

Mathis Berger

# Künstliche Intelligenz und Immaterialgüterrecht

## Eine Übersicht über die Schweizer Rechtslage

---

Dieser Beitrag gibt eine Übersicht über die Herausforderungen, welche die künstliche Intelligenz an das Immaterialgüterrecht stellt. Die faktischen Herausforderungen und deren rechtliche Beantwortung sind im Fluss, weshalb der Versuch unternommen wird, ausgehend von immaterialgüterrechtlichen Grundsätzen, die zu teilweise ähnlichen Regelungen in den immaterialgüterrechtlichen Gesetzen geführt haben, Lösungen zu finden.

---

Beitragsart: Beiträge

Region: Schweiz

Rechtsgebiete: Artificial Intelligence & Recht, IP-Recht

Zitiervorschlag: Mathis Berger, Künstliche Intelligenz und Immaterialgüterrecht, in: Jusletter IT  
4. Juli 2024

## Inhaltsübersicht

1. Faktische Herausforderungen an das Immaterialgüterrecht
2. Inputseite
  - 2.1. Trainingsdaten
    - 2.1.1. Immaterialgüterrechtlicher Schutz
    - 2.1.2. Verwendung als Trainingsdaten
      - 2.1.2.1. Urheberrecht
        - 2.1.2.1.1. Vervielfältigungsrecht
        - 2.1.2.1.2. Änderungsrecht
      - 2.1.2.2. Patentrecht
      - 2.1.2.3. Markenrecht
    - 2.2. Prompt
3. Outputseite
  - 3.1. Formelle Neuheit
  - 3.2. Materielle Neuheit
  - 3.3. Schöpferprinzip
  - 3.4. Fazit

### 1. Faktische Herausforderungen an das Immaterialgüterrecht

[1] Für die Zwecke dieses Beitrags wird die künstliche Intelligenz als «Blackbox» betrachtet, welche Input zu Output verarbeitet. Künstliche Intelligenz führt zu einem Mehr gegenüber dem vorgegebenen Input, indem sie Input analysiert und verknüpft. Sie beschränkt sich nicht bloss auf die Vervielfältigung von vorgegebenem Input. Der Output dürfte in vielen Fällen formell neu sein, nämlich eben nicht in identischer Form vorbestehend. Gleichzeitig muss festgehalten werden, dass künstliche Intelligenz keineswegs in jedem Fall zu etwas materiell Neuem führt, nämlich, allgemein ausgedrückt, zu einer neuen Erkenntnis. Dass neue Erkenntnisse im Sinne einer Invention<sup>1</sup> vorliegen, mag in Zukunft mit der Weiterentwicklung der Tools zunehmen, dürfte heute aber noch in geringem Masse gegeben sein.

[2] Das Immaterialgüterrecht wird von der so verstandenen künstlichen Intelligenz auf zwei Ebenen herausgefordert. Zunächst einmal verwendet die künstliche Intelligenz vorbestehende Materialien, um überhaupt zu Wissen zu gelangen. Diese Materialien können immaterialgüterrechtlich geschützt sein, weshalb zu prüfen ist, ob die Verwendung der Materialien rechtmässig ist. Zudem führt die künstliche Intelligenz zu einem Output, der, wie dargestellt neue Erkenntnisse beinhalten kann, weshalb sich die Frage nach seiner immaterialgüterrechtlichen Schutzfähigkeit stellt.

[3] Die nachfolgende Untersuchung wird sich sowohl dem Input als auch dem Output der künstlichen Intelligenz unter Berücksichtigung der drei hauptsächlichsten Immaterialgüterrechte (Urheberrecht, Patentrecht und Markenrecht) prüfen.

---

<sup>1</sup> «Eine Erfindung oder Invention ist eine schöpferische Leistung, durch die eine neue Problemlösung, also die Erreichung eines neuen Zieles mit bekannten Mitteln oder eines bekannten Zieles mit neuen Mitteln ermöglicht wird.» (<https://de.wikipedia.org/wiki/Erfindung>; alle Websites zuletzt besucht am 23. Juni 2024).

## 2. Inputseite

### 2.1. Trainingsdaten

#### 2.1.1. Immaterialgüterrechtlicher Schutz

[4] Die vorbestehenden Materialien, welche von der künstlichen Intelligenz benötigt werden, um sich selbst zu trainieren, sind in vielen Fällen als literarische, musikalische, fotografische, künstlerische, wissenschaftliche oder sonstige Werke *urheberrechtlich geschützt*<sup>2</sup>. Die Voraussetzungen für urheberrechtlichen Schutz sind, dass eine geistige Schöpfung und ein individueller Charakter des Werks vorliegen<sup>3</sup>. Eine Publikation von urheberrechtlichen Werken ist vom Gesetz nicht vorgesehen und auch nicht notwendig, in vielen Fällen erfolgt sie aber durch den Rechteinhaber. Ob Werke im Internet verfügbar sind oder nicht macht hinsichtlich ihrer Werkqualität und ihres Werkschutzes keinen Unterschied. Aus urheberrechtlicher Sicht kann davon ausgegangen werden, dass die vorbestehenden Materialien geschützt sind und deren Nutzung dem Rechteinhaber vorbehalten bleibt, soweit nicht eine gesetzliche Schutzausnahme greift<sup>4</sup>, der Rechteinhaber einer Lizenzierung zugestimmt hat oder eine Verwendung unter eine gesetzliche Schranke<sup>5</sup> fällt.

[5] Im Bereich von technischen Fragen stehen Datenbanken mit entsprechenden Inhalten als Trainingsdaten im Vordergrund. Erteilte *Patente* werden publiziert<sup>6</sup> und sind in entsprechenden Datenbanken abrufbar<sup>7</sup>. Der Schutz des Patentrechts bezieht sich auf den technischen Gegenstand der Erfindung und nicht auf die in der Patentschrift enthaltene Beschreibung dieses Gegenstands. Zudem sind veröffentlichte Patentschriften und Patentanmeldungen nicht urheberrechtlich geschützt<sup>8</sup>. Insgesamt kann sich daher der Patentinhaber nicht auf einen rechtlichen Schutz seiner Patentschriften berufen.

[6] Das *Markenschutzgesetz* regelt den rechtlichen Schutz von Kennzeichen, wobei als Marke alles geschützt werden kann, was eine Ware oder Dienstleistung kennzeichnen kann<sup>9</sup>. Mit anderen Worten kann eine Marke ein Wort, eine Wortfolge (z.B. Slogan), eine Kombination von Wort und Bild, ein Bild (z.B. Logo), eