

§ 6. Anschlussfragen

Die Diskussion über die urheberrechtlichen Implikationen des Trainings generativer KI-Modelle entfaltet sich vor dem Hintergrund eines in vielfacher Hinsicht ungesicherten Befundes zu den technologischen Grundlagen und den kulturellen und sozio-ökonomischen Folgen eines zunehmenden KI-Einsatzes. Es sind vor allem drei Aspekte – man könnte auch von Narrativen sprechen – die einer kritischen Betrachtung bedürfen. Zunächst geht es um die Prognose der Leistungskurve der Kapazitäten generativer KI-Modelle. Insoweit herrscht Optimismus dahingehend, dass der Mensch als kreativer Akteur noch auf lange Zeit unangefochten bleiben wird. Diese Zuversicht wird ergänzt durch eine überoptimistische Einschätzung der Folgen, welche die Zunahme der Zahl KI-generierter Erzeugnisse auf den Marktplätzen für kreative Produkte zeitigen werden. Schließlich wird eine Diskussion über die urheberrechtlichen Grundlagen in der Debatte fast reflexartig unter Verweis auf das häufig auch in anderer Hinsicht überstrapazierte „Innovationsnarrativ“ erstickt: Um im Wettbewerb um KI-Innovation zu bestehen, müsse der Gesetzgeber möglichst viel Freiheit für das Training schaffen; dies impliziere ein Minimum, wenn nicht sogar die Verweigerung des urheberrechtlichen Schutzes.

A. Diskussionsstand: Herrschende Narrative

In der gegenwärtigen Diskussion herrscht Zuversicht. Der Mensch scheint auch im Vergleich zu hochleistungsfähigen generativen KI-Modellen in der Lage, die „kreativeren“ Werke zu erschaffen. Ein signifikanter Verlust an Marktanteilen bei der kreativen Produktion scheint daher nicht zu drohen. Vielmehr sei mit Blick auf die den europäischen KI-Innovatoren bereits weit enteilte Konkurrenz in anderen Teilen der Welt dringend über eine Absenkung des urheberrechtlichen Schutzniveaus für Trainingsdaten nachzudenken.

I. Einzigartigkeit der menschlichen Kreativität

Regelmäßig wird auf einen „Wettbewerb“ zwischen KI-Erzeugnissen und menschlichen Werken als quasi unvermeidlichen Prozess verwiesen: Die Verdrängung und Ablösung bestimmter Formen kreativen Schaffens durch Innovationen sei in der Geschichte des Urheberrechts zu allen Zeiten im Gang gewesen. Die KI-Revolution sei daher nichts Neues.⁴⁴⁵ In der Entfaltung des Wettbewerbs zwischen menschlicher und künstlicher Kreativität sei damit zu rechnen, dass KI-Erzeugnisse in bestimmten Bereichen – meist wird auf „Alltagsschöpfungen“ verwiesen – die Ergebnisse menschlich-kreativen Schaffens schrittweise verdrängten. Zugleich bleibe aber die Nachfrage nach genuin menschlichen Werken und Schöpfungen bestehen, weil sich die menschliche Kreativität zumindest in Nischen der künstlichen und eher mechanischen Schaffenskraft als überlegen erweise.⁴⁴⁶ Selbst in Fällen, in denen KI-Systeme objektiv Gleichwertiges zu leisten imstande seien, führe das Anwachsen automatisierter und synthetischer Kreativität mit der Zeit gerade nicht zu einem Rückgang des Bedarfs an menschlichen Werken. Vielmehr sei mit einer gesteigerten Nachfrage nach Originalität und Authentizität zu rechnen, die wiederum nur menschliche Kreative befriedigen könnten.⁴⁴⁷ Insgesamt scheint der Einsatz generativer KI-Modelle deshalb nicht mit besorgniserregend hohem disruptivem Potential einherzugehen.

II. Schöne neue Welt unendlich gesteigerter Kreativität

Vor diesem Hintergrund müsse der Gesetzgeber in erster Linie die Schutzwelle insgesamt anheben – und zwar alles vom Urheberrechtsschutz

445 Raue ZUM 2024, 157 (160); ähnlich auch Kögel InTeR 2023, 179 (185); überdies Kraetzig NJW 2024, 697 (697).

446 Lauber-Rönsberg GRUR 2019, 244 (252); Kögel InTeR 2023, 179 (185); Hofmann WRP 2024, 11 (18); Raue ZUM 2024, 157 (162) („Es wird weiterhin Bedürfnis nach menschlicher Kreativität geben, die mal perfekter, mal imperfekter – aber eben anders als künstliche Kreativität ist.“); zudem de la Durantaye ZUM 2023, 645 (659) („Originalität beginnt womöglich dort, wo statistische Wahrscheinlichkeit endet. Die Anwendungsmöglichkeiten und Limitierungen von KI eröffnen daher möglicherweise einen neuen gesellschaftlichen Blick auf den Wert kreativer Schöpfung. Irrationales, Unwahrscheinliches, Unlogisches könnte künftig mehr geschätzt werden.“).

447 Vgl. hierzu z.B. Burk Georgia L. Rev. 57 (2023), 1669 (1682 ff.).

ausnehmen, was in gleicher Qualität auch KI-generiert werden könne: Dies betreffe vor allem Leistungen am unteren Rand des Schutzspektrums (Stichwort: „kleine Münze“).⁴⁴⁸ Eine Beibehaltung des Schutzes für diese Art von Werken würde neben Beweisproblemen bei der Abgrenzung von menschlich geschaffenen und KI-generierten Ergebnissen nämlich vor allem Fehlanreize setzen, die menschliche Arbeitskraft und Kreativität in wenig kreativen Bereichen zu „verschwenden“.⁴⁴⁹

In der Folge einer derartigen Reform sei zu erwarten, dass kreative Ressourcen effizienter eingesetzt würden – kurz: menschliche Schöpfer müssten sich nicht mehr mit den einfachen Dingen bemühen. Vielmehr bleibe gerade im Hinblick auf anspruchsvolle kreative Aufgaben „noch geraume Zeit eine Lücke für menschliche Schöpfer“, insbesondere, wenn diese sich dem Wettbewerb stellen und „ständig nach ‚Marktlücken‘“ zu suchen bereit wären.⁴⁵⁰ Entsprechend sei damit zu rechnen, dass „[a]uch in fünfzig Jahren ..., wie die Jahrhunderte zuvor, Menschen Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst schaffen, die ihresgleichen suchen“.⁴⁵¹ Der durch KI angestoßene Wandel sei, so heißt es schließlich, „für die Kreativbranche – nicht nur mit Gefahren, sondern auch mit Chancen verbunden“,⁴⁵² schließlich könne der Einsatz generativer KI-Systeme „sogar positive Effekte auf die Originalität von menschlichem Schaffen haben, indem sie Kreative dazu anhält, Werke zu schaffen, die sich nicht (so leicht) substituieren lassen.“⁴⁵³ Lediglich konsequent erscheint demnach auch die Forderung, den Schutz für Urheber zu reduzieren, um mehr KI-Entwicklung zu ermöglichen: „Generative KI-Modelle führen zu einer Befreiung der Kunst, zu mehr Kultur. Das Recht darf neue Schaffensrealitäten in Zeiten von KI nicht abschrecken. ... Je höher der urheberrechtliche Schutzwall, desto weniger Kreativität.“⁴⁵⁴ Regelmäßig wird dann auch wenig überraschend resümiert: Die *lex lata* sei umfassend geeignet, für diesen „Wettbewerb der Systeme“ –

448 Lauber-Rönsberg GRUR 2019, 244 (252); de la Durantaye ZUM 2023, 645 (659); Schack NJW 2024, 113 (116); Raue ZUM 2024, 157 (161 f.).

449 Raue ZUM 2024, 157 (162).

450 Hofmann WRP 2024, 11 (18); zudem Raue ZUM 2024, 157 (165).

451 Hofmann WRP 2024, 11 (18); ebenso Kögel InTeR 2023, 179 (185); Raue ZUM 2024, 157 (162).

452 de la Durantaye ZUM 2023, 645 (660).

453 de la Durantaye AfP 2024, 9 (14 Fn. 55).

454 Kraetzig NJW 2024, 697 (702).

also den kreativen Kampf zwischen Mensch und Maschine – eine effektive und ausgewogene Rahmenordnung zu bieten.⁴⁵⁵

III. Urheberrecht vs. KI-Innovation

Zentral im Narrativ des „weniger Schutz, mehr Innovation“ ist allerdings der Hinweis auf die Gefahren einer unangemessen strengen Regulierung im globalen Wettbewerb: Sei KI-Training aufgrund unzureichender Schrankenregelungen in Europa größeren Risiken unterworfen und deshalb mit höheren Kosten verbunden als in anderen Jurisdiktionen, drohe die europäische KI-Industrie im Wettbewerb mit all jenen Staaten zurückzufallen, die „liberalere Urheberrechtsgesetze“ hätten.⁴⁵⁶ Dieses Argument ist nicht neu, wird in den USA bereits seit Jahren immer wieder angeführt, um zu begründen, warum das Training generativer KI-Modelle unter die *fair use defense* fallen sollte.⁴⁵⁷ Insoweit dürfe auch die „Praktikabilität“ nicht aus dem Auge verloren werden: Aufgrund der großen Menge an benötigten Daten und der Vielzahl der verarbeiteten Werke sei eine effiziente Lizenzierung nicht möglich, wohl auch nicht bei kollektiver Organisation und Verwaltung.⁴⁵⁸ *Nolens volens* müsse daher eher auf eine Regulierung verzichtet werden, als zu riskieren, im KI-Innovationswettbewerb noch weiter zurückzufallen.

