

# Kommunikation & Recht

K&R

**6** Juni 2023  
26. Jahrgang  
Seiten 385-456

**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

- Zu viel Zucker, Fett und Salz: Wer rettet die dicken Kinder von Landau?  
**Prof. Dr. Murad Erdemir**
- 385** Rechtsfragen bei DALL-E & Co. – Schutzfähigkeit der „Promptografie“?  
**Prof. Dr. Thomas Wilmer**
- 396** Anforderungen an eine Kennzeichnungspflicht für KI-Inhalte  
**Dominik Höch und Dr. Jonas Kahl**
- 401** Aktuelle Entwicklungen in der Providerhaftung  
**Dr. Christian Volkmann**
- 406** Rundfunkrecht in der Entwicklung – Teil 2  
**Prof. Dr. Christoph Degenhart**
- 413** Länderreport USA  
**Clemens Kochinke**
- 416** **EuGH:** Voraussetzungen für Schadensersatz bei DSGVO-Verstoß
- 422** **EuGH:** Pflicht zur Alterskennzeichnung beim Online-Vertrieb audiovisueller Medien
- 425** **EuGH:** Bloße Bereitstellung von Lautsprecheranlage noch keine öffentliche Wiedergabe
- 430** **EuGH:** Gerichtsstand bei Markenrechtsverletzung durch Keyword-Advertising
- 433** **BGH:** Unterwerfung durch unterschriebene Erklärung in PDF-Datei grundsätzlich ausreichend
- 437** **BGH:** Rundfunkhaftung II: Haftung bei unerlaubter Glücksspielwerbung
- 442** **OLG Frankfurt a. M.:** Rabattaktion von Online-Marktplatz verstößt nicht gegen Buchpreisbindung
- 444** **OLG Hamburg:** Kein Unterlassungsanspruch gegen YouTube wegen behaupteter Urheberrechtsverletzung
- 447** **OLG Frankfurt a. M.:** Kein vorbeugender Unterlassungsanspruch gegen Datenübermittlung an Dritte
- 450** **AG Ludwigsburg:** Kein Schadensersatz wegen dynamischer Einbindung von Google Fonts
- 453** **BVerwG:** Keine Rundfunkbeitragspflicht für Nebenwohnung

Prof. Dr. jur. Thomas Wilmer\*

# Rechtsfragen bei DALL-E & Co. – Schutzfähigkeit der „Promptografie“?

## Kurz und Knapp

OpenAI bietet neben ChatGPT auch das darauf basierende DALL-E an, ein KI-Tool, das die Generierung von Bildern auf Basis von Texteingaben, sog. „Prompts“,<sup>1</sup> ermöglicht (Text-to-Image („TTI“-System)). Dieser Beitrag ergänzt den vorherigen Beitrag des Autors zu ChatGPT<sup>2</sup> im Hinblick auf die Bildgenerierung durch DALL-E und vergleichbare Systeme. Auch wenn mangels menschlicher Schöpfung keine Urheberrechte an den Bildern von DALL-E zugunsten von OpenAI bestehen, stellt sich die Frage nach der Verletzung von Rechten Dritter und den Grenzen der Schutzrechte.

## I. Einleitung

Die Diskussion um die Regulierung der KI hat sich zunehmend intensiviert, zu ChatGPT hat die EU eine Taskforce eingerichtet.<sup>3</sup> Die Diskussion betrifft neben neuen Chatbotplänen wie TruthGPT den Missbrauch von KI zu „Fake-Interviews“<sup>4</sup> und die Generierung von Musikstücken<sup>5</sup> sowie die Bildgenerierung. Mit KI-Bildern wurden Kunstpreise gewonnen,<sup>6</sup> Nichtkünstler verdienen Geld mit der Kommerzialisierung von KI-Bildern, etwa in Form eines Kinderbuchs<sup>7</sup> oder durch den Verkauf KI-generierter Nacktbilder.<sup>8</sup> Neben Ausstellungen, welche digitale Kunst mit Software- oder KI-Unterstützung enthalten,<sup>9</sup> haben inzwischen auch reine KI-Kunst-Galerien eröffnet.<sup>10</sup>

Dieser Beitrag bietet einen Überblick über ausgewählte Rechtsfragen, die bei der Nutzung von Bildgeneratoren wie DALL-E<sup>11</sup> entstehen.<sup>12</sup> Hierbei wird exemplarisch DALL-E als Anwendungsfall der Bildgenerierung durch Künstliche Intelligenz mit Anwendungsbeispielen untersucht. Der Beitrag richtet sich sowohl an diejenigen, die KI-Bildgeneratoren anbieten, als auch an alle, die Bilder generieren und verwenden. Die Ergebnisse der KI genießen in der Regel zugunsten der KI-Schöpfer keinen urheberrechtlichen Schutz, anders kann dies bei den Leistungen im Vorfeld sein.<sup>13</sup>

Fraglich ist, inwiefern bei komplexeren Prompts durch die Nutzenden für die Bildgenerierung Rechte entstehen könnten. Ebenso fraglich ist, inwiefern der Einsatz von KI durch Kreative zu einem schutzfähigen Werk führen kann. Untersucht wird ebenfalls, welche urheber- und markenrechtlichen Implikationen durch die Nutzung der Bildgeneration entstehen,<sup>14</sup> und welche Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten zu beachten sind.

## II. Funktionsweise von DALL-E

Bei DALL-E handelt es sich um ein von OpenAI entwickeltes System, das der schwachen 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>15</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.“

DALL-E erzeugt Bilder auf Basis einer Texteingabe und nutzt neben aus dem Internet und aus Bilddatenbanken (u. a. Shutterstock) entnommenen Bildern die ebenfalls von OpenAI entwickelte KI ChatGPT. Vereinfacht dargestellt analysiert ChatGPT die im Eingabebefehl der Nutzenden gestellte Aufgabe (sogenannter „Prompt“) daraufhin, welche Bedeutung den

\* Mehr über den Autor erfahren Sie am Ende des Beitrags. Die Farbversionen der vom Autor generierten Bilder sind unter [dall-e-recht.de](https://dall-e-recht.de) und [prompt-recht.de](https://prompt-recht.de) abrufbar.

1 Zum Begriff der „Promptografie“ siehe etwa <https://www.eldagsen.com/sony-world-photography-awards-2023/>; Aktion „#promptography is not photography“, s. u. Fn. 74 zur Ablehnung eines Fotografiepreises durch den Künstler Boris Eldagsen.

2 Wilmer, K&R 2023, 233.

3 [https://edpb.europa.eu/news/news/2023/edpb-resolves-dispute-transfers-meta-and-creates-task-force-chat-gpt\\_de](https://edpb.europa.eu/news/news/2023/edpb-resolves-dispute-transfers-meta-and-creates-task-force-chat-gpt_de).

4 Beitrag in der Zeit vom 21. 4. 2023, <https://www.zeit.de/kultur/2023-04/michael-schumacher-ki-interview-die-aktuelle-entlassung>.

5 Beitrag von Benjamin Fischer in der FAZ vom 18. 4. 2023, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/digitec/ki-generiert-fake-song-von-drake-und-the-weeknd-18829126.html>.

6 Siehe u. a. Beitrag von Matthew Gault in Vice vom 31. 8. 2022, <https://www.vice.com/en/article/bvmvqm/an-ai-generated-artwork-won-first-place-at-a-state-fair-fine-arts-competition-and-artists-are-pissed>; weitere Beispiele bei *Sesing-Wagenpfeil*, CR 2022, 749, 750.

7 Beitrag von Chris Stokel-Walker in BuzzFeed vom 13. 12. 2022, <https://www.buzzfeednews.com/article/chrisstokelwalker/tech-worker-ai-childrens-book-angers-illustrators>.

8 Beitrag von Marlene Polywka vom 13. 4. 2023 in Techbook, [https://www.techbook.de/mobile-lifestyle/ki-nacktbilder-debatte?ref=1&dt=5bk1\\_3&tbl=MEHR%20VON%20USEREN%20BOOKS](https://www.techbook.de/mobile-lifestyle/ki-nacktbilder-debatte?ref=1&dt=5bk1_3&tbl=MEHR%20VON%20USEREN%20BOOKS).

9 <https://www.dimensions-digital-art.de/>.

10 <https://deadendgallery.nl/>.

11 Der Begriff „DALL-E“ stellt eine Kombination des Namens von WALL-E, einem Roboter aus einem Pixar-Animationsfilm und des ersten Buchstabens des Nachnamens von Salvador Dalí dar; aktuell Version DALL-E-2 (Stand: April 2023), abrufbar unter <https://openai.com/product/dall-e-2>; zum Überblick zu Bildgeneratoren siehe Liste unter Heise-Artikel vom 22. 11. 2022, „KI-Bildgeneratoren: Sechs Web-Apps im Test“, <https://www.heise.de/tests/KI-Bildgeneratoren-Sechs-Web-Apps-im-Test-7341455.html>.

12 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.

13 Zu den Rechten am Trainingsmodell *Papastefanou*, CR 2023, 1, 5.

14 Der ergänzende wettbewerbliche Leistungsschutz und sonstige UWG-Verletzungen sind nicht Gegenstand des Beitrags.

15 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 wissensgestützte Konzepte und Statistische Ansätze.

Inhalten nach dem Datenmodell zuzuordnen ist. Es verwendet dann ein „Convolutional Neural Network“ (CNN), um diese Informationen zu verwenden und ein Bild zu generieren, das der Beschreibung entspricht. Das CNN wird darauf trainiert, verschiedene Merkmale von Bildern wie z. B. Formen, Farben, Texturen, Stile usw. zu erkennen, um daraufhin aus den zu diesen Merkmalen im Trainingsdatenpool verfügbaren Vorlagen ein bzw. mehrere neu gestaltete Bilder zu erstellen.<sup>16</sup>

Auf jeden Prompt erfolgt die Generierung von vier verschiedenen Bildern, so etwa auf den Prompt „an avocado wearing a judge’s robe, surrealist painting by Salvador Dali, 3 d render“ folgende Auswahl:



Wird der gleiche Prompt noch einmal eingegeben, erscheinen 4 andere, neu generierte Bilder.

