

Editorial

Künstliche Intelligenz vor Gericht – ein Blick in die Zukunft

Das Thema Künstliche Intelligenz beschäftigt den EU-Gesetzgeber, und das in verschiedener Hinsicht. Neben dem im Trilogverfahren befindlichen Vorschlag einer KI-Verordnung, auch als AI Act oder KI-Gesetz bezeichnet, liegt nunmehr ein Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie (nachfolgend kurz: RL) über KI-Haftung vor (Dokument COM(2022) 496 vom 28.9.2022), der derzeit im Rat behandelt wird. Der Vorschlag, der zeitgleich mit dem Vorschlag einer novellierten Produkthaftungs-RL vorgelegt wurde, adressiert die außervertragliche Haftung der Verantwortlichen für KI-Systeme; offen bleibt, inwieweit der RL-Vorschlag auch das Verhältnis zwischen vertraglicher und außervertraglicher (deliktischer) Haftung determiniert, sofern im Einzelfall beide Haftungsregime Anwendung finden. Die Bezüge zwischen den vorgeschlagenen KI-nahen EU-Rechtsakten sind klar erkennbar. So übernimmt auch der Vorschlag zur Haftungs-RL mit „KI-System“, „Hochrisiko-KI-System“, „Nutzer“ und „Anbieter“ die wesentlichen Begriffe des Vorschlags der KI-Verordnung, um so ein unionsweit harmonisiertes und funktionsfähiges KI-Recht zu schaffen.

Der Vorschlag der RL über die KI-Haftung schafft keine neuen, unionsweit geltenden Haftungsvorschriften und -voraussetzungen, sondern knüpft am außervertraglichen, regelmäßig verschuldensabhängig gestalteten Haftungsrecht der Mitgliedstaaten an, mithin etwa am BGB-Deliktsrecht. Er adressiert spezifische Probleme der Haftungsbegründung und -durchsetzung, denen sich ein durch ein KI-System Geschädigter typischerweise ausgesetzt sieht: Der Nachweis zwischen einem sorgfaltswidrigen Verhalten des Verantwortlichen und einer für die Schadensentstehung maßgeblichen KI-Anwendung. Die Rechtsstellung der Betroffenen variiert je nachdem, ob der Schaden auf ein Hochrisiko-KI-System zurückgeführt wird oder ein sonstiges KI-System. Art. 3 des Vorschlags formuliert einen Auskunftsanspruch des Geschädigten – die RL operiert mit den zivilprozessual verhafteten Begriffen des Klägers bzw. potenziellen Klägers –, welcher nationale Gerichte in die



Lage versetzen soll, die Offenlegung bzw. Sicherung von Beweismitteln anzuordnen, wobei die Anforderungen an potenzielle Kläger strenger formuliert sind. Damit hält das Discovery-Verfahren Einzug in das europäische Schadensersatzrecht. Über die Erfüllung des Auskunftsbegehrens soll dem (potenziellen) Kläger die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen ermöglicht werden. Kommt der Beklagte der gerichtlichen Anordnung nicht nach, wird der Sorgfaltspflichtverstoß und damit Verschulden vermutet (Art. 3 Abs. 5 RL-Vorschlag). Besondere Brisanz wird die Vorschrift erhalten, da nach Abs. 4 der Umfang der begehrten Auskunft nach den offenen Maßstäben von Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit bestimmt und der Auskunftsanspruch inhaltlich durch rechtmäßige Belange des Geheimnisschutzes und des Schutzes von Rechten des geistigen Eigentums begrenzt wird. Es bleibt abzuwarten, ob bei dieser Rechtslage dem Beklagten auch das Risiko einer *nicht hinreichenden* Offenlegung gerichtlich auferlegt und die in Art. 3 Abs. 5 vorgesehene Vermutungsregelung auch in diesen Fällen herangezogen werden wird.

Art. 4 des RL-Vorschlags enthält eine zweite Vermutung für das Vorliegen von Kausalität zwischen dem schuldhaften Pflichtenverstoß und dem „vom KI-System hervorbrachten Ereignis“ (sog. KI-Ereignis; gleichgestellt wird das Fehlen eines Ereignisses, wenn ein solches geboten gewesen wäre), welches letztlich zum Schadenseintritt beim Geschädigten geführt haben muss. Der Nachweis zwischen KI-Ereignis und Schaden liegt weiter beim Geschädigten, jedoch wird der Ursachenzusammenhang zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und KI-Ereignis unter bestimmten kumulativ zu erfüllenden Bedingungen vermutet. An dieser Stelle setzt der Nachweis bzw. die Vermutung des Verschuldens gem. Art. 3 Abs. 5 sowie die auf vernünftige Erwägungen gestützte Annahme, dass dieses Verschulden das vom KI-System hervorbrachte Ereignis beeinflusst hat, ein. Art. 4 Abs. 2 des RL-Vorschlags begrenzt die Reichweite der Vermutung nach Art. 4 Abs. 1 gegenüber Betreibern von KI-

Hochrisiko-Systemen freilich auf wenige enumerierte Anforderungen, die aus der KI-Verordnung herzuleiten sind. Im Gesamtkontext des Vorschlags überrascht, dass die Betreiber von Nicht-Hochrisikosystemen nicht in den Genuss eines abschließenden Katalogs an für sie maßgebliche Sorgfaltspflichten kommen, wodurch der Eindruck entsteht, die Hochrisikosysteme würden hier gegenüber den Nicht-Hochrisikosystemen privilegiert (so auch *Bomhard/Siglmüller*, RDi 2022, 506, 511).