Schließlich sei eine möglichst freie und uneingeschränkte Nutzung von Trainingsdaten auch deshalb erforderlich, weil nur dann möglichst ausgewogene Inhalte und damit eine ausreichende Qualität gewährleistet sei: Könnten umfangreiche Bestände der für bestimmte KI-Funktionalitäten erforderlichen Datenbasis aus urheberrechtlichen Gründen nicht ausgewertet werden, drohe die Entwicklung leistungsfähiger KI-Modelle gehemmt

455 Hofmann WRP 2024, 11 (18); ebenso Lauber-Rönsberg GRUR 2019, 244 (252).

456 Vgl. nur Hacker ZGE 12 (2020), 239 (244 f., 258 f. und 269 f.); Margoni/Kretschmer GRUR Int. 2022, 685 (690); Nordemann/Pukas J. Intell. Prop. L. & Pract. 17 (2022), 973 (974); Maamar ZUM 2023, 481 (486); de la Durantaye ZUM 2023, 645 (657 f. und 660); Senftleben IIC 2023, 1535 (1548); Hofmann WRP 2024, 11 (14).

457 Vgl. repräsentativ z.B. bereits Sobel Colum. J. L. & Arts. 41 (2017), 45 (81); zuletzt etwa Torrance/Tomlinson Dickinson L. Rev. 128 (2023), 233 (245 ff.).

458 So z.B. Hacker ZGE 12 (2020), 239 (255 f., 261); Hofmann WRP 2024, 11 (14); kritisch auch Maamar ZUM 2023, 481 (486); Senftleben IIC 2023, 1535 (1546 ff.).

zu werden. Vor allem aber sei die Entstehung wenig differenzierter und vorurteilsbehafteter KI-Ergebnisse zu befürchten.⁴⁵⁹

B. Klarstellung #1: Farewell to human exceptionalism

Die Diskussion um eine umfassend intelligente, dem Menschen in jeder Hinsicht ebenbürtige und letztlich auch überlegene Künstliche Intelligenz – im Sinne einer *superintelligence* – scheint mittlerweile etwas abgeebbt.⁴⁶⁰ Allerdings weist die Kurve der Entwicklung der KI-Kapazitäten nach wie vor steil nach oben. Sie wird jedes Jahr steiler.⁴⁶¹ Spätestens seit der Markteinführung von ChatGPT im November 2022 ist auch für Laien erkennbar, welches Potential die Technologie birgt und wie dynamisch die Entwicklung verläuft. Die sich abzeichnende Entwicklung muss es deshalb aber auch befürchten lassen, dass menschliches Schaffen schon in Kürze noch viel weitgehender verdrängt werden wird als bisher.

Dabei darauf zu hoffen, dass sich das „spezifisch Menschliche“ dauerhaft dem Zugriff der lernenden Maschinen entziehen würde, wäre fahrlässig und naiv. KI ist bereits heute in der Lage, „Irrationales, Unwahrscheinliches und Unlogisches“ zu erschaffen.⁴⁶² Generative KI ist längst nicht

459 Vgl. nur Lemley/Casey Tex. L. Rev. 99 (2021), 743 (770 f.); Ducato/Strowel E.I.P.R. 43 (2021), 322 (330 f.); Margoni/Kretschmer GRUR Int. 2022, 685 (687 und 700); Verweyen, Editorial in WRP 12/2023; Maamar ZUM 2023, 481 (486); de la Durantaye ZUM 2023, 645 (658); Guadamuz GRUR Int. 2024, 111 (116); Hofmann WRP 2024, 11 (14); besonders dramatisch auch Kraetzig NJW 2024, 697 (699) („Wollen wir eine ‚viktorianische KI‘ mit Gesellschaftsbildern von vor über 100 Jahren?“); zudem ausführlich Levendowski Wash. L. Rev. 93 (2018), 579 (593 ff.).

460 Vgl. umfangreich und dystopisch Bostrom, Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies, 2014.

461 Vgl. auch Lemley/Casey Tex. L. Rev. 99 (2021), 743 (753 f.); zudem z.B. zuletzt Wendiggensen, Wie OpenAI das nächste ChatGPT auf ein neues Level heben kann, FAZnet vom 14. August 2024 (einsehbar unter: <https://www.faz.net/pro/d-economy/kuenstliche-intelligenz/gpt-5-openai-will-chatgpt-mit-neuem-sprachmodell-auf-da-s-naechste-level-heben-19915113.html> (zuletzt am 17. August 2024)).

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

mehr in die Zwangsjacke determinierter Programmcodes gezwängt.⁴⁶³ Sie ist vielmehr gerade dazu geschaffen, den Menschen zu imitieren – dies gelingt umso besser, je mehr Trainingsmaterial die Modelle zur Verwertung erhalten. Insoweit sei nur an das umfangreich diskutierte *infinite-monkey theorem* erinnert: Wenn eine Million Affen nur lange genug auf ebenso vielen Schreibmaschinen tippen, wird früher oder später das gesamte Werk Shakespeares herauskommen.⁴⁶⁴ Warum solle es dann auf Grundlage eines nahezu unerschöpflichen Reservoirs menschengemachter kreativer Werke unmöglich sein, auch die spezifisch „menschlichen“ Schwächen durch KI replizieren zu lassen? Die Technologie des maschinellen Lernens ist durch das Training mit „natürlichen“ menschlichen Werken letztlich geradezu darauf angelegt, auch menschliche Besonderheiten zu übernehmen und nachzuahmen.

Wer dennoch daran glauben möchte, menschliche Kreativität bleibe für KI-Systeme für alle Zeiten ein unerreichbares Ziel, sei nochmals auf vergangene Prognosen zur Inkompetenz der Maschinen verwiesen. Noch vor wenigen Jahren ließ etwa Google generell und uneingeschränkt verlautbaren, KI könne das Niveau menschlicher Kreativität nicht erreichen:

*„We ought not to treat robots at eye level, because their output simply cannot match the phenomenon of human creativity.“*⁴⁶⁵

ChatGPT beantwortete eine Frage nach dem eigenen Potential im Juni 2024 deutlich selbstbewusster:

„Künstliche Intelligenz (KI) hat in den letzten Jahren erhebliche Fortschritte gemacht, insbesondere im Bereich der kreativen Leistungen. KI-Systeme können inzwischen eine Vielzahl von kreativen Aufgaben ausführen, die traditionell von Menschen durchgeführt wurden.

... KI-Systeme wie DeepArt und DALL-E können Bilder erzeugen, die stilistisch und technisch anspruchsvoll sind. Diese Systeme nutzen neuronale

463 Vgl. umfangreich zur spezifisch technologischen Autonomie von KI-Systemen: Dornis Yale J. L. & Tech. 23 (2020), 97 (105 ff.); Dornis GRUR 2021, 784 (785); Dornis E.I.P.R. 43 (2021), 570 (571 ff.); Dornis AcP 223 (2023), 717 (725 ff.).

464 Das Theorem wurde und wird umfangreich seit Langem referiert. Illustrativ beschrieben findet es sich z.B. bei Borel, *La mécanique statique et l'irréversibilité*, J. Phys. Theor. Appl. 1913, 189 (194).

465 So formulierte es der Leiter des Google Legal Department in Österreich und der Schweiz, Daniel Schönberger, in ZGE 10 (2018), 35 (47).

Netzwerke, um Kunstwerke zu schaffen, die oft nicht von menschlicher Kunst zu unterscheiden sind. ...

*... Sprachmodelle wie GPT-3 können Geschichten, Gedichte und Artikel schreiben, die kohärent und stilistisch vielfältig sind. Diese Texte können oft schwer von menschlich geschriebenen Texten zu unterscheiden sein. ...*⁴⁶⁶

Für den Wettbewerb zwischen Mensch und Maschine entscheidend ist allerdings, dass es in den meisten Fällen gerade nicht auf Emotionen, Bewusstsein und tiefgreifende Erfahrungen als der inneren Seite der Kreativität ankommt. Über den Erfolg im Wettbewerb entscheidet vielmehr in der Regel das greifbare Resultat und gerade nicht der kreative Prozess. Im Lichte einer entsprechend ergebnisorientierten Betrachtung werden zunehmend mehr KI-generierte Produkte ein Qualitätsniveau erreichen, das menschlichen Werken vergleichbar oder überlegen ist. Hierin spiegelt sich die klassische Kontroverse zwischen der von *Alan Turings* bereits 1950 formulierten objektiv-ergebnisorientierten Konzeption von Intelligenz und *John Searles* prozessorientierter Perspektive.⁴⁶⁷ Während *Turing* allein darauf abstellen wollte, ob ein menschlicher Beobachter im Austausch mit der KI die Überzeugung erlangen kann, dass es sich bei seinem Gegenüber um einen Menschen handelt, formulierte *Searle* eine höhere Hürde für die Feststellung von Intelligenz. Ihm ging es zusätzlich zum objektiven äußeren Erscheinungsbild auch um das Vorhandensein sogenannter *intentionality* im Sinne eines tatsächlich verständigen Handelns.⁴⁶⁸

Hat man die vorrangige Bedeutung der objektiven Qualität für den Markterfolg verstanden, ist erkennbar, dass sich die Konsequenzen eines immer höheren Leistungsniveaus und damit immer attraktiverer KI-Erzeugnisse kaum auf „weniger kreative“ menschliche Produkte und Branchen beschränken werden. Allein der Blick auf die KI-Innovationssprünge der letzten Monate offenbart: Früher oder später wird kaum eine kreative Tätigkeit oder Branche unbeeinflusst bleiben. Die Idee des für lange Zeit und auf breiter Front ausgetragenen Wettstreits zwischen Mensch und Ma-

466 Frage des Verfassers an ChatGPT am 18. Juni 2024 um 18.00 Uhr (CET). Die Antwort ist gekürzt. Die Frage und die vollständige Antwort von ChatGPT finden sich in Anhang IV.