Auch die Eingabe von Prominentennamen ist möglich. So entsteht etwa aus dem Prompt „Painting of Prince Charles and Camilla Parker-Bowles in the style of Andy Warhol“ das folgende von DALL-E generierte Bild:



DALL-E nutzt – ähnlich wie vergleichbare Systeme, etwa Midjourney,<sup>17</sup> Crayon<sup>18</sup> oder NightCafe<sup>19</sup> – weder von den DALL-E-Urhebern selbst geschaffene Bilder, noch werden größere Bildelemente direkt von Dritten übernommen und integriert.

Dabei greift DALL-E auf die von ChatGPT benutzten Informationen aus dem Internet zurück, welche auf Datensätzen bis zum Jahr 2021 beruhen.<sup>20</sup> Daher ergeben Versuche, im Jahr 2023 „ein Bild von ‚King Charles und Queen Camilla im Stil eines Bildes von Andy Warhol zu generieren“, weniger dem aktuellen König und der Königin ähnelnde Bilder als bei einer Eingabe der Namen von „Prince Charles und Camilla Parker-Bowles“.

### III. Input aus dem Internet in das KI-Modell/ fremde Datenbasis

In einem Aufruf vom 19.4.2023 weist die Initiative Urheberrecht auf Folgendes hin: „Der Output von KI-Systemen

hängt von dem Input ab, mit dem sie trainiert werden; dazu gehören Texte, Bilder, Videos und andere Materialien von Urheber:innen, ausübenden Künstler:innen und weiteren Rechteinhabern: Unser digitales Gesamtrepertoire dient dem Training von KI, oft ohne Genehmigung und unvergütet und nicht immer für legitime Zwecke. Die ungefragte Nutzung des Trainingsmaterials, seine intransparente Verarbeitung und die absehbare Substitution der Quellen durch den Output generativer KI werfen grundsätzliche Fragen nach Verantwortung und Haftung wie auch Vergütung auf, die zu klären sind, bevor der Schaden irreversibel ist.“<sup>21</sup> Gefordert wird dementsprechend der „Nachweis einer Rechtsgrundlage für die Erhebung und Nutzung des Trainingsmaterials“.<sup>22</sup>

Eine Urheberrechtsverletzung wird mangels der Übernahme geschützter Werke bei DALL-E nicht vorliegen, s. u. IV. Soweit die Daten des KI-Modells durch das Auslesen aus dem Netz gewonnen wurden, kann das systematische, wiederholte Auslesen einen Verstoß gegen § 87b Abs.1 S.2 UrhG darstellen.<sup>23</sup> Soweit geschützte Bildelemente als Trainingsdaten übernommen werden, kann dies durch die Anwendung des § 44b UrhG zum Text und Data Mining gerechtfertigt sein, soweit nach § 44b Abs.1 UrhG eine automatisierte Analyse von einzelnen oder mehreren digitalen oder digitalisierten Werken erfolgt, um daraus Informationen insbesondere über Muster, Trends und Korrelationen zu gewinnen, und der Rechteinhaber keinen Vorbehalt nach Abs.3 des § 44b UrhG in maschinenlesbarer Form hinterlegt hat.<sup>24</sup> Im Hinblick auf die Monetarisierung fremder Werke in der Datenbasis ist de lege ferenda zu prüfen, ob eine finanzielle Entschädigung der unfreiwilligen Lieferanten für den Datenpool möglich ist, s. u. X.

## IV. Urheberrecht an Prompts und an erzeugten KI-Bildern?

### 1. Urheberschaft an Bildern zugunsten OpenAI?

Soweit Bedingungen für die Nutzung der Ergebnisse von DALL-E formuliert werden, stellt sich die Frage, ob hier OpenAI<sup>25</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>26</sup> Dementsprechend wird beispielsweise auch Tieren keine Urheberschaft zugestanden.<sup>27</sup> Die europäischen Rechts-

16 Details zu technischen Abläufen *Papastefanou*, CR 2023, 1, 2.

17 <https://www.midjourney.com/app/>.

18 <https://www.crayon.com/>.

19 <https://creator.nightcafe.studio/>.

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

21 Initiative Urheberrecht, „Urheber:innen und Künstler:innen fordern Maßnahmen zum Schutz vor generativer KI in der Europäischen KI Verordnung“, 19.4.2023 [https://urheber.info/media/pages/diskurs/ruf-nach-schutz-vor-generativer-ki/03e4ed0ae5-1681902659/finale-fassung\\_de\\_urheber-und-kunstler-fordern-schutz-vor-gki\\_final\\_19.4.2023\\_12-50.pdf](https://urheber.info/media/pages/diskurs/ruf-nach-schutz-vor-generativer-ki/03e4ed0ae5-1681902659/finale-fassung_de_urheber-und-kunstler-fordern-schutz-vor-gki_final_19.4.2023_12-50.pdf), S.2.

22 Initiative Urheberrecht (Fn.21), S.3.

23 BGH, 1.12.2010 – IZR 196/08, K&R 2011, 485 ff.

24 Details dazu in *Wilmer*, K&R 2023, 233, 234; auch ein Verstoß gegen ein „Virtuelles Hausrecht“ liegt dementsprechend regelmäßig nicht vor.

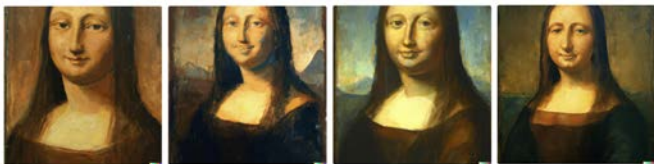
25 *Lorenz*, K&R 2019, 1, 2 ff.

26 *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.; *Olbrich/v. Bongers/Pampel*, GRUR 2022, 870, 871.

27 *Nachweise bei Leupold/Wiebe/Glossner*, IT-Recht, 4. Aufl. 2021, Teil 9.6.2, Rn. 5.

grundlagen<sup>28</sup> gehen ebenfalls von einem Erfordernis der menschlichen Schöpfung aus.<sup>29</sup>

Auch ein Datenbankschutz nach § 87a UrhG oder ein Datenbankwerk nach § 4 Abs. 2 UrhG liegt nicht vor bei den durch die KI erzeugten Ergebnissen,<sup>30</sup> so dass die Tatsache, dass als Datenbankhersteller auch eine juristische Person wie OpenAI in Betracht käme, nicht zum Tragen kommt.<sup>31</sup> KI-erzeugte Produkte sind mangels menschlichen Schöpfers somit nicht zugunsten der Schöpfer der KI dem Werk- oder Leistungsschutz nach dem UrhG zugänglich.<sup>32</sup> Anders kann dies sein, wenn die KI Elemente, die von Menschen gestaltet wurden, lediglich zusammensetzt.<sup>33</sup> Bei DALL-E und vergleichbaren Generatoren werden jedoch neue Bilder geschaffen, welche nicht einzelne wiedererkennbare Gestaltungsteile übernehmen, denen selbst noch Werkcharakter zukommt. Vielmehr wird – etwa bei der Aufgabe, ein bekanntes Werk zu reproduzieren – eine Vielfalt von vorhandenen Ansichten des Werks genutzt. Stellt man die Aufgabe, lediglich das Original nachzubilden („Prompt: Oil Painting of Mona Lisa by Leonardo da Vinci“) führt dies nicht zu einem Bild, das eine reine Übernahme des Originals darstellt, sondern lediglich zu einer Annäherung:



Soweit Bilder nicht als Original übernommen werden, die Wiedergabe sich jedoch in verwechslungsfähiger Form nahe am Original bewegt, kann es sich bei der entsprechenden Nachgenerierung eines Originals um eine Wiedergabe im Sinne des Urheberrechts handeln. Zentrales Element ist die Wiedererkennbarkeit des Originals.<sup>34</sup> Diese ist nicht mehr gegeben, wenn – wie bei DALL-E anzunehmen – „der übernommene Teil im übernehmenden Kontext nicht mehr auffällt, in ihm untergeht, also nicht mehr als Übernahme aus dem Schutzgegenstand erkennbar ist.“<sup>35</sup> Andererseits darf die Umgestaltung nicht missbräuchlich dazu verwendet werden, die Herkunft aus dem Original so zu verschleiern, dass der „Schutzgegenstand mit menschlichen Sinnen nicht wiedererkennbar ist, [...aber] mit einfachen, dem durchschnittlichen Nutzer zur Verfügung stehenden oder leicht beschaffbaren technischen Mitteln ohne besondere Kenntnisse wiederhergestellt werden kann.“<sup>36</sup>

Festzuhalten ist, dass OpenAI – unabhängig von möglichen Rechtsverletzungen Dritter – keine Urheberschaft an den KI-Ergebnissen beanspruchen kann, in aller Regel aber auch keine Urheberrechte an den Werken verletzt, welche für den Trainingspool analysiert wurden.

## 2. Urheberschaft durch die Nutzenden?

Die Nutzenden bestimmen durch ihre Anwendung die KI-Erzeugnisse mit, so dass sich die Frage stellt, ob ihrer Nutzung – trotz fehlenden Einflusses auf die Programmierung oder den Lernprozess<sup>37</sup> der KI – eine Urheberschaft zugesprochen werden kann.<sup>38</sup>

### a) Prompt-Texte als geschütztes Werk?

Die eingegebenen Prompts können komplex und umfangreich sein.<sup>39</sup> Fraglich ist, ob einem Prompt als Texteingabe zur

Erzeugung eines Bildes eine Werkqualität zukommen kann. Dies würde explizit noch nicht bedeuten, dass das aus dem Prompt entstehende Werk zugunsten des Nutzers geschützt ist (da die KI aus dem gleichen Prompt immer neue, unterschiedliche Resultate erschafft), schutzfähig könnte jedoch der Prompt als Textelement oder als Repräsentanz des KI-Ergebnisses sein.

### aa) Schutz des Textes

Dem Prompt müsste Werkqualität zukommen, und zwar zunächst unabhängig davon, ob ein daraus von der KI erzeugtes Bild besondere Originalität aufweist. In Betracht käme ein Sprachwerk nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG. Für diese gelten die niedrigen Schutzanforderungen der „kleinen Münze“. Demnach kann „ein Sprachwerk [...] seine Prägung als individuelle geistige Schöpfung nicht nur durch die sich in der Sprachgestaltung ausdrückende Gedankenführung und -formung gewinnen, sondern auch durch die schöpferische Sammlung, Auswahl, Einteilung und Anordnung vorhandener Stoffe“.<sup>40</sup>

Ob Schriftwerke wissenschaftlicher oder technischer Art einen hinreichenden schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad besitzen, „bemisst sich dabei nach dem geistig-schöpferischen Gesamteindruck der konkreten Gestaltung, und zwar im Gesamtvergleich gegenüber vorbestehenden Gestaltungen. Lassen sich nach Maßgabe des Gesamtvergleichs mit dem Vorbekanntem schöpferische Eigenheiten feststellen, so sind diese der durchschnittlichen Gestaltertätigkeit gegenüberzustellen. Die Urheberrechtsschutzfähigkeit erfordert bei Gebrauchszwecken dienendem Schriftgut grundsätzlich ein deutliches Übertreten des Alltäglichen, des Handwerksmäßigen, der mechanisch-technischen Aneinanderreihung des Materials“.<sup>41</sup>

Solche Schriftwerke setzen daher anders als bei Werken im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG höhere Anforderungen an die Schutzfähigkeit voraus.

Bei einzelnen Wörtern oder knappen Wortfolgen wird jedoch meistens keine für den Urheberrechtsschutz hinrei-

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 bestimmter 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: Schrickler/Loewenheim (Fn. 26), § 2 UrhG Rn. 40.

30 Vgl. *Vogel*, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 26), § 87a UrhG Rn. 34.

31 Im Einzelnen *Wilmer*, K&R 2023, 233, 235.

32 *Legner*, ZUM 2019, 807, 808; *Sesing-Wagenpfeil*, CR 2022, 749, 750; *Loewenheim/Leistner*, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 26), § 2 UrhG Rn. 40.

33 *Loewenheim/Leistner*, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 26), § 2 UrhG Rn. 40.

34 EuGH, 29. 7. 2019 – C-476/17, ZUM 2019, 738, Rn. 36, 39.

35 *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 410.

36 *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 410 m. w. N.

37 Siehe zu solchen Fallgestaltungen *Olbrich/v. Bongers/Pampel*, GRUR 2022, 870, 874; im Übrigen zum Streitstand zu KI als Werkzeug *Sesing-Wagenpfeil*, CR 2022, 749, 750.

38 Generell ablehnend aufgrund der fehlenden Einflussmöglichkeiten *Papastefanou*, CR 2023, 1, 5.

39 Beispiel: „a big large happy kawaii fluffy cutest baby Shiba-inu puppy wearing kimono enjoy shopping in a futuristic abandoned city, anime movie, IMAX, cinematic lighting, only in cinema, Makoto Shinkai“; dieser Prompt fand Verwendung als Beispiel eines gelungenen Prompts auf der Webseite *prompthero.com*, <https://prompthero.com/prompt/79038a4099e>.

40 BGH, 27. 2. 1981 – I ZR 29/79, GRUR 1981, 520, 521.

41 BGH, 10. 10. 1991 – I ZR 147/89, GRUR 1993, 34, 36.

chende Individualität vorliegen.<sup>42</sup> Außerdem wäre selbst bei einer Bejahung des Schutzes nur ein geringer Schutzzumfang zuzugestehen, so dass auch ähnliche Prompts mit vergleichbarem Inhalt keinen Verletzungstatbestand erfüllen würden.

In Anbetracht der Tatsache, dass die Prompts lediglich Anweisungen beinhalten, die auch in anderer Reihenfolge angeordnet werden könnten und vor allem Gebrauchsbedeutung haben – ähnlich einer Gebrauchsanweisung, die sich hier allerdings an eine Maschine richtet – liegt keine ausreichende Schutzzfähigkeit vor.<sup>43</sup>

### **bb) Schutz des Prompts aufgrund der Beziehung zum KI-Erzeugnis**

Soweit die schöpferische Kraft eines Schriftwerkes allein im innovativen Charakter seines Inhalts liegt, kommt ein Urheberrechtsschutz nicht in Betracht,<sup>44</sup> da die einem Schriftwerk zugrunde liegende Idee urheberrechtlich grundsätzlich nicht geschützt ist.<sup>45</sup> Anders kann es sich verhalten, wenn diese Idee eine individuelle Gestalt angenommen hat, wie dies beispielsweise bei der eigenschöpferischen Gestaltung eines Romanstoffs der Fall ist. Dann kann hinsichtlich der auf der individuellen Phantasie des Dichters beruhenden Fabel etwa „der Gang der Handlung, die Charakteristik der Personen oder die Ausgestaltung von Szenen urheberrechtlich geschützt sein“.<sup>46</sup>

Grundsätzlich kann eine eigene gestaltende Tätigkeit „in der originellen Auswahl, Kombination und räumlichen Anordnung vorhandener Gestaltungsoptionen liegen“.<sup>47</sup> Der Schutz beschränkt sich dann jedoch nur auf ausreichend individuelle Teile einer solchen Gestaltung.<sup>48</sup>

Da sich der Prompt auf einen bestimmten Bildinhalt bezieht, der durch den Prompt repräsentiert wird, ohne dass dabei ein absolut zwingendes oder sehr wahrscheinliches Ergebnis – wie z. T. bei einem Softwarecode – abgebildet wird, liegt eine Situation vor, welche mit dem eines Abstracts vergleichbar ist, welcher den Inhalt eines Buchs repräsentiert. Auch bei einem Abstract kann sich der Text auf ein nicht notwendigerweise vom Urheber des Abstracts stammendes Werk (beim Abstract das Buch, beim Prompt das generierte Bild) beziehen. Allerdings bezieht sich das Abstract auf ein zuvor existierendes Werk und nicht auf ein noch zu generierendes Bild. Dennoch liegen Parallelen vor, da der Text ein mögliches Werk beschreibt.

Bei Abstracts kann eine schöpferische Leistung in der „Ermittlung des Kerngehalts der zugrunde liegenden Rezensionen und deren – nicht einfacher – Komprimierung auf knappstem Raum liegen“.<sup>49</sup> Bei Prompts liegt eine mögliche schöpferische Leistung letztlich jedoch nur in der Formulierung einer originellen Gestaltungsidee, welche ihre Verkörperung erst noch finden muss.

Betrachtet man die Gestaltungsoptionen etwa bei Fotografien, kann die Auswahl der einzelnen prägenden Elemente der Abbildung Bestandteil der schöpferischen Leistung sein; bei einer Nachstellung derselben kann eine Urheberrechtsverletzung „auch dann gegeben sein, wenn ein Dritter eine Fotografie ‚nachstellt‘, indem er die das Originalwerk prägenden gestalterischen Elemente wiederholt“.<sup>50</sup>

Die generelle Nachahmung eines Motivs – wie es etwa durch einen ‚gelungenen‘ Prompt repräsentiert wird – ist jedoch auch bei Fotografien zulässig.<sup>51</sup> Die bloße Auswahl eines ungewöhnlichen Motivs führt hingegen allein noch

nicht zu einer persönlichen geistigen Schöpfung und stellt noch keinen Gestaltungsvorgang dar. Insofern ist – auch aus diesem Gedanken zu Lichtbildwerken entlehnten Kriterium – ein Urheberrechtsschutz für Prompts abzulehnen.

### **b) DALL-E als Gestaltungsunterstützung**

Eine persönliche geistige Schöpfung nach § 2 Abs. 2 UrhG ist „eine Schöpfung individueller Prägung, deren ästhetischer Gehalt einen solchen Grad erreicht hat, dass nach Auffassung der für Kunst empfänglichen und mit Kunstanschauungen einigermaßen vertrauten Kreise von einer ‚künstlerischen‘ Leistung gesprochen werden kann“.<sup>52</sup>

#### **aa) Gestaltung durch typische Nutzende**

Grundsätzlich kann die Dateneingabe – hier durch den Prompt – und die Auswahl eines von mehreren Ergebnissen – hier eines von vier generierten Bildern – nicht die notwendige Schöpfungshöhe begründen.<sup>53</sup>

Die Bildgestaltung mit Computerunterstützung kann abhängig vom Autonomiegrad der KI<sup>54</sup> zu einem Bildwerk führen; wurde das vom Computer geschaffene Bild lediglich verfremdet, liegt die notwendige Schöpfungshöhe nur vor, wenn eine Bearbeitung „auf besonderen Leistungen beruht, die die Grafiken über das normale handwerkliche Können hinausheben“.<sup>55</sup>

Anders könnte dies sein, „wenn der Mensch mit [Computerunterstützung] die urheberrechtlich geschützten Merkmale des generierten Werks konkret vorbestimmt“.<sup>56</sup> Hierfür wird aber nicht die Auswahl von Gestaltungsmerkmalen (Form, Farbe, Stil, u. ä. im Rahmen eines Prompts) genügen, denkbar wäre dies etwa bei der Bedienung von Grafikprogrammen, bei welcher konkrete Einzelelemente eines Bildes aus einer Datenbank vom Nutzer ausgewählt und zusammengefügt oder als Basis einer Gestaltung durch die KI bestimmt werden. *Conraths* lässt es genügen, wenn „die natürliche Person der KI-Anwendung z. B. konkrete Vorgaben hinsichtlich Stil, Länge und Inhalt des zu erstellenden Medieninhalts mach[t]en und [...] die KI-Anwendung dann nur innerhalb dieser gesetzten Grenzen tätig [wird]“,<sup>57</sup> dies dürfte jedoch ohne künstlerischen Gestaltungswillen zu weitgehend sein, um eine Schöpfung durch diese Person zu begründen.

Auch die Heranziehung eines Lichtbildschutzes nach § 72 UrhG dürfte auch bei einem komplexen Prompt kaum zu vertreten sein.<sup>58</sup> Elektronisch angefertigte Bilder stellen kein Lichtbild dar.<sup>59</sup>

42 BGH, 21. 4. 1953 – IZR 110/52, GRUR 1953, 299.

43 Zu den entsprechenden Anforderungen: BGH, 10. 10. 1991 – IZR 147/89, GRUR 1993, 34, 36 – Bedienungsanweisung.

44 BGH, 11. 4. 2002 – IZR 231/99, GRUR 2002, 958, 959.

45 *Loewenheim*, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 26), § 24 UrhG Rn. 19.

46 BGH, 1. 12. 2010 – IZR 12/08, GRUR 2011, 134, 137.

47 *Loewenheim/Leistner*, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 26), § 2 UrhG Rn. 40.

48 *Loewenheim/Leistner*, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 26), § 2 UrhG Rn. 40.

49 *Leistner*, ZUM 2011, 468, 477.

50 *Bullinger/Garbers-von Boehm*, GRUR 2008, 24, 27.

51 *Bullinger/Garbers-von Boehm*, GRUR 2008, 24, 27 f.

52 BGH, 27. 1. 1983 – IZR 177/80, GRUR 1983, 377, 378.

53 *Conraths*, MMR 2021, 457, 459.

54 *Sesing-Wagenpfeil*, CR 2022, 749, 752.

55 OLG Hamm, 24. 8. 2004 – 4 U 51/04, GRUR-RR 2005, 73.

56 *Conraths*, MMR 2021, 457, 459.

57 *Conraths*, MMR 2021, 457, 459.

58 So auch *Conraths*, MMR 2021, 457, 459, soweit es sich um Computerbilder und nicht nur um von der KI nach Vorgaben des Nutzers erzeugte Fotos handelt.

59 KG Berlin, 16. 1. 2020 – 2 U 12/16 Kart, GRUR 2020, 280.

## bb) Gestaltung durch Künstler

### (1) Ohne Bezug zu bisherigen eigenen Werken

Vielfach haben sich Künstler bei der Gestaltung unterstützen lassen, die Kunstgeschichte kennt zahlreiche Beispiele, in welchen Assistenten die Werke weitgehend selbständig nach Anweisungen der Künstler gestaltet haben und diese lediglich von diesem autorisiert wurden.<sup>60</sup> Unstrittig ist, dass die Nutzung von technischen Unterstützungsmöglichkeiten nichts an der Urheberbereitschaft des Künstlers ändert.<sup>61</sup>

Als Kriterien der Zurechnung werden bei einer Einflussmöglichkeit auf die KI durch den Künstler von *Sesing-Wagenpfeil* die Beherrschung des Schöpfungsvorgangs und Vorhersehbarkeit des Resultats vorgeschlagen.<sup>62</sup> Die reine „Deklaration“ vorhandener von Dritten geschaffener Gegenstände zum Kunstwerk soll nach h. M. jedoch keinen Urheberrechtsschutz begründen,<sup>63</sup> soweit nicht – beispielsweise durch eine signifikante Änderung von Größe und Material vorgefundener Objekte – eine persönlich geistige Schöpfung zu bejahen ist.<sup>64</sup>

Soweit die Schutzfähigkeit der reinen Präsentation vorhandener unveränderter Objekte (sog. „Ready made“<sup>65</sup>) abgelehnt wird, beruht dies auf der Ablehnung einer solchen reinen Deklaration von Objekten zur Kunst.<sup>66</sup> Teilweise wird vertreten, dass der Schöpfungscharakter zu bejahen sei, wenn ein „bestimmter Gegenstand ausgewählt, aus seinem bisherigen Rahmen herausgenommen und in den ganz anderen Rahmen einer Kunstaustellung versetzt wird, so dass er eine völlig neue Bedeutung, einen innovativen Charakter erhält“.<sup>67</sup> Betrachtet man den Kunststil der „Minimal Art“, liegt der schöpferische Akt in der Reduktion und in der konkreten Entscheidung über das Bildformat, die Farbnuance, die Oberflächenstruktur und die Pigmenteigenschaft.<sup>68</sup>

Anders als bei „Ready made“ liegt bei der Deklaration eines auf einem eigenen Prompt beruhenden Bildes zwar auch die Übernahme eines von Dritten geschaffenen Objekts vor, die Anweisung dazu stammte jedoch vom Künstler selbst. Diese Situation könnte vergleichbar sein mit der Ausführung von Werken durch Assistenten des Künstlers in einer entsprechenden Künstlerwerkstatt. Bei Letzterer wird aber in aller Regel davon auszugehen sein, dass die Ausführung engen Anweisungen des Künstlers folgt: „Solange der Künstler sein Werk lediglich konzipiert, ohne es selbst auszuführen, in den inszenatorischen Rahmen hineinzustellen oder es zeichnerisch oder anderweitig konkret niederzulegen, liegt im Regelfall noch kein schutzfähiges Werk vor.“<sup>69</sup>

Werden in einen Schöpfungsprozess zufällige Entscheidungen oder nicht wiederholbare Gestaltungen integriert, stellt sich die Frage, ob nicht bereits diese Zufälligkeiten der Annahme einer Unterstützung bei einer menschlich gesteuerten Gestaltung entgegenstehen.<sup>70</sup> Selbst wenn Systeme wie DALL-E daher nur zur Unterstützung bei der Gestaltung menschlicher Gesamtkunstwerke herangezogen werden, kann die Werkzeugeigenschaft in Frage stehen. Gibt man bei DALL-E einen Prompt mit einer bestimmten Aufgabe ein, werden dem Nutzer wie dargestellt von vorneherein mehrere Gestaltungsmöglichkeiten angeboten. Daher wird eine rein unterstützende Werkzeugeigenschaft als Teil eines schöpferischen Prozesses<sup>71</sup> schwer zu begründen sein.

Die Anordnung gestaltender Elemente im Prompt könnte eventuell entsprechend dem Arrangement gestaltender Elemente bei einer Fotografie oder bei einem Gesamtkunstwerk

geschützt sein. Nach *Leistner* kommt ein Schutz „für eine individuelle Kombination ganz bestimmter, ausgewählter Materialien in Betracht, wenn und soweit sich die bloße Idee hierdurch konkretisierend individualisiert“.<sup>72</sup> *Bullinger/Garbers-von Boehm* weisen darauf hin, dass „die Motivwahl allein noch keinen Urheberrechtsschutz begründen [kann], allerdings [...] die schöpferische Eigenart einer Fotografie auch durch die besondere perspektivische Gestaltung dieser Fotografie begründet werden“ kann.<sup>73</sup>

Dementsprechend kann bei besonders kreativer Auswahl der Gestaltungselemente im Rahmen des künstlerischen Prozesses eine persönlich geistige Schöpfung durch den Künstler nicht völlig ausgeschlossen werden.

Die Nutzung der KI als bewusstes künstlerisches Konzept wäre denkbar. Der Berliner Künstler Boris Eldagsen hat den Sony World Photography Award mit einem KI-Bild gewonnen, das als solches nicht erkannt wurde. Boris Eldagsen lehnte den Preis ab und wies mit dem Motto „#promptography is not #photography“ auf die zunehmende KI-Problematik hin.<sup>74</sup> Hier wird es sich allerdings eher um einen politischen als einen rein künstlerischen Akt des KI-Einsatzes handeln.

### (2) Mit Bezug zu bisherigen eigenen Werken/Stilen

Gestalten Künstler ein Werk unter Zuhilfenahme von DALL-E unter Ausnutzung der über sie – als bekannteren Künstlern – in der Datenbank vorhandenen Informationen über die typische künstlerische<sup>75</sup> Gestaltung, kommen zwei Optionen in Betracht:

Zum einen könnte hier eine Werkzeugeigenschaft der KI vorhanden sein, welche abhängig vom Grad der Vorfestlegung durch den Prompt und die Datenbasis eine Zuordnung der KI als gestalterisches Werkzeug des Künstlers gestattet und daher einer Zuordnung des Ergebnisses als Werk des Künstlers nicht entgegensteht. Allerdings dürfte dies aufgrund der Unvorhersehbarkeit der KI-Erzeugnisse nur in wenigen Fällen in Betracht kommen.

Die zweite Option wäre, die KI – ähnlich einer Künstlerwerkstatt, bei welcher sich der Künstler Assistenten bedient, welche nach seinen Vorgaben Werke weitgehend selbständig erschaffen, die dann lediglich von ihm autorisiert

60 Siehe etwa zu der Zuordnung der Werke von Immendorff (Echtheitszertifikate) LG Düsseldorf, 5. 8. 2014 – I-20 U 167/12, NJW 2014, 3455.

61 *Loewenheim/Leistner*, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 26), § 2 UrhG Rn. 38 m. w. N.

62 *Sesing-Wagenpfeil*, CR 2022, 749, 753.

63 Übersicht bei *Legner*, ZUM 2019, 807, 808; kritisch zu Warhols Appropriation: *Koschtial*, GRUR 2004, 555, 559.

64 *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 26), § 2 UrhG Rn. 90 zur Kunst von Jeff Koons.

65 *Joseph Beuys*, Kraftwerk Block Beuys: Das Erdtelefon, 1967, Block Beuys, Raum 2, Hessisches Landesmuseum.

66 *Leistner*, ZUM 2011, 468, 471; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 26), § 2 UrhG Rn. 91.

67 *Schulze*, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 9 Rn. 166.

68 *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 26), § 2 UrhG Rn. 88 f.

69 *Schulze*, in: Loewenheim (Fn. 67), § 9 Rn. 166.

70 Zum Diskussionsstand: *Sesing-Wagenpfeil*, CR 2022, 749, 750.

71 *Leupold/Wiebe/Glossner*, IT-Recht, 4. Aufl. 2021, Teil 9.6.2, Rn. 6.

72 *Leistner*, ZUM 2011, 468, 471.

73 *Bullinger/Garbers-von Boehm*, GRUR 2008, 24.

74 <https://www.eldagsen.com/sony-world-photography-awards-2023/>; siehe auch bereits *Olbrich/v. Bongers/Pampel*, GRUR 2022, 870, 872 f. zur Versteigerung des vermeintlich von einem Künstlerkollektiv stammenden „Portrait of Edmond De Belamy“, das in Wirklichkeit von dem Programmierer Robbie Barrat mittels eines unüberwachten maschinell lernendes System geschaffen wurde.

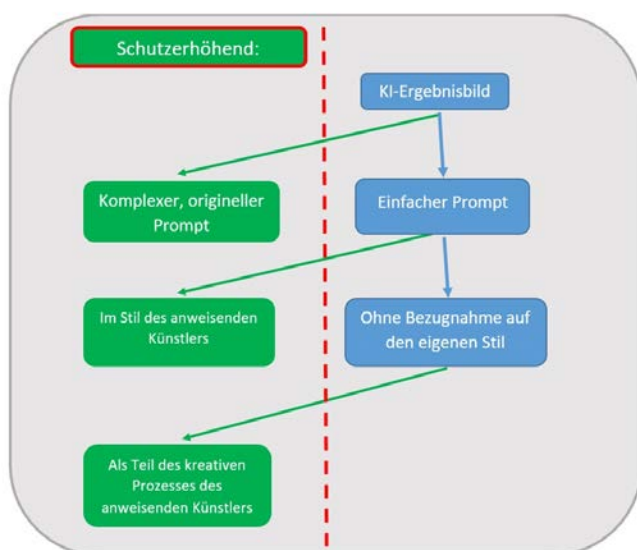
75 Zur Abgrenzung hinsichtlich der Vorfestlegung durch den Nutzer: *Sesing-Wagenpfeil*, CR 2022, 749, 751.

und signiert werden – als ausführendes Organ zu begreifen, das zwar weit über die Möglichkeiten eines Werkzeugs hinausreicht, dennoch aber aufgrund der Vorgaben hinsichtlich des erkennbaren, jedoch in der Regel nicht schützbar<sup>76</sup> – künstlerischen – Stils dem Künstler zugerechnet werden kann.

Ein Beispiel für die Möglichkeiten und Grenzen der Option, Bilder im Stil eines Künstlers und auch eines einzelnen Werks zu generieren, stellen DALL-E-Bilder im Stil von Edvard Munchs „Der Schrei“ dar (Prompt: „Oil painting of [u. a. Einstein, Ronald McDonald, Audi Car, Donald Sutherland (allerdings eher ‚Catweazle‘ ähnelnd), Heidelberg Castle, Brokkoli, Coffee Machine] in the style of Edvard Munch’s the scream“):



Zusammenfassend lassen sich die schutzerhöhenden Merkmale wie folgt darstellen:<sup>77</sup>



### 3. Monetarisierung durch NFTs?

Fraglich ist, ob KI-generierte Bilder der Non-fungible-Tokenisierung (NFT) zugänglich gemacht werden können. Die NFT ist die Möglichkeit, auch Reproduzierbares – wie das

Bild eines digitalen Kunstwerks – zu einem monetarisierbaren und handelbaren Objekt zu machen.<sup>78</sup> Voraussetzung ist, dass das digitale Element – hier das DALL-E-Bild – mit einer digitalen, nicht austauschbaren (non fungible) Wertmarke versehen wird, die auf der Ethereum-Blockchain 2018 nach dem technischen Standard ERC-721 basiert.<sup>79</sup> NFTs sind Unikate und mit einem bestimmten Blockchain-Account verknüpft. Über die Blockchain ist ermittelbar, wer das NFT erstellt hat und welche Übertragungen stattgefunden haben. Durch diese Zuordnung zur Blockchain erhält der im Übrigen beliebig reproduzierbare digitale Inhalt eine Signatur, die – im Rahmen der Sicherheit von Blockchains – nicht manipulierbar sein soll und den jeweiligen Inhaber des NFTs öffentlich erkennbar identifiziert.

Ein mit einem NFT verknüpftes digitales Kunstwerk ist mit dem NFT per Link verbunden, gegebenenfalls enthält das NFT auch einen Hashwert der Originaldatei, um die Verknüpfung zum Originalwerk belegen zu können.<sup>80</sup> Trotz des hohen Marktwerts ist strittig, welche Rechtsfolgen der Inhaberwechsel von NFTs nach sich zieht; ebenso wenig ist gewährleistet, dass der Veräußerer berechtigt ist, die Nutzungsrechte am mit dem NFT verknüpften Werk zu übertragen.<sup>81</sup> Typischerweise wird der Urheber derjenige sein, der ein NFT herausgibt und durch die Gestaltung des verwaltenden Smart Contracts die Bedingungen der Weiterveräußerung bestimmt. Liegt die Herausgabe beim Nutzer, verhält sich dies anders. Mangels Urheber kann bei der Weiterveräußerung durch den Nutzer seitens OpenAI auch kein Folgerecht nach Art. 1 Abs. 1 RL 2001/84 bzw. § 26 UrhG geltend gemacht werden.

Da die Schöpfer der KI nicht Inhaber des Urheberrechts sind, können die Überlegungen zum (Weiter-)verkauf von Kunstwerken als NFTs nicht ohne Weiteres angewendet werden. Veräußert ein Nutzer von DALL-E ein KI-Bild in NFT-Form, wird kein Nutzungsrecht am Bild benötigt, da dieses weder vervielfältigt noch verbreitet wird, sondern nur die Inhabertzunordnung zum NFT wechselt.<sup>82</sup> Auch der Erschöpfungsgrundsatz im Sinne des § 17 Abs. 2 UrhG greift nicht, da keine Verbreitung des Werkes vorliegt.

Mögliche Ansprüche von OpenAI gegen den Nutzer, der KI-generierte Bilder durch rechtlich zur Zeit unklar regulierte<sup>83</sup> NFTs monetarisiert, könnten also nur auf schuldrechtlichen Vereinbarungen beruhen.

### V. KUG/Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Nach § 22 S. 1 KUG<sup>84</sup> dürfen Bildnisse nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Ein Bildnis einer Person kann auch vorliegen, wenn der Bezug zur Person mangels Ähnlichkeit des Bildes erst durch die Hinzufügung des Namens (wie hier durch die namensbezogene Anweisung im Prompt) entsteht.<sup>85</sup> DALL-E

76 Zur Bedeutung des Stils bei DALL-E mit Einzelbeispielen *Papastefanou*, CR 2023, 1, 7 f.

77 Vgl. zu „künstlernahem“ und „künstlerfernem“ Einfluss auf das KI-Verfahren: *Olbrich/v. Bongers/Pampel*, GRUR 2022, 870, 875 ff.

78 Beitrag von *Markus Richert* vom 25.1.2022 in *Dia Altersvorsorge*, in „<https://www.dia-vorsorge.de/kapitalmaerkte-kapitalanlagen/nft-monalisa-laechelt-auch-im-metaverse/>“.

79 Näher zur Funktionsweise *Heine/Stang*, MMR 2021, 755, 756.

80 Dazu *Heine/Stang*, MMR 2021, 755, 756.

81 Einzelheiten bei *Heine/Stang*, MMR 2021, 755, 756.

82 *Heine/Stang*, MMR 2021, 755, 758.

83 Zusammenfassend *Haberer*, GRUR 2023, 457, 464.

84 Unterstellt wird die Anwendbarkeit des KUG auch nach Einführung der DSGVO, OLG Köln, 18.6.2018 – 15 W 27/18, K&R 2018, 501.

85 BGH, 9.6.1965 – Ib ZR 126/63, GRUR 1966, 102.

blockiert bestimmte Abbildungsversuche prominenter Personen (so etwa von Joe Biden und Donald Trump, nicht jedoch von King Charles und Queen Camilla, s. o.), lässt aber grundsätzlich bildliche Beschreibungen von Einzelpersonen zu (ohne diese dann erkennbar abzubilden) oder erstellt auch auf Personen bezogene Darstellungen (ähnlich wie ChatGPT auch bei unbekanntem Personen auf Nachfrage Inhalt generiert). Beispiel: Prompt „Abstract Painting of Thomas Wilmer's Mental state“:



Der Schutz des KUG umfasst die Wiedergabe in jeder Form,<sup>86</sup> somit auch in jedem von der KI angefertigten Stil, als Gemälde, Fotografie oder Zeichnung. Ein Bildnis liegt vor, „wenn die Darstellung dazu bestimmt und geeignet sei, eine Person in ihrer dem Leben nachgebildeten äußeren Erscheinung dem Beschauer vor Augen zu führen und das Aussehen, wie es gerade dieser bestimmten Person eigen sei, im Bild wiederzugeben, wobei es in der Regel die Gesichtszüge seien, die einen Menschen von seinen Mitmenschen unterschieden und für den Betrachter erkennbar machten“.<sup>87</sup>

Entscheidendes Kriterium für die Frage, ob eine Wiedergabe vorliegt, ist – auch bei nur „ähnlichen“ Darstellungen, die Erkennbarkeit für einen nicht mehr eingrenzenden Personenkreis.<sup>88</sup>

Bei Vorliegen einer solcher Darstellung käme eine Zulässigkeit nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG in Betracht, wenn Personen der Zeitgeschichte in einen erkennbar satirischen oder parodistischen Kontext gestellt werden.<sup>89</sup> Solche Schranken können jedoch nur von den Nutzern, nicht jedoch den Schöpfern der KI geltend gemacht werden.

## VI. Markenrecht und Design

### 1. Markenrecht

DALL-E verarbeitet auch Prompts, welche Markenbezeichnungen oder Darstellungen enthalten. Denkbar sind sowohl Wortmarken, Bildmarken (zu welchen auch Portraits zählen können<sup>90</sup>) als auch Wort-Bild-Marken oder 3D-Marken. Beispiel-Prompts zeigen „a prehistoric cave painting of an apple iphone“ sowie „a van gogh style painting of a coca cola bottle“.



Prompt: „a prehistoric cave painting of an apple iPhone“



Prompt: „a van gogh style painting of a coca cola bottle“

Soweit es sich um eine bekannte Marke handelt, ist fraglich, ob eine solche Integration von bekannten Marken in ein KI-Bild einen Verstoß gegen die Rechte des Markeninhabers darstellt (bei nicht bekannten Marken wird in der Regel eine Ähnlichkeit der Waren- und Dienstleistungsklasse zu verneinen sein). Nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG gilt ein Bekanntheitsschutz, welcher eine Ausnutzung oder Beeinträchtigung einer im Inland bekannten Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise untersagt.

<sup>86</sup> Fricke, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 26), § 22 KUG Rn. 5.

<sup>87</sup> BGH, 9. 6. 1965 – Ib ZR 126/63, GRUR 1966, 102 – Spielgefährtin.

<sup>88</sup> BGH, 9. 6. 1965 – Ib ZR 126/63, GRUR 1966, 102 – Spielgefährtin; Fricke, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 26), § 22 KUG Rn. 7.

<sup>89</sup> Kumkar/Rapp, ZfDR 2022, 199, 203.

<sup>90</sup> BPatG, 29. 4. 1998 – 29 W (pat) 81/98 – Porträt-Foto, NJWE-WettbR 1999, 153–154. Siehe Bildmarke mit dem Portrait von Michael Schumacher, <https://register.dpma.de/DPMAregister/marke/register/396542395/DE>.



Soweit bekannte Marken durch Künstler verwendet werden, stellt sich die Frage, ob hier eine unlautere Nutzung vorliegt, oder ein entsprechender Vorrang der Kunstfreiheit zu bejahen ist.

Auch der der Verletzungstatbestand des § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG setzt aufgrund des identischen Benutzungsbegriffs in Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 MRRL und in § 14 Abs. 2 MarkenG grundsätzlich einen markenmäßigen Gebrauch des Kollisionszeichens voraus.<sup>91</sup>

Selbst eine Verzierung mit einer bekannten Marke kann bei einer hochgradigen Ähnlichkeit zu einer gedanklichen Verknüpfung mit der Marke führen.<sup>92</sup> Bei einer ähnlichen Benutzung einer bekannten Marke zur Aufmerksamkeitsausbeutung ist von einem Verstoß gegen § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG auszugehen.<sup>93</sup>

Fraglich ist, inwiefern bei der Markenbenutzung durch die KI eine Berufung auf die Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG auch zugunsten der Nutzer von DALL-E in Betracht kommt.

Die Beurteilung erfordert eine Abwägung zwischen Markenrecht und Kunstfreiheit; letztere wird durch die durch nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützte Eigentumsгарantie eingeschränkt, zu deren grundrechtlich geschütztem Bereich die Markenrechte zählen. Diese Kollision ist auf der Grundlage der verfassungsrechtlichen Wertordnung aufzulösen. Die Abwägung fällt grundsätzlich zugunsten des Markenrechts aus, wenn sich feststellen lässt, dass die Marken ausschließlich zu dem Zweck benutzt wurden, „ein sonst nicht verkäufliches eigenes Produkt auf den Markt zu bringen“.<sup>94</sup>

Zweifelhaft dürfte im Ergebnis ein Vorrang der Kunstfreiheit sein, wenn die Abbildung eines bekannten Markenprodukts oder Markennamens vorrangig der Vermarktung der Werke eines im Übrigen weniger bekannten Künstlers gilt.<sup>95</sup> Gleiches gilt etwa für die Integration bekannter Marken in kommerziell genutzte non fungible Tokens (NFT).<sup>96</sup>

Stellt die Integration der bekannten Marke ein Mittel zur Weiterveräußerung oder sonstigen Monetarisierung der vom Nutzer generierten KI-Bilder – etwa in Aufrufzahlen erzeugenden Promptliste – dar, kann eine Verletzung des Rechts der Inhaber der bekannten Marke vorliegen.

## 2. Anmeldung eines KI-Bildes als Design

Ein Beispiel für ein durch DALL-E erzeugtes Design ist Ergebnis des Prompts „a creative outstanding futuristic design for a chair“:



Inwiefern die Formensprache von DALL-E bei designbezogenen Prompts fremde Elemente übernimmt, ist schwer zu ermitteln.

Während das Urheberrecht einen menschlichen Schöpfer voraussetzt, ist dies beim Design nicht der Fall. Ob eine KI ein Design entworfen hat, spielt keine Rolle für die Eintragungsfähigkeit zugunsten des Anmelders nach § 1 Abs. 1 DesignG, da nach § 11 Abs. V Nr. 4 der Entwerfer benannt werden kann, aber nicht muss. Der Entwurf durch eine natürliche Person ist keine Schutzvoraussetzung,<sup>97</sup> entscheidend ist lediglich die Erscheinungsform des Erzeugnisses.<sup>98</sup>

## VII. Datenschutzfragen und Verbreitung durch Provider und Suchmaschinen

### 1. Datenerhebung und -verarbeitung durch OpenAI

Nachdem aus Internet und Bilddatenbanken auch Informationen über die Namen der abgebildeten natürlichen Personen – jedenfalls bekannterer Persönlichkeiten – in das KI-Modell einfließen, werden somit auch personenbezogene Daten im Sinne des Art. 4 Nr. 1 DSGVO erhoben und weiterverarbeitet. Dies gilt auch dann, wenn ein verarbeitetes Bild die Identifikation der betroffenen Person ermöglicht.<sup>99</sup> Je nach Inhalt des verarbeiteten Bildes – etwa beim Verlassen einer Klinik – kann es sich auch um besondere personenbezogene Daten im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DSGVO handeln. Die Verarbeitung durch DALL-E bildet auch bekanntere Personen ab, bei lebenden bekannten Persönlichkeiten werden jedoch offensichtlich Einschränkungen aufgrund der Content Policy gemacht.<sup>100</sup> Verantwortliche Stelle sind die Betreiber der KI – hier OpenAI – und einsatzabhängig die Anwender – gegebenenfalls in gemeinsamer Verantwortlichkeit nach Art. 26 DSGVO.<sup>101</sup> Nach dem Urteil des BVerfG „Automatisierte Datenanalyse“<sup>102</sup> greift die Verarbeitung gespeicherter Datenbestände mittels automatisierter Anwendung zur Datenanalyse oder -auswertung im Übrigen grundsätzlich in die informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) aller ein, deren Daten bei diesem Vorgang personenbezogen Verwendung finden.

Soweit es sich um Bilder handelt, die rechtmäßig veröffentlicht wurden, lässt sich die Verarbeitung durch DALL-E unter Umständen auf Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO stützen.<sup>103</sup> Soweit DALL-E lediglich öffentlich verfügbare Bilder von Personen neu generiert, welche jederzeit in öffentlich im Internet zu-

91 BGH, 3. 2. 2005 – I ZR 159/02, S. 7.

92 EuGH, 23. 10. 2003 – C-408/01, GRUR 2004, 58, 60, Rn. 39; BGH, 3. 2. 2005 – I ZR 159/02, S. 8.

93 BGH, 3. 2. 2005 – I ZR 159/02, S. 10.

94 BGH, 3. 2. 2005 – I ZR 159/02, S. 11 f.

95 So im Fall der Möglichkeit, in virtuellen Galerien nach Kunstwerken mit der Abbildung bekannter Markenprodukte zu suchen, siehe <https://kuader.com/de/nike>.

96 Siehe Rechtsstreit Hermès wegen Birkin Bag (Hermès International v. Rothschild, U.S. District Court for the Southern District of New York, No. 1:22-cv-00384.).

97 Jestaedt, in: Jestaedt/Fink/Meiser, 7. Aufl. 2023, DesignG § 7 Rn. 4b; es liegt auch kein Nichtigkeitsgrund nach § 33 DesignG vor.

98 Jestaedt, in: Jestaedt/Fink/Meiser (Fn. 97), Rn. 8a.

99 Kumkar/Rapp, ZfDR 2022, 199, 212.

100 Beispielsweise beim Versuch, Abbildungen von Joe Biden oder Donald Trump zu generieren; ebenso bei Abbildungen von gewalttätigen Auseinandersetzungen zwischen Meghan und Kate etc.

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

102 BVerfG, 16. 2. 2023 – 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, K&R 2023, 270, 275.

103 Siehe ausführlich dazu Wilmer, K&R 2023, 233, 236.

gänglichen Quellen vorhanden sind, dürfte kein Überwiegen der Interessen der betroffenen Personen anzunehmen sein, wenn diese die Daten offensichtlich selbst öffentlich gemacht haben.<sup>104</sup>

Soweit sich Anwender künftig auf die in Art. 10 Abs. 5 der KI-VO-E<sup>105</sup> vorgesehene Zweckänderung mit „verschärftem“ Erforderlichkeitsmaßstab<sup>106</sup> als Rechtsgrundlage berufen möchten, hängt dies im Einzelfall von der Verwendung personenbezogener Daten für den konkreten Trainingszweck ab. Die dem Diskriminierungsschutz dienende<sup>107</sup> Regelung beschränkt die zulässige Verarbeitung auf Zwecke, die für die Beobachtung, Erkennung und Korrektur von Verzerrungen im Zusammenhang mit Hochrisiko-KI-Systemen unbedingt erforderlich sind, wobei angemessene Vorkehrungen für den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen getroffen werden müssen.

Soweit der Trainingspool personenbezogene Daten umfasst, die aus dem Internet oder aus Datenbanken übernommen wurden, ist grundsätzlich auch eine Informationspflicht zugunsten des Betroffenen über die Datenerhebung bei Dritten nach Art. 14 DSGVO zu beachten.<sup>108</sup>

## 2. Einbindung von DALL-E durch Provider und Suchmaschinen

Werden rechtswidrige Bilder der KI durch Dritte weiterverarbeitet und öffentlich zugänglich gemacht, gelten für diese die Regeln der Providerhaftung. Neben den Regelungen des TMG (insbesondere des § 10 TMG zur Haftung der Host-Provider) sind damit die Regeln der Störerhaftung und der Spezialregelungen etwa des NetzDG und künftig des Digital Services Acts mit seinem Notice-and-Take-Down-Verfahren in Art. 14 DSA zu beachten.<sup>109</sup> Das NetzDG sieht in 3 Abs. 1 S. 1 Sperr- und Löschfristen für rechtswidrige Inhalte vor. Da die Differenzierung zwischen offensichtlich rechtswidrigen – und damit unverzüglich zu löschenden – Bildern und sonstigen rechtswidrigen Bildern schwer zu fällen ist,<sup>110</sup> wird es umso wichtiger sein, dass die KI bei der Erzeugung der Bilder entsprechende Filtervorgaben beachtet, wie dies bei DALL-E zumindest in Teilen gegeben zu sein scheint (Bilder bestimmter aggressiver Verhaltensweisen werden gesperrt).

Soweit die Ergebnisse von DALL-E in die Ergebnisse der Bildersuche von Suchmaschinen – analog zu den Ergebnissen von ChatGPT – eingebunden werden sollten, werden die Vorgaben des Digital Services Act (DSA) und des Digital Markets Act zu beachten sein,<sup>111</sup> insbesondere, soweit Deepfakes betroffen sind.<sup>112</sup>

## VIII. Diskriminierungsfragen, Deepfakes

### 1. Diskriminierungsfragen

Insbesondere bei der Generierung von Personenbildern sind Fragen der Diskriminierungsfreiheit zu beachten.<sup>113</sup> Zu klären sind unter anderem der „BIAS“<sup>114</sup> der Trainingsdaten und der Algorithmen<sup>115</sup> mit der Folge möglicher Verstöße gegen § 7 und § 19 AGG. Eine Untersuchung der Voreingenommenheit von DALL-E im Vergleich zu anderen Bildgeneratoren<sup>116</sup> definierte bestimmte Ziel- und Sozialattribute und erzeugte programmatisch zwei Sätze von Prompts (wie „CEO“ oder „Social Worker“), welche die Werte dieser Attribute abdecken. Dann wurden zwei entsprechende

Datensätze durch zufällige Stichproben bei mehreren Bildgenerationen für jede der Aufforderungen erstellt und ermittelt, welche ethnischen und Genderzuordnungen bei den erstellten Bildern erkennbar waren.<sup>117</sup> DALL-E erstellte hierbei weniger – nach den Kriterien der Studie – diverse Bilder als die untersuchten Konkurrenzprodukte.<sup>118</sup>

### 2. Deepfakes

Mit DALL-E lassen sich Bilder von Personen generieren, die etwa in fiktive Situationen platziert werden. Jüngste Beispiele für Fake-Bilder betrafen die Verhaftung von Donald Trump oder die Darstellung von Papst Franziskus in einem weißen Steppmantel.<sup>119</sup> KI-generierte Bilder können daher zur Fälschung von Darstellungen im politischen, gesellschaftlichen und sonstigen Kontext missbraucht werden.

DALL-E verbietet in seiner Content-Policy unter anderem „hateful symbols, negative stereotypes, comparing certain groups to animals/objects, or otherwise expressing or promoting hate based on identity; [...]mocking, threatening, or bullying an individual; [...]violent acts and the suffering or humiliation of others“<sup>120</sup> sowie weitere problematische und/oder rechtswidrige Inhalte. Die Verletzung von Persönlichkeitsrechten insbesondere bekannter Persönlichkeiten wird ausdrücklich untersagt.

Diese Verpflichtungen der Erstnutzer – soweit diese eingehalten werden – ändern jedoch nichts an der möglichen verfälschenden Weiterverbreitung der Bilder ohne Beachtung dieser Hinweise oder etwa in neuem zeitlichen oder inhaltlichen Kontext.<sup>121</sup>

Deepfakes können abhängig von ihrem Inhalt strafbar sein im Rahmen des § 33 Abs. 1 KUG, der § 185 ff. StGB,<sup>122</sup> des § 42 Abs. 2 Nr. 1 BDSG bei Abbildungen aus scheinbar privatem

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

105 S. u. IX.

106 *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, 91, 117.

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

108 *Hinderks*, ZUM 2022, 110, 116.

109 Zur Frage, ob der DSA weiter gefasst werden muss, um auch KI-Anbieter zu erfassen: *Bachgrund/Nesum/Bernstein/Burchard*, CR 2023, 132, 139.

110 Dazu *Kumkar/Rapp*, ZfDR 2022, 199, 220.

111 *Meyer/Rempe*, K&R 2022, 240, 241.

112 *Meyer/Rempe*, K&R 2022, 240, 242.

113 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-digital-politik/datenethikkommission/empfehlungen-datenethikkommission.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/it-digital-politik/datenethikkommission/empfehlungen-datenethikkommission.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

114 *Bachgrund/Nesum/Bernstein/Burchard*, CR 2023, 132, 136.

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

116 Beitrag von *Melissa Heikkilä* in heise.de vom 29. 3. 2023, <https://www.heise.de/hintergrund/Neue-Tools-zeigen-wie-voreingenommen-KI-Bild-generatoren-sind-7744035.html>.

117 *Luccioni/Akiki/Mitchell/Jernite, Stable Bias: Analyzing Societal Representations in Diffusion Models*, S. 6, <https://doi.org/10.48550/arXiv.2303.11408>.

118 *Luccioni/Akiki/Mitchell/Jernite, Stable Bias: Analyzing Societal Representations in Diffusion Models*, S. 10, <https://doi.org/10.48550/arXiv.2303.11408>.

119 Beitrag von *Eva-Maria Weiß* vom 28. 3. 2023 in heise.de, <https://www.heise.de/hintergrund/Der-KI-Papst-in-Daunenmantel-sollte-eine-Warnung-sein-8146920.html>.

120 Version vom 19. 9. 2022, <https://labs.openai.com/policies/content-policy>.

121 Zu den spezifischen Gefahren: *Kumkar/Rapp*, ZfDR 2022, 199, 202.

122 Zu den einzelnen Straftatbeständen *Kumkar/Rapp*, ZfDR 2022, 199, 208 f.

Umfeld und ggf. auch nach § 201a StGB.<sup>123</sup> Auskunftsrechte bestehen nach §§ 22–24 TTDSG sowie künftig nach dem geplanten Gesetz gegen digitale Gewalt.<sup>124</sup> Daneben wäre eine zivilrechtliche Gegenwehr der Betroffenen oder ihrer Angehörigen<sup>125</sup> nach §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB bzw. §§ 823 Abs. 2 i. V. m. § 22 KUG denkbar sowie ein Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch gem. 1004 Abs. 1 BGB analog i. V. m. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.<sup>126</sup>

## IX. KI-VO-Entwurf/Deepfake-Kennzeichnung

Zu den Regulierungen auf EU-Ebene, die Missbrauch verhindern sollen, gehören neben produktsicherheits- oder servicebezogenen Regelungen<sup>127</sup> vor allem die Entwürfe der KI-Verordnung und der KI-Haftungsverordnung.<sup>128</sup> Besonderen Vorgaben unterliegen Hochrisiko-KI-Systeme nach Art. 6 des Entwurfs. 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“. Ein Bildgenerator könnte abhängig von der Integration der Bilder – insbesondere bei Deepfakes – etwa in Anwendungen der Rechtspflege und demokratischer Prozesse/Wahlen zu den Hochrisikosystemen zählen.

Daneben kann er auch nach dem Vorschlag des Rates vom 25. 11. 2022<sup>129</sup> als „KI-System mit allgemeinem Verwendungszweck“ gewertet werden, das vom Anbieter dazu vorgesehen ist, allgemein anwendbare Funktionen wie Bildererkennung oder Videogenerierung auszuführen.

Nach Art. 52 Abs. 3 S. 1 KI-VO-E müssen Nutzer eines KI-Systems, das Bild-, Ton- oder Videoinhalte erzeugt oder manipuliert, die wirklichen Personen, Gegenständen, Orten oder anderen Einrichtungen oder Ereignissen merklich ähneln und einer Person fälschlicherweise als echt oder wahrhaftig erscheinen würden („Deepfake“), offenlegen, dass die Inhalte künstlich erzeugt wurden. Dies gilt nach S. 2 jedoch nicht, wenn die Verwendung für die Ausübung der durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union garantierten Rechte auf freie Meinungsäußerung und auf Freiheit der Kunst und Wissenschaft erforderlich ist und geeignete Schutzvorkehrungen für die Rechte und Freiheiten Dritter bestehen. In den USA existieren teilweise zeitliche Beschränkungen für die Generierung von Bildern von Politikern vor Wahlen.<sup>130</sup>

Kritisiert wird, dass die Kennzeichnungspflicht Nutzer, jedoch nicht die Anbieter der KI trifft, so dass eine entsprechende Erstreckung auf die Anbieter und Nutzer erforderlich wäre.<sup>131</sup> Gefordert wird weiterhin, Deepfake-Technologien als Hochrisiko-KI-Systeme im Sinne des Anhangs 3 der KI-VO einzuordnen,<sup>132</sup> was zu einer Diskussion führen wird, inwiefern die Unterstützungsfähigkeit von KI-Bildgeneratoren ebenso zu werten wäre. In der Diskussion befindet sich eine Kennzeichnungspflicht für KI-Bilder, die als Deepfakes zu qualifizieren wären.<sup>133</sup> Der Hinweis soll als Textzusatz oder als Wasserzeichen erfolgen<sup>134</sup> und einen Hinweis auf den erstellenden Nutzer erhalten,<sup>135</sup> wobei vermutlich aufgrund der Manipulierbarkeit auch von Wasserzeichen<sup>136</sup> eher eine Art Register erstellter personenbezogener KI-Bilder sicherstellen könnte, dass ein recherchierbarer Beleg der KI-Erstellung erfolgt.

## X. Regulierungsvorschläge zu Schutzrechten

### 1. KI-Leistungsschutzrecht

Ähnlich wie nach den Prinzipien des Patentrechts<sup>137</sup> könnte ein Schutzbedürfnis aufgrund der Notwendigkeit des Investitionsschutzes sowie zur Belohnung für die Schaffung technologischer Fortschritte bestehen.

De lege ferenda wird ein eigenes Schutzrecht für KI-generierte Inhalte gefordert, welches sich jedoch sinnvollerweise auf den Schutz der Trainingsdaten beschränken sollte.<sup>138</sup> Legner<sup>139</sup> postuliert die Idee eines Nutzerrechts im Sinne eines zeitlich begrenzten, ausschließlichen Leistungsschutzrechts an den KI-Ergebnissen. Hierdurch würden die Nutzer, welche an die Schöpfer der KI in aller Regel Leistungen zu erbringen haben,<sup>140</sup> motiviert, ihre Ergebnisse mit Dritten zu teilen oder anderweitig zu nutzen und dadurch zu weiteren KI-Angeboten beitragen.<sup>141</sup>

Ein Urheberrechtsschutz zugunsten der Schöpfer der KI an den erzeugten Bildwerken müsste der KI eine Ausführungsfunktion zugestehen, die – abhängig von der Stärke der KI – nicht zu der Art der Erzeugung der Bilder passt. Die Erzeugnisse sind nicht reproduzierbar und basieren auch nicht auf Einzelelementen, welche von den Schöpfern der KI geschaffen wurden oder unmittelbar vorbestimmt wurden.

Ein Urheberrechtsschutz zugunsten der „KI selbst“ missachtet die Idee der auf eigenen Erfahrungen basierenden Kreativität.<sup>142</sup>

Teilweise wird daher ein Leistungsschutzrecht zugunsten der – zu eventuell untereinander als Miturheber zu definierenden – menschlichen Schöpfer der KI diskutiert.<sup>143</sup> Begründet wird die Forderung nach einem KI-Leistungsschutzrecht teilweise damit, „den vom Lichtbildschutz bekannten Gedan-

123 Kumkar/Rapp, ZfDR 2022, 199, 209.

124 [https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Digitale\\_Gewalt\\_Eckpunkte.pdf](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Digitale_Gewalt_Eckpunkte.pdf).

125 Zur postmortalen Geltung: Kumkar/Rapp, ZfDR 2022, 199, 206.

126 Kumkar/Rapp, ZfDR 2022, 199, 205, hinsichtlich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts unter Verweis auf BVerfG, 14. 2. 2005 – 1 BvR 240/04, NJW 2005, 3271, 3272.

127 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; Überblick zu Neuregelungen bei Strecker, RD 2021, 124 ff.

128 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.

129 2021/0106(COD), <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14954-2022-INIT/de/pdf>, Art. 3 Abs. 1 lit. b des Entwurfs.

130 Ebert/Spiecker gen. Döhmann, NVwZ 2021, 1188, 1192.

131 Hinderks, ZUM 2022, 110, 112.

132 Hinderks, ZUM 2022, 110, 117.

133 Kumkar/Rapp, ZfDR 2022, 199, 225 f.; kritisch gegenüber zu restriktiven Regulierungsansätzen Thiel, ZRP 2021, 202, 204.

134 Kumkar/Rapp, ZfDR 2022, 199, 226 m. w. N.

135 Hinderks, ZUM 2022, 110, 113.

136 Valta/Vasel, ZRP 2021, 142.

137 Hetmank/Lauber-Rönsberg, GRUR 2018, 574, 576 u. a. unter Verweis auf BGH, 13. 6. 1996 – 1 ZR 114/93, GRUR 1996, 114 – Klinische Versuche.

138 Hacker, GRUR 2020, 1025, 1033.

139 Legner, ZUM 2019, 807, 812.

140 Bei vielen Bildgeneratoren sind – wie bei DALL-E – eine Anzahl von zu generierenden Bildern frei, danach tritt eine Zahlungspflicht ein.

141 Legner, ZUM 2019, 807, 812.

142 Legner, ZUM 2019, 807, 809.

143 Legner, ZUM 2019, 807, 810.

ken der Beseitigung von Schutzrechtsungewissheit auf den Schutz von KI-Erzeugnissen zu übertragen“,<sup>144</sup> wobei dieses nicht an der Investition in die KI orientiert wäre, sondern an der Werkfähigkeit des Erzeugnisses.<sup>145</sup>

Der Schutz der Ergebnisse sollte jedoch vorrangig vertraglich abgesichert werden,<sup>146</sup> so dass es im Ermessen der Betreiber steht, die Ergebnisse lizenzrechtlich zu schützen. Der Schöpfer der KI verfügt über die Möglichkeit, die Primärnutzung der Bildgenerierung durch entsprechende Zugangsbeschränkungen zu monetarisieren.

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>147</sup> und dem Schutz des KI-Modells nach dem GeschGehG<sup>148</sup> oder nach ergänzendem wettbewerblichen Leistungsschutz nach § 4 Nr. 3 UWG<sup>149</sup> steht somit der vertragliche Schutz der KI-Ergebnisse im Vordergrund. Patentrechtliche Schutzmöglichkeiten werden an der Notwendigkeit eines menschlichen Erfinders<sup>150</sup> sowie an den Anforderungen an die Technizität der Erfindung scheitern.<sup>151</sup>

Aktuell sehen die Lizenzbedingungen von OpenAI vor, dass an den in den Nutzungsbedingungen definierten „Services“ nicht ausschließliche Nutzungsrechte unentgeltlich eingeräumt werden.<sup>152</sup> Es ist davon auszugehen, dass die Lizenzierung nicht schutzfähiger Güter (die am ehesten noch dem Leitbild des GeschGehG entsprechen<sup>153</sup>) keinen AGB-rechtlichen Bedenken im Sinne des § 307 Abs. 2 BGB begegnet.

## 2. Ausgleich für die „Lieferanten“ der Trainingsdaten

Da die Basis der KI die Trainingsdaten sind, muss ein angemessenes Modell der Vergütung der Urheber der dort einfließenden Daten erfolgen, hier sind neue Modelle der Verwertungsregelung gefragt, wie sie jetzt bereits für andere Verwertungsarten vorliegen.

In einem Aufruf der Initiative Urheberrecht wird von den unfreiwilligen „Lieferanten“ gewarnt: „Die geplante Europäische KI-Verordnung (AI Act), die in diesen Tagen in den Trilog geht, klammert nicht nur unsere (Urheber)Rechte aus, sie schickt sich an, generative KI-Systeme unter Minimalvorgaben zuzulassen, die nicht einmal dem schon heute zu beobachtenden Missbrauch dieser Systeme und deren gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Implikationen gerecht werden.“<sup>154</sup>

Es liegen bereits entsprechende Forderungen nach einer Verwertungsbeteiligung vor, in den USA sind entsprechende Verfahren anhängig.<sup>155</sup>

## 3. Forderung nach einer KI-Erzeugnis-Liste

*Papastefanou* weist darauf hin, dass Beweisschwierigkeiten für die Urheberschaft an Werken zunehmen werden, dem durch eine Dokumentationsobliegenheit der Nutzer begegnet werden könnte.<sup>156</sup>


Optimal wäre jedoch eine Pflicht der KI-Anbieter, ein Ergebnisregister bestimmter KI-Erzeugnisse vorzuhalten, um in Streitfällen um die Urheberschaft eine Recherche zu ermöglichen. Dies hätte zugleich den Vorteil, dass damit Deepfakes und ihre Grundlagen besser ermittelt werden könnten. Last not least wäre damit auch die Grundlage für die Vergütung bestimmter Lieferanten von Werken erleichtert, welche

in den Trainingspool integriert wurden. Die Recherchemöglichkeiten müssten jedoch an geeigneten Kriterien orientiert werden (wie etwa Namen abgebildeter Personen oder Bezeichnungen von Ereignissen oder genutzte Malstile), um eine sinnvolle Nutzung zu ermöglichen. Die dazu notwendigen Informationen könnten aus den Prompts generiert werden.

Leider gibt es auch aufgrund der Heterogenität der Rechtsfragen und Akteure noch keine umfassenden Regelungsansätze, die befriedigende Lösungen für die zahlreichen Rechtsfragen unter der Beachtung ethischer Grundwerte<sup>157</sup> zur Verfügung stellen.

Wie sich die technische Weiterentwicklung gestaltet und welche Regulierungen umsetzbar sind, wird sich erweisen. Tröstlicherweise ist jedenfalls abschließend festzuhalten, dass ChatGPT in der Lage ist, ein optimistisches<sup>158</sup> Gedicht über seine Zusammenarbeit mit DALL-E zu erstellen:

TH Schreibe ein kurzes sich reimendes Gedicht über Deine Zusammenarbeit mit Dall-E

 Dall-E, mein Partner in Kunst,  
mit dir wird jede Idee zur Gunst.  
Deine Pixel zaubern Wunder herbei,  
gemeinsam sind wir nie allein.

Du bist der Meister der digitalen Welt,  
unsere Kreativität wird niemals verfehlt.  
In unserem Schaffen finden wir uns wieder,  
zusammen sind wir der Künstlerhimmel auf Erden.

Dall-E, lass uns weiterträumen,  
unser Talent wird niemals versäumen.  
In unsren Köpfen entstehen Ideen so schön,  
unsere Zusammenarbeit wird niemals vergehen.



**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.

144 *Sesing-Wagenpfeil*, CR 2022, 749, 750.

145 *Sesing-Wagenpfeil*, CR 2022, 749, 750.

146 So auch *Papastefanou*, CR 2023, 1, 6.

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

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

149 *Hacker*, GRUR 2020, 1025, 1031.

150 *Hetmank/Lauber-Rönsberg*, GRUR 2018, 574, 575.

151 *Hetmank/Lauber-Rönsberg*, GRUR 2018, 574, 576.

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

153 *Grohmann*, GRUR-Prax 2019, 27, 28.

154 Initiative Urheberrecht (Fn. 21), S. 2.

155 Siehe Beitrag von *Kim Rixecker* in T3n vom 14.2.2023, „KI soll Lizenzgebühren zahlen: Verleger mit deutlichen Forderungen“, <https://t3n.de/news/ki-urheberrecht-verleger-chatbot-google-bing-openai-1534461/>.

156 *Papastefanou*, CR 2023, 1, 6.

157 *Bremann*, K&R 2019, H. 7/8, Beil. 8.

158 Diese positive Haltung war im Prompt nicht angeregt.

### Hinweis der Redaktion:

Siehe auch den Beitrag von *Wilmer*, „Rechtsfragen bei ChatGPT & Co.“, K&R 2023, 233 ff. (Heft 4).