

Nutzung von Künstlicher Intelligenz als Pflichtverletzung?

Sorgfaltspflichten beim Einsatz generativer Künstlicher Intelligenz

Prof. Dr. Renate Schaub*

Die Rechtsfragen der Nutzung generativer Künstlicher Intelligenz (KI) erregen spätestens seit der allgemeinen Nutzbarkeit von ChatGPT große Aufmerksamkeit. Sie berühren zahlreiche Personengruppen und Rechtsgebiete. Während die Verantwortlichkeit der Ersteller solcher KI-Systeme schon länger diskutiert wird, sind in Bezug auf die Pflichten der Nutzer generativer KI noch viele Fragen offen. Hier werden auf der Basis nationalen Rechts, aber mit Relevanz auch für die internationale Rechtsentwicklung, die Zulässigkeit des Einsatzes und der konkreten Nutzung generativer KI untersucht und Grundlagen für Sorgfaltspflichten in diesem Bereich gelegt.

I. Einleitung

1Die Nutzung generativer KI, mit der neue Inhalte geschaffen werden können, wird spätestens seit der Veröffentlichung von ChatGPT im November 2022 für praktisch alle Lebensbereiche breit diskutiert. Bereits vorher waren etliche Anwendungen mit generativer KI auf dem Markt (man denke nur an den Bildgenerator DALL-E oder auch schon an das Übersetzungsprogramm DeepL), haben aber zunächst noch deutlich weniger Aufmerksamkeit erregt. Erst bei der Texterstellung, wie sie ChatGPT und andere Programme ermöglichen, hat die Fülle der Einsatzmöglichkeiten großes öffentliches Interesse und eine breitflächige Nutzung generiert; dieser Bereich ist daher Ausgangspunkt der folgenden Erwägungen. Die rasante Entwicklung wirft viele neue Rechtsfragen auf und sie stellt auch für die derzeit diskutierten europäischen Regelungsvorschläge für KI nicht nur in zeitlicher Hinsicht eine Belastungsprobe dar. Bis zum Inkrafttreten etwaiger spezifischer Regelungen stellt sich unter anderem die Frage, wie die Nutzung generativer KI de lege lata zu beurteilen ist. Weil dabei sehr viele unterschiedliche Rechtsgebiete berührt werden, was die Einordnung nicht erleichtert, soll hier der rechtsgebietsübergreifenden Frage nachgegangen werden, ob die Nutzung generativer KI eine Pflichtverletzung darstellt und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen, insbesondere im Hinblick auf die bei der Nutzung erforderliche Sorgfalt.

2Auch wenn derartige Pflichten je nach Rechtsgebiet unterschiedlich ausgestaltet sein können, lassen sich doch gemeinsame Grundzüge finden. Ihnen soll im Folgenden nachgegangen werden, um idealerweise eine Basis für die künftige Entwicklung KI-spezifischer Sorgfaltspflichten zu schaffen. Dabei soll zunächst gefragt werden, wann die Nutzung von KI eine Pflichtverletzung darstellen kann (II 1) und in einem zweiten Schritt sollen erste Grundzüge KI-spezifischer Sorgfaltspflichten herausgearbeitet werden (II 2). Da das Konzept der Pflichtverletzung kein spezifisch deutsches ist, könnte ein solcher Ansatz auch für internationale Regelwerke fruchtbar gemacht

werden (deswegen werden Fragen der international-privatrechtlichen Anwendbarkeit einzelner Regelungen hier nicht diskutiert). Gleichzeitig werden für das deutsche Recht wichtige Grundlagen für die Verschuldenshaftung gelegt, weil der Schuldvorwurf auf der Pflichtverletzung aufbaut. Weiterhin wird unter Berücksichtigung insbesondere der neuen europäischen Regelungsansätze untersucht, ob und inwieweit bereits spezifische Sorgfaltspflichten für die Nutzung generativer KI bestehen (III), bevor daraus Folgerungen gezogen werden (IV).

II. Die Nutzung Künstlicher Intelligenz als Pflichtverletzung

1. Der Einsatz generativer Künstlicher Intelligenz als solcher

3 Zunächst stellt sich die Frage, ob bereits der Einsatz generativer KI als solcher eine Pflichtverletzung darstellen

Schaub: Nutzung von Künstlicher Intelligenz als
Pflichtverletzung?(NJW 2023, 2145)

2146

kann. Hier ist vor allem an den Bereich des Vertragsrechts zu denken, aber wenn bereits der bloße Einsatz von KI zu Rechtsgutsgefährdungen führen kann oder gesetzliche Verbote bestehen, ist auch die außervertragliche Haftung tangiert.

a) Vertragsrecht

4 Im Vertragsrecht kommt es entscheidend darauf an, wie der Schuldner seine Leistung zu erbringen hat. Vertragliche und erst recht gesetzliche Regelungen, die den Einsatz generativer KI verbieten, dürften (jedenfalls derzeit) selten sein, so dass es auf die Interpretation der vertraglichen Pflichten ankommt. Vor allem wenn der Schuldner zur höchstpersönlichen Leistung verpflichtet ist, wie insbesondere nach § 613 BGB (unmittelbar oder über Verweisungen aus anderen Rechtsgebieten), stellt sich die Frage, ob die Leistung überhaupt mithilfe von KI erfolgen darf. Sieht man KI nicht als Person (auch nicht, wie teilweise, aber bislang erfolglos vorgeschlagen als „ePerson“) an,¹ was hier unterstellt wird, ist auch die Erbringung einer höchstpersönlichen Leistung mithilfe von generativer KI nicht von vornherein ausgeschlossen, sofern der Einsatz der KI nicht an die Stelle der Leistung selbst tritt, sondern lediglich unterstützend erfolgt (was natürlich zu Folgefragen hinsichtlich der Art des Einsatzes von KI führt; dazu gleich am Ende dieses Abschnitts).² Auch im Übrigen ist der Einsatz von KI als Hilfsmittel bei der Erbringung vertraglicher Leistungen zulässig, sofern kein gesetzliches Verbot eingreift. Teilweise kann der Einsatz von KI sogar vertragliche Pflicht sein, wenn dies dem im jeweiligen Bereich üblichen Standard für die vertragliche Leistung entspricht (insofern sind mehr oder weniger einfache Formen von KI bereits in den meisten Bereichen Standard, man denke nur an die automatische Rechtschreibungs- und Grammatikkontrolle mit Verbesserungsvorschlägen bei gängigen Textverarbeitungsprogrammen).

5 Ist die Nutzung generativer KI zulässig, ist zu prüfen, ob sie gegenüber dem Vertragspartner offenzulegen ist. Eine solche Offenlegungspflicht kann sich teilweise aus Spezialregelungen, teilweise aber auch als Nebenpflicht aus § 241 II BGB ergeben.

Im letzten Fall ist wiederum in hohem Maße die Vertragsauslegung – und künftig eine entsprechende Vertragsgestaltung – gefragt.

6 Sieht man KI nicht als irgendeine Art von Person an, ist § 278 BGB (der auch in Bezug auf Pflichtverletzungen, nicht nur für das Verschulden anzuwenden ist)³ de lege lata⁴ nicht anwendbar und der Einsatz von KI ausschließlich dem Einsetzenden zuzurechnen. Dieser bleibt damit insgesamt verantwortlich für die mithilfe von KI erzielten Vertragsleistungen (zu den einzelnen Pflichten beim Einsatz von KI s. unter II 2). Allerdings kann sich der Inhalt vertraglicher Pflichten durch den Einsatz von KI verändern, was auch das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung beeinflussen kann. Ist etwa das Erstellen eines Werbetextes geschuldet und wird dieser nunmehr durch eine generative KI erzeugt, kann sich der Schwerpunkt der vertraglichen Leistung dahin verlagern, die richtigen Eingaben (*prompts*) zu entwickeln und den erzeugten Text zu überprüfen und zu verbessern – was beides wiederum mithilfe von KI erfolgen kann. Dann kann gefragt werden, ob die Leistung noch gleichwertig zur vereinbarten Gegenleistung ist oder ob – insbesondere bei erfolgsbezogenen Vertragstypen wie Werkverträgen – vom Vertragspartner nunmehr Leistung pro Zeit oder eine schnellere Leistung verlangt werden kann oder ob die Vergütung herabzusetzen ist. Hier hält das vertragliche Leistungsstörungenrecht ein hinreichendes Instrumentarium für einzelfallbezogene Lösungen bereit (wobei die Schwelle für die Annahme einer Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB, die zur Vertragsanpassung führen könnte, auch beim Einsatz von KI relativ hoch anzusetzen sein dürfte)⁵. Weil solche Fragen einer pauschalen Lösung nicht zugänglich sind, ist hier vor allem bei erfolgsbezogenen Vertragsleistungen, deren Charakter sich durch den Einsatz von KI ändern kann, mit etlichen Streitigkeiten zu rechnen. Ähnliche Fragen stellen sich im Übrigen auch dann (über den Gegenstand dieser Abhandlung hinaus), wenn die Nutzung generativer KI im Rahmen von Prüfungen erlaubt wird. Auch dies dürfte Einfluss auf die Erwartungen an die an solchen Prüfungen Teilnehmenden haben und die Anforderungen tendenziell erhöhen.

b) Außervertragliche Haftung

7 Jenseits des vertraglichen Bereichs kann der Einsatz von KI eine möglicherweise haftungsbegründende Pflichtverletzung darstellen, wenn er entweder verboten ist oder Gefahren für anderen Personen zuzuordnende geschützte Rechtsgüter begründet. Verbote des Einsatzes generativer (oder auch anderer) KI können sich etwa ergeben, wenn der Einsatz der KI nicht mit den jeweils geltenden Datenschutzvorschriften vereinbar ist oder auch – über den Bereich außervertraglicher Haftung hinaus – wenn prüfungsrechtliche Regelungen die Nutzung derartiger Systeme untersagen (was in Bezug auf die Nutzung durch die zu Prüfenden derzeit mangels ausdrücklicher Regelungen allerdings meist Auslegungsfrage ist, etwa wenn es um die Eigenständigkeit der Anfertigung von Prüfungsarbeiten geht, während für die Prüfenden häufig die selbstständige und damit wohl letztlich persönliche Bewertung vorgeschrieben ist)⁶. Häufiger greift die außervertragliche Haftung allerdings ohnehin nicht bereits beim bloßen Einsatz, sondern in Bezug auf die Modalitäten der Nutzung generativer KI, die im Folgenden zu betrachten sind.

2. Sorgfaltspflichten bei der Nutzung generativer Künstlicher Intelligenz

8In Bezug auf die Sorgfaltspflichten bei der Nutzung generativer KI gibt es vielfach Überschneidungen zwischen Vertragsrecht und außervertraglicher Haftung, zumal die Verletzung von Verhaltenspflichten, die eine außervertragliche Haftung begründen können, auch eine Verletzung vertraglicher Nebenpflichten iSd § 241 II BGB darstellen kann. Insoweit kommen je nach Art und Funktionsweise des KI-Systems ganz unterschiedliche Arten von Pflichtverletzungen

Schaub: Nutzung von Künstlicher Intelligenz als Pflichtverletzung?(NJW 2023, 2145)

2147

aufgrund gesetzlicher Vorgaben in Betracht, von denen hier nur einige derzeit besonders augenfällige angesprochen werden sollen (a–d). Darüber hinaus sind allgemeine Verhaltenspflichten beim Einsatz generativer KI zu diskutieren, die noch am Anfang einer sicherlich längerfristigen Entwicklung stehen (e).

9Bestehende gesetzliche Vorgaben können auch dann Verhaltenspflichten für die Nutzung von (generativer) KI begründen, wenn sie sich nicht ausdrücklich auf KI beziehen, und zwar immer dann, wenn die Ergebnisse der KI nicht rein intern verwendet werden, sondern mit Außenwirkung. Relevant sein können hier neben allgemeinen Sicherheitsstandards, die auch bei der Nutzung von KI-Produkten einzuhalten sind, etwa – um einige wichtige Bereiche exemplarisch herauszugreifen – Datenschutzregeln, immaterialgüterrechtliche (insbes. urheberrechtliche) Vorgaben, allgemeine Regeln zur außervertraglichen Haftung (wie insbes. § 823 I BGB) oder lauterkeitsrechtliche Regelungen. Dabei ist zu beachten, dass viele KI-Programme auch – zumindest bis zu einem gewissen Grad – darauf programmiert werden, bestimmten Mindeststandards zu genügen bzw. die Nutzenden entsprechend anweisen.⁷

a) Datenschutzrecht

10Bei der Nutzung generativer KI sind die Vorschriften des Datenschutzrechts zu beachten, etwa Art. 22 DS-GVO für ausschließlich automatisierte Entscheidungen⁸ und natürlich die allgemeinen Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten, insbesondere Art. 5 ff. DS-GVO.

b) Immaterialgüterrecht, insbesondere Urheberrecht

11Die Nutzung generativer KI kann auch Immaterialgüterrechte verletzen. Dabei stehen bislang wohl zu Recht das Urheberrecht (einschließlich des Rechts auf Urhebernennung nach § 63 UrhG) sowie Leistungsschutzrechte im Mittelpunkt der Betrachtung. Da generative KI häufig auch mit urheberrechtlich geschütztem Material trainiert werden dürfte (was nach deutschem Urheberrecht nach § 44b UrhG oder über kollektive Lizenzen zulässig sein kann)⁹, können die mit ihrer Hilfe erstellten Inhalte auch Teile urheberrechtlich geschützter Werke enthalten. Bei einer Weiterverwendung dieser Inhalte kommen im Grunde alle urheberrechtlichen Benutzungshandlungen nach §§ 15 ff. UrhG in Betracht. Nach allgemeinen Grundsätzen ist die Person, welche die Benutzungshandlung begeht, für etwaige Urheberrechtsverletzungen verantwortlich,

daran ändert auch die ursprüngliche Erstellung von Inhalten durch eine KI nichts. Für die in diesem Bereich häufige quasinegatorische Haftung auf Unterlassung bzw. Beseitigung spielt auch die Erkennbarkeit der Rechtsverletzung keine Rolle, sondern erst wenn es um verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche geht. Da die urheberrechtlich geschützten Werke durch die KI regelmäßig verändert werden dürften (jedenfalls bei ChatGPT und nach ähnlichen Grundsätzen funktionierenden Systemen), stellt sich hier häufig die Frage einer Abgrenzung zwischen grundsätzlich unzulässigen Bearbeitungen urheberrechtlich geschützter Werke iSd § 23 I 1 UrhG (die aber möglicherweise aufgrund der Schranke für Pastiche in § 51a UrhG im Einzelfall zulässig sind) und – zulässiger – Bearbeitung oder Umgestaltung iSd § 23 I 2 UrhG. Letztere setzt seit der Neufassung der Vorschrift im Jahr 2021 einen äußeren Abstand zum vorbestehenden Werk voraus; allein ein – letztlich aus den Inhalten abzuleitender – innerer Abstand soll nicht mehr ausreichen.¹⁰ Ob dieses Kriterium des hinreichenden Abstandes zum benutzten Werk tragfähig ist, insbesondere welcher Abwandlungsgrad dafür erforderlich ist, wird sich erst noch erweisen müssen.

12 Da somit ein Eingreifen von § 23 I 1 UrhG und damit eine Rechtsverletzung kaum sicher auszuschließen ist, dürfte künftig der Auslegung der Schranke des Urheberrechts in § 51a UrhG für Pastiche große Bedeutung zukommen.¹¹ Allerdings greift diese nur bei einer Auseinandersetzung mit dem verwendeten Werk oder mit dessen Urheber,¹² also etwa dann, wenn der KI die Aufgabe gestellt wird, ein Werk im Stil eines bestimmten Schriftstellers oder Künstlers zu erstellen. Bei der Nutzung generativer KI kommt aber auch eine unbewusste Übernahme urheberrechtlich geschützter Inhalte in Betracht, wenn die KI mit entsprechenden Daten arbeitet und ein Mensch ohne Kenntnis von der Herkunft der Daten diese übernimmt. Dann fehlt es gerade an einer Auseinandersetzung mit dem geschützten Werk, so dass § 51a UrhG nicht greift. Hier liegt eine wesentliche Gefahr der Nutzung generativer KI (sowohl für die Urheber geschützter Werke als auch für die Nutzer der KI, die nicht erkennen, dass sie möglicherweise Rechte anderer verletzen), die bei der Entwicklung solcher Systeme, also bei der Auswahl der Daten und bei der Erstellung der Algorithmen – und wohl auch bei der Fortentwicklung des Urheberrechts – berücksichtigt werden muss. Die Gefahr unbewusster Rechtsverletzungen ist in diesem Bereich derzeit relativ groß, was Auswirkungen auf die Art und Weise des Umgangs mit generativer KI, insbesondere ihre Weiterverwendung (einschließlich etwaiger Lizenzierung),¹³ aber auch auf deren Erstellung und Funktionsweise haben muss.

c) Allgemeine Regeln zur außervertraglichen Haftung

13 Von den allgemeinen Regeln zur außervertraglichen Haftung ist in erster Linie § 823 I BGB von Bedeutung, vor allem mit Blick auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (etwa bei der Erstellung von Werken unter Verwendung von Bildern – unter Berücksichtigung der §§ 22, 23 KUG – oder anderen geschützten Teilelementen des Persönlichkeitsrechts wie Stimme oder Gestik) und das Recht am Unternehmen (das faktisch auch einen gewissen Vermögensschutz bewirken kann). Bei diesen Rechtsgütern ist allerdings die Gefahr unbewusster Rechtsverletzungen durch die Nutzung generativer KI deutlich geringer als im Urheberrecht, sofern die von der KI generierten Inhalte nicht ungeprüft

übernommen werden. Bei der Überprüfung sind die allgemeinen Grundsätze zur Verletzung der genannten Rechte, also insbesondere die Abwägung der betroffenen Grundrechte bei der Rechtswidrigkeitsprüfung,¹⁴ zu beachten. Die Verwendung KI-generierter Ergebnisse kann allerdings auch andere durch § 823 I

Schaub: Nutzung von Künstlicher Intelligenz als Pflichtverletzung?(NJW 2023, 2145)

2148

BGB geschützte Rechtsgüter gefährden, etwa wenn falsche Anleitungen veröffentlicht werden, die zur Herstellung defekter und für andere gefährlicher Produkte oder allgemein zur Vornahme gefährlicher Handlungen führen. In solchen Fällen, in denen auch eine Produkthaftung des Publizierenden nach § 823 I BGB (nach der Rechtsprechung des EuGH zur Haftung für Informationen¹⁵ hingegen seltener wohl nach dem ProdHaftG) in Betracht kommen kann, ist zu fragen, ob und in welchem Umfang eine Pflicht zur Ergebniskontrolle besteht. Dies wird maßgeblich davon abhängen, inwieweit mangelhafte Funktionsweisen der KI für die Nutzenden erkennbar sind. Darauf wird im Rahmen der allgemeinen Erwägungen zur Pflichtenbegründung zurückzukommen sein (s. unten III 2).

d) Lauterkeitsrecht

14 Wird KI im Rahmen von geschäftlichen Handlungen iSd § 2 I Nr. 2 UWG eingesetzt, ist zu prüfen, ob dies im Einzelfall unlauter ist. Hier wird es häufig um die Transparenz hinsichtlich der – als solche nicht verbotenen – Nutzung generativer KI gehen, entweder im Rahmen spezieller Kennzeichnungsvorschriften, die über § 3a UWG zu beachten sein können, oder im Kontext irreführender Werbung gem. §§ 5 ff. UWG. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, ob eine Pflicht zur Offenlegung der Nutzung generativer KI besteht – mit der Folge, dass eine fehlende Offenlegung irreführende Werbung iSd § 5a UWG darstellen könnte. Die Nutzung von KI im Rahmen geschäftlicher Handlungen kann im Einzelfall eine wesentliche Information iSd §§ 5a I, 5b UWG darstellen, auch wenn die Art der Erstellung von Werbung nicht ohne Weiteres mit wesentlichen Merkmalen von Waren oder Dienstleistungen iSd § 5b I Nr. 1 UWG und auch nicht mit den übrigen dort genannten Umständen, die zudem nur für „Angebote“ gelten, vergleichbar ist. Sofern man aber davon ausgeht, dass daneben (und sicherlich außerhalb des Anwendungsbereichs des § 5b UWG) weitere Informationspflichten denkbar bleiben,¹⁶ sind Informationspflichten in Bezug auf die Nutzung von KI vorstellbar. So mag es etwa bei personalisierter Werbung für die Adressaten von Interesse sein, ob und inwieweit sie von einer KI oder von einem Menschen angesprochen werden, zumal es sich dabei nicht immer um Entscheidungen handeln muss, welche die Aufklärungspflicht nach Art. 22 DS-GVO auslösen. Manche Formen des Einsatzes von KI werden im Einzelfall auch schon de lege lata durch bestehende Regelungen des UWG mit erfasst, etwa durch Nr. 23c des Anhangs oder die Regelung über Informationspflichten bei Rankings in § 5b II UWG. Beim Einsatz manipulativer Techniken kann zudem § 4a UWG greifen. Insgesamt besteht hier aber derzeit noch einige Rechtsunsicherheit, der wohl am besten durch Aufklärung über den Einsatz von KI im Rahmen geschäftlicher Handlungen Rechnung zu tragen ist.

e) Allgemeine Verhaltenspflichten beim Einsatz generativer Künstlicher Intelligenz

15Die gerade dargestellten und vergleichbare Vorschriften können auch im Rahmen vertraglicher Schuldverhältnisse zu berücksichtigen sein, insbesondere wenn ihre Verletzung Rechtsgüter des Vertragspartners iSd § 241 II BGB betrifft oder zu einem Rechtsmangel der erbrachten Leistung führt.

16Weitere Verhaltenspflichten können sich aus dem vertraglichen Kontext ergeben. Zu denken ist etwa an Verbraucherschützende Vorschriften (zB spezielle Aufklärungspflichten) und an die Regelungen des Antidiskriminierungsrechts. Darüber hinaus stellt sich die Frage, welche allgemeinen Pflichten beim Einsatz generativer KI bestehen. Die Entwicklung KI-spezifischer Sorgfaltspflichten ist von großer Bedeutung für den weiteren Umgang mit derartigen Systemen. Dabei kann an allgemeine Grundsätze zum Umgang mit technischen Hilfsmitteln¹⁷ angeknüpft werden; diese müssen jedoch ausgebaut bzw. erweitert werden.

17So wird bei der Nutzung von Hilfsmitteln generell für Bedienungsfehler haftet,¹⁸ diese müssen jedoch für den Umgang mit (insbes. generativer) KI erst noch definiert werden, etwa wenn es darum geht, wie man die Eingaben gestaltet, um möglichst gute Ergebnisse zu erzielen („prompt engineering“). Näher liegt schon jetzt eine Haftung für Wartungsfehler nach allgemeinen Grundsätzen¹⁹ – wobei die Erforderlichkeit einer Wartung regelmäßig von den Vorgaben des Herstellers abhängen dürfte. Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob und inwieweit eine Kontrolle der mithilfe von KI erzielten Ergebnisse auf etwaige Rechtsverletzungen oder auch in Bezug auf ihre Richtigkeit in Betracht kommt. Auf jeden Fall ist eine Ergebniskontrolle erforderlich, wenn eine noch nicht hinreichend ausgereifte KI genutzt wird, wobei sich allerdings die Frage stellt, ob und inwieweit Nutzende erkennen können und müssen, wie ausgereift eine KI (die ja regelmäßig auf Weiterentwicklung angelegt ist) ist – und gegebenenfalls auch, wie sie arbeitet. Zudem könnte gefragt werden, ob bei – wie derzeit (noch?) vielfach – unentgeltlich zur Verfügung gestellten Programmen eine gewisse Mindestqualität erwartet werden kann oder ob hier nicht jede weitere Verwendung der Ergebnisse genauer Überprüfung bedarf. Dabei zeigt sich besonders deutlich, dass Nutzerpflichten nur in Korrelation zu den Pflichten der Hersteller und Trainer derartiger Systeme entwickelt werden können. Will man keine generelle Pflicht der Nutzenden zur Überprüfung jeglicher Arbeitsergebnisse einer KI statuieren, müssen sie über bestimmte Funktionsweisen und Grenzen der KI informiert werden. Geschieht dies allerdings so allgemein wie etwa bei ChatGPT (mit dem Hinweis „ChatGPT may produce inaccurate information about people, places, or facts.“)²⁰, lassen sich daraus kaum konkrete Nutzerpflichten ableiten, wenn man nicht wiederum eine Pflicht zur Überprüfung sämtlicher Ergebnisse annehmen möchte. Ähnliches gilt für wiederholte Hinweise, wie etwa von ChatGPT im Rahmen von Dialogen, bei wichtigen Entscheidungen oder Themen wie Gesundheit, Recht, Finanzen, Sicherheit noch andere Informationsquellen heranzuziehen.

18 Daher sind genauere Informationen zur Funktionsweise einer KI Voraussetzung, um konkrete Nutzerpflichten begründen zu können. Wichtig sind hier insbesondere Angaben zu Trainingsdaten (wie etwa die Limitierung von Informationen bis zum Jahr 2021 bei ChatGPT) oder zur Arbeitsweise. So ergibt sich etwa aus der Funktionsweise von ChatGPT, bei der Wörter nach Wahrscheinlichkeiten und nicht aufgrund ihrer Bedeutung kombiniert werden,²¹ dass die Quellen der ausgeworfenen Informationen nicht ohne Weiteres ermittelt werden können, so dass eine externe Verifizierung schon wegen dieser Funktionsweise sinnvoll sein kann. Und je stärker sich Systeme mithilfe von Nutzereingaben weiterentwickeln, desto intensiver dürften auch die Pflichten zur Überprüfung der Ergebnisse auf ihre Richtigkeit ausfallen, zumal auch die Gefahr besteht, dass derartige Systeme gezielt – etwa über Bots – mit bestimmten (nicht immer richtigen) Informationen versehen können.²²

19 Was die Gefahr von Urheberrechtsverletzungen angeht, könnte man auf den ersten Blick davon ausgehen, dass diese aufgrund von Funktionsweisen wie bei ChatGPT sinkt, weil sich durch neue Kombinationen von Elementen die Ergebnisse deutlich von den Quellen unterscheiden. Bei genauerem Hinsehen muss jedoch auch bedacht werden, dass richtige und sinnvolle Wortkombinationen in den Trainingsdaten häufiger vorkommen dürften, so dass die Nähe zu Originalquellen doch wieder größer sein könnte (was andererseits wiederum der Richtigkeit der Informationen zugute käme). Schon dieses Beispiel zeigt, wie schwierig es ist, selbst aus bekannten Elementen der Funktionsweise einer generativen KI konkrete Nutzerpflichten abzuleiten. Im Mittelpunkt stehen – bei erlaubter Nutzung – bislang die Pflichten zur Pflege und gegebenenfalls Aktualisierung des Systems, deren Erfüllung wiederum in Korrelation dazu steht, ob und inwieweit Nutzende auf die Ergebnisse der KI vertrauen dürfen. Bei zunehmender Vielfalt der zur Verfügung stehenden Systeme können auch Pflichten zur sorgfältigen Auswahl und Testung der eingesetzten KI hinzukommen. Weiterhin ist zu konkretisieren, wann auf die Nutzung generativer KI hinzuweisen ist. Dies dürfte stark vom Kontext und insbesondere davon abhängen, ob die Nutzung bereits zum Leistungsstandard gehört oder nicht. Derzeit dürften daher – auch außerhalb des UWG – Hinweise auf die Nutzung von KI noch vielfach angebracht sein; in Zukunft mag sich dies ändern. Sofern die Nutzung mit dem Risiko von Rechtsverletzungen verbunden ist, sollte auf jeden Fall ein Hinweis erfolgen.

III. Spezifische Sorgfaltspflichten bei Nutzung generativer Künstlicher Intelligenz

20 Mit Blick auf die Neuheit der Technologie und die Unklarheiten insbesondere in Bezug auf mögliche Funktionsweisen steht die Entwicklung spezifischer Sorgfaltspflichten bei der Nutzung generativer KI noch am Anfang. Allerdings hat sich deutlich gezeigt, dass die Nutzung in bestimmten Fällen unzulässig sein oder zu Rechtsgutsverletzungen führen kann. Daher müssen unter Abwägung der Interessen der Beteiligten grundlegende Pflichten beim Umgang mit KI herausgearbeitet werden, was nur im Zusammenhang mit Pflichten anderer Akteure, insbesondere der Entwickler und Hersteller von KI-Anwendungen, möglich ist.

1. Einsatz generativer Künstlicher Intelligenz als solcher

21In Bezug auf das „Ob“ der Verwendung generativer KI sind klare Vorgaben unerlässlich. Nutzungsverbote ergeben sich teilweise unmittelbar aus gesetzlichen Vorschriften, allerdings bisher in der Regel nur indirekt, wenn bestimmte Verhaltensweisen verboten werden, und nicht spezifisch für die Nutzung generativer KI. Das wird sich mit den geplanten europäischen Regeln zur KI²³ ändern. So soll die Nutzung bestimmter KI-Systeme mit nicht mehr hinnehmbarem Risiko nach Art. 5 der geplanten KI-Verordnung verboten werden; Hochrisikosysteme dürfen nur unter bestimmten, in Art. 8 ff. spezifizierten Voraussetzungen genutzt werden, im Übrigen ist ihr Einsatz also auch verboten. Darüber hinaus empfehlen sich vertragliche Regelungen zur Zulässigkeit des Einsatzes von KI bei der Vertragserfüllung, insbesondere wenn der Einsatz gar nicht gewollt ist oder begrenzt werden soll.

2. Nutzung generativer Künstlicher Intelligenz

22Spezifische Sorgfaltspflichten bei der Nutzung generativer KI lassen sich, wie gezeigt, nur mit Blick auf die Pflichten der Hersteller und Anbieter von KI und in Korrelation dazu entwickeln. Auch insofern können die Vorschriften der geplanten europäischen KI-Verordnung weiterhelfen. Von den Voraussetzungen für die Nutzung von Hochrisikosystemen dürften insbesondere Risikomanagementsysteme (Art. 9), Daten-Governance (Art. 10), technische Dokumentation (Art. 11) und Genauigkeit (Art. 15) im hier untersuchten Kontext von Bedeutung sein. Von den nach Art. 13 für die Nutzer bereitzustellenden Informationen sind vor allem diejenigen über das zu erwartende Maß an Genauigkeit, die Trainings-, Validierungs- und Testdatensätze, die erforderlichen Wartungs- und Pflegemaßnahmen sowie die Zweckbestimmung wichtig. Zudem dürfte sich ein Erfordernis für weitergehende Informationen über die Funktionsweise des Systems aus Art. 13 Buchst. b ii („alle bekannten und klar²⁴ vorhersehbaren Umstände, die sich auf das erwartete Maß an Genauigkeit, Robustheit und Cybersicherheit auswirken können“) ableiten lassen. Auch die in Art. 14 vorgeschriebenen Vorkehrungen für menschliche Aufsicht sind für generative KI von Bedeutung.

23Sehr viel knapper fallen die Regelungen zu den Pflichten der Nutzer selbst in Art. 29 aus, die zudem ausdrücklich sonstige Pflichten – auch nach nationalem Recht – unberührt lassen (Art. 29 II). Von den ausdrücklich normierten Pflichten sind für den hier betrachteten Bereich insbesondere die Pflichten zur Einhaltung der Gebrauchsanweisung (Art. 29 I – verschärft im Änderungsvorschlag des Europäischen Par-

Schaub: Nutzung von Künstlicher Intelligenz als Pflichtverletzung?(NJW 2023, 2145)

2150

laments), zur Kontrolle über die Eingabedaten (Art. 29 III), welche auch die Wahrung von Datenschutzvorschriften etc. einschließen dürfte, zur Risikoüberwachung anhand der Gebrauchsanweisung (Art. 29 IV) und – nach dem Änderungsvorschlag des Parlaments – die Pflicht zur menschlichen Aufsicht (Art. 29 Ia) sowie die Pflicht zur Information natürlicher Personen über den Einsatz von Hochrisikosystemen (Art. 29 VIa) von Bedeutung. Darüber hinaus können sich Pflichten der Nutzer aus der

Funktionsweise der jeweiligen KI und den in diesem Zusammenhang offengelegten Informationen, insbesondere den oben genannten, ergeben, vor allem Pflichten zur Ergebniskontrolle, deren Umfang aus den offengelegten Grenzen der Funktionsweise der KI abzuleiten ist (zB bei ChatGPT für Ereignisse nach 2021). Dieses Regelungsgefüge ermöglicht eine Nutzung, bei der das hohe Risiko solcher KI-Systeme relativ gut kontrolliert werden kann.

24 Deutlich weniger weit reichen die Transparenzanforderungen für KI-Systeme, die zur Interaktion mit natürlichen Personen bestimmt sind, aber nicht als Hochrisiko-Systeme eingestuft werden. Hier müssen die Nutzer gem. Art. 52 I in der Regel darüber informiert werden, dass sie mit einer KI interagieren und Betreiber müssen nach Art. 52 III mithilfe einer solchen KI erzeugte „Deepfakes“ grundsätzlich kennzeichnen (teilweise inhaltlich eingeschränkt im Änderungsvorschlag des Europäischen Parlaments). Werden die Nutzenden aber nicht näher über die Funktionsweise des Systems oder über die erforderlichen Wartungs- und Pflegemaßnahmen informiert, kann von ihnen auch nicht erwartet werden, bei einer erlaubten Nutzung solcher Systeme besondere, auf das jeweilige System zugeschnittene Pflichten zu erfüllen. Will man hier nicht die Verwendung der Ergebnisse insgesamt untersagen, besteht eine Gefahr von Rechtsverletzungen, der vonseiten des Gesetzgebers noch stärker begegnet werden müsste, insbesondere durch weitergehende Informationspflichten in Bezug auf das Funktionieren solcher Systeme. Ein erster Schritt ist die Möglichkeit einer Anordnung zur Offenlegung von Beweismitteln (die sich dann wohl auch auf die Funktionsweise einer KI beziehen könnten) durch nationale Gerichte in Art. 3 I bis IV des Vorschlags der EU-Kommission zur außervertraglichen Haftung für Künstliche Intelligenz²⁵ mit der Konsequenz, dass bei Nichtbefolgung nach Art. 3 V des Vorschlags für Schadensersatzansprüche eine Pflichtverletzung widerleglich vermutet wird. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass nach dem Vorschlag der Kommission zur Reform der Produkthaftungs-RL,²⁶ der nunmehr auch Software eindeutig umfasst (Art. 4 I des Entwurfs), die Hersteller von KI-Systemen in weiterem Umfang für Rechtsgutsverletzungen jedenfalls bei Verbrauchern zur Verantwortung gezogen werden können, allerdings nach wie vor mit einigen für KI bedeutsamen Haftungsausschlüssen (Art. 7 Buchst. c Produkthaftungs-RL und Art. 10 I Buchst. c iVm Abs. 2 des Reformentwurfs sowie Art. 7 Buchst. e Produkthaftungs-RL und Art. 10 I Buchst. e des Reformentwurfs).

25 Insgesamt verbleiben auch bei einer Zusammenschau der europäischen Vorschläge noch einige Regelungslücken gerade in Bezug auf die – sich in Korrelation zu den Hersteller- und Anbieterpflichten ergebenden – Pflichten der Nutzer generativer KI-Systeme, sofern man diese nicht generell als Hochrisikosysteme einstufen wollte, was wohl zu weit gehen und sonst auch neue Abgrenzungsprobleme aufwerfen dürfte. Sollen die Ergebnisse von KI-Systemen, die nicht als Hochrisikosysteme einzuordnen sind, sinnvoll genutzt werden können, bedarf es also weiterer Informationen durch die Hersteller bzw. Anbieter, die legislativ wohl am besten durch entsprechende Pflichten abgesichert werden können. Da es vor allem um Informationspflichten geht, erscheint dies auch verhältnismäßig und dürfte den technologischen Fortschritt nicht allzu stark

einschränken. Damit korrelieren dann Sorgfaltspflichten der Nutzer, die sich auch unter dem europäischen Regime aus den hier herausgearbeiteten allgemeinen Grundsätzen ableiten lassen.

IV. Folgerungen

26Es zeigt sich, dass bereits de lege lata eine Reihe von Pflichten im Zusammenhang mit dem Einsatz und der weiteren Nutzung generativer KI bestehen und diese durch die europäischen Regelungsvorschläge teilweise konkretisiert werden – wenn auch vor allem mittelbar durch die Präzisierung der Pflichten der Hersteller und Anbieter von KI. Auch wenn erfreulicherweise mit bereits bestehenden Regeln viele Aspekte des Umgangs mit generativer KI erfasst werden können, gibt es doch einen Bedarf für spezifische Regelungen, wie sie vonseiten der EU vorgesehen sind. Obwohl die europäischen Regelungen und Regelungsvorschläge nicht alle primär zivilrechtlich ausgerichtet sind, lassen sich aus ihnen doch grundlegende Pflichten zum Umgang mit KI ableiten, wie hier gezeigt. Diese müssen jedoch im Laufe der Zeit konkretisiert und weiterentwickelt werden und es wäre zu wünschen, dass sich dann auch gewisse Verhaltensstandards für alle Beteiligten entwickeln. Dafür spielt im vertraglichen Bereich auch die Vertragsgestaltung eine wichtige Rolle, zumal in ihrem Rahmen schneller und flexibler reagiert werden kann als auf der Ebene der Gesetzgebung. Das Austarieren etwaiger systembedingter Ungleichgewichte bleibt freilich Sache des Gesetzgebers. Dieser muss darüber hinaus besonders die Kohärenz der unterschiedlichen Regelungssysteme im Blick behalten, denn das enge Zusammenspiel der Regelungen für unterschiedliche Akteure ist nicht nur für den hier untersuchten Bereich der Nutzung generativer KI von Bedeutung.

27Für die hier beleuchteten Fragen hat sich gezeigt, dass sich trotz relativ weniger ausdrücklicher Regelungen mithilfe allgemeiner Grundsätze bestimmte Pflichten für den Umgang mit generativer KI herausarbeiten lassen, auf denen im Rahmen eines auch international verwendbaren pflichtenbasierten Haftungssystems weiter aufgebaut werden kann – und sollte. In Bezug auf die Bedienung und Wartung der Systeme generativer KI kann an allgemeine Regeln angeknüpft werden. Wichtig bleibt insbesondere die weitere Präzisierung von Pflichten zur Ergebniskontrolle, die in engem Zusammenhang mit Informationen und Informationspflichten des Anbieters von KI stehen, und von Informationspflichten in Bezug auf die Nutzung von KI. Auf diesen Fragen sollte in nächster Zeit ein besonderer Fokus liegen; daneben könnten – über die Thematik der vorliegenden Abhandlung hinaus – auch urheberrechtliche Grundfragen und Kriterien zu überdenken sein.

* Die Autorin, LL. M. (Univ. Bristol), ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum.

¹ S. zu dieser Diskussion nur Schaub JZ 2017, 342 (345 f. mwN aus der frühen Diskussion); Zech Gutachten A zum 73. DJT 2020/22, A 96 f. mwN und das sehr klare Votum des 73. DJT gegen die Einführung einer ePerson, Beschluss Nr. 16 der Abteilung Zivilrecht.

² S. dazu etwa auch Mohn NZA 2023, 538 (539).

³ S. dazu hier nur BeckOGK/Schaub, 1.6.2023, BGB § 278 Rn. 16 mwN.

4 S. aber die – allerdings mit recht knapper Mehrheit verabschiedete – Empfehlung des 73. DJT, Beschluss Nr. 8 der Abteilung Zivilrecht.

5 S. zu dieser Schwelle allg. BeckOGK/Martens, 15.4.2023, BGB § 313 Rn. 109; MüKoBGB/Finkenauer, 9. Aufl. 2021, BGB § 313 Rn. 58, beide mwN.

6 S. dazu die Bsp. bei Salden/Leschke/Hoeren Didaktische und rechtliche Perspektiven auf KI-gestütztes Schreiben in der Hochschulbildung, 2023, S. 22 (36), abrufbar unter <https://hss-opus.ub.ruhr-uni-bochum.de/opus4/frontdoor/index/index/docId/9734>; alle Internetseiten zuletzt abgerufen am 5.7.2023. Insoweit dürften ähnliche Kriterien gelten wie bei der höchstpersönlichen Leistung im Rahmen eines Vertrags (s. oben II 1).

7 S. etwa für ChatGPT: <https://openai.com/policies/usage-policies>.

8 Dazu etwa Wilmer K&R 2023, 233 (236); von Walter K&R 2019, Beilage zu Heft 7/8, 21 (24).

9 S. dazu hier nur Pukas GRUR 2023, 614 (614 f.).

10 RegE, BT-Drs. 19/27426, 78.

11 S. dazu auch Hoeren MMR 2023, 81 (82): Hier liege eine Täuschung über den Werkcharakter vor.

12 S. nur RegE, BT-Drs. 19/27426, 90; Dreier/Schulze/Dreier UrhG, 7. Aufl. 2022, UrhG § 51a Rn. 6; Wandtke/Bullinger/Lüft/Bullinger UrhR, 6. Aufl. 2022, UrhG § 51a Rn. 14; HK-UrhG/Wirth, 4. Aufl. 2022, UrhG § 51a Rn. 6; iE wohl auch BeckOK/Lauber-Rönsberg, 1.5.2023, UrhG § 51a Rn. 16 f. mwN.

13 S. dazu etwa Wilmer K&R 2023, 233 (234 f.).

14 S. dazu hier nur BeckOGK/Spindler, 1.5.2023, BGB § 823 Rn. 214 f., 1449 ff. mwN.

15 EuGH ECLI:EU:C:2021:471 = NJW 2021, 2015 Rn. 24 ff. – KRONE-Verlag.

16 S. etwa Ohly/Sosnitza/Sosnitza UWG, 7. Aufl. 2016, UWG § 5b Rn. 9; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler UWG, 41. Aufl. 2023, UWG § 5b Rn. 2.9.

17 S. dazu etwa Soergel/Pfeiffer BGB, 14. Aufl. 2021, BGB § 278 Rn. 25; BeckOGK/Schaub BGB § 276 Rn. 88.13 f. mwN.

18 Soergel/Pfeiffer BGB § 278 Rn. 25; BeckOGK/Schaub BGB § 276 Rn. 88.13; Köhler AcP 182 (1982), 126 (161); Burchardi EuZW 2022, 685 (686).

19 S. dazu etwa BeckOGK/Schaub BGB § 278 Rn. 64.

20 <https://chat.openai.com>. Weitere Hinweise auf der Startseite: „May occasionally generate incorrect information“, „May occasionally produce harmful instructions or biased content“, „Limited knowledge of world and events after 2021“.

21 S. etwa Salden/Leschke/Salden/Lordick/Wiethoff Didaktische und rechtliche Perspektiven auf KI-gestütztes Schreiben in der Hochschulbildung S. 4 (9), abrufbar unter <https://hss-opus.ub.ruhr-uni-bochum.de/opus4/frontdoor/index/index/docId/9734>.

22 Die bisher nur ganz vereinzelt bestehenden Kennzeichnungspflichten (insbes. nach § 18 III MStV für Social Bots) können hier allenfalls im Ansatz für Transparenz sorgen.

23 Kommissionsvorschlag v. 21.4.2021 (COM(2021) 206 final) iVm Änderungsvorschlag des Europäischen Parlaments v. 14.6.2023, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.pdf.

24 Dieser Zusatz stammt aus dem Änderungsvorschlag des Europäischen Parlaments.

25 COM(2022) 496 final v. 28.9.2022.

26 COM(2022) 495 final v. 28.9.2022.

[□ Verlag C.H.BECK oHG 2024](#)