467 Vgl. hierzu *Turing Mind* 59 (1950), 433 (434), und *Searle Behavioral & Brain Sci.* 3 (1980), 417 (417).

468 Ausführlich zur Kontroverse im Zusammenhang mit Paradigmen des Urheberrechts: *Dornis GRUR* 2019, 1252 (1254); *Dornis Yale J. L. & Tech.* 22 (2020), 1 (13 ff.).

schine, bei welchem der Mensch immer wieder in der Lage sein könnte, sich gegen die Maschine zu behaupten, ist deshalb bestenfalls Wunschdenken.⁴⁶⁹

C. Klarstellung #2: Ersticken im Überfluss algorithmisch recycelter Kreativität

Soweit erkennbar, herrscht in der gegenwärtigen Debatte die Vorstellung, dass KI-Einsatz zu einem signifikanten „Mehr“ an Kreativität führen könne. Etwaige Nachteile durch den Wettbewerb zwischen Mensch und Maschine seien hierdurch kompensiert, wohl aber jedenfalls aufgewogen. Diese Vorstellung findet sich nicht allein im US-amerikanischen Schrifttum; sie wird dort aber besonders deutlich formuliert:

„Generative AI will make office workers, authors, artists, and musicians more productive; it will open up new possibilities for people who lack specific artistic and musical competencies, enabling them to create new art and music; it will allow disabled artists to create new works, overcoming physical limitations ... Generative AI will enable individuals and companies to do more with less—whether that implies an increase in creative production or a decrease in employment (in creative industries and elsewhere) is a difficult question to answer in the abstract.“⁴⁷⁰

Bezeichnenderweise bleibt die Frage nach der Entwicklung der tatsächlichen Beschäftigung in kreativen Berufen und Branchen unbeantwortet. Möglicherweise verweigern die Apologeten der KI-Innovation eine Antwort, weil diese auf der Hand liegt: Es ist kaum damit zu rechnen, dass wir uns KI-unterstützt schlagartig alle in „Kreative“ verwandeln werden. Die zukunftsoptimistische Gegenposition übersieht, dass kreative Erzeugnisse überwiegend zu Konsumzwecken genutzt werden – und gerade nicht zur Entfaltung zusätzlicher Anschlusskreativität. Anders gewendet: Die meisten Menschen *konsumieren* Zeitungsberichte, Musik und Filmwerke sowie

469 So auch Hoeren MMR 2023, 81 (82).

470 Sag Fordham L. Rev. 92 (2024), 1885 (1889 f.). In Deutschland wird noch optimistischer verkündet (z.B. bei Kraetzig NJW 2024, 697 (702)): „Generative KI-Modelle führen zu einer Befreiung der Kunst, zu mehr Kultur. Das Recht darf neue Schaffensrealitäten in Zeiten von KI nicht abschrecken. ... Je höher der urheberrechtliche Schutzwall, desto weniger Kreativität.“ Vgl. überdies ähnlich Schönberger ZGE 10 (2018), 35 (47).

sonstige kreative Produkte – mehr nicht. Sie nutzen diese in den seltensten Fällen, um daraus weitere kreative Leistungen zu erschaffen. Selbstverständlich mögen individuelle Hürden für eine kreative Betätigung sinken. So wird es möglicherweise im privaten Bereich zu mehr „kreativen“ KI-Einsätzen kommen, zu denken wäre etwa an Gedichte, Geburtstagslieder und -reden oder KI-gestylte Social-Media-Posts. In der Gesamtbetrachtung wird sich am Umfang kreativer Tätigkeit, insbesondere an der Menge der *in toto* vorhandenen, kreativen Artefakte aber wohl nicht viel ändern. Dennoch wird der Bedarf an bislang nur unter Einsatz von Talent, ausgebildeten Fähigkeiten und Kenntnissen erschaffenen Kreativprodukten (z.B. journalistischen Inhalten, Literatur und Musik) zunehmend durch KI-generierte Erzeugnisse gedeckt werden.⁴⁷¹

Die Auswirkungen auf Kreative, die in diesen Marktsegmenten tätig sind, können an fünf Fingern abgezählt werden: Im Überfluss künstlich-kreativer Erzeugnisse werden die Menschen vor allem verdrängt werden. Dass sich allenfalls einige wenige in die Nischen der „höherwertigen“ und „KI-sicheren“ Kreativität flüchten können, ist offensichtlich. Man muss sich nur folgende Frage stellen: Für wie viele Taylor Swifts, Lang Langs oder Gerhard Richters ist Platz in den Charts, Konzerthallen und Galerien dieser Welt?⁴⁷² Die Konsequenz gesteigerter KI-Kreativität ist deshalb so einfach wie ernüchternd: *„Expressive machine learning not only jeopardizes the market for the works on which it is trained, it also threatens to marginalize authors completely.“*⁴⁷³

Dieser Prozess erhält dabei – auch das wird bislang kaum erörtert – einen besonders bitteren Beigeschmack, wenn man sich vor Augen führt, dass Journalisten, Künstler, Musiker und viele andere Berufe nicht durch *tatsächlich* kreative Akteure und neu erschaffene individuelle und origi-

471 Vgl. etwa Mok/Zinkula, ChatGPT may be coming for our jobs. Here are the 10 roles that AI is most likely to replace, Business Insider, 6 March 2024 (einsehbar unter: <https://www.businessinsider.com/chatgpt-jobs-at-risk-replacement-artificial-intelligence-ai-labor-trends-2023-02> (zuletzt am 21. Juni 2024)); zudem auch Menéndez, AI-Generated Artwork Is Blowing Up The Economics of Art – Not everyone is an artist, but now everyone can create art, February 3, 2022, Medium (einsehbar unter: <https://medium.com/illumination/ai-generated-artwork-is-blowing-up-the-economics-of-art-e65f57a9b362> (zuletzt am 21. Juni 2024)).

472 Ökonomisch lässt sich dies u.a. mit Blick auf die Theorie der *economics of superstars* erklären. Vgl. hierzu allgemein Rosen, The Economics of Superstars, Am. Econ. Rev. 71 (1981), 845.

473 Sobel Colum. J. L. & Arts. 41 (2017), 45 (77); ähnlich deutlich z.B. auch Chesterman Policy & Society 2024, 1 (8).

nelle Inhalte verdrängt werden. Die unschlagbar günstigen Surrogate für menschliche Kreativität sind vielmehr Ergebnis algorithmischer Recyclingprozesse bereits vorhandener Werke. Ohne die menschgemachten kreativen Leistungen wäre KI-Training nicht erfolgversprechend. Wenn der unverzichtbare, natürliche Kulturbestand dann auch noch als praktisch wertlos beschrieben wird, muss dies für die Rechteinhaber wie Hohn klingen. Vor allem Ökonomen dürften sich allerdings auch verwundert die Augen reiben, wenn erklärt wird, selbst ein funktionierender Lizenzmarkt für KI-Trainingsdaten könne keine „nennenswerten“ Vorteile bringen. Schließlich könne eine etwaige „Trainingsvergütung“ lediglich als „nachgelagerte Nebenverwertung“ der betroffenen Werke angesehen werden und daher auch allenfalls einen kleinen Bruchteil der KI-Wertschöpfung ausmachen.⁴⁷⁴ Dies lasse sich etwa mit Blick auf bislang für Stockfotografien gezahlte Lizenzwerte belegen, wo sich die Entlohnung für eine Trainingsnutzung einzelner Bilder im Cent-Bereich bewege.⁴⁷⁵

Vor allem zu diesem Punkt droht sich die Analyse im Kreis zu drehen: Dass sich im Umfeld einer digitalen Selbstbedienungskultur *zum Nulltarif* keine Marktpreise herausbilden konnten und können, wird vollkommen übersehen.⁴⁷⁶ Eine sinnvolle Bestimmung des Werts der Daten für das Training generativer KI-Modelle wäre überhaupt nur möglich, wenn tatsächliche Preiskonkurrenz existierte.⁴⁷⁷ Überdies müsste für eine Bewertung des Lizenzwerts der vorhandenen Kulturleistungen menschlicher Kreativer aber auch die besondere Intensität der Verwertung beachtet werden, insbesondere die Auswirkungen des Einsatzes der trainierten Modelle im Wettbewerb: Jedenfalls mit Blick auf eine potentiell „ewige“ Nutzung der einmal für das Training verwerteten Werke und die hieraus erwachsende Substitution der Rechteinhaber wäre es absurd, die Bewertung an einfachen Nebenverwertungen, wie etwa der Abgabe für Vervielfältigungsgeräte und

474 M. Becker CR 2024, 353 (358).

475 de la Durantaye ZUM 2023, 645 (652) (es gehe um „Pfennigbeträge“ [sic!]).

476 Vgl. repräsentativ zur verbreiteten Kurzsicht etwa Bomhard InTeR 2023, 174 (174) („Traditionell war die Beschaffung von Daten ein kostspieliger Prozess, der den Einsatz von spezialisierten Teams oder den Kauf von teuren Sensoren und Datenbanken erforderte. Im Vergleich dazu bieten Webcrawling und Webscraping eine kostengünstige Alternative zur Datenbeschaffung.“).

477 Selbstredend sind gemeinfreie Werke für KI-Training frei verfügbar und kostenlos. Der Trainingswert – d.h. die Relevanz für die Entwicklung qualitativ hochwertiger KI-Funktionalitäten – liegt bei noch urheberrechtsgeschützten Daten allerdings signifikant höher.

Speichermedien, auszurichten.⁴⁷⁸ Es geht nicht um Nebenverwertungen: Die Nachfrage nach kreativen Erzeugnissen besteht nach wie vor, sie wird künftig aber in erheblichem Umfang durch künstliche Produkte gedeckt werden. *Ergo*: Ein grundsätzliches Umdenken – verbunden mit einer realistischen und vor allem wirtschaftlich fundierten Einschätzung des tatsächlichen Werts menschlich-kreativer Leistungen im Lichte der Technologie generativer KI-Modelle – steht noch aus.

D. Klarstellung #3: KI-Innovation vs. race to the bottom

Im Schrifttum wird dennoch ausnahmslos darauf verwiesen, man dürfe den „Schutzbereich des Urheberrechts“ auch „im Lichte der wirtschaftlichen Bedeutung der Nutzung von Trainingsdaten“ nicht erweitern – schließlich sei „Besitzstandsschutz ... kein überzeugendes Rechtfertigungsnarrativ, zumal wenn dadurch Fortschritt ... erschwert wird“.⁴⁷⁹ Dies führt zur Gretchenfrage: Die Rechteinhaber, so mag es im Lichte dieser von der *Californian ideology* inspirierten Denkweise erscheinen, stehen einer vorteilhaften Gestaltung einer europäischen KI-Ökosphäre im Weg.⁴⁸⁰ Im globalen Wettbewerb um Innovationen, so das herrschende Narrativ, existiere deshalb auch keine Alternative zur rigiden Kappung urheberrechtlicher Befugnisse.

Dieser Ansatz überrascht nicht nur beim Blick auf die kulturelle und sozio-ökonomische Einbettung der Problematik: in der Sache geht es um nichts anderes als eine neue „soziale Frage“ für praktisch alle kreativen Berufe und Industrien.⁴⁸¹ Eine entsprechende *Laissez-faire*-Haltung stünde aber vor allem in veritablem Kontrast zur Haltung des europäischen Gesetzgebers auf anderen Feldern der Regulierung des Binnenmarktes, nicht nur aber auch und vor allem im Hinblick auf die europäische Daten- und Informationsökonomie und die digitalen Marktplätze: Auf allen diesen Feldern setzt die Europäische Union dezidiert auf die Einhaltung von Mindeststandards, nicht nur bei der Sicherung individueller Rechtsgüter,

478 Eine gründliche Befassung wird üblicherweise unter lapidarem Verweis darauf vermieden, dass eine „Vergütung, die die Konkurrenzproblematik ausgleicht“, wohl „kaum erzielbar“ sei. Vgl. M. Becker CR 2024, 353 (358).

479 Hofmann WRP 2024, 11 (15).

480 Vgl. zur *Californian ideology* und den damit verbundenen Dissonanzen und Disruptionen erhellend Nemitz Phil. Trans. R. Soc. A 376 (2018), 1 (4 f.).

481 Vgl. treffend Holzmüller GRUR 2024, 1057 (1058).

sondern auch und vor allem bei der Gestaltung der Marktkonditionen und des Wettbewerbs.⁴⁸² Der viel diskutierte und meist überschwänglich gelobte „Brüssel-Effekt“ ist als teleologische Basis vieler Instrumente der Regulierung europäischer Marktplätze in diesem Zusammenhang geradezu zum *guiding principle* und Markenzeichen der EU-Gesetzgebung geworden.⁴⁸³ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob der europäische Gesetzgeber gut beraten wäre, außereuropäischen Unternehmen im globalen Wettrennen um den immer einfacheren, günstigeren und idealerweise kostenlosen Zugang zu Trainingsdaten den Steigbügel zu halten. Warum sollte in Bezug auf die Urheberrechte der europäischen Kreativen in dramatischer Abweichung von einer sonst für unverrückbar erklärten Linie der Startschuss für ein globales *race to the bottom* gegeben werden?

