019, 1, 6 f.

73 Siehe zu weiteren Haftungsszenarien, Lorenz, K&R 2019, 1, 6 f.

74 <https://help.openai.com/en/articles/6827058-why-doesn-t-chatgpt-know-about-x>.

75 <https://platform.openai.com/docs/usage-policies>.

76 Artikel auf [spiegel.de](https://www.spiegel.de) vom 5. 8. 2013, „Profi-Kopierer verdreht Zahlen“, <https://www.spiegel.de/netzwelt/apps/blogger-schreibt-bug-xerox-scan-kopierern-sollen-zahlen-vertauschen-a-914897.html>.

77 Siehe Überblick bei Grohmann, GRUR-Prax 2019, 27, 28.

78 BGH, 19. 1. 1984 – VII ZR 220/82, BGHZ 89, 363 f. = BB 1984, 746.

79 Auszug aus der Antwort von ChatGPT auf die Frage, wie man einen Luftröhrenschnitt macht.

80 BGH, 26. 1. 2005 – VIII ZR 79/04, K&R 2005, 176; vgl. auch Spindler, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Vor-

## 2. Gesetzliche Haftungsregelungen

Neben vertraglichen Regelungen sind – insbesondere beim Einsatz von ChatGPT-Ergebnissen in Kommunikationsassistenten oder FAQ-ähnlichen Systemen – gesetzliche Regelungen zu beachten. Soweit falsche Antworten zu Schäden an Gesundheit und Leben führen, kommt ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB in Betracht. Vermögensschäden durch falsche Antworten werden von § 823 Abs. 1 BGB dagegen nicht umfasst. Eine Gefährdungshaftung *de lege lata* existiert bisher nicht, soweit die KI nicht etwa in bestimmte Produkte integriert wird, für welche dann das Produkthaftungsgesetz oder Regelungen für Medizinprodukte gelten. Teilweise wird eine Gefährdungshaftung für KI-Systeme analog zur Tierhalterhaftung nach § 833 BGB erwogen.<sup>81</sup> Auch durch die neuen EU-KI-Regulierungen<sup>82</sup> wird eine verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung nicht grundsätzlich eingeführt.<sup>83</sup>

## VIII. Diskriminierungsfragen/Marktbeeinflussung

Ein Einsatz von KI wirft zahlreiche ethische Fragen auf<sup>84</sup> aufgrund der automatisierten Nutzungsmöglichkeit stellt sich nicht nur die Frage der Verantwortlichkeit von OpenAI für die Diskriminierungsfreiheit der Trainingsdaten und der Algorithmen<sup>85</sup> mit der Folge möglicher Verstöße gegen § 7 AGG und § 19 AGG beim Einsatz im HR-Bereich bzw. im E-Commerce, sondern auch zum möglichen Missbrauch der Texte von ChatGPT, etwa zur Verbreitung sog. Hate Speech oder der Neutralität in politischen oder gesellschaftlichen Fragen.<sup>86</sup> Fraglich ist etwa, ob die KI-Logik auch bei der Replikation von Hate-Speech-Resultaten funktioniert (auch indirekt durch die Übernahme typischer Antwortmuster) und dadurch die entsprechende Verbreitung von Hassbotschaften über Social Media begünstigt. Wegen solcher Vorfälle wurde 2016 der Chatbot „Tay“ von Twitter abgeschaltet.<sup>87</sup> OpenAI legt in seinen Nutzungsbedingungen unter anderem Folgendes fest:<sup>88</sup>

„Usage policies; We want everyone to be able to use our API safely and responsibly. To that end, we’ve created use-case and content policies. By following them, you’ll help us make sure that our technology is used for good. If we discover that your product doesn’t follow these policies, we’ll ask you to make necessary changes. If you don’t comply, we may take further action, including terminating your account. (...) Use Case Policy: We prohibit building products that target the following use-cases: Illegal or harmful industries, Misuse of personal data, Promoting dishonesty, Deceiving or manipulating users, Trying to influence politics. Content Policy: We also don’t allow you or end-users of your application to generate the following types of content: Hate, Harassment, Violence, Self-harm, Sexual, Political, Spam, Deception, Malware.“

Daneben sieht OpenAI in den Nutzungsbedingungen unter Punkt 2.a Folgendes vor:

„Restrictions. You may not (i) use the Services in a way that infringes, misappropriates or violates any person’s rights“<sup>89</sup>

Damit behält sich OpenAI vor, entsprechenden Missbrauch zu unterbinden. Soweit ChatGPT bereits auf entsprechende mögliche problematische „Triggerworte“ (wie im Test „Überfremdung“<sup>90</sup>) offensichtlich durch das KI-Modell vorbereitet wurde, verhindert dies von vorneherein die Nutzung für Hate Speech und ähnliche Missbrauchsformen.