Der Kommissionsvorschlag ist vermutlich nicht das letzte Wort in Sachen KI-Haftung. Zu sehr hängt die bis zuletzt umstrittene Nomenklatur der KI-Verordnung mit den im

RL-vorschlag adressierten Haftungsfolgen zusammen. Klarstellende Worte zur Reichweite der Kausalitätsvermutung und zum Umfang der Sorgfaltspflichten der Verantwortlichen von KI-System sind indes in jedem Fall – *high risk or not* – notwendig, wenn der EU-Haftungsrechtsakt zur KI das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und das Anliegen der offenen Technikentwicklung miteinander versöhnen möchte.

Prof. Dr. Stefan Müller*

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf Seite III.

Aufsätze

RAin Ariane Jung, Hamburg*

Swipe up and swipe right – rechtliche Einordnung von Social Media und Influencer-Marketing

Als Instagram im Oktober 2010 gelauncht und für die breite Öffentlichkeit verfügbar gemacht wurde, konnte wohl noch niemand so recht ahnen, welche gesellschaftliche, rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung insbesondere die App mit dem Sofortbild-Kamera-Symbol einmal haben würde. Dieser Beitrag will einen Überblick über die rechtliche Einordnung von Werbemaßnahmen über Social-Media-Plattformen, als heute nahezu an der stärksten vertretenen Form des Marketings, geben. Er erschien bereits im Rahmen der Herbstakademie der DSRI im September 2022.

I. Einführung

Social-Media Plattformen, allen voran Instagram, entwickeln sich seit 2010 rasant. Schnell war Instagram keine rein private Plattform mehr: Unternehmen und Agenturen erkannten, dass sich über Social-Media Plattformen neue Werbemöglichkeiten eröffneten. Wurden zunächst insbesondere prominente Personen als Werbeträger für Produkte und Dienstleistungen genutzt, sind es heute vor allem die Jungs und Mädchen von nebenan, die sich dabei filmen, wie sie ihre neuesten Drogerie-Erfindungen oder Video-Spiele testeten und Urteile dazu abgaben. Und quasi über Nacht war eine ganz neue Branche geboren: Die der Influencer und Content-Creator.

Doch wo geworben wird, da müssen Gesetze eingehalten und Nutzergruppen geschützt werden. Umso mehr, wenn dies über US-amerikanische Social-Media-Kanäle geschieht und umfangreich personenbezogene Daten verarbeitet werden. Im Folgenden sollen die praktischen Herausforderungen für Werbetreibende vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtslage dargestellt und Lösungsansätze aufgezeigt werden. Dabei sollen insbesondere werberechtliche, urheberrecht-

liche und datenschutzrechtliche Fallstricke begutachtet werden. Aus den Blickwinkeln von Unternehmen und Influencer:innen wird auf Risiken und rechtliche Grauzonen hingewiesen und entsprechende vertragliche Handlungsoptionen aufgezeigt. Dabei soll auch das Verhältnis des Unternehmens zum/zur Influencer:in beleuchtet und wichtige Hinweise zur Vertragsgestaltung gegeben werden. Anhand von aktuellen Beispielen aus der Rechtsprechung und der täglichen anwaltlichen Praxis werden Herausforderungen erläutert und Lösungen angeboten.

II. Was ist Influencer-Marketing und wieso bedarf es einer rechtlichen Einordnung?

Obwohl Influencer-Marketing heutzutage in aller Munde ist und sich – wie eingangs schon erläutert – aus keiner Werbekampagne mehr wegdenken lässt, unterliegen werbetreibende Unternehmen, Agenturen und sogar Influencer:innen selbst immer noch dem Trugschluss, dass das, was Influencer:innen täten, keine Werbung im rechtlichen Sinne sei und damit auch keinen Regeln unterliege. Denn schließlich zeige sich der/die Influencer:in ja privat auf seinem/ihrem Profil und spreche lediglich „Produkttempfehlungen“ aus.

1. Der Werbebegriff

Dass diese Annahme per se nicht richtig sein kann, zeigt sich schon an der rechtlichen Definition des Werbebegriffs. Der Begriff „Werbung“ ist gesetzlich nicht, auch nicht im UWG direkt, geregelt. Immer wenn von Werbung im rechtlichen Sinne gesprochen wird, findet daher der Werbebegriff aus

* Mehr über die Autorin erfahren Sie auf Seite III.