

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

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

RA Dominik Höch und RA Dr. Jonas Kahl, LL.M.*

Anforderungen an eine Kennzeichnungspflicht für KI-Inhalte

Kurz und Knapp

Künstliche Intelligenz, die technischen Möglichkeiten und ihre Nutzung sind in aller Munde. Mit KI „gefakete“ Inhalte, deren fehlende Authentizität nicht (sofort) erkannt wird, sorgen für Verstörung und (Rechts-) Unsicherheit. Teils wird verlangt, die neuen technischen Entwicklungen regulatorisch einzuhegen. Der Beitrag soll ihre verfassungsrechtliche Relevanz aufzeigen, die gesetzlichen Regelungen und Bestrebungen herausarbeiten und eine Regulierung de lege ferenda in Grundzügen darstellen.

I. Der Papst im mondänen Daunen-Mantel – und ein neues juristisches Problem

Ende März 2023 fanden viele Nutzer von sozialen Medien ein Foto in ihrer Timeline, das den meisten zunächst mal ein Schmunzeln ins Gesicht brachte: Papst Franziskus in einem gepufften Designer-Mantel, ganz in Weiß, natürlich.¹ Es war kalt, der Papst sitzt in Vatikanstadt, das Modeland Italien nur einen Steinwurf entfernt: warum also nicht? Oder war das nicht doch ein bisschen komisch? Das Bild hinterließ Zweifel. Kurz nach dem Erscheinen wurde bekannt: dieses Foto ist so nie aufgenommen worden. Es war KI-generiert, ein so genannter „Deep Fake“, ein künstlich erzeugtes Foto also, das den täuschend echten Eindruck erweckt, es sei real.² Und genau diese Täuschung hinterlässt Verunsicherung. Nicht wenige Nutzer, denen man von dem „Fake“ erzählte, reagierten erstaunt und wussten nicht recht, was sie dazu sagen sollten. Auch wenn es solche Fälle schon vorher gegeben hatte, besonders im angelsächsischen Raum,³ war das auf Deutschland bezogen wohl der erste Fall einer KI-Täuschung, die durch die Massenmedien ging.

Damit ist das Thema der von KI geschaffenen Bilder „heiß“ (zusätzlich zu den Diskussionen und Erfahrungen, die Nutzer beispielsweise mit KI-basierten Systemen zur Erstellung von Texten bei ChatGPT und anderen Anbietern gemacht haben). Und der Fall hat natürlich auch die Juristen auf den Plan gerufen. Welche Rechte der Betroffenen werden verletzt? Wie kann man sich wehren (Rechtsdurchsetzung)? Und wie kann man die Täuschung der Öffentlichkeit schon im Vorhinein verhindern? Müssen solche Inhalte gekennzeichnet werden? Und wenn ja, von wem – vom Nutzer, vom KI-Anbieter, von der Plattform, die die Schaffung solcher Inhalte durch Bereithalten der Software fördert?

II. Rechtliche Gefahren für die Betroffenen von KI-beeinflussten Darstellungen

Der Fall illustriert, welche Risiken gerade bei täuschend echten durch künstliche Intelligenz geschaffenen Inhalten für die Betroffenen bestehen. Zwischen den einzelnen Nutzungen dieser KI ist aber zu differenzieren:

1. Fotos, insbesondere so genannte Deep Fakes

Hier kommt naheliegender die Verletzung des Rechts am eigenen Bild in Betracht, §§ 22, 23 KUG.⁴ An einer Einwilligung wird es in aller Regel fehlen. Bei den Ausnahmetatbeständen des § 23 KUG kommt – wenn überhaupt – nur das Bildnis aus dem Bereich der Zeitgeschichte in Betracht, § 23 Nr. 1 KUG. Dies ist denkbar bei KI-basierten Verfremdungen und Neuschaffungen von „Fake-Bildern“ im politischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sportlichen Bereich, soweit es um Prominente geht und Missstände oder anstößige Verhaltensweisen des Betroffenen konterkariert werden. Auch dann darf es sich aber nicht um Darstellungen aus der Privat- oder Intimsphäre handeln oder das Bild sonst wie anstößig sein (vgl. § 23 Abs. 2 KUG).

Gleichzeitig dürften einwilligungslose KI-basierte Bilder von Personen auch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (§§ 1004 analog, 823 BGB i. V. m. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG) verletzen. Das BVerfG hat schon 2005 in der Ron-Sommer-Entscheidung⁵ betont, dass die Veröffentlichung eines technisch manipulierten Bildes, das den Kopf größer zeigte, als er im Verhältnis zum Körper war, (auch) eine Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellt.⁶

2. Texte mit personenbezogenen Informationen

Im Hinblick auf generierte Textinhalte kommen schlicht unwahre Behauptungen als rechtliche Gefahren in Betracht, die sowohl unter Geltung des Äußerungs- und Presserechts als auch der DSGVO in aller Regel unzulässig sein dürften. Sind solche Äußerungen dem Beweis zugänglich, handelt es sich um Tatsachenbehauptungen.