In der Sache geht es auch nicht um die Verhinderung von Innovation. Im Gegenteil. Es führt daher umfassend in die Irre, die effektivere Durchsetzung von Urheberrechten mit der unschwellig abwertenden Formel „*Ban the disruptive technology*“ zu brandmarken.⁴⁸⁴ Der technologische Fortschritt soll gerade nicht verhindert oder verlangsamt werden. Es sollen lediglich gleiche Bedingungen für Wettbewerb und KI-Innovation geschaffen werden. Ziel ist ein globales *level playing field* – nicht mehr und nicht weniger.⁴⁸⁵ Soll das EU-Axiom eines Binnenmarktes mit fairen Wettbewerbsbedingungen und einem hohen Schutzniveau für alle Markt-

482 Vgl. nur z.B. European Parliament, Press Release: Digital Markets Act: Parliament ready to start negotiations with Council, 15 December 2021 (einsehbar unter: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20211210IPR19211/digital-markets-act-parliament-ready-to-start-negotiations-with-council> (zuletzt am 26. Juni 2024)): „Our message is clear: the EU will enforce the rules of the social market economy also in the digital sphere, and this means that lawmakers dictate the rules of competition, not digital giants.“

483 Vgl. grundlegend zum sogenannten *Brussels Effect*: Bradford Northwestern U. L. Rev. 107 (2015), 1; Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, 2020; Bradford Va. J. Int'l L. 64 (2023), 1 (11 ff.).

484 Vgl. hierzu etwa Lemley Colum. Sci. & Tech. L. Rev. 25 (2024), 21 (44).

485 Die Erwägungsgründe der KI-Verordnung scheinen dies zu bestätigen. Vgl. Erwägungsgrund 106: „... Jeder Anbieter, der ein KI-Modell mit allgemeinem Verwendungszweck in der Union in Verkehr bringt, sollte diese Pflicht erfüllen, unabhängig davon, in welchem Hoheitsgebiet die urheberrechtlich relevanten Handlungen, die dem Training dieser KI-Modelle mit allgemeinem Verwendungszweck zugrunde liegen, stattfinden. Dies ist erforderlich, um gleiche Wettbewerbsbedingungen für Anbieter von KI-Modellen mit allgemeinem Verwendungszweck sicherzustellen, unter denen kein Anbieter in der Lage sein sollte, durch die Anwendung niedrigerer Urheberrechtsstandards als in der Union einen Wettbewerbsvorteil auf dem Unionsmarkt zu erlangen.“

teilnehmer nicht auf dem Altar einer überhitzten Datenökonomie geopfert werden, führt an einem angemessenen Schutz für Werke im Sinne des Urheberrechts bei Nutzung zum Training generativer KI-Modelle kein Weg vorbei.

Ein Einschreiten des Gesetzgebers ist daher dringend erforderlich. Wie der genaue Blick auf den Status quo erhellt, befinden wir uns bereits inmitten eines globalen *race to the bottom*. Im Moment erfolgt das Training von KI-Systemen im wahrsten Sinne „schrannenlos“. Mehr noch: Ein großer Teil des Trainings zur Erschaffung hochleistungsfähiger KI-Modelle ist bereits erfolgt – ungefragt und ohne Kompensation. Ob die „*better ask forgiveness than permission*“-Mentalität der überwiegend US-amerikanischen *BigTechs* mit der europäischen Vorstellung von distributiver Gerechtigkeit vereinbar ist, muss bezweifelt werden.⁴⁸⁶ Die EU-Digitalpolitik stellt eigentlich auf die faire Verteilung von Chancen und Erträgen auf den digitalen Marktplätzen ab.⁴⁸⁷ Aus den technologischen Revolutionen der Vergangenheit mag möglicherweise noch die einst zutreffende Verkürzung der Zusammenhänge auf ein „*Big Content, Little Users*“ nachklingen:⁴⁸⁸ Rechteinhaber und Verwerter waren in der Vergangenheit meist sehr gut in der Lage, ihre Interessen angemessen zu verteidigen, in der Regel sogar überaus effektiv. Entsprechend schwang aufseiten der Gesetzgeber und Gerichte stets die Sorge um die Aufrechterhaltung des Zugangs zu kommunikativen und kreativen Inhalten mit; was die Entwicklung und Ausdehnung von Schrankenstatbeständen förderte.⁴⁸⁹ Die Machtverhältnisse haben sich aber gedreht: Im KI-Zeitalter sind die Rechteinhaber der Selbstbedienung der Gegenseite schutzlos ausgesetzt. Die resultierende Enteignung ist umfassend, die bereits entstandenen Asymmetrien sind förmlich mit den Händen zu greifen.

486 Vgl. hierzu nochmals Nemitz Phil. Trans. R. Soc. A 376 (2018), I (4 f.).

487 Vgl. hierzu nochmals Bradford Va. J. Int'l L. 64 (2023), I (31).

488 Sobel Colum. J. L. & Arts. 41 (2017), 45 (85).

489 Vgl. zur Diskussion über den Ausgleich von Asymmetrien im Verhältnis der Rechteinhaber und der privaten oder kreativen Nutzer bei Online-Nutzungen z.B. Elkin-Koren Cardozo Arts & Ent. L. J. 14 (1996), 215 (286 ff.); Merges Berkeley Tech. L. J. 12 (1997), 115 (134 f.).