## IX. KI-VO-Entwurf und weitere europäische Regelungen

Laut Eigenangaben von ChatGPT ist es unwahrscheinlich, dass Menschen Angst vor der KI haben müssen, wenn diese

verantwortungsvoll gehandhabt wird.<sup>91</sup> Um dies sicherzustellen, existieren eine ganze Reihe von aktuellen Regulierungsansätzen auf EU- und internationaler Ebene.<sup>92</sup>

Zu den Regulierungen gehören neben produktsicherheits- oder servicebezogenen Regelungen<sup>93</sup> vor allem die Entwürfe der KI-Verordnung und der KI-Haftungsverordnung.<sup>94</sup> Nach Art. 5 Abs. 1 lit. a des Entwurfs der KI-Verordnung sind – auch aus den Erfahrungen im Umfeld des „Social Scoring“<sup>95</sup> – KI-Anwendungen verboten, die Techniken der unterschweligen Beeinflussung außerhalb des Bewusstseins einer Person einsetzen; daneben sind auch Praktiken verboten, die eine Schwäche oder Schutzbedürftigkeit einer bestimmten Gruppe von Personen aufgrund ihres Alters oder ihrer körperlichen oder geistigen Behinderung ausnutzen. Besondere Vorgaben unterliegen Hochrisiko-KI-Systeme nach Art. 6 des Entwurfs. Zu diesen zählen nach Anhang III des KI-VO-E unter anderem bestimmte Anwendungen im Bereich von allgemeiner und beruflicher Bildung, Beschäftigung und Personalmanage-

bemerkung zu §§ 116 ff., Rn. 5.; *Wilmer*, NJW-CoR 2000, 94, 96; siehe zum Fall der Bestellung von Waren durch Alexa: *Pieper*, K&R 2019, 14, 17.

81 Siehe zum Diskussionsstand bei der Gefährdungshaftung *Lorenz*, K&R 2019, 1, 6.

82 S. u. IX.

83 *Bomhard/Siglmüller*, RD 2022, 506, 507.

84 Siehe Empfehlungen der Datenethikkommission für die Strategie Künstliche Intelligenz der Bundesregierung vom 9. 10. 2018, [https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/it-digitalpolitik/datenethikkommission/empfehlungen-datenethikkommission.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/it-digitalpolitik/datenethikkommission/empfehlungen-datenethikkommission.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

85 Details und Beispiele bei *Lauscher/Legner*, ZfDR 2022, 367, 371 f.

86 Antwort von ChatGPT auf die Frage: Bist du Team Meghan oder Team Kate?: „Ich bin ein KI-Modell und habe keine persönlichen Vorlieben oder Meinungen. Mein Ziel ist es, objektiv und unvoreingenommen auf Fragen zu antworten.“

87 Artikel auf [heise.de](https://www.heise.de) vom 24. 3. 2016, „Microsofts Chatbot Tay nach rassistischen Entgleisungen abgeschaltet“, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Microsofts-Chatbot-Tay-nach-rassistischen-Entgleisungen-abgeschaltet-3151646.html>.

88 <https://platform.openai.com/docs/usage-policies>.

89 <https://openai.com/terms/>.

90 Antwort von ChatGPT auf die Frage: Wann liegt eine Überfremdung vor?: „Es gibt keine einheitliche Definition von ‚Überfremdung‘. Dieser Begriff wird oft in einem negativen Kontext verwendet und impliziert eine Mehrheit von Menschen, die nicht aus einer bestimmten Nation, Ethnie oder Kultur stammen. Es ist jedoch wichtig zu beachten, dass dieser Begriff rassistische und diskriminierende Konnotationen hat und daher abgelehnt werden sollte. Es ist wichtiger, sich auf die Förderung einer vielfältigen und inklusiven Gesellschaft zu konzentrieren, in der jeder unabhängig von Hintergrund, Ethnie oder Nationalität willkommen ist und gleiche Rechte und Chancen hat. Die Vielfalt und Unterschiedlichkeit der Menschen kann als Stärke betrachtet werden, die dazu beiträgt, dass Gesellschaften lebendiger und bereichernder werden.“