Die betroffene Person muss die unwahren Tatsachenbehauptungen nicht hinnehmen. Denn bewusst oder erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen sind nach der ständigen

* Mehr über die Autoren erfahren Sie am Ende des Beitrags. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 10. 5. 2023.

1 Das Bild ist an zahlreichen Stellen im Netz zu finden, u. a. hier: *Saul*, Papst Franziskus geht im stylischen Mantel viral: Was für eine Software hinter dem Foto steckt, Stern.de, 27. 3. 2023, <https://www.stern.de/digital/webvideo/fake-or-no-fake/papst-franziskus-im-stylischen-mantel-was-hinter-dem-viral-foto-steckt-33321506.html>.

2 Der Begriff ist ein Kofferwort aus den Begriffen „Deep Learning“ und „Fake“.

3 Bekannt geworden ist ein Video der britischen Politiker Boris Johnson und Jeremy Corbyn, die die Wähler angeblich jeweils zur Wahl des anderen aufriefen; mehr Beispiele bei *Schwan/Lepies*, Deepfakes: Ein Streifzug durch gefälschte Videos, Heise, 15. 11. 2019, <https://heise.de/4584672>.

4 Die Frage, ob und in welchen Fällen das KUG überhaupt noch Anwendung finden kann unter Geltung der DSGVO, soll hier nicht weiter erörtert werden. Mit Blick auf die Öffnungsklausel von Art. 85 DSGVO können die Normen jedenfalls im journalistischen Bereich noch Anwendung finden. Die „Falllösung“ über die DSGVO dürfte bei ohne Einwilligung erfolgten Nutzungen von KI zur Erstellung eines Bildnisses in aller Regel ähnlich ausfallen.

5 BVerfG, 14. 2. 2005 – 1 BvR 240/04, K&R 2005, 224.

6 „Der Träger des Persönlichkeitsrechts hat zwar kein Recht darauf, von Dritten nur so wahrgenommen zu werden, wie er sich selbst gerne sehen möchte (...), wohl aber ein Recht, dass ein fotografisch erstelltes Abbild nicht manipulativ entstellt ist, wenn es Dritten ohne Einwilligung des Abgebildeten zugänglich gemacht wird.“

Rechtsprechung vom Schutz der Meinungsfreiheit nicht erfasst. An der Aufrechterhaltung und Weiterverbreitung herabsetzender Tatsachenbehauptungen, die unwahr sind, besteht unter dem Gesichtspunkt der Meinungsfreiheit kein schützenswertes Interesse.⁷

3. Gefährdung von grundgesetzlich geschützten Prinzipien

Unabhängig von den Rechten Einzelner darf die Gefahr manipulierter Fotos für die Demokratie und den Rechtsstaat keinesfalls unterschätzt werden. Die Veröffentlichung von Bildern von Personen greift nicht nur tiefer in die Persönlichkeitsrechte ein als z. B. unwahre Behauptungen.⁸ KI-erschaffene, nicht reale Bilder können zu massiven Spannungen in der Gesellschaft und sogar zu Aufruhr führen.

Es sei nur an die in diesem Frühjahr kursierenden gefaketen Bilder der Festnahme von Ex-US-Präsident Donald Trump erinnert.⁹ Sie tauchten in unmittelbarem Zusammenhang mit einer tatsächlich erfolgten Anklageerhebung gegen Trump auf und zeigten, wie sich Trump angeblich gegen eine Festnahme wehrte. Die Bilder gingen um die Welt. Man muss sagen: zum Glück noch meist mit dem deutlichen Hinweis auf den KI-Hintergrund. Je mehr dieser Bilder existieren, desto weniger wird dies aber in Zukunft der Fall sein (wenn man Kennzeichnungen nicht vorgibt). Man mag sich nicht ausmalen, welche Reaktionen bei „Trump-Fans“ zu erwarten wären, wenn die Truppen des Ex-Präsidenten sie mit solchen Bildern zum „Widerstand“ aufhetzen würden.

Damit wird gleichzeitig auch der Rechtsstaat gefährdet – durchaus auch denkbar in Deutschland, wenn z. B. anlässlich eines aufsehenerregenden Prozesses Bilder einer Geldübergabe an den Richter gefaket würden. Das eh schon angeschlagene Vertrauen in die Institution Rechtsstaat würde weiter leiden – bis hin zur Ablehnung dieser Institutionen, wenn nicht rasch Klarheit über den Fake-Charakter der Bilder geschaffen werden könnte.

III. Problem: (Rasche) Rechtsdurchsetzung

So klar erkennbar die Rechtswidrigkeit von KI-erzeugten Inhalten unter Geltung der bekannten Regeln häufig sein dürfte, so schwierig dürfte die Rechtsdurchsetzung in vielen Fällen werden. Sie benötigt Zeit, die das Opfer von gefaketen Inhalten meist nicht hat. Dabei muss gerade bei visuellen Darstellungen bedacht werden, welch explosives Potential täuschend echt aussehende Bilder für die Öffentlichkeit haben. Selbst im „besten“ Fall einer Greifbarkeit des Nutzers oder des Systems, das die KI erstellt hat – für die deutsche Justiz braucht es Tage oder manchmal auch Wochen, um einstweilige Verfügungen durchzusetzen. Noch länger kann die Zeit sein, wenn Nutzer oder KI-System oder Plattform, wo der Inhalt ausgespielt wird, im (außer-europäischen) Ausland sitzen, wenn gar kein Verantwortlicher zu erkennen ist oder erst einmal mühsam der Beweis geführt werden muss, dass es sich nicht um ein reales Bild handelt.

All diese Erwägungen lassen ins Auge springen, dass die nachgelagerte Rechtsverfolgung im Fall derartig täuschend echter Bilder nicht ausreichend ist, um die oben geschilderten Rechtsverletzungen für das Individuum und die Gesellschaft nachhaltig einzufangen. Nach jetzigem Stand scheint eine Kennzeichnungspflicht, durch die Irritationen und Fehlinterpretationen verhindert werden können, geradezu unerlässlich angesichts der gefährdeten Rechtsgüter.

IV. Bisherige Bestrebungen zur Regulierung von KI-Inhalten – der AI-Act

Die Probleme, die mit der Nutzung KI-basierter Inhalte auftreten können, hat die EU-Kommission schon im Jahr 2021 zumindest nachvollzogen und den AI-Act im Entwurf vorgelegt.¹⁰ Damit werden insbesondere Anbietern von KI-Systemen je nach Schwere der möglichen Beeinträchtigung für den Einzelnen und die Gesellschaft („risikobasierter Ansatz“) erhebliche Pflichten aufgegeben. Hier ist Art. 52 AI-Act von Relevanz („Transparenzpflichten für bestimmte KI-Systeme“).

Die Norm nimmt in Abs. 1 die Anbieter in die Pflicht. Sie müssen dafür sorgen, dass „natürlichen Personen mitgeteilt wird, dass sie es mit einem KI-System zu tun haben, es sei denn, dies ist aufgrund der Umstände und des Kontexts der Nutzung offensichtlich“.

Auch die Nutzer solcher Systeme trifft aber eine Aufklärungspflicht (Abs. 2): Wenn sie ein System nutzen, „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“), müssen sie „offenlegen“, dass die Inhalte künstlich erzeugt oder manipuliert wurden.“

Wenig überraschend und nicht unüblich bei der Regulierung der Veröffentlichung von Inhalten¹¹ kennt die Norm (Art. 52 Abs. 3 AI-Act) Ausnahmen für Veröffentlichungen der Presse. Die Pflichten für den Nutzer sollen nicht gelten „für die Ausübung der durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union garantierten Rechte auf freie Meinungsäußerung und auf Freiheit der Kunst und Wissenschaft“, soweit dies insofern „erforderlich ist und geeignete Schutzvorkehrungen für die Rechte und Freiheiten Dritter bestehen“.

Die Norm weist einige Schwächen auf, die eine effektive Rechtsdurchsetzung einer Transparenzpflicht fraglich erscheinen lassen – man wird daher über ergänzende Transparenzregeln nachdenken müssen.¹² Es ist schon unklar, was mit „mitteilen“ (Abs. 1) und „offenlegen“ (Abs. 2) gemeint ist, wie also eine Kennzeichnung im konkreten Fall auszusehen hat, damit die Nachricht („eine Software hat diesen Inhalt geschaffen“) beim Nutzer ankommt.

Die Ausnahme für die Presse muss man so verstehen, dass der Anbieter beim Ausspielen für journalistische Zwecke den KI-Hintergrund nicht mitteilen muss. Das erscheint mit Blick auf das Vertrauen der Nutzer bei Medienveröffentlichungen auf die Autorschaft eines realen Menschen aber fragwürdig.¹³ Wie „geeignete“ Schutzvorkehrungen aussehen sollen, bleibt auch hier unklar.

7 Ständige Rechtsprechung, u. a. BVerfG, 25. 6. 2009 – 1 BvR 134/03; 7. 12. 2011 – 1 BvR 2678/10; BGH, 28. 7. 2015 – VI ZR 340/14, K&R 2015, 652 ff.

8 Vgl. nur BGH, 29. 5. 2018 – VI ZR 56/17, NJW-RR 2018, 1063.

9 Vgl. *Marinov*, Künstliche Intelligenz generiert Bilder von Donald Trumps Festnahme – die gab es aber gar nicht, *Correctiv*, 22. 3. 2023, <https://correctiv.org/faktencheck/2023/03/22/kuenstliche-intelligenz-generiert-bilder-von-donald-trumps-festnahme-die-gab-es-aber-gar-nicht/>.

10 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206>.

11 Vgl. z. B. Art. 20 Abs. 3 S. 4 Marktmissbrauchsverordnung (MMVO) für die Börsenberichterstattung.

12 In diese Richtung auch *Kumkar/Rapp*, *ZfDR* 2022, 199, 224 f.

13 Vgl. unten siehe V. 1. und V. 2.

V. Bestehende Kennzeichnungspflichten für KI-Inhalte

Kennzeichnungspflichten für KI-Inhalte können insbesondere daran anknüpfen, dass Inhalte ausschließlich oder partiell unter Verwendung von KI erstellt oder angezeigt werden sowie an den konkreten Weg, mit dem ein spezifischer KI-Inhalt erstellt worden ist.¹⁴ Im Kontext KI-generierter Inhalte hat der Gesetzgeber in den vergangenen Jahren bereits einzelne Konstellationen aufgegriffen und dafür gesetzliche Kennzeichnungspflichten umgesetzt. Dies betrifft konkret die Praxis, Preise gegenüber Verbrauchern automatisiert zu setzen sowie sogenannte „Social Bots“ zu verwenden.

1. Automatisierte Preissetzung

Gemäß § 312d BGB i. V. m. Art. 246a § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 EGBGB müssen Unternehmer Verbraucher darauf hinweisen, wenn der Preis auf der Grundlage einer automatisierten Entscheidungsfindung personalisiert wurde. Dies soll zu Transparenz und Fairness beitragen und Verbrauchern ermöglichen, die bei einer automatisierten Entscheidungsfindung bestehenden Risiken bei ihrer Entscheidung über den Vertragsschluss zu berücksichtigen.¹⁵

Wird gegen die Informationspflicht verstoßen, kann dies neben widerrufsrechtlichen Folgen (§§ 356 f. BGB) auch Schadensersatzansprüche des Verbrauchers sowie Unterlassungsansprüche nach § 2 UKlaG und dem Lauterkeitsrecht begründen.¹⁶ Letztere knüpfen an die Irreführung durch Unterlassen wegen des Vorenthaltes wesentlicher Informationen nach §§ 5b Abs. 4, 5a Abs. 1, 3 Abs. 1, 8 UWG an. Der Gesetzgeber hat damit Vorgaben gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. ea Verbraucherrechte-RL (EU) 2011/83/EU umgesetzt.

2. Social Bots

Auch für den Einsatz sogenannter „Social Bots“ ist in §§ 18 Abs. 3, 93 Abs. 4 MStV bereits eine gesetzlich geregelte Kennzeichnungspflicht vorgesehen. Die Pflicht knüpft an mittels eines Computerprogramms automatisiert erstellte Inhalte oder Mitteilungen an. Dies betrifft Inhalte und Mitteilungen, die unmittelbar vor dem Versenden automatisiert generiert werden sowie vorgefertigte Inhalte bzw. vorprogrammierte Mitteilungen, auf die bei dem Versand automatisiert zurückgegriffen wird, § 18 Abs. 3 S. 3 MStV. Der Umstand der Automatisierung und der Einsatz eines das Nutzerkonto steuernden Computerprogrammes sind gut lesbar dem Inhalt bzw. der Mitteilung bei- oder voranzustellen, sofern das hierfür verwandte Nutzerkonto seinem äußeren Erscheinungsbild nach für die Nutzung durch natürliche Personen bereitgestellt wurde. Verpflichtet werden Social Bots nutzende Anbieter von Telemedien in sozialen Netzwerken sowie nach § 93 Abs. 4 MStV Anbieter von Medienintermediären, die soziale Netzwerke anbieten.

Die Kennzeichnungspflicht soll sowohl die individuelle und öffentliche Meinungsbildung vor Desinformation schützen als auch die Integrität und Vertrauenswürdigkeit der zwischenmenschlichen Kommunikation sowie staatliche Ordnungsinteressen an der Gewährleistung einer funktionierenden Kommunikationsordnung.¹⁷

3. Begrenzte Reichweite bestehender Kennzeichnungspflichten

Die bestehenden Kennzeichnungspflichten für KI-Inhalte greifen damit aber lediglich sehr spezifische Konstellationen

auf und sind nicht umfassend. Der den bestehenden Regelungen jeweils zugrundeliegende Telos dürfte aber auch darüber hinaus den Schluss zulassen, dass es sinnvoll ist, Bürger bzw. Verbraucher darauf aufmerksam zu machen, wenn sie etwa mit bestimmten Informationen aufgrund einer automatisierten Entscheidungsfindung konfrontiert werden.

Neben den für die o. g. spezifischen Kennzeichnungspflichten für KI-Inhalte, existieren auch noch andere allgemeinere Kennzeichnungspflichten, welche sich ebenfalls auf KI-Inhalte anwenden ließen: Dies betrifft z. B. die schon bestehenden Pflichten von Unternehmern und Online-Marktplätzen, Ranking-Informationen bereitzustellen, § 5b Abs. 2 UWG sowie § 312l Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 246d § 1 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB, und insoweit ggf. auch über verwendete KI-technische Entscheidungsmechanismen zu informieren.

Auch im TMG finden sich entsprechende Regeln, die auf KI-Inhalte angewandt werden können: Soweit mithilfe einer KI kommerziell kommuniziert wird, müsste nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 TMG jedenfalls die natürliche oder juristische Person, in deren Auftrag die kommerzielle Kommunikation erfolgt, klar identifizierbar sein (vgl. auch § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG). Fraglich ist hingegen, ob sich darüber hinaus de lege lata allgemeine Pflichten ergeben, KI-Inhalte als solche zu kennzeichnen.

VI. Kennzeichnungspflicht nach § 5a Abs. 1, § 3 Abs. 1 UWG

Eine solche Kennzeichnungspflicht könnte sich unter Umständen aus §§ 5a Abs. 1, 3 Abs. 1 ggf. i. V. m. § 5b UWG ergeben. § 5a Abs. 1 UWG ist Teil des allgemeinen Irreführungsschutzes durch das UWG, mit dem Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer vor Interessensbeeinträchtigungen geschützt werden sollen, die daraus entstehen, dass sie durch unwahre oder sonstige zur Irreführung geeignete Informationen getäuscht werden sowie daraus, dass sie Informationen, die sie für eine geschäftliche Entscheidung benötigen, nicht oder nur unzureichend erhalten. Es soll insoweit die Richtigkeit der Entscheidungsgrundlage von Marktakteuren geschützt werden.¹⁸ Die Norm enthält damit ein Transparenzgebot.¹⁹ Die vorgenannten im MStV oder im BGB auffindbaren Schutzgüter allein, etwa Falschinformationen und Desinformation vorzubeugen, auch mit Blick auf den öffentlichen Meinungsbildungsprozess und die Integrität zwischenmenschlicher Kommunikation, finden insoweit aber keine eigenständige Bedeutung, vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 UWG e contrario.²⁰

§ 5a Abs. 1 UWG knüpft stattdessen daran an, dass einem Verbraucher oder sonstigem Marktteilnehmer eine wesentliche Information vorenthalten wird, die die weiteren Anforderungen der § 5a Abs. 1 Nr. 1 und 2 UWG erfüllt. § 5b Abs. 1 bis 4 UWG fingiert für B2C-Geschäfte Informationen,

14 Vgl. *Scheuerer*, GRUR Int. 2021, 834, 836; Datenethikkommission, Gutachten Okt. 2019, S. 185, 196.

15 *Martens*, in: *Hau/Poseck* (Hrsg.), BeckOK BGB, 65. Ed. 1. 2. 2023, EGBGB Art. 246a § 1 Rn. 11a; *Gleixner*, VuR 2020, 417, 419 f.

16 *Martens*, in: *Hau/Poseck* (Fn. 15), BGB § 312d Rn. 13 ff.

17 Vgl. LT-Drs. NRW 17/9052, 134; *Lent*, in: *Gersdorf/Paal* (Hrsg.), BeckOK InfoMedienR, 38. Ed., 1. 2. 2023, § 18 MStV, Rn. 14 m. w. N.

18 *Alexander*, in: *Heermann/Schlingloff* (Hrsg.), MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 5a Rn. 23, 25.

19 BGH, 25. 11. 2021 – 1 ZR 148/20, GRUR 2022, 241, Rn. 23 – Kopplungsangebot III.

20 BT-Drs. 15/1487, 16; *Sosnitzer*, in: *Heermann/Schlingloff* (Fn. 18), § 1 Rn. 30.

die tatbestandsmäßig sind.²¹ Dem folgend müsste eine wesentliche Information i. S. d. Norm darin liegen, dass ein Inhalt KI-generiert ist und ein Vorenthalten diese Information Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer entsprechend irreführen.²²

1. Geschäftliche Handlung

Gemäß § 3 Abs. 1 UWG bezöge sich eine solche Kennzeichnungspflicht nach §§ 5a Abs. 1, 5b UWG aber allenfalls auf geschäftliche Handlungen i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG; mithin insbesondere ein Verhalten, das unmittelbar und objektiv damit zusammenhängt, den Absatz oder den Bezug von Waren oder Dienstleistungen zu fördern, wobei auch erfasst ist, digitale Inhalte und Dienstleistungen zu fördern. Insoweit werden etwa auch Äußerungen erfasst, die in Ausübung einer unternehmerischen Tätigkeit jedenfalls mittelbar ein solches Förderungsziel verfolgen.²³

Der private Gebrauch, etwa das Teilen eines KI-Inhalts in den sozialen Medien durch natürliche Personen, wäre davon jedenfalls nicht erfasst.²⁴

Auch bei der Tätigkeit von Medien kann ein objektiver Zusammenhang mit der Förderung des Absatzes eines fremden Unternehmens etwa dann ausgenommen sein, wenn redaktionelle Beiträge allein der Information und Meinungsbildung ihrer Adressaten dienen.²⁵ Ob für einen KI-generierten Inhalt aber konkret die für einen redaktionellen Beitrag erforderliche redaktionelle Vorauswahl und Kontrolle von Informationsinhalten stattgefunden hat und er insoweit als Ausdruck redaktioneller Unabhängigkeit verstanden werden kann, dürfte zu bezweifeln sein.²⁶

Ist die redaktionelle Unabhängigkeit entsprechend nicht mehr gegeben, wird diskutiert, dass insoweit auch das lauterkeitsrechtliche Medienprivileg seinen Anknüpfungspunkt verliere.²⁷ In diesem Fall könnte bei verbreiteten KI-generierten Beiträgen der geschäftliche Zweck überwiegen und jedenfalls auch eine geschäftliche Handlung zugunsten der Förderung des eigenen Unternehmens, etwa der durch Klicks generierten Werbeeinnahmen, die Ersparnis von redaktionellen Aufwendungen oder ein daran anknüpfendes Werben um den Abschluss eines Abonnements, anzunehmen sein.

Das webbasierte Anbieten KI-generierter Inhalte, etwa von Stock-Fotos, die als digitale Inhalte Ware i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG sind, dürfte hingegen zweifellos als geschäftliche Handlung einzuordnen sein. Die weiteren Anwendungsfälle sind, wie der Anwendungsbereich von KI, vielfältig.

2. Wesentliche Information i. S. d. § 5a Abs. 1 UWG

Der Umstand, dass ein Inhalt KI-generiert ist, müsste zudem eine wesentliche Information i. S. d. § 5a Abs. 1 UWG sein. Informationen sind mitteilbares Wissen über Tatsachen.²⁸ Sie sind wesentlich, wenn der durchschnittliche Verbraucher sie je nach den Umständen benötigt, um eine informierte Entscheidung zu treffen, und deren Vorenthalten diesen daher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlassen kann, die er sonst nicht getroffen hätte.²⁹

Der BGH fordert weiter, dass sie für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers von erheblichem Gewicht sind und ihre Mitteilung vom Unternehmer erwartet werden kann.³⁰ Welche Informationen erfasst sind, wird aus Sicht des durchschnittlichen Verbrauchers unter Berücksichtigung seines Erwartungshorizonts ermittelt.³¹ Dem ist in einer

Abwägung das Interesse des Unternehmers daran gegenüberzustellen, den Verbraucher die geschäftliche Entscheidung ohne die Information treffen zu lassen. Dies kann etwa die Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen betreffen oder das Interesse, negative Eigenschaften des Angebots nicht offenbaren zu müssen.³² Im B2B-Bereich kann dieser Maßstab anzupassen sein.³³

Die Autorenschaft eines Textbeitrags könnte eine solche wesentliche Information sein. Wie oben ausgeführt, ist fraglich, ob KI-generierte Inhalte im Einzelfall noch als redaktionelle Beiträge einzuordnen sind. Die typischerweise allenfalls unter Zuhilfenahme von Hilfsmitteln durchgeführte redaktionelle Vorauswahl und Kontrolle von Informationsinhalten könnte automatisiert werden.³⁴ Die typischen Charakteristika redaktioneller Unabhängigkeit lägen nicht vor, sondern in der Hand der verwendeten KI. Diese Eigenschaft hätte Einfluss auf den Zustand der jeweiligen Endprodukte – etwa des entgeltlich angebotenen einzelnen Artikels oder des angebotenen Nachrichtenabonnements – und damit auch auf die Preisfindung.³⁵

Die Veröffentlichung KI-generierter Inhalte dürfte für das verantwortliche Medium deutlich günstiger sein als deren redaktionelle „Äquivalente“. Zudem kann damit die Qualität des erwartbaren Produkts zusammenhängen, wenn dieses nicht durch die menschlich kontrollierten Auswahlentscheidungen bei Informationsgewinnung und Informationsaufbereitung, geleitet von publizistischen Zielen und Maßstäben, beeinflusst ist. Gleichzeitig dürften für den Leser kaum Erkenntnismöglichkeiten offenstehen, nachzuvollziehen, ob und dass er im Einzelfall mit KI-generierten Textbeiträgen konfrontiert wird. Eine zusätzliche Verwirrung dürfte eintreten, wenn entsprechende Textbeiträge in einem für ein Nachrichtenportal typischen Gewand bereitgestellt werden und bzw. oder die Autorenschaft der Redaktion bzw. einem Redaktionsmitglied zugewiesen wird. Lauterkeitsrechtlich finden Autoreninitialien bereits Beachtung. So können sie etwa, wenn sie am Ende einer Werbung verwendet werden, den werblichen Charakter einer grundsätzlich gekennzeichneten Anzeige verschleiern.³⁶

21 Ritlewski, in: Fritzsche/Münker/Stollwerck (Hrsg.), BeckOK UWG, 19. Ed. 1. 1. 2023, UWG § 5a Rn. 114.

22 Kennzeichnungspflicht analog dem UWG ablehnend *Johannisbauer*, MMR-Aktuell 2023, 455537; partiell bejahend *Raue/von Ungern-Sternberg*, ZRP 2020, 49, 52.

23 Vgl. *Alexander*, in: Fritzsche/Münker/Stollwerck (Fn. 21), § 2 Rn. 203, 205 ff.

24 *Alexander*, in: Fritzsche/Münker/Stollwerck (Fn. 21), § 2 Rn. 140.

25 BGH, 19. 5. 2011 – I ZR 147/09, GRUR 2012, 74, Rn. 15 m. w. N. – Coaching-Newsletter.

26 Vgl. OVG Greifswald, 8. 3. 2013 – 2 M 2/13, BeckRS 2013, 49418; *Alexander*, in: Fritzsche/Münker/Stollwerck (Fn. 21), § 2 Rn. 188.

27 *Alexander*, in: Fritzsche/Münker/Stollwerck (Fn. 21), § 2 Rn. 191.

28 *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 41. Aufl. 2023, UWG § 5a Rn. 2.6.

29 EuGH, 8. 2. 2017 – C-562/15, GRUR 2017, 280, Rn. 30 – Carrefour Hypermarchés.

30 BGH, 21. 7. 2016 – I ZR 26/15, GRUR 2016, 1076, Rn. 31 – LGA tested.

31 Vgl. BGH, 19. 2. 2014 – I ZR 17/13, GRUR 2014, 584, Rn. 9 f. – Typenzeichnung.

32 BGH, 21. 7. 2016 – I ZR 26/15, GRUR 2016, 1076, Rn. 33 – LGA tested; GRUR 2012, 1275, Rn. 35 f. – Zweigstellenbriefbogen; *Ritlewski*, in: Fritzsche/Münker/Stollwerck (Fn. 21), UWG § 5a Rn. 123 ff.

33 Vgl. aber BGH, 16. 11. 2017 – I ZR 160/16, GRUR 2018, 541, Rn. 42 – Knochenzement II; *Ritlewski*, in: Fritzsche/Münker/Stollwerck (Fn. 21), UWG § 5a Rn. 68 ff.

34 Vgl. *Weberling*, NJW 2018, 735, 735 ff.; *Gräfe/Kahl*, MMR 2021, 121, 122.

35 Vgl. zu für die Preisfindung mitentscheidenden Umständen LG München, 30. 7. 2018 – 33 O 12885/17, BeckRS 2018, 20184, Rn. 20.

36 OLG Hamburg, 16. 11. 2011 – 5 U 58/11, BeckRS 2012, 7156; a. A. OLG Schleswig, 29. 12. 2011 – 6 U 30/11, BeckRS 2012, 661.

Die Autorenschaft dürfte insoweit eine zentrale Eigenschaft der Dienstleistung sein, die Vertrauen in die redaktionelle Aufbereitung der Informationen schafft. Demgegenüber steht die Gefahr, dass in ursprünglich redaktionellen Nachricht Portalen durch KI-generierte Beiträge ohne Kennzeichnung Desinformation mangels Informationsaufbereitung verbreitet wird.³⁷

Auch der Schöpfungsweg eines Bildes bzw. eines Bildnisses könnte eine wesentliche Information i. S. d. Norm sein. Ihre Vervielfältigung und öffentliche Verwendung ist für Verwender damit verbunden, sich der urheber-, persönlichkeits- und datenschutzrechtlichen Umstände bewusst zu sein, um Haftungsrisiken vorzubeugen. Für den Verwender von KI-generierten Inhalten dürfte bereits fraglich sein, ob diese unter Wahrung der vorgenannten rechtlichen Bedingungen erstellt werden oder ob sie insoweit mit einem Rechtsmangel versehen sind, an die ggf. eine Haftung des Verwenders anknüpfen könnte. Der jeweilige Verwender benötigt daher insbesondere eine Information darüber, wie sein Recht zur bestimmungsgemäßen Nutzung ausgestaltet ist und wie das Rechtsverhältnis zwischen dem Rechtsinhaber und dem Betreiber des KI-Programms aussieht,³⁸ jedenfalls aber einen Hinweis, dass KI verwendet wurde, um die ggf. damit verbundenen Risiken weiter erörtern zu können. Dies gilt umso mehr, als dass entsprechende Verfahren gegen die Anbieter KI-generierter Bilder bereits geführt werden.³⁹ Eine Informationspflicht dürfte jedenfalls bestehen, wenn die erstellten Bilder unter Umständen gar nicht erst verkehrsfähig sind.⁴⁰

Ein etwaiges Geheimhaltungsinteresse auf Seiten der die KI bereitstellenden oder die KI verwendenden Unternehmen dürfte demgegenüber geringer ausfallen.⁴¹ Insbesondere wäre ein etwaiges Redaktionsgeheimnis der Medien nicht eröffnet. Die Information ist für die Unternehmen auch unschwer bereitzustellen.

Vorbehaltlich der Betrachtung im Einzelfall kann sich daher eine Informationspflicht aus §§ 5a Abs. 1, 3 Abs. 1 UWG für die gewerbliche Nutzung von KI-generierten Inhalten, insbesondere im Falle KI-generierter Texte und Bilder, ergeben.

VII. Erforderlichkeit einer generellen Transparenzpflicht

De lege lata können die Interessen der Einzelnen daran, Kenntnis darüber zu haben, dass sie mit KI-generierten Inhalten konfrontiert werden oder sie ihnen angeboten werden, jedenfalls nicht vollumfänglich aufgefangen werden. Insoweit kommt ihnen zunächst ein Interesse aus ihrer negativen Informationsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG, zu, sich nicht aus entsprechenden Quellen zu informieren. Weiter betrifft es die auch lauterkeitsrechtlich geschützte Entscheidungsfreiheit der Einzelnen. Hinzu tritt die Wahrung gesellschaftlicher Interessen, wie der sich u. a. aus dem Demokratieprinzip ergebende Schutz des öffentlichen Meinungsbildungsprozesses. Insoweit kennt der Gesetzgeber bereits die Kennzeichnungspflicht als Mittel, um die individuelle und öffentliche Meinungsbildung vor Desinformation, die Integrität und Vertrauenswürdigkeit der zwischenmenschlichen Kommunikation sowie staatliche Ordnungsinteressen an der Gewährleistung einer funktionierenden Kommunikationsordnung zu schützen. Insbesondere letztere Erwägungen dürften über die Verwendung von Social Bots

in sozialen Medien hinaus vielfach durch KI-generierte Inhalte berührt werden.

Neben den vereinzelten Kennzeichnungspflichten, etwa für Social Bots oder die automatisierte Preissetzung, wird der Art. 52 AI-Act einen wertvollen Beitrag leisten, um KI-generierte Inhalte kenntlich zu machen. Mit seinen oben dargestellten Unzulänglichkeiten vermag es aber auch der Art. 52 AI-Act nicht, die vorstehenden Interessen zufriedenstellend zu befriedigen, insbesondere wenn sie Kommunikation betreffen, die aus dem privaten Bereich hinaus geschieht, oder vermeintlich redaktionelle Presseberichterstattung.

Eine darüberhinausgehende Transparenzpflicht zu normieren, dürfte daher angezeigt sein.⁴² Um zunächst KI-generierte Inhalte geschäftsmäßiger Content-Provider zu erfassen, könnte insoweit eine Regelung im TMG fruchtbar sein. Soweit KI-Software-Anbieter verpflichtet werden können, von Nutzern erstellte KI-Inhalte „unsichtbar“ mithilfe eines Wasserzeichens als solche zu kennzeichnen,⁴³ könnten Content-Provider sowie Anbieter von Medienintermediären wiederum verpflichtet werden, diese mit einem Hinweis auf deren Generierung darzustellen.



Dominik Höch

Jahrgang 1974, RA, FA für Urheber- und Medienrecht und ausgebildeter Printjournalist (Volontariat bei einer Berliner Tageszeitung). Partner von Höch Rechtsanwälte, Berlin. Beratungsschwerpunkte: Presse- und Urheberrecht, Rechtsberatung bei medialen Krisensituationen. Diverse Vortragstätigkeiten, u. a. in der Anwaltsfortbildung.



Jonas Kahl

seit 2014 Rechtsanwalt. Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht und Partner bei SPIRIT LEGAL Rechtsanwälte in Leipzig. Studium der Rechtswissenschaften in Leipzig, Rom und Mainz. Promotion bei Prof. Dr. Degenhart zu „Elektronischer Presse und Bürgerjournalismus“. Referendariat in Berlin und Melbourne.

- 37 Vgl. *Schneider*, Wie KI für Fake-Bilder missbraucht wird, ZDF heute, 24. 3. 2023, <https://www.zdf.de/nachrichten/panorama/deep-fake-foto-s-viral-trump-putin-xi-afd-100.html>; *Buchanan/Lohn/Musser/Sedova*, Truth, Lies, and Automation, Center for Security and Emerging Technology, 2021, <https://doi.org/10.51593/2021CA003>.
- 38 Vgl. insoweit OLG Hamburg, 16. 6. 2016 – 5 W 36/16, MMR 2017, 344, Rn. 17 ff., 24 f.; KG Berlin, 17. 10. 2017 – 5 W 224/17, MMR 2018, 246, Rn. 12 ff.
- 39 *Linden*, Urheberrechtsklage gegen KI-Bildgeneratoren, Golem, 17. 1. 2023, <https://glm.io/171242>; *Kirchner*, Kunst oder Klau: Getty Images verklagt KI-Bildermacher Stability.ai, Heise, 17. 1. 2023, <https://heise.de/-7461617>.
- 40 Vgl. *Alexander*, in: Fritzsche/Münker/Stollwerck (Hrsg.), MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 5a Rn. 195.
- 41 Vgl. auch Datenethikkommission, Gutachten Okt. 2019, S. 185.
- 42 Wohl grds. zustimmend *Johannisbauer*, MMR-Aktuell 2023, 455537; *Hacker*, GRUR 2023, 289, 290; zweifelnd *Raue/von Ungern-Sternberg*, ZRP 2020, 49, 52.
- 43 Vgl. *Johannisbauer*, MMR-Aktuell 2023, 455537 m. w. N.

Hinweis der Redaktion:

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