

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Prof. Dr. Christian Alexander

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Prof. Dr. Thomas Koch

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der
Zentrale zur Bekämpfung
unlauteren Wettbewerbs
Frankfurt am Main e.V.

dfv' Mediengruppe
Frankfurt am Main

Editorial: Prof. Andreas Meisterernst

Kinderwerbung, Nachhaltigkeit, Gelbwurst – 2024 kann kommen!

- 1 **Prof. Dr. Wolfgang Büscher**
Die Umsetzung der Verbandsklagenrichtlinie
- 11 **Prof. Dr. Franz Hofmann, LL.M.**
Zehn Thesen zu Künstlicher Intelligenz (KI) und Urheberrecht
- 19 **Karl Hamacher**
Die neue Abhilfeklage und der geänderte § 10 UWG –
Anwendungsbereich und Bedeutung für die künftige Klagepraxis
- 24 **Dr. Marc Laukemann und Vanessa Förster**
Digitale B2B-Beratung als erlaubnispflichtiger Fernunterricht?
- 30 **Weingut A/Land Rheinland-Pfalz**
EuGH, Urteil vom 23.11.2023 – C-354/22
- 35 **EDP – Energias de Portugal u. a./Autoridade da
Concorrência**
EuGH, Urteil vom 26.10.2023 – C-331/21
- 45 **Gesamtverband Autoteile-Handel/Scania**
EuGH, Urteil vom 09.11.2023 – C-319/22
- 49 **Seven.One Entertainment Group/Corint Media**
EuGH, Urteil vom 23.11.2023 – C-260/22
- 53 **Kopiosto/Telia Finland**
EuGH, Urteil vom 23.11.2023 – C-201/22
- 57 **Google Ireland u. a./Kommunikationsbehörde Austria
(KommAustria)**
EuGH, Urteil vom 09.11.2023 – C-376/22
- 61 **Flaschenpfand IV**
BGH, Urteil vom 26.10.2023 – I ZR 135/20
- 64 Kommentar von **Stephan Russlies, Dipl.-Phys.**
- 65 **Zigarettenausgabeautomat III**
BGH, Urteil vom 26.10.2023 – I ZR 176/19
- 72 **Eigenlaborgewinn**
BGH, Urteil vom 13.07.2023 – I ZR 60/22

Prof. Dr. Franz Hofmann, LL.M. (Cambridge), Erlangen-Nürnberg*

Zehn Thesen zu Künstlicher Intelligenz (KI) und Urheberrecht

INHALT

I. Einleitung

II. Technischer Hintergrund

III. Input

1. Urheberrechtsrelevanz generativer Systeme

2. Schranken

- Vorübergehende Vervielfältigungen (§ 44a UrhG; Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL)
- Voraussetzungen des kommerziellen Text und Data Mining (§ 44b UrhG; Art. 4 DSM-RL)

3. Bewertung

- Kein Nutzungsvorbehalt für Text und Data Mining
- Keine Vergütung für die Nutzung von Trainingsdaten

IV. Output

1. Schutzfähigkeit von KI-Erzeugnissen

2. Vergütungslösungen

3. Transparenz

V. Ausblick

I. Einleitung

- Im „wachsenden Wunderland der automatisierten Kommunikation“ können „virtuell[e] Textkünstler ... in Sekundenschnelle Antworten liefern, Texte verfassen und menschenähnliche Konversationen führen. ... Begleiten Sie uns auf einer (sic!) Reise in die Welt von ChatGPT und dem spannungsgeladenen Tanz zwischen technologischer Innovation und rechtlichen Herausforderungen.“
- Zweifelsohne: ChatGPT kann Einleitung! Die erste Aufforderung an ChatGPT, eine Einleitung für einen Aufsatz zu Künstlicher Intelligenz (KI) und Urheberrecht zu verfassen, brachte freilich nur ein mäßig zufriedenstellendes Ergebnis: „In einer zunehmend digitalisierten Welt, in der künstliche Intelligenz (KI) immer präsenter wird, haben Chatbots und virtuelle Assistenten wie ChatGPT eine immer wichtigere Rolle in unserer alltäglichen Kommunikation übernommen. ... Doch während diese Technologie zweifelsohne viele Vorteile bietet, wirft sie auch komplexe rechtliche Fragen auf, insbesondere im Hinblick auf das Urheberrecht.“ Die Kritik, die Einleitung sollte etwas „spannender“ und „stilistisch anspruchsvoller“ sein, wurde – wie ganz oben zu sehen – durchaus angenommen.
- Unabhängig davon, welche Schwächen autonome Text- und Bildgeneratoren derzeit (noch) haben, die disruptive Kraft von KI ist unbestreitbar. Entsprechend besteht erheblicher Diskussionsbedarf: Kann etwa die Originalität einer Einleitung einer Seminararbeit künftig überhaupt bewertet werden? Wie wird mit von KI erzeugter Fehlinformation (z. B. „Deep Fakes“) umgegangen? Oder eben auch: Setzt das geltende Urheberrecht KI-Text- oder -Bildgeneratoren Grenzen oder sollte sich vielmehr das Urheberrecht selbst anpassen?

Diverse urheberrechtliche Fragestellungen sollen im Folgenden 4 anhand von zehn Thesen herausgearbeitet werden. Der Beitrag startet dabei mit technischen Überlegungen (II.), bewertet die Trainingsphase (Input) (III.) sowie das erzeugte „Endprodukt“ (Output) (IV.) und schließt mit Überlegungen, welche Rückschlüsse das Urheberrecht aus der rasanten technologischen Entwicklung ziehen sollte (V.).

II. Technischer Hintergrund

These 1: KI ist ein schillernder Begriff. Für die rechtliche Beurteilung kommt es ganz entscheidend auf die konkrete technische Funktionsweise an. Wird von generativer KI gesprochen, wird meist gemeint, dass (1) Systeme mit vorhandenem (urheberrechtlich geschütztem) Material trainiert worden sind, während der „Output“ originär vom Agenten erzeugt wird. Aus urheberrechtlicher Sicht muss u.a. technisch analysiert werden, ob Vervielfältigungen im Rahmen des Trainings von KI-Systemen („Input“) oder auch beim „Output“ auftreten.

Die urheberrechtlichen Verwertungsrechte (Art. 15 ff. UrhG; Art. 2 ff. RL 2001/29/EG – InfoSoc-RL) orientieren sich regelmäßig an technischen Vorgängen. Ob namentlich das Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG; Art. 2 InfoSoc-RL) verletzt wird, hängt davon ab, ob ein urheberrechtlich geschütztes Werk (vgl. § 2 Abs. 2 UrhG) „dupliziert“ wurde. Der Vervielfältigungsbegriff ist dabei denkbar weit zu verstehen. Es macht keinen Unterschied, ob nur Teile eines Werkes „kopiert“ werden, nur eine vorübergehende Vervielfältigung gegeben ist oder mit welchen technischen Mitteln der Vorgang der Vervielfältigung durchgeführt wird.¹⁾ Um KI-Bild- oder -Textgeneratoren urheberrechtlich zu erfassen, kommt es daher ganz entscheidend auf eine sorgfältige „technische Analyse“ an.²⁾ Dem Informatiker muss aus urheberrechtlicher Sicht die Frage gestellt werden, inwieweit KI-Systeme urheberrechtlich geschützte Ausgangsmaterialien vervielfältigen.³⁾ Dass es womöglich irgendwann zu einer Vervielfältigung kommt, genügt dabei als Antwort nicht. Schon im Hinblick auf mögliche Schrankenregelungen muss der Informatiker die genauen Umstände eines jedweden technischen Vervielfältigungsvorgangs während des Trainings von KI-Systemen und der (autonomen) Generierung von Texten oder Bildern dem Juristen präzise darlegen.

Das zeigt auch, dass die unterschiedlichen Definitionsversuche von KI für die urheberrechtliche Bewertung kaum weiterhelfen. Dies gilt nicht nur für den sperrigen Definitionsversuch der „KI-Verordnung“,⁴⁾ sondern auch für Definitionen aus der In-

1) Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 16 Rn. 5 ff.

2) Zum technischen Hintergrund lesenswert Konertz/Schönhof, Das technische Phänomen „Künstliche Intelligenz“ im allgemeinen Zivilrecht, 2020; Klawonn, Künstliche Intelligenz, Musik und das Urheberrecht, 2023, S. 21 ff.; Pesch/Böhme, GRUR 2023, 997, 998 ff.

3) Hier bedarf es echter interdisziplinärer Arbeit. Hilfreich ist es dabei, wenn Juristen mit den technischen Zusammenhängen (zumindest in Grundzügen) vertraut sind. Der Rechtswissenschaftler hat dessen ungeachtet primär die Aufgabe, die für seine Disziplin maßgeblichen Fragen so aufzubereiten, dass die andere Disziplin diese mit ihren Mitteln beantworten kann.

4) Europäische Kommission, Art. 3 Nr. 1 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; zum Rechtsbegriff „KI-System“ s. a. Borges, CR 2023, 706.

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 132.

Hofmann, Zehn Thesen zu Künstlicher Intelligenz (KI) und Urheberrecht

formatik selbst.⁵⁾ Im Detail deuten Definitionen für Unterbegriffe wie „Maschinelles Lernen“ (z. B. „The field of machine learning is concerned with the question of how to construct computer programs that automatically improve with experience.“)⁶⁾ freilich an, dass KI-Erzeugnisse keine Collagen vorhandener Werke sind, sondern auf Basis von „Erfahrung“ selbständig generiert werden. Auch in der aktuellen (urheberrechtlichen) KI-Debatte wird unter generativer KI meist in diese Richtung verstanden, dass ein Agent selbständig Texte oder Bilder erzeugt. Letzteres ist möglich, weil das KI-System nicht einfach „auswendig gelernte“ Ausgangsmaterialien (neu gemischt) wiedergibt, sondern gelernt hat, welche Wort-/Bildkombinationen in welchem Kontext am wahrscheinlichsten sind. Das System „erinnert“ sich nicht an bestimmte Trainingsdaten in Form konkreter Texte („syntaktische Information“), sondern generiert neue Inhalte.⁷⁾ Dies wiederum wird durch entsprechendes Training ermöglicht, in dem riesige Mengen an Werken auf bestimmte Muster, Korrelationen etc. analysiert werden. Während dies als erste Annäherung durchaus taugt, entlastet die bloße Bezeichnung eines Systems als KI selbstverständlich nicht von der Durchführung erwähnter technischer Analyse. Der „Frankfurter Urteils-Konfigurator Elektronisch“ (Frauke) beispielsweise scheint zwar Urteile selbständig zu generieren, arbeitet aber offenbar mit zuvor eingepflegten Textbausteinen. Im „Endprodukt“ findet sich damit eine Vervielfältigung vorhandener Werke, unabhängig davon, ob man das konkrete Urteil noch hinreichend von einem Menschen konturiert sieht.

- 7 Für die urheberrechtliche Analyse bietet es sich an, zwischen der unmittelbaren Produktion eines KI-Erzeugnisses (Output) und dem Training des KI-Systems (Input) zu unterscheiden. Während beim Output maßgeblich ist, ob in der Tat Ausgangsmaterialien verwertet werden oder nur mit aus den Ausgangsdateien gewonnenen Informationen (insbesondere statistische Zusammenhänge) gearbeitet wird, steht (aus technischer wie urheberrechtlicher Sicht) außer Frage, dass während des Trainings regelmäßig urheberrechtlich geschützte Werke (mehrfach) vervielfältigt werden (dazu näher These 2).
- 8 Abzugrenzen sind auch so genannte „Prompts“ in Form von mehr oder weniger detailreichen Aufforderungen von Nutzern zur Erstellung eines bestimmten Textes oder Bildes. Auch hier stellen sich spezifische urheberrechtliche Fragen.⁸⁾

III. Input

1. Urheberrechtsrelevanz generativer Systeme

These 2: Das Training von KI-Systemen erfolgt regelmäßig unter Rückgriff auf urheberrechtlich geschütztes Material. Während des Trainings kommt es zu Vervielfältigungen nach § 16 UrhG oder Bearbeitungen nach § 23 UrhG. Das Training begründet regelmäßig einen Eingriff in das Urheberrecht.

- 9 Damit KI-Systeme die ihnen gestellte Aufgabe wahrnehmen können, müssen sie trainiert werden. Das System muss – abhängig von der Schwierigkeit der Aufgabe quasi wie ein Kleinkind oder auch ein Schüler oder Student – lernen, wie ein vernünftiger Text oder ein ansprechendes Bild kontextspezifisch komponiert ist. Die einschlägigen Regeln erlernen KI-Systeme, indem sie eine

riesige Menge an Ausgangsmaterialien analysieren. Es gilt, sehr große Datensätze auf bestimmte Muster, Korrelationen etc. zu untersuchen.⁹⁾

Dies ist urheberrechtlich relevant. *Erstens* sind Trainingsdaten in Gestalt von Texten oder Bildern regelmäßig urheberrechtlich geschützt. Für ein qualitativ hochwertiges Training können zwar auch gemeinfreie Werke benutzt werden; dass aber Trainer auch auf geschützte Werke zurückgreifen müssen, steht außer Frage. Neben Werken gemäß § 2 Abs. 2 UrhG wird regelmäßig auch auf durch Leistungsschutzrechte geschützte Gegenstände zurückgegriffen werden.

Obwohl eigentlich nur das „Studium“ der Werke beabsichtigt ist und der Werkgenuss als solcher traditionell keinen Eingriff in das Urheberrecht begründet (vgl. §§ 15 ff. UrhG),¹⁰⁾ sind *zweitens* Vervielfältigungen (§ 16 UrhG; Art. 2 InfoSoc-RL) für die angestrebte Analyse von Ausgangsdaten aus technischen Gründen erforderlich.¹¹⁾ Wird (im Wege des „Web Scraping“) auf „Trainingsdaten“ zurückgegriffen, die frei im Netz zugänglich sind, müssen die Daten (genauer: die Werke) zunächst heruntergeladen werden. Eine weitere Vervielfältigung steht im Raum, wenn die „Rohmaterialien“ maschinenlesbar aufbereitet oder für den Trainingsvorgang verändert werden.¹²⁾ Letzteres ist beispielsweise bei „Diffusionsmodellen“ der Fall. Hier werden z. B. Bilder im Lernprozess „gestört“; die Aufgabe besteht dann darin, aus dem gestörten Trainingsbild ein weniger beschädigtes Ausgangsbild zu erzeugen.¹³⁾ Insoweit ist neben dem Vervielfältigungsrecht auch das Bearbeitungsrecht aus § 23 UrhG betroffen.¹⁴⁾ Wenn sodann einzelne Werke eingelesen werden, kommt es regelmäßig zu einer weiteren Vervielfältigung.

Dass es zu (mehreren) Vervielfältigungen kommt, steht nach den in der Literatur beschriebenen derzeit verwendeten Technologien außer Streit. Dessen ungeachtet entlastet dies nicht davon, im Streitfall eine konkrete (selbst für die Informatik keineswegs banale)¹⁵⁾ technische Analyse zur Beschreibung der jeweiligen Vervielfältigungsvorgänge durchzuführen. Dann stellt sich womöglich auch heraus, dass im Trainingsprozess nicht nur „Informationen“ (etwa über statistische Zusammenhänge von Farbmustern) herausgelesen werden, sondern Werkteile im trainierten System dauerhaft abgespeichert werden.¹⁶⁾ Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Vervielfältigung allerdings nur „[j]ede körperliche Festlegung eines Werkes, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Art mittelbar oder unmittelbar wahrnehmbar zu machen.“¹⁷⁾ Da – wenn überhaupt – nur durch eine Vielzahl (geschickter) Anfragen („Prompts“) ein Ausgangswerk wieder zugänglich gemacht werden kann, könnte man am Vorliegen einer Vervielfältigung im Rechtssinne in derartigen Fällen aber auch zweifeln.¹⁸⁾

9) Vgl. *Söbbing/Schwarz*, RDi 2023, 415.

10) Zu einem Vorschlag, auch den Werkgenuss als Verletzungshandlung zu qualifizieren *Schulze*, NJW 2014, 721, 723 („Der Urheber hat das ausschließliche Recht, sein Werk zu lesen, hören, betrachten oder anderweitig wahrzunehmen.“).

11) *Maamar*, ZUM 2023, 481, 482 f.; *Hacker*, ZGE 2020, 239, 256; *Pesch/Böhme*, GRUR 2023, 997, 1002, 1003 f., 1006; *Kögel*, DSRITB 2023, 285, 287 f.

12) *Maamar*, ZUM 2023, 481, 483 (Speichern in einem „Korpus“).

13) *Pesch/Böhme*, GRUR 2023, 997, 999 f.

14) *Pesch/Böhme*, GRUR 2023, 997, 1002 f.; im europäischen Urheberrecht geht das Bearbeitungsrecht in den jeweiligen Verwertungsrechten auf; ggf. greift auch § 19a UrhG, vgl. *Bullinger/Vonthien*, Mitt. 2023, 446, 447.

15) Deutlich *Pesch/Böhme*, GRUR 2023, 997, 1006: „Wie häufig es zu Vervielfältigungen [kommt,] bedarf noch empirischer Forschung.“

16) *Pesch/Böhme*, GRUR 2023, 997, 1001, 1004 f.; *Welser*, GRUR-Prax 2023, 516, 518; theoretisch soll dies aber gerade nicht der Fall sein, vgl. *Maamar*, ZUM 2023, 481, 483; s. a. das Positionspapier der Initiative Urheberrecht, https://urheber.info/media/pages/diskurs/positionspapier-zu-kunstlicher-intelligenz/a4b0076a7d-1697140220/230920_iu-positionspapier_ai-act_september2023_endg.pdf (S. 2).

17) Etwa BGH, 23.02.2017 – I ZR 92/16, WRP 2017, 956, Rn. 41 – Mart-Stam-Stuhl; BT-Drs. IV/270, S. 47.

18) Vgl. auch *Kögel*, DSRITB 2023, 285, 287 f.

5) Zu verschiedenen Definitionen vgl. *Ertel*, Grundkurs Künstliche Intelligenz, 5. Aufl. 2021, S. 1 ff.

6) *Mitchel*, Machine Learning, 1997, Preface.

7) Vgl. z. B. *Maamar*, ZUM 2023, 481, 482; *Krone*, RDi 2023, 117, 117 f.; *Pesch/Böhme*, GRUR 2023, 997, 1004; *Hoeren*, MMR 2023, 81, 82; *Dornis*, GRUR 2021, 784, 788; *Söbbing/Schwarz*, RDi 2023, 415, 417 f.; Informationen in Gestalt „semantischer Information“ können dabei durchaus „erinnert“ werden.

8) Zur urheberrechtlichen Beurteilung *Krone*, RDi 2023, 117, 121 f.; *Maamar*, ZUM 2023, 481, 486 f.

2. Schranken

These 3: Die Schranke des Text und Data Mining gemäß § 44b UrhG hilft beim Training von KI-Systemen. Allerdings stellt die Norm diverse Hürden auf, die nicht immer überwunden werden können. Ähnliches gilt für § 44a UrhG.

a) Vorübergehende Vervielfältigungen (§ 44a UrhG; Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL)

- 13** Vervielfältigungen zu Trainingszwecken können durch Schrankenregelungen neutralisiert werden. Neben dem Text und Data Mining gemäß § 44b UrhG (ggf. § 60d UrhG; vgl. Art. 3 und Art. 4 DSM-RL) ist dabei auch an § 44a UrhG zu denken. Obwohl der Gesetzgeber offenbar davon ausgeht, dass § 44a UrhG zur Freistellung vorübergehender Vervielfältigungen eine Rolle bei Text- und Bildanalysen zwecks Mustererkennung spielen kann,¹⁹⁾ ist fraglich, ob beim KI-Training die Voraussetzungen der Schranke erfüllt werden. Dabei hätte § 44a UrhG gegenüber § 44b UrhG (aus Sicht der Betreiber von KI-Systemen) den Vorteil, dass sich Rechtsinhaber diese Nutzung nicht vorbehalten können (anders § 44b Abs. 3 UrhG).²⁰⁾
- 14** Vorausgesetzt wird zunächst, dass eine lediglich „vorübergehende“ Vervielfältigung vorliegt. Sofern das Werk zum Zwecke der Analyse tatsächlich nur kurzzeitig (im Arbeitsspeicher) gespeichert wird, kann diese Hürde genommen werden.²¹⁾ Soll aber namentlich ein Korpus erstellt werden, hilft § 44a UrhG nicht weiter. Zudem ist die Schranke auf Vervielfältigungen, nicht aber auf Bearbeitungen zugeschnitten.²²⁾ Des Weiteren lässt sich argumentieren, dass die vorübergehende Vervielfältigung allein technisch bedingt ist und einem rechtmäßigen Zweck dient – nämlich der Durchsicht des Werkes zur Erfassung der darin erhaltenen Informationen (= rechtmäßige Nutzung), wobei für die „Lesbarmachung“ eben aus technischen Gründen eine Vervielfältigung erforderlich ist. Die Schranke greift aber nach wohl herrschender Meinung deshalb nicht ein, weil die Verwertung von Werken zum KI-Training eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung hat.²³⁾ Die Lizenzierung von Bildern zu Trainingszwecken stellt eine eigenständige Nutzungsmöglichkeit dar. Entsprechende Angebote im Markt zeigen die wirtschaftliche Bedeutung.²⁴⁾ Dem könnte man jedoch entgegenhalten, dass die Vervielfältigung zum Zwecke der Datenanalyse dem Nutzer keinen Vorteil verschafft, der über den reinen Werkkonsum hinausgeht.²⁵⁾

b) Voraussetzungen des kommerziellen Text und Data Mining (§ 44b UrhG; Art. 4 DSM-RL)

- 15** Nach § 44b Abs. 2 S. 1 sind Vervielfältigungen von rechtmäßig zugänglichen Werken für das Text und Data Mining zulässig. Auch technisch bedingte Änderungen (z. B. Überführung in an-

dere technische Formate) sind gemäß § 23 Abs. 3 UrhG erfasst,²⁶⁾ was wiederum für das KI-Training besonders relevant ist.²⁷⁾ Eine dauerhafte Abspeicherung ist indes nicht gestattet (vgl. § 44b Abs. 2 S. 2 UrhG). Ausweislich von § 44b Abs. 1 UrhG ist Text und Data Mining die automatisierte Analyse von einzelnen oder mehreren digitalen oder digitalisierten Werken, um daraus Informationen insbesondere über Muster, Trends und Korrelationen zu gewinnen. Das passt auch für das Training von KI-Systemen,²⁸⁾ zumal sich der europäische Gesetzgeber ausweislich von Erwägungsgrund 18 DSM-RL für neue Anwendungsfelder des Text und Data Mining offen zeigt.²⁹⁾ Zum einen werden auch hierbei vorbestehende Werke ausgewertet, um darin enthaltene Informationen zu gewinnen.³⁰⁾ Statistische Wahrscheinlichkeiten über Wortfolgen beispielsweise lassen sich als „Muster“ verstehen. Ausweislich von Art. 2 Nr. 2 DSM-RL (siehe auch „insbesondere“, § 44b Abs. 1 UrhG) ist das Text und Data Mining freilich nicht auf Informationen über „Muster, Trends und Korrelationen“ beschränkt. Das mit diesem Wissen „Konkurrenzprodukte“ erzeugt werden sollen, ändert nichts daran, dass sich die Analyse eines Werkes von der Verwertung eines Werkes kategorial unterscheidet. Zum anderen soll die Schranke für das Text und Data Mining nach dem europäischen und deutschen Gesetzgeber Innovationen in der Privatwirtschaft anregen.³¹⁾ Innovationen bei Text- und Bildgeneratoren (man denke etwa an Übersetzungssysteme) stützen sich in der Tat auf die Analyse (wohlgemerkt: nicht Übernahme) vorhandener Werke. Soweit – wie eben schon angemerkt – Trainingsdaten nicht bloß auf ihren informationellen Gehalt hin ausgewertet werden, sondern in Teilen in die Parameter der KI überführt werden, liegt dies – praktisch bedeutsam freilich nur, wenn unterstellt wird, dass eine Vervielfältigung gegeben ist – außerhalb des Text und Data Mining.³²⁾

Im Einzelnen verlangt die Schranke *erstens*, dass die verwerteten Werke rechtmäßig zugänglich sind. Nach herrschender Meinung kommt es dabei (aus Gründen der Rechtssicherheit) nicht auf die Rechtmäßigkeit der Zugänglichmachung, sondern auf die Rechtmäßigkeit des Zugangs an.³³⁾ Wird auf Texte oder Bilder zugegriffen, die frei im Netz stehen, ist dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt.³⁴⁾ Nicht genutzt werden dürfen hingegen Werke, die sich z. B. hinter einer „Paywall“ befinden. Im Detail bestehen Unklarheiten (was dem Gedanken der Innovationsförderung mangels Rechtssicherheit abträglich ist). Wie verhält es sich beispielsweise mit Gerichtsakten und darin enthaltenen Schriftsätzen? Hier lässt sich freilich argumentieren, dass es der Justiz – urheberrechtlich – nicht verwehrt ist, Zugang zu den (anonymisierten)

19) BT-Drs. 19/27426, S. 88: „Sofern lediglich ephemere Vervielfältigungen erstellt werden, sind diese bereits durch Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL beziehungsweise § 44a UrhG erlaubt (Erwägungsgrund 9 S. 2 DSM-RL)“.

20) Raue, ZUM 2021, 793, 794 f.

21) Maamar, ZUM 2023, 481, 485; Dreier, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl. 2022, § 44b Rn. 4.

22) EuGH, 17.01.2012 – C-302/10, GRUR Int. 2012, 336, Rn. 53 – Infopaq II; da aber Bearbeitungen, in denen das Ausgangswerk „wiedererkennbar“ ist, vom Vervielfältigungsrecht erfasst werden (vgl. BGH, 07.04.2022 – I ZR 222/20, WRP 2022, 729, Rn. 55 f. – Porsche 911), wäre denkbar, die Schranke aus § 44a UrhG trotzdem anzuwenden.

23) Stigmüller/Gassner, RDI 2023, 124, 126; Spindler, GRUR 2016, 1112, 1115; Pesch/Böhme, GRUR 2023, 997, 1006; a. A. Raue, ZUM 2019, 684, 686 f.

24) So auch für die Nutzung von Werken als „Vorschaubilder“ BGH, 29.04.2010 – I ZR 69/08, WRP 2010, 916, Rn. 24 – Vorschaubilder I.

25) EuGH, 17.01.2012 – C-302/10, GRUR Int. 2012, 336, Rn. 50 ff. – Infopaq II; so auch Maamar, ZUM 2023, 481, 488; s. a. Vesala, IIC 2023, 351, 363 f.

26) Dreier, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz (Fn. 21), § 44b Rn. 11; dies ist unionsrechtskonform, vgl. Erwägungsgrund 8 S. 6 DSM-RL.

27) Raue, CR 2017, 656, 659; Hacker, ZGE 2020, 239, 256 f.

28) Dreier, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz (Fn. 21), § 44b Rn. 1; de la Durantaye, ZUM 2023, 645, 651; im Ergebnis auch Vesala, IIC 2023, 251, 356; kritisch Pukas, GRUR 2023, 614, 615; Welser, GRUR-Prax 2023, 516, 517 f.

29) Erwägungsgrund 18 S. 1 DSM-RL: „Verfahren des Text und Data Mining haben nicht nur im Zusammenhang mit der wissenschaftlichen Forschung hohe Bedeutung, sondern sie werden auch in großem Umfang sowohl von privaten als auch öffentlichen Einrichtungen eingesetzt, um große Datenmengen in verschiedenen Lebensbereichen und zu unterschiedlichen Zwecken zu analysieren, auch für staatliche Dienste, komplexe unternehmerische Entscheidungen und die Entwicklung neuer Anwendungen oder Technologien“; primär wurde mit dem Text und Data Mining freilich die literaturwissenschaftliche Forschung assoziiert, vgl. Oberfell, in: FS Büscher, 2018, S. 223, 223 f.

30) Kritisch Initiative Urheberrecht, https://urheber.info/media/pages/diskurs/positions-papier-zu-kunstlicher-intelligenz/a4b0076a7d-1697140220/230920_iu-positions-papier-ai-act-september2023_endg.pdf (S. 2 f.).

31) BT-Drs. 19/27426, S. 87; Erwägungsgrund 18 DSM-RL.

32) Pesch/Böhme, GRUR 2023, 997, 1006 f.; dazu auch These 2 am Ende.

33) Raue, ZUM 2021, 793, 796; Raue, CR 2017, 656, 658; Maamar, ZUM 2023, 481, 483; Dreier, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz (Fn. 21), § 44b Rn. 8; zurückhaltender Hagemeier, in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer, BeckOK Urheberrecht, 39. Ed., § 44b Rn. 14 ff. (nicht für offensichtlich rechtswidrige Quellen).

34) BT-Drs. 19/27426, S. 88.

Hofmann, Zehn Thesen zu Künstlicher Intelligenz (KI) und Urheberrecht

Akten zu gewähren. Da die Daten im Besitz der Justiz sind, ist der Zugang dazu durch Dritte sodann rechtmäßig.³⁵⁾ Werden die Texte im Anschluss zum Zwecke des Text und Data Mining vervielfältigt, kann sich der Urheber nicht wehren, da der Zugang hierzu nicht rechtswidrig war.

- 17 *Zweitens* sind die Vervielfältigungen zu löschen, wenn sie für das Text und Data Mining nicht mehr erforderlich sind (§ 44b Abs. 2 S. 2 UrhG). Zugunsten der Wissenschaft gibt es eine weitergehende Privilegierung (§ 60d UrhG).
- 18 *Drittens* darf kein Nutzungsvorbehalt durch den Rechtsinhaber ausdrücklich (Art. 4 Abs. 3 DSM-RL) erklärt sein (§ 44b Abs. 3 S. 1 UrhG). Dabei ist § 44b Abs. 3 S. 2 UrhG zu beachten: Ein Nutzungsvorbehalt bei online zugänglichen Werken ist nur dann wirksam, wenn er in maschinenlesbarer Form erfolgt. Derzeit ist umstritten, welche Anforderungen an die Maschinenlesbarkeit zu stellen sind; es darf aber erwartet werden, dass sich ein Standard (vergleichbar dem von „robots.txt-Dateien“ zur automatisierten Kommunikation mit Suchmaschinen) herausbildet.³⁶⁾ Dessen ungeachtet kann sich dies als echte Hürde für Vervielfältigungen im Rahmen von Trainingsvorgängen erweisen. Auch wenn sich Rechtsinhaber in der Vergangenheit (vielfach in Unkenntnis des wirtschaftlichen Potentials ihrer Werke zum Zwecke von KI-Training) die Nutzungen gemäß § 44b UrhG nicht vorbehalten haben, darf damit gerechnet werden, dass dies in Zukunft regelmäßig geschieht. Auch für die Form der Maschinenlesbarkeit wird sich über kurz oder lang ein akzeptierter Standard entwickeln. Kurzum: Auf § 44b UrhG können sich Entwickler von KI-Systemen nicht verlassen.
- 19 Eine weitergehende Privilegierung gewährt § 60d UrhG.³⁷⁾ Der Anwendungsbereich ist aber auf Forschungsorganisationen i. S. v. § 60d Abs. 2 S. 2 UrhG beschränkt.

3. Bewertung

These 4: Das Training von KI-Systemen mit urheberrechtlich geschützten Materialien sollte zulässig sein. Eine Schrankenregelung sollte vergütungsfrei sein.

- 20 Nach hier vertretener Ansicht sollte das Text und Data Mining weitergehend begünstigt werden.³⁸⁾ Der Vervielfältigung von rechtmäßig zugänglichen Werken zum Zwecke des Text und Data Mining sollte allen voran kein Nutzungsvorbehalt entgegenstehen.³⁹⁾ Auch die Vergütungspflicht wird hier abgelehnt.)

a) Kein Nutzungsvorbehalt für Text und Data Mining

- 21 Gegen einen Nutzungsvorbehalt lassen sich rechtspolitische und urheberrechtstheoretische Argumente anführen.
- 22 Aus rechtspolitischer Sicht muss *erstens* bedacht werden, dass die beim Training in Rede stehenden Vervielfältigungen nur dann nach deutschem (europäischem) Recht zu beurteilen sind, wenn die Vervielfältigung in Deutschland (Europa) stattfindet.⁴⁰⁾

35) Vgl. *Raue*, CR 2017, 656, 658.

36) *Maamar*, ZUM 2023, 481, 484.

37) Dazu *Raue*, ZUM 2021, 793, 797 ff.

38) Für „fair use“ im US-amerikanischen Recht *Lemley/Casey*, 99 Tex. L. Rev. 743 (2021); s. a. *Verweyen*, Editorial WRP Heft 12/2023.

39) Auch das Verbot dauerhafter Speicherung macht es nicht möglich, mit einem Datensatz zu einem späteren Zeitpunkt weitere KI-Systeme zu trainieren, vgl. *Maamar*, ZUM 2023, 481, 483; dies erschwert zugleich die Transparenz, vgl. *de la Durantaye*, ZUM 2023, 645, 659.

40) *Maamar*, ZUM 2023, 481, 486; vgl. auch BGH, 29.04.2010 – I ZR 69/08, WRP 2010, 916, Rn. 14 und Rn. 17 – Vorschaubilder I: Während die Anzeige von Vorschaubildern nach deutschem Recht zu beurteilen war, fand die Speicherung der Bilder (§ 16 UrhG) auf Servern in den USA statt. Folglich war dies nicht Gegenstand des Rechtsstreits in Deutschland.

41) Freilich können auch Nutzereingaben zum weiteren Lernen benutzt werden. Wird ChatGPT etc. in Deutschland eingesetzt, kann es dann insoweit hier zu einer Vervielfältigung kommen.

Anders formuliert: Das Training kann ohne Weiteres⁴¹⁾ in anderen Staaten mit liberaleren Urheberrechtsgesetzen durchgeführt werden. In diesem Sinne kann (und will) sich z. B. Japan als „Paradies“ für maschinelles Lernen präsentieren.⁴²⁾ Sollen innovative Technologien vollumfänglich in Europa gehalten werden, erscheint es klug, auch hierzulande einen innovationsfreundlichen Rechtsrahmen zur Verfügung zu stellen.⁴³⁾ *Zweitens* kann die Lizenzierung angesichts der immensen Zahl verarbeiteter Werke an der Praktikabilität scheitern,⁴⁴⁾ auch wenn diskutiert wird, dass Nutzungsrechte z. B. durch erweiterte kollektive Lizenzen erworben werden können.⁴⁵⁾ Dies führt zum *dritten* Einwand: Die Qualität des KI-Outputs hängt von der Qualität der verwendeten Trainingsdaten ab.⁴⁶⁾ Werden qualitativ hochwertige Daten (aus urheberrechtlichen Gründen) nicht ausgewertet, ist es umso wahrscheinlicher, dass KI-Systeme u. a. vorurteilsbehaftete Endprodukte auswerfen. Gesamtgesellschaftlich ist dies höchst unerwünscht, während zugleich die Tatsache, dass KI-Werke den Markt überfluten, nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.

Die freie Nutzung von Werken zu Trainingszwecken überzeugt auch aus der Logik des Urheberrechts heraus. *Erstens* kann man das Urheberrecht als ein auf menschliche Kommunikation ausgelegtes Recht verstehen.⁴⁷⁾ Liegt darin seine Rechtfertigung, kann man argumentieren, dass sich das Urheberrecht auf Verwertungshandlungen bezieht, die von Menschen, nicht aber von Maschinen wahrgenommen werden. Dient eine Verwertungshandlung (nicht einmal indirekt) der Vermittlung menschlichen Werkkonsums,⁴⁸⁾ fällt sie demnach aus dem urheberrechtlichen Schutzbereich heraus.⁴⁹⁾ Während diesem Argument ein Blick in die *lex lata* (vgl. §§ 16, 44a UrhG; §§ 69a ff. UrhG) entgegengehalten werden kann, ist dessen ungeachtet *zweitens* zu bedenken, dass sich der urheberrechtliche Schutz allein auf die konkrete Ausdrucksform bezieht.⁵⁰⁾ Ideen, Theorien und Information als solche sind nicht geschützt (Art. 9 Abs. 2 TRIPS;⁵¹⁾ Art. 2 WIPO-Urheberrechtsvertrag;⁵²⁾ für Computerprogramme § 69a Abs. 2 UrhG). Anders formuliert: Urheberrecht schützt syntaktische, nicht semantische Informationen.⁵³⁾ Wenn sich das Training technisch tatsächlich so darstellt, dass es allein darum geht, Informationen aus Werken auszulesen, also nicht die Ausdrucksform in Gestalt syntaktischer Informationen in das KI-System überführt wird,⁵⁴⁾ ist es konsequent, dass das Urheberrecht eben diese Nutzung nicht verbietet.⁵⁵⁾ Aus dem „right to read“ folgt

42) *Ueno*, Copyright Issues on Artificial Intelligence and Machine Learning, S. 4 (abrufbar unter <http://www.f.waseda.jp/ueno/Copyright-AI-IJCAI2017.pdf>).

43) *Raue*, CR 2017, 656, 657; *Raue*, ZUM 2021, 793, 802; *Maamar*, ZUM 2023, 481, 486; *de la Durantaye*, ZUM 2023, 645, 657 f., 660; s. a. *Hacker*, ZGE 2020, 239, 244 f., 258 f., 269 f., der ein Innovationsrisiko beschreibt.

44) In allen Fällen besteht ein „Blockierungsrisiko“, *Hacker*, ZGE 2020, 239, 255 f., 261 („prohibitiv[e] Transaktionskosten“).

45) *Pukas*, GRUR 2023, 614; s. a. *Kögel*, DSRLT 2023, 285, 290 ff.

46) Eindringlich *de la Durantaye*, ZUM 2023, 645; zu „Qualitätsrisiken“ und „Diskriminierungsrisiken“ bei KI-Trainingsdaten *Hacker*, ZGE 2020, 239, 243 f.; s. a. *Maamar*, ZUM 2023, 481, 486.

47) Vgl. *Zech*, in: Metzger (Hrsg.), Methodenfragen des Patentrechts. Theo Bodewig zum 70. Geburtstag, 2018, S. 137, 162.

48) Zum Stufensystem zur mittelbaren Erfassung des Endnutzers *Schulze*, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz (Fn. 21), § 15 Rn. 3.

49) Vgl. für Japan *Ueno*, GRUR Int. 2021, 145, 148, 149 f. (exploitations without perceiving by human senses, vgl. Art. 30-4(iii) Japanisches Urheberrechtsgesetz).

50) BGH, 15.12.1978 – I ZR 26/77, GRUR 1979, 464, 465 – Flughafenpläne.

51) Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums v. 15.04.1994.

52) WIPO-Urheberrechtsvertrag (WCT) v. 20.12.1996, Art. 2: „Der Urheberrechtsschutz erstreckt sich auf Ausdrucksformen und nicht auf Gedanken, Verfahren, Methoden oder mathematische Konzepte als solche.“

53) *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 2012, S. 37 ff., S. 54 ff., S. 123 f., S. 246 ff. m. w. N.

54) Werden urheberrechtlich schutzfähige Werkteile im trainierten System gespeichert (so *Pesch/Böhme*, GRUR 2023, 997, 1001, 1004, 1006), ist der Fall freilich anders gelagert. Die Nutzung der „Syntax“ ist dem Urheber vorbehalten.

55) *Senftleben*, IIC 2022, 1477, 1495 ff.; *Maamar*, ZUM 2023, 481, 482 f.

ohne Weiteres das „right to mine“,⁵⁶⁾ was auch der Drei-Stufen-Test konsequenterweise nicht mehr umkehren kann.⁵⁷⁾ In diesem Sinne wird die Schranke für das Text und Data Mining damit legitimiert, dass die beim Text und Data Mining aus den Texten ausgelesenen Informationen dem Urheber nicht zugewiesen sind.⁵⁸⁾ Dass für diesen Prozess aus technischen Gründen eine Vervielfältigung erforderlich ist, ändert nichts daran, dass der Kern der Nutzungshandlung nach traditionellem Urheberrechtsverständnis außerhalb des Schutzbereichs des Urheberrechts liegt. Wertungsmäßig macht es keinen Unterschied, ob die Analyse von einem Menschen oder einer Maschine durchgeführt wird.⁵⁹⁾

- 24 Es könnte natürlich überlegt werden, den Schutzbereich des Urheberrechts im Lichte der wirtschaftlichen Bedeutung der Nutzung von Trainingsdaten zu erweitern.⁶⁰⁾ Besitzstandsschutz ist freilich kein überzeugendes Rechtfertigungsnarrativ, zumal wenn dadurch Fortschritt (z. B. in Form von „Übersetzungsautomaten“, die es mit den Sprachregelungen vertraut zu machen gilt) erschwert wird.

b) Keine Vergütung für die Nutzung von Trainingsdaten

- 25 Eine Werkverwertung, die dem Urheber nicht zugewiesen wird,⁶¹⁾ muss logischerweise nicht vergütet werden. Mit diesem Argument wird in der Literatur vielfach eine Vergütungspflicht für das Text und Data Mining abgelehnt.⁶²⁾ Mit Blick auf die Verwertung von Trainingsdaten wird nun aber gefordert, die Urheber für die Nutzung ihrer Werke zum Zwecke des KI-Trainings zu vergüten.⁶³⁾ Dafür sprechen mehrere Aspekte: *Erstens* ermöglicht erst die Auswertung der Ausgangsmaterialien die Schaffung von Substitutionsprodukten. Obwohl z. B. ein bestimmter Malstil gerade nicht geschützt ist,⁶⁴⁾ hat die Überlegung, dass die Nutzung eigener Werke dazu führen kann, dass ebendiese nicht mehr „gebraucht“ werden, eine gewisse moralische Überzeugungskraft.⁶⁵⁾ *Zweitens* kann dem Verweis darauf, dass KI-Systeme Texte und Bilder lediglich „lesen“ – der rezeptive Werkgenuss⁶⁶⁾ ist unzweifelhaft nicht dem Urheber zugewiesen – entgegengehalten werden, dass zwischen dem Lesen eines Werkes durch einen Menschen (wodurch sich z. B. auch dessen Ausdrucksvermögen verbessern kann) und maschinellem Lernen nicht nur ein gradueller, sondern ein qualitativer Unterschied besteht.⁶⁷⁾ Es findet sich eine neue Qualität

der Informationsaufnahme. *Drittens* kann über eine Vergütungslösung besser sichergestellt werden, dass Vergütungen auch bei den Urhebern selbst ankommen,⁶⁸⁾ während gleichzeitig gewährleistet wird, dass sämtliche(!) Werke für Trainingszwecke genutzt werden können. Schließlich kann *viertens* nicht ausgeschlossen werden, dass sich Trainingsdaten doch im „Endprodukt“ befinden. Allerdings ist dies ein anderer Sachverhalt, der in der Tat zugunsten des Urhebers aufzulösen ist. Aber auch die anderen Argumente können nicht beiseite wischen, dass das Urheberrecht eben nur die konkrete Ausdrucksform schützt. Dass neue Geschäftsmodelle alte in Frage stellen, ist für sich genommen kein Grund, den Schutzbereich des Urheberrechts auszudehnen, zumal Rechtsinhaber über den Zugang zu den Werken Vergütungen erwirtschaften können.⁶⁹⁾ Letzteres kann aber auch einen negativen Effekt haben: Die Verbreitung qualitativ hochwertiger Werke wandert vermehrt hinter Bezahlschranken.⁷⁰⁾

IV. Output

1. Schutzfähigkeit von KI-Erzeugnissen

These 5: Der „Output“ von KI-Systemen ist urheberrechtlich nicht geschützt. Es fehlt an einer „persönlichen“ geistigen Schöpfung. Damit ist nicht gesagt, dass KI-Erzeugnisse nie schutzfähig sein können. Wird nicht ein neues Werk autonom erzeugt, sondern liefert das KI-System lediglich eine „Collage“ vorbekannter Werke, besteht selbstverständlich der Urheberrechtsschutz an diesen Werken fort. Der „Output“ wäre zudem eine Urheberrechtsverletzung in Form einer Vervielfältigung, ggf. Bearbeitung. Auch eine hinreichend konkrete Einflussnahme durch den Ersteller des „Prompt“ kann dafür sorgen, dass dieser ein Urheberrecht am KI-Erzeugnis hat.

Nach allgemeiner Meinung sind (echte) KI-Schöpfungen nicht urheberrechtlich geschützt. Dem Urheberrecht liegt eine anthropozentrische Konzeption zugrunde.⁷¹⁾ § 2 Abs. 2 UrhG verlangt eine „persönliche“ geistige Schöpfung. Dieser Gedanke findet sich auch im europäischen Werkbegriff: Damit ein Gegenstand als „Werk“ klassifiziert werden kann, muss es sich bei dem betreffenden Gegenstand zum einen um ein „Original“ handeln, zum anderen ist die Einstufung als „Werk“ Elementen vorbehalten, die eine solche Schöpfung zum Ausdruck bringen.⁷²⁾ Hinsichtlich des ersten Merkmals kann ein Gegenstand allein dann als Original angesehen werden, wenn er die Persönlichkeit seines Urhebers widerspiegelt, indem er dessen freie kreative Entscheidungen zum Ausdruck bringt.⁷³⁾ Da es also darauf ankommt, dass in der Schöpfung die Persönlichkeit des Urhebers zum Ausdruck kommt,⁷⁴⁾ setzt auch der EuGH einen menschlichen Schöpfer voraus.

Der Rückgriff auf das Schlagwort KI-Schöpfung ersetzt natürlich nicht die (technische) Prüfung, ob das „Endprodukt“ wirk-

56) Raue, CR 2017, 656; Murray-Rust, The Right to Read Is the Right to Mine, Open Knowledge Foundation Blog, 1.6.2012, <https://blog.okfn.org/2012/06/01/the-right-to-read-is-the-right-to-mine/>.

57) Zum Drei-Stufen-Text im Kontext des Text und Data Mining nur Vesala, IIC 2023, 351, 365 ff.; s. a. Verweyen, Editorial WRP Heft 12/2023.

58) Raue, GRUR 2017, 11, 13; Raue, ZUM 2021, 793; Dreier, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz (Fn. 21), § 44b Rn. 1; für eine Ausgliederung aus dem Schutzbereich Schack, ZUM 2017, 802, 806.

59) Vgl. Maamar, ZUM 2023, 481, 482.

60) In diesem Sinne Positionspapier der Initiative Urheberrecht, https://urheber.info/media/pages/diskurs/positionspapier-zu-kunstlicher-intelligenz/a4b0076a7d-1697140220/230920_iu-positionspapier_ai-act_september2023_endg.pdf (S. 3); die abstrakte Repräsentation von Werken könnte auch jenseits des Vorliegens einer Vervielfältigung als neue Nutzungsart verstanden werden.

61) Vgl. Margoni/Kretschmer, GRUR Int. 2022, 685, 689 („no need for a TDM exception, as the extraction of factual information from protected content is external to the remit of copyright“).

62) Raue, GRUR 2017, 11, 13 f.; Raue, CR 2017, 656, 661; a. A. Wandtke, MMR 2017, 367, 368.

63) Vgl. etwa das Positionspapier der Initiative Urheberrecht, https://urheber.info/media/pages/diskurs/positionspapier-zu-kunstlicher-intelligenz/a4b0076a7d-1697140220/230920_iu-positionspapier_ai-act_september2023_endg.pdf (S. 3); sympathisierend auch de la Durantaye, ZUM 2023, 645, 658.

64) Schulze, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz (Fn. 21), § 2 Rn. 45.

65) Vgl. auch Raue, EuR 2023, 364, 367: „... sehenden Auges dazu beitragen müssen, in Zukunft nicht mehr gebraucht zu werden“.

66) Ausführlich Sucker, Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht, 2014.

67) Maamar, ZUM 2023, 481, dortige Fn. 9 verweist darauf, dass die ökonomischen Konsequenzen noch nicht hinreichend erforscht sind.

68) Vgl. zu diesem Argument BGH, 11.07.2002 – I ZR 255/00, WRP 2002, 1296 – Elektronischer Pressespiegel.

69) de la Durantaye, GRUR 2017, 558, 562; Raue, CR 2017, 656; Raue, ZUM 2021, 793, 796.

70) de la Durantaye, ZUM 2023, 645, 658.

71) Lauber-Rönsberg, GRUR 2019, 244, 245; s. a. Maamar, ZUM 2023, 481, 490; Dornis, GRUR 2019, 1252, 1255; Legner, ZUM 2019, 807, 807 f.; s. a. Kögel, DSRITB 2023, 285, 292 ff.

72) EuGH, 12.09.2019 – C-683/17, WRP 2019, 1449, Rn. 29 – Cofemel/G-Star Raw; EuGH, 13.11.2018 – C-310/17, WRP 2019, 55, Rn. 35 ff. – Levola Hengelo/Smilde Foods.

73) EuGH, 12.09.2019 – C-683/17, WRP 2019, 1449, Rn. 30 – Cofemel/G-Star Raw; EuGH, 01.12.2011 – C-145/10, GRUR 2012, 166, Rn. 88 und Rn. 94 – Painer.

74) EuGH, 29.07.2019 – C-469/17, WRP 2019, 1170, Rn. 19 – Funke Medien NRW/Bundesrepublik Deutschland [Afghanistan Papiere].

Hofmann, Zehn Thesen zu Künstlicher Intelligenz (KI) und Urheberrecht

lich autonom geschaffen worden ist.⁷⁵⁾ Greift der Agent auf Versatzstücke aus Trainingsdaten unter Übernahme syntaktischer Information (oder Abwandlungen hiervon) zurück, wirkt insoweit der bestehende Urheberrechtsschutz fort.⁷⁶⁾ Obwohl Ideen als solche, Informationen oder auch ein bestimmter Stil wegen des gegebenen „Freihaltebedürfnisses“ aus dem Schutzbereich des Urheberrechts herausfallen (siehe auch Art. 9 Abs. 2 TRIPS),⁷⁷⁾ kann sich etwa auch die Übernahme einer fiktiven Romanfigur als Übernahme „syntaktischer Information“ erweisen.⁷⁸⁾ In diesen Fällen entsteht kein KI-Urheberrecht, der Output ist aber gleichwohl hinsichtlich der übernommenen schöpferischen Züge nicht gemeinfrei. Fehlt es hingegen an der Zurechnung zu einem Menschen, weil z. B. ein autonomes Übersetzungssystem die Übersetzung auf Basis von Wahrscheinlichkeiten anfertigt, kommt unter Rückgriff auf den überkommenen Werkbegriff Urheberrechtsschutz nicht in Betracht – im Beispiel kein Bearbeiturerheberrecht gemäß § 3 UrhG. Auch hier wäre freilich eine Verwertung der Übersetzung nur mit Zustimmung des Urhebers des Ursprungstextes möglich (vgl. § 23 UrhG).

- 28 Auch sonst muss genau hingeschaut werden: Wird auf das Ausgabeprodukt durch einen „Prompt“ hinreichend konkret Einfluss genommen, kann derjenige, der die Eingabe bewirkt hat, am „Output“ ein Urheberrecht beanspruchen.⁷⁹⁾ Die bloße Idee für eine bestimmte (womöglich innovative) Gestaltung genügt dabei aber nicht.⁸⁰⁾ Das gilt selbst für pfiffige „Prompts“.⁸¹⁾
- 29 Denkbar ist des Weiteren, dass der „Output“ von einem Menschen weiter veredelt wird. Die Einleitung dieses Aufsatzes ist mit Hilfe von ChatGPT entstanden. Die konkrete Struktur der Einleitung geht aber auf den Autor dieses Beitrags zurück. Auch der erste Abschnitt genießt damit Urheberrechtsschutz.

These 6: Die fehlende Schutzfähigkeit des „Outputs“ ist rechtspolitisch überzeugend. Ein neues Ausschließlichkeitsrecht ist nicht erforderlich, da (derzeit) ein Marktversagen nicht ersichtlich ist.

- 30 In der Literatur wird überlegt, ob ein neues Schutzrecht für KI-Output erforderlich ist.⁸²⁾ Auch wenn noch nicht klar absehbar ist, wie einzelne „Kreativbranchen“ durch KI-Schöpfungen verändert werden und wie sich KI-Geschäftsmodelle weiterentwickeln, ist zumindest nach bisherigem Kenntnisstand die Schaffung eines Leistungsschutzrechts für KI-Schöpfungen entbehrlich. Mangels Schöpferpersönlichkeit⁸³⁾ kommen ohnehin nur utilitaristische Begründungsansätze in Betracht. Dabei stellt sich alles in allem die Frage, ob der geltende Rechtsrahmen hinreichend Anreize gibt, in die Entwicklung von KI-Modellen

zu investieren. Zum einen ist zu berücksichtigen, dass die Kosten für das Erzeugen von Inhalten wegen Skaleneffekten sinken.⁸⁴⁾ Zum anderen können Investitionen – wie ein Blick in den Markt zeigt – über auf das Vertragsrecht gestützte Premiummodelle amortisiert werden. Vermarktet wird der Zugang zu einem KI-System („KI as Service“), das dann auf Anfrage die vom Nutzer nachgefragten Bilder oder z. B. Übersetzungen liefert. Ein Schutzrecht ist hierfür weder erforderlich noch würde es Anreize schaffen, z. B. Trainingsdaten weitergehend zu teilen.⁸⁵⁾

Das letzte Wort ist freilich noch nicht gesprochen.⁸⁶⁾ Denkbar ist z. B., dass ein Marktversagen im Hinblick auf Nischenprodukte entsteht. Während sich Übersetzungsdienstleistungen auch ohne ein § 3 UrhG vergleichbares Recht unbegrenzt oft monetarisieren lassen (ungeachtet dessen, dass nach absehbarer Zeit Übersetzungen von z. B. Standardwerken der deutschen Literatur allgemein zugänglich sein werden) und auch z. B. der Markt für „Stockfotografien“ wegen immer neuer Gestaltungsmöglichkeiten nicht durch eine bestimmte Zahl passender KI-Illustrationen gesättigt sein wird, kann der Trainingsaufwand im Verhältnis zu den erwartbaren Einnahmen bei Generatoren, die kaum nachgefragte Werke liefern, außer Verhältnis stehen.⁸⁷⁾ Sollte (punktuell) ein Marktversagen identifiziert werden, kann kurzfristig immerhin die lauterkeitsrechtliche Generalklausel aus § 3 Abs. 1 UWG Abhilfe schaffen.⁸⁸⁾

Des Weiteren könnte ein Schutzrecht im Hinblick auf die Verwertung von KI-Schöpfungen erforderlich werden. Während das geltende Urheberrecht z. B. keinen Investitionsschutz für an Universitäten produzierte Aufsätze gewähren müsste, ist das Urheberrecht für die Verleger wissenschaftlicher Beiträge essentiell. Stellt sich heraus, dass ein Bedürfnis besteht, dass KI-Schöpfungen nicht nur produziert, sondern auch geordnet zugänglich gemacht werden, kann diese verlegerische Leistung womöglich ein Schutzrecht erforderlich machen. Anders formuliert: Obwohl kein Marktversagen beim Schöpfungsprozess besteht, könnte sich perspektivisch ein solches bei der Verbreitung ergeben.

2. Vergütungslösungen

These 7: Statt eines Ausschließlichkeitsrechts wird als Mittelweg eine urheberrechtlich ausgestaltete Vergütungslösung vorgeschlagen. Auch dies überzeugt nicht.

Statt einer Vergütungslösung für die Nutzung von Trainingsdaten kann überlegt werden, die Zahlung einer Vergütung mit dem „Output“ zu verknüpfen. Anders als beim KI-Training, das potenziell ins Ausland verlegt werden kann, kann dadurch zugleich sichergestellt werden, dass eine Vergütungspflicht für in Deutschland (Europa) angebotene Dienste nicht umgangen werden kann.

In diesem Sinne fordert etwa *Senftleben* eine urheberrechtlich ausgestaltete „Steuer auf Maschinen“ („A Tax on Machines for

75) Vgl. zu Einzelheiten *Hugenholtz/Quintais*, IIC 2021, 1190; s. a. *Konertz*, WRP 2023, 796, 799 f.

76) Vgl. *Pesch/Böhme*, GRUR 2023, 997, 1005 f.

77) *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, § 9 Rn. 199 ff.

78) Vgl. BGH, 17.07.2013 – I ZR 52/12, WRP 2014, 178, Rn. 24 ff. – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm*.

79) *Krone*, RDI 2023, 117, 121 f.; *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 244, 247; *Sesing-Wagenpfeil*, CR 2022, 749, 753 f. („bewegliches System“); *ders.*, DSRITB 2022, 655, 662 f.; *Gräfe/Kahl*, MMR 2021, 121, 124 f.; zur Frage hinreichenden menschlichen Einflusses auch *Dornis*, GRUR 2021, 784, 788 f.; *Hugenholtz/Quintais*, IIC 2021, 1190, 1200 ff.

80) Vgl. *Maamar*, ZUM 2023, 481, 490.

81) *Maamar*, ZUM 2023, 481, 487.

82) Vgl. *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 244, 252 f.; dafür *Muhr*, KI-Schöpfungen und Urheberrecht, 2022, S. 194 ff.; für ein Schutzrecht zugunsten der Nutzer *Legner*, ZUM 2019, 807, 810 ff.; s. a. *Wagner*, MMR 2023, 811; dagegen *Maamar*, Computer als Schöpfer. Der Schutz von Werken und Erfindungen künstlicher Intelligenz, 2021, S. 237; vgl. auch *Lemley*, How Generative AI Turns Copyright Upside Down (abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4517702) („Human creativity in the world of generative AI, then, will increasingly be about asking the right questions“).

83) Näher *Legner*, ZUM 2019, 807, 809 f.

84) *Maamar*, ZUM 2023, 481, 491.

85) Die Erleichterung des Handels war auch das zentrale Narrativ zur Anerkennung eines Dateneigentums, vgl. *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 335.

86) Kritisch auch *Dornis*, GRUR 2021, 784, 791 f. – er sieht vor allem die Gefahr, dass Dritte wahrheitswidrig das Urheberrecht an einer KI-Schöpfung für sich beanspruchen.

87) Kritisch auch *Muhr* (Fn. 82), S. 110 ff.; sie verweist darauf, dass es KI (noch) nicht möglich sei, auf Knopfdruck ein lesbares Buch hervorzubringen.

88) BGH, 19.11.2015 – I ZR 149/14, WRP 2016, 850, Rn. 24 ff. – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm II*; kritisch *Dornis*, GRUR 2021, 783, 787; auch der Rückgriff auf KI-Output für Trainingszwecke kann neben einem Vertrags- womöglich auch einen UWG-Verstoß begründen.

the Purpose of Giving a Bounty to the Dethroned Human Author“).⁸⁹⁾ Die Abgabe soll urheberrechtlich designiert sein. Als Vorbild könnte Art. 8 Abs. 2 Vermiet- und Verleihrichtlinie dienen. *Senfleben* stellt folgende Regelung zur Diskussion: „Member States shall provide a right in order to ensure that a single equitable remuneration is paid by the user, if a literary and artistic work generated by an artificial intelligence system, is used as a substitute for a work made by a human author, and to ensure that this remuneration is paid to cultural funds of collective management organisations for the purpose of fostering and supporting human literary and artistic productions.“ Dies soll zwei Vorteile haben: *Erstens* würden KI-Schöpfungen teurere „Schöpfungen“, was die Wettbewerbsfähigkeit menschlicher Schöpfungen erhöhen kann. *Zweitens* würde eine Einnahmequelle geschaffen, wodurch erwünschte menschliche Kreativität subventioniert werden könnte.

- 35 Während die Prämisse überzeugt, wonach menschliche Kreativität einen eigenen, erhaltungswürdigen Wert darstellt, stellt sich die Frage, ob menschliche Kreativität nicht auch in einem Wettbewerb menschlicher und synthetischer Kreativität gefördert werden kann. Eine Wettbewerbslösung kann zum einen dafür sorgen, dass menschliche Kreativität dort eingesetzt wird, wo ein Bedarf besteht, während zum anderen Subventionen anfällig für Fehlanreize sind (näher unten These 10).

3. Transparenz

These 8: Transparenzpflichten können bei der Durchsetzung von Urheberrechtsverletzungen im Kontext von KI helfen.

- 36 Auf europäischer Ebene wird eine Kennzeichnungspflicht für KI diskutiert (vgl. Vorschlag eines Art. 28b eines Gesetzes über künstliche Intelligenz).⁹⁰⁾ De lege lata könnte eine entsprechende Transparenzpflicht im Übrigen aus § 5a Abs. 1 UWG (Art. 7 Abs. 1 UGP-RL) konstruiert werden.⁹¹⁾ Ein derartiges Transparenzgebot hat mehrere Vorteile: *Erstens* verringert es die Gefahr, dass ein Mensch ein KI-Erzeugnis als eigenes ausgibt.⁹²⁾ Ein Transparenzgebot kann diese Praxis zwar nicht verhindern, aber einen (weiteren) Sanktionsmechanismus für Verstöße schaffen. *Zweitens* kann eine Transparenzpflicht helfen, dass sich ein Wettbewerb zwischen menschlichen Schöpfungen und KI-Schöpfungen entwickeln kann (dazu unten These 10). Schließlich kann *drittens* eine Kennzeichnungspflicht bei der Durchsetzung von bestehenden Urheberrechten helfen.

V. Ausblick

These 9: Der geltende Rechtsrahmen kann die Haftung für die rechtswidrige Nutzung von KI-Schöpfungen (durch Dritte) im Grundsatz abdecken.

- 37 Potenzielle Rechtsverletzungen rund um KI-Systeme können vom geltenden Recht im Grundsatz zufriedenstellend erfasst werden. Das gilt zum einen für die Betreiber derartiger Systeme. Kommt es (wenn auch nur im Einzelfall) zur Verwertung von Teilen urheberrechtlich geschützter Werke Dritter im KI-

Produkt, steht nach allgemeinen Regeln eine Urheberrechtsverletzung im Raum. Im Lichte der EuGH-Rechtsprechung zum Leistungsschutzrecht des Tonträgerherstellers⁹³⁾ wird auf die „Wiedererkennbarkeit“ abgestellt.⁹⁴⁾ Besonderheiten bestehen nicht (siehe auch § 10 UrhG). Ein Aspekt bleibt freilich diskussionswürdig: Wenn die Ausgabe durch einen Nutzer durch geschickte „Prompts“ gleichsam angestiftet wurde, stellt sich womöglich die Frage einer Haftungsprivilegierung. Anders als bei Plattformen stehen hier zwar „eigene Inhalte“ des KI-Systems im Raum; auch eine „aktive Rolle“ lässt sich annehmen.⁹⁵⁾ Damit spricht einiges dafür, dem Betreiber eine Verkehrspflicht dahingehend aufzuerlegen, dass im Training benutzte urheberrechtlich geschützte Werke nicht im „Output“ erscheinen. Gerade wenn aber Trainingsdaten nicht dauerhaft abgespeichert werden (vgl. § 44b Abs. 2 S. 2 UrhG), kann es dem Betreiber des KI-Systems aber erschwert werden (abgespeicherte Verlinkungen auf Trainingsdaten können ins Leere gehen), vergleichbar mit Art. 17 Abs. 4 lit. b DSM-RL eine „schwarze Liste“ von Werken anzufertigen, die sich im Output nicht widerspiegeln dürfen.

Der Betreiber des KI-Systems könnte sich zudem damit zu entlasten versuchen, dass es sich um eine „Doppelschöpfung“ handelt.⁹⁶⁾ Nach herkömmlichen Regeln ist freilich auch die „unbewusste“ Übernahme urheberrechtlich als Verwertung einzustufen.⁹⁷⁾ Dafür besteht ein Anscheinsbeweis.⁹⁸⁾ Der Betreiber des KI-Systems muss also aufzeigen, dass das Ausgangswerk nicht ins Endprodukt „kopiert“ worden ist, dass das KI-System sich also nicht an ein Trainingswerk (versehentlich) „erinnert“ hat, sondern tatsächlich autonom („parallel“) entstanden ist. Das dürfte jedenfalls dann fraglich sein, wenn ein bestimmtes Werk tatsächlich im Training verwendet worden ist.

Denkbar ist schließlich, dass diverse Schranken Nutzungen von Werken im KI-Output erlauben. Allerdings bedarf es einer genaueren Subsumtion. Beim Zitatrecht (§ 51 UrhG) beispielsweise bedarf es gemäß § 63 Abs. 1 UrhG einer Quellenangabe, worauf namentlich ChatGPT konsequent verzichtet. Unklar ist etwa auch, ob ein Pastiche voraussetzt, dass der Ersteller desselben die Absicht haben muss, einen urheberrechtlichen Schutzgegenstand zum Zwecke des Pastiche zu nutzen.⁹⁹⁾ Ob man einem nicht-menschlichen „Schöpfer“ derartige subjektive Elemente unterstellen kann, erscheint fraglich. Soweit eine grundrechtskonforme Schrankenauslegung im Raum steht,¹⁰⁰⁾ ist freilich jedenfalls der Betreiber des KI-Systems Grundrechtsträger. Inwieweit schließlich das Produkthaftungsrecht zulasten der Betreiber von KI-Systemen eingreift, ist noch nicht abschließend geklärt.¹⁰¹⁾

89) *Senfleben*, A Tax on Machines for the Purpose of Giving a Bounty to the Dethroned Human Author – Towards an AI Levy for the Substitution of Human Literary and Artistic Works (abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=4123309> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4123309>).

90) Europäisches Parlament, P9_TA(2023)0236; vgl. auch Positionspapier der Initiative Urheberrecht, https://urheber.info/media/pages/diskurs/positionspapier-zu-kunstlicher-intelligenz/a4b0076a7d-1697140220/230920_iu-positionspapier_ai-act_sep-tember2023_endg.pdf (S. 5).

91) Ablehnend *Johannisbauer*, MMR-Aktuell 2023, 455537, aber für „unsichtbare“ Kennlichmachung.

92) Dies sieht u. a. *Muhr* (Fn. 82), S. 123 ff., als Grund, ein Leistungsschutzrecht einzuführen; s. a. *Dornis*, GRUR 2021, 784, 791 f.

93) EuGH, 29.07.2019 – C-476/17, WRP 2019, 1156, Rn. 31, 36 f. – Pelham GmbH u. a./ Ralf Hütter u. a.

94) *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401; s. a. BGH, 07.04.2022 – I ZR 222/20, WRP 2022, 729, Rn. 47 – Porsche 911.

95) Vgl. zur Haftung von Plattformen für Nutzeruploads, EuGH, 22.06.2021 – C-682/18, C-683/18, WRP 2021, 1019 – Frank Peterson u. a./Google, YouTube u. a.

96) Zur Problematik auch *Konertz*, WRP 2023, 796, 803.

97) *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht (Fn. 1), § 23 Rn. 34 ff.; vgl. so auch Positionspapier der Initiative Urheberrecht, https://urheber.info/media/pages/diskurs/positionspapier-zu-kunstlicher-intelligenz/a4b0076a7d-1697140220/230920_iu-positionspapier_ai-act-september2023_endg.pdf (S. 4).

98) BGH, 03.02.1988 – I ZR 143/86, GRUR 1988, 810, 811 – Fantasy; BGH, 03.02.1988 – I ZR 142/86, GRUR 1988, 812, 814 – Ein bißchen Frieden.

99) Vermeidend BGH, 14.09.2023 – I ZR 74/22, WRP 2023, 1358, Rn. 42 – Metall auf Metall V.

100) Vgl. EuGH, 29.07.2019 – C-516/17, WRP 2019, 1162, Rn. 50 ff. – Spiegel Online/Volker Beck.

101) Auf EU-Ebene wird derzeit die Produkthaftungsrichtlinie überarbeitet, vgl. COM (2022) 495 final; Beweisfragen sollen von einer Richtlinie über KI-Haftung adressiert werden, vgl. COM(2022) 496 final; zum Ganzen *Staudenmayer*, NJW 2023, 894.

Hofmann, Zehn Thesen zu Künstlicher Intelligenz (KI) und Urheberrecht

- 40 Zum anderen bietet das geltende Haftungsrecht einen hinreichend flexiblen Rahmen, um Nutzer von KI-Systemen in Anspruch nehmen zu können. Macht sich ein Nutzer eine KI-Schöpfung zu eigen, hat auch er für eine Urheberrechtsverletzung einzustehen, wenn der KI-Output Werke Dritter enthält.¹⁰²⁾ Relevanz werden auch Fälle über die Täuschung der Urheberschaft haben. Wird ein Text als eigener ausgegeben, kann dies nicht nur eine irreführende geschäftliche Handlung nach § 5 UWG darstellen, sondern mitunter sogar strafrechtlich relevant sein. Wird beispielsweise eine KI-Schöpfung einer Verwertungsgesellschaft gemeldet, steht ein Betrug gemäß § 263 StGB im Raum.¹⁰³⁾ Ein Werk darf auch nicht einem Nicht-Urheber zugeschrieben werden (*droit de non paternité*).¹⁰⁴⁾ Auf KI-Schöpfungen gestützte Abmahnungen können mit einer unberechtigten Schutzrechtsverwarnung gekontert werden.¹⁰⁵⁾

These 10: Eine Reform des Urheberrechts ist (vorerst) nicht notwendig. Es besteht Wettbewerb zwischen menschlichen und künstlichen Schöpfungen. Es entsteht ein Anreiz, dass menschliches Schaffen dorthin verlagert wird, wo Menschen „origineller“ als Maschinen sind. Dies kann beispielsweise dort der Fall sein, wo ein Bedürfnis nach genuin menschlicher Kreativität besteht. Auch kann ein Bedürfnis bestehen, dass KI-Erzeugnisse (z. B. Übersetzungen) von Menschen weiter veredelt werden. Soweit KI die Nachfrage nach bestimmten „Werken“ in zufriedenstellender Weise bedient, schadet das Bestehen eines Urheberrechts für parallel von Menschen geschaffene Schöpfungen zumindest nicht. Zugleich werden Abgrenzungsprobleme vermieden, die auftreten würden, würde man beispielsweise die Schutzwelle anheben.

- 41 Wenn die Frage, ob KI-Systeme aus menschlichen Werken lernen dürfen, um neben den Menschen als Schöpfer zu treten (dazu oben These 4),¹⁰⁶⁾ entgegen hier vertretener Ansicht verneint wird, schwingt die Sorge um das Wohl der Kreativen mit. In der Tat kann man gerade menschlicher Kreativität einen eigenen Wert beimessen.¹⁰⁷⁾ Da KI zudem letztlich auf Vorhandenem fußt, droht kultureller Stillstand. Wenn dem so ist, muss man freilich das Aussterben menschlicher Schöpfer nicht fürchten.¹⁰⁸⁾ In Zukunft wird vielmehr ein Wettbewerb zwischen KI-Schöpfungen und menschlichen Schöpfungen zu erwarten sein. Bei reinen „Alltagsschöpfungen“ werden sich dabei höchst wahrscheinlich KI-Produkte durchsetzen. Umgekehrt wird weiter Nachfrage nach genuin menschlichen Schöpfungen bestehen, sei es, weil Kreative Nischen ausmachen, in denen sich ihre Kreativität der sich doch irgendwie am Herkömmlichen orientierenden KI als überlegen erweist¹⁰⁹⁾ oder weil explizit Nachfrage nach einem Werk eines Menschen besteht. Ob sich in einem Werk die „Persönlichkeit ihres Schöpfers“ spiegelt¹¹⁰⁾ oder es sich um eine unpersönliche, auf Basis von Wahrscheinlichkeiten erstellte Kunstproduktion handelt, kann sich im Wert des Wer-

kes niederschlagen. Letzteres unterstreicht nochmals, dass Kennzeichnungspflichten für KI-Output in der Tat positive Effekte haben können.

Lässt man ein Nebeneinander von KI-Schöpfungen und menschlichen Schöpfungen zu,¹¹¹⁾ kann man sich zugleich die positiven Effekte des Wettbewerbs zunutze machen: *Erstens* werden Ressourcen effizient eingesetzt. Wenn KI in der Lage ist, Nachfrage nach bestimmten Werken (z. B. „Groschenromane“) zu befriedigen, besteht kein Grund, dass sich hier menschliche Schöpfer bemühen. Gleiches gilt für einfache Übersetzungen oder Standardbilder. Anders liegt es, wenn es etwa um die Veredelung durchschnittlicher KI-Produkte (z. B. Übersetzungen) geht. Hier bleibt wahrscheinlich noch geraume Zeit eine Lücke für menschliche Schöpfer (vgl. § 3 UrhG). *Zweitens* kann der Wettbewerb Anreize setzen, dort innovativ zu sein, wo der Wettbewerber (hier: die KI) Schwächen hat. Wer hier Werke schafft, bekommt auch weiterhin ein Urheberrecht. Wettbewerb erfordert freilich auch den Mut, sich diesem zu stellen und ständig nach „Marktlücken“ zu suchen. Statt zu beklagen, dass Einnahmequellen wegfallen (z. B. Quersubventionierung der eigenen „großen“ Werke mit einfacher Stockfotografie), gilt es, neue zu erschließen. Sicher ist ohnehin: Auch in fünfzig Jahren werden, wie die Jahrhunderte zuvor, Menschen Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst schaffen, die ihresgleichen suchen. Kurzum: Urheber werden weder überflüssig noch droht KI das „Urheberrecht als Ganzes auszuhebeln“.¹¹²⁾

Dieser Wettbewerb der Systeme kann auf Basis des geltenden Urheberrechts erfolgen. Wie dargelegt, bedarf es für KI-Schöpfungen mangels Marktversagens aller Voraussicht nach keines eigenen Schutzrechts (dazu oben These 6). Dass Werke mit dem „Stempel der Persönlichkeit des Autors“ und solcher der kleinen Münze weiter Urheberschutz genießen, ist dabei unschädlich. Während für erstere die klassischen Urheberrechtsnarrative auch im „KI-Zeitalter“ Überzeugungskraft besitzen, schadet Schutz für letztere nicht.¹¹³⁾ Dass das Urheberrecht ein „teures Schutzrecht“ ist,¹¹⁴⁾ wirkt sich hier nicht aus, da hier ohne Weiteres auf KI-Schöpfungen zurückgegriffen werden kann. Die Gefahr, dass KI-Schöpfungen als menschliche ausgegeben werden („copyfraud“), modifiziert diese Sichtweise freilich (vgl. aber oben These 9).¹¹⁵⁾ Dessen ungeachtet besteht aber der Vorteil, dass keine neuen Abgrenzungsprobleme entstehen, die auftreten können, wenn man die Schutzwelle für urheberrechtlich geschützte Werke anheben¹¹⁶⁾ oder ggf. neue Leistungsschutzrechte einführen will.

Anm. der Redaktion:

Lesen Sie zu diesem Thema auch den Beitrag *Konertz*, Urheberrechtliche Fragen der Textgenerierung durch Künstliche Intelligenz: Insbesondere Schöpfungen und Rechtsverletzungen durch GPT und ChatGPT, WRP 2023, 796 ff. sowie das Editorial von *Verweyen*, WRP Heft 12/2023.

102) Vgl. *Schaub*, NJW 2023, 2145, 2147.

103) *Krone*, RD 2023, 117, 124.

104) BGH, 08.06.1989 – I ZR 135/87, WRP 1990, 231 – Emil Nolde.

105) *Krone*, RD 2023, 117, 124, zur Schutzrechtsverwarnung vgl. BGH, 01.12.2015 – X ZR 170/12, WRP 2016, 881 – Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung II.

106) Vgl. *Maamar*, ZUM 2023, 481.

107) Insoweit überzeugend *Senftleben*, A Tax on Machines for the Purpose of Giving a Bounty to the Dethroned Human Author – Towards an AI Levy for the Substitution of Human Literary and Artistic Works (abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=4123309> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4123309>).

108) *de la Durantaye*, ZUM 2023, 645, 659: „Originalität beginnt womöglich dort, wo statistische Wahrscheinlichkeit endet. Die Anwendungsmöglichkeiten und Limitierungen von KI eröffnen daher möglicherweise einen neuen gesellschaftlichen Blick auf den Wert kreativer Schöpfung. Irrationales, Unwahrscheinliches, Unlogisches könnte künftig mehr geschätzt werden.“

109) Vgl. *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 244, 251 f.

110) Vgl. *Olbrich/Bongers/Pampel*, GRUR 2022, 870, 871.

111) Für ein Anheben der Schutzwelle zur Vermeidung einer „kognitiven Dissonanz“ zwischen schutzfähigen menschlichen Schöpfungen und nicht schutzfähigen KI-Schöpfungen *Raue*, ZUM 2024 (voraussichtlich Heft 2); auch *Muhr* (Fn. 82), S. 207 f., fragt, ob sich das Urheberrecht noch rechtfertigen lässt, wenn vergleichbare „Schöpfungen“ künstlich erzeugt werden können; ähnlich *Konertz*, WRP 2023, 796, 801; zur Problematik auch *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 244, 251 f.

112) *Hoeren*, MMR 2023, 81, 82.

113) Kritisch für technisch geprägte Schutzgegenstände und Werke der kleinen Münze *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 244, 251 f.

114) Vgl. *Raue*, ZUM 2024 (voraussichtlich Heft 2).

115) Zu Beweisproblemen bei menschlichem Schaffen *Henke*, GRUR 2023, 608; *Heinze*, ZUM 2024 (voraussichtlich Heft 2); in der Ausgabe von KI-Schöpfungen als menschliche sieht *Dornis*, GRUR 2021, 784, 791 f. das Kernproblem: „Zweckverfehlung: ‚Überentlohnung‘ durch die Hintertür“.

116) Vgl. *Raue*, ZUM 2024 (voraussichtlich Heft 2).