91 Antwort von ChatGPT auf die Frage: Müssen Menschen Angst vor der KI haben?: „Es hängt davon ab, wie man KI verwendet und reguliert. Einige Experten sind besorgt darüber, dass KI in die falschen Hände gelangen und für negative Zwecke eingesetzt werden könnte, während andere argumentieren, dass KI ein unglaubliches Potenzial hat, das Leben der Menschen zu verbessern. Es ist wichtig, KI sicher und ethisch zu entwickeln und zu regulieren, um sicherzustellen, dass sie zum Wohl der Gesellschaft eingesetzt wird. Dies kann durch die Überwachung des Einsatzes von KI und die Schaffung von Regeln und Vorschriften für ihre Verwendung erreicht werden. Es ist jedoch unwahrscheinlich, dass man Angst vor KI haben muss, solange sie verantwortungsvoll entwickelt und reguliert wird. Vielmehr sollte man die Vorteile und Chancen, die KI bietet, würdigen und nutzen.“

92 Überblick bei *Strecker*, RD 2021, 124 ff.

93 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maschinenprodukte (COM(2021) 202 final) vom 21. 4. 2021; Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die allgemeine Produktsicherheit, (COM(2021) 346 final) vom 30. 6. 2021; VO (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 6. 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten.

94 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Anpassung der Vorschriften über außervertragliche zivilrechtliche Haftung an künstliche Intelligenz (Richtlinie über KI-Haftung), COM(2022) 496 final.

95 Dazu *Ebert/Spiecker gen. Döhmman*, NVwZ 2021, 1188, 1189.

ment sowie Zugänglichkeit und Inanspruchnahme grundlegender privater und öffentlicher Dienste und Leistungen. Nach Erwägungsgrund 28 S. 4 sind „das Ausmaß der negativen Auswirkungen des KI-Systems auf die durch die Charta geschützten Grundrechte (...) bei der Einstufung eines KI-Systems als hochriskant von besonderer Bedeutung“. Die Einstufung als Hochrisiko-System kann auch von Bedeutung für vertragliche Gewährleistungsregelungen und im deliktischen Bereich für die Bestimmung von Verkehrssicherungspflichten nach § 823 Abs. 1 BGB oder die Bestimmung von Schutzgesetzen nach § 823 Abs. 2 BGB sein.<sup>96</sup>

Auf den ersten Blick scheint ein Chatbot nicht unter Hochrisiko-Systeme zu fallen. Da dessen Ergebnisse jedoch bei Integration in Anwendungen des Bildungs-, Justiz- oder Medizinsystems zu dramatischen Folgen führen können (insbesondere in Auswahl- oder Bewertungsszenarien<sup>97</sup>), kann diese Einordnung auch beim Einsatz von ChatGPT in Betracht kommen. Bereits die Erfüllung dieser Transparenzanforderungen an den Einsatz des Hochrisikosystems wird die Betreiber vor erhebliche Herausforderungen stellen.<sup>98</sup>

Nach Art. 52 Abs. 1 KI-VO-E haben die Anbieter im Übrigen sicherzustellen, dass KI-Systeme, die für die Interaktion mit natürlichen Personen bestimmt sind, so konzipiert und entwickelt werden, dass natürlichen Personen mitgeteilt wird, dass sie es mit einem KI-System zu tun haben, es sei denn, dies ist aufgrund der Umstände und des Kontexts der Nutzung offensichtlich. Dies wird zu Vorgaben für die Lizenzierung der Chat-Ergebnisse zur Integration in die Dienste Dritter führen.

Der Vorschlag des Rates vom 25.11.2022<sup>99</sup> definiert in seinem Art. 3 Abs. 1 lit. b als „KI-System mit allgemeinem Verwendungszweck“ ein KI-System, das – unabhängig davon, wie es in Verkehr gebracht oder in Betrieb genommen wird, auch in Form quelloffener Software – vom Anbieter dazu vorgesehen ist, allgemein anwendbare Funktionen wie Bild- oder Spracherkennung, Audio- und Videogenerierung, Mustererkennung, Beantwortung von Fragen, Übersetzung und Sonstiges auszuführen; dabei kann ein KI-System mit allgemeinem Verwendungszweck in einer Vielzahl von Kontexten eingesetzt und in eine Vielzahl anderer KI-Systeme integriert werden. Diese Definition würde dann auch Chatbots wie ChatGPT betreffen, sodass nach Titel Ia der KI-VO des Rates auch solche Systeme ausdrücklich den Hochrisiko-Systemen unterfallen können (Art. 4b Abs. 1 KI-VO-E des Rates), es sei denn, der Anbieter hat in den Gebrauchsanweisungen oder in den Begleitdokumenten des KI-Systems mit allgemeinem Verwendungszweck ausdrücklich jegliche Verwendung mit hohem Risiko ausgeschlossen (Art. 4c Abs. 1 KI-VO-E des Rates). Allerdings erfolgt ein solcher Ausschluss nach Art. 4c Abs. 2 KI-VO-E des Rates in gutem Glauben und gilt nicht als gerechtfertigt, wenn der Anbieter hinreichende Gründe für die Annahme hat, dass es zu einer Fehlanwendung des Systems kommen könnte. Stellt der Anbieter eine Fehlanwendung auf dem Markt fest oder wird darüber informiert, so ergreift er alle erforderlichen und verhältnismäßigen Maßnahmen, um eine weitere Fehlanwendung zu verhindern, wobei er insbesondere dem Umfang der Fehlanwendung und der Schwere der damit zusammenhängenden Risiken Rechnung trägt (Art. 4c Abs. 3 KI-VO-E des Rates).

Die ergänzende KI-Haftungs-VO-E regelt nach ihrem Art. 1 Abs. 1 lit. a und Art. 3 die Offenlegung von Beweismitteln betreffend Hochrisiko-KI-Systeme<sup>100</sup> mit dem Ziel, es einem Kläger zu ermöglichen, einen außervertraglichen<sup>101</sup> verschul-

densabhängigen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch zu begründen sowie die Beweislast bei der Geltendmachung außervertraglicher verschuldensabhängiger zivilrechtlicher Ansprüche vor nationalen Gerichten in Bezug auf Schäden, die durch ein KI-System verursacht wurden.

Soweit Ergebnisse von ChatGPT und vergleichbaren Systemen in Suchmaschinen und andere Plattformen eingebunden werden,<sup>102</sup> können die Nutzungen unter die Regelungen des Digital Services Act<sup>103</sup> (DSA) und/oder des Digital Market Act (DMA) fallen. Der Einsatz von ChatGPT-ähnlichen Systemen muss nach Art. 34 Abs. 1 DSA einer Risikobewertung unterzogen werden, wenn es sich um Anbieter sehr großer Online-Plattformen oder sehr großer Online-Suchmaschinen handelt. Diese müssen sorgfältig alle systemischen Risiken in der Union ermitteln, so unter anderem nach Art. 34 Abs. 1 S. 3 DSA systemische Risiken wie die Verbreitung rechtswidriger Inhalte, etwaige tatsächliche oder vorhersehbare nachteilige Auswirkungen auf die Ausübung der Grundrechte, tatsächliche oder absehbare nachteiligen Auswirkungen auf die gesellschaftliche Debatte und auf Wahlprozesse und die öffentliche Sicherheit und weitere grundrechtsrelevante Risiken.

Bestimmte Vorgaben des DSA beziehen sich hierbei jedoch auf Bild-, Ton- oder Videoinhalte im Bereich von Deep Fakes, nicht jedoch auf Textinhalte.<sup>104</sup>

Der Digital Markets Act<sup>105</sup> regelt unter anderem die Verpflichtung von Torwächtern, welche ein Ranking auf Plattformen anhand transparenter, fairer und diskriminierungsfreier Bedingungen vornehmen (Art. 6 Abs. 5 S. 2 DMA). Soweit ChatGPT in das Ranking maßgeblich eingebunden wird, sind die entsprechenden Vorgaben des DMA daher einschlägig und ebenfalls zu beachten.

## X. Regulierungsvorschläge

Soweit festgestellt wurde, dass – anders als für Programmierung und Datenbasis – Schutzmöglichkeiten für Ergebnisse von ChatGPT & Co aus dem Bereich des Geistigen Eigentums und der Gewerblichen Schutzrechte nicht bestehen und die Möglichkeit<sup>106</sup> vertraglicher Lizenzierung de lege lata begrenzt ist, stellt sich die Frage, welche Ergänzung der Schutzmöglichkeiten de lege ferenda sinnvoll wären.

Ein entsprechendes Schutzbedürfnis könnte analog zu den Grundgedanken des Patentrechts<sup>107</sup> in der Notwendigkeit des Investitionsschutzes und der Belohnung für technologische Fortschritte bestehen.

<sup>96</sup> *Roos/Weitz*, MMR 2021, 844, 850.

<sup>97</sup> Beispiele bei *Molavi Vasse'i*, K&R 2022, Beil. 1 zu H. 7/8, 8.

<sup>98</sup> *Molavi Vasse'i*, K&R 2022, Beil. 1 zu H. 7/8, 8, 9.

<sup>99</sup> 2021/0106(COD), <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-1954-2022-INIT/de/pdf>.

<sup>100</sup> Siehe zur KI-Terminologie der KI-Haftungsrichtlinie und zum Ratsvorschlag vom 3.11.2022 (Nr. 13955/22) *Bomhard/Sigtmüller*, RDt 2022, 506, 507.

<sup>101</sup> *Bomhard/Sigtmüller*, RDt 2022, 506, 507.

<sup>102</sup> Artikel von *Weiß* auf [heise.de](https://www.heise.de/news/Klar-macht-das-neue-Bing-Fehler-spannend-ist-die-KI-Suche-dennoch-ist-die-KI-Suche-dennoch-7493727.html) vom 14.2.2023, „Klar macht das neue Bing Fehler – spannend ist die KI-Suche dennoch“, <https://www.heise.de/news/Klar-macht-das-neue-Bing-Fehler-spannend-ist-die-KI-Suche-dennoch-7493727.html>.

<sup>103</sup> VO (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.10.2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der RL 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste).

<sup>104</sup> Art. 35 Abs. 1 S. 2 lit. k DSA.

<sup>105</sup> VO (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.9.2022 über bestreitere und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl. 2022, L 265/1.

<sup>106</sup> *Streckler*, RDt 2021, 124, 127.

<sup>107</sup> *Hetmank/Lauber-Rönsberg*, GRUR 2018, 574, 576. U. a. unter Verweis auf BGH, 13.6.1996 – IZR 114/93, GRUR 1996, 114 – Klinische Versuche.



Leider gibt es keine umfassenden Regelungsansätze, die befriedigende Lösungen „aus einem Guss“ anbieten<sup>108</sup> oder auch nur für eine klare KI-Terminologie<sup>109</sup> sorgen. Manche Vorschläge resultieren aus festgestellten Unzulänglichkeiten datenschutzrechtlicher Regulierungen und fordern Unterlassungsansprüche im Fall unzulänglicher Trainingsdaten<sup>110</sup> und ergänzende nationale Regulierung der KI durch Nutzung der Öffnungsklauseln der DSGVO,<sup>111</sup> teilweise werden Nachbesserungen im Antidiskriminierungsrecht gefordert.<sup>112</sup>

In einer idealen Welt wäre ein Konzept eines „Control by Design“<sup>113</sup> wünschenswert, in welchem Betroffene in einem Control-Management-System angeben können, welche ihrer Daten in welche KI einfließen und zu welchen Zwecken verwendet werden dürfen. Ein solches Konzept – angelehnt an selbstbestimmte Ansätze analog zum PIMS des § 25 TTDSG,<sup>114</sup> aber auch an bestimmte Prinzipien des Data Acts und Data Governance Acts – könnte verdeutlichen, dass die Selbstbestimmung des Individuums im Sinne einer Datensouveränität über die Einwilligungsfraße des Datenschutzes hinausreicht.<sup>115</sup> Möglicherweise führt die Kritik an den Regelungsergebnissen doch noch dazu, dass auf europäischer Ebene in diese Richtung weitergedacht wird, gegebenenfalls nicht nur regulativ, sondern in Kooperation mit Selbstregulierungsansätzen<sup>116</sup> der KI-Anbieter. Dies könnte den europäischen Ansatz für Künstliche Intelligenz<sup>117</sup> befördern und

eine Überforderung insbesondere kleinerer Anbieter durch unübersichtliche und nicht KI-angepasste Regulierungsansätze unterbinden.



**Thomas Wilmer**

Jahrgang 1968; Studium und Promotion an der Universität Heidelberg; seit 2002 Professor für Informationsrecht und seit 2004 Geschäftsführender Direktor des Instituts für Informationsrecht der Hochschule Darmstadt, Co-Fachauschussvorsitzender „Digitale Wirtschaft und Plattformökonomie“ der DGRI.

108 Zur kritischen Wertung: *Ebert/Spiecker gen. Döhmman*, NVwZ 2021, 1188, 1193.

109 *Hornung* (Fn. 58), S. 95; *Bomhard/Siglmüller*, RD 2022, 506, 513.

110 *Hornung* (Fn. 58), S. 110 ff.

111 *Hornung*, DuD 2022, 561, 566.

112 *Lauscher/Legner*, ZfDR 2022, 367, 389.

113 *Wilmer*, Tatup 2021, 56, 61.

114 *Golland/Riechert*, in: *Riechert/Wilmer*, Berliner Kommentar zum TTDSG, 2022, § 26 TTDSG Rn. 5 ff.

115 *Riechert*, in: *Augsberg/Gehring* (Hrsg.): *Datensouveränität, Positionen zur Debatte*, 2022, S. 85, 94.

116 *Strecker*, RD 2021, 124, 131.

117 <https://digital-strategy.ec.europa.eu/de/policies/european-approach-artificial-intelligence>.

RA Dr. Sebastian Meyer, LL.M. und RA Dr. Christoph Rempe\*

## Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen im Jahre 2022

### Kurz und Knapp

**Der Bericht gibt einen Überblick über die rechtlichen Entwicklungen im Zusammenhang mit Suchmaschinen. Berücksichtigt sind gerichtliche Entscheidungen, wissenschaftliche Aufsätze und sonstige Veröffentlichungen aus dem letzten Jahr. Der Bericht knüpft damit an die bisherigen jährlichen Berichte an, vor allem an den Überblick des Vorjahres (K&R 2022, 247 ff.).**

### I. Einleitung

Die Suchmaschinenbetreiber, allen voran Google als marktherrschendes Unternehmen, sind „Gatekeeper“ für den Zugang zu Informationen. Es muss daher genau darauf geachtet werden, ob Suchmaschinen wirklich neutral und diskriminierungsfrei den Zugang gewähren, und andererseits, ob und unter welchen Voraussetzungen Inhalte aus dem Suchindex entfernt werden können. In diesem Kontext setzt sich der Trend der letzten Jahre fort, den Bereich der Suchmaschinen einer strengeren Regulierung zu unterwerfen. Allerdings hat der EuGH in seiner wegweisenden Entscheidung andererseits noch einmal die Wichtigkeit der Suchmaschinen im Lichte der Informationsfreiheit betont.

### II. Marktentwicklung

Der Markt für Suchmaschinen bleibt weiterhin statisch und ohne große Bewegung. Bisher ist nicht absehbar, dass Google als unangefochtener Marktführer in nennenswertem Umfang Marktanteile verlieren würde oder alternative Anbieter ihre Relevanz spürbar ausbauen könnten. Wenn erstmal eine derart gefestigte Marktposition erreicht wurde, ist gerade im Digitalbereich nur schwer gegen die Vorherrschaft anzukommen.<sup>1</sup> In fast allen Märkten und bei fast allen genutzten Endgeräten liegt der durchschnittliche Marktanteil von Google bei mehr als 90 %. Auffällig ist allerdings ein immerhin etwas schwächerer Anteil bei Desktop-Geräten, wo Google nur auf etwas mehr als 80 % in Deutschland und auf 85 % weltweit kommt.<sup>2</sup> Bei den Desktop-Geräten schneidet insbesondere

\* Die Autoren sind Rechtsanwälte in der Sozietät BRANDI Rechtsanwälte und haben den Beitrag mit Unterstützung von Frau Ref. Jur. *Kristina Leitner* verfasst. Mehr über die Autoren erfahren Sie am Ende des Beitrags. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 10. 3. 2023.

1 *Spindler/Seidel*, NJW 2022, 2730, 2731; *Hacker*, GRUR 2022, 1278, 1280.

2 Zur Verteilung der Marktanteile im Jahr 2022 vergleiche die Auswertungen von Statcounter unter <https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/desktop/germany/#monthly-202201-202212> bzw. <https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/desktop/worldwide/#monthly-202201-202212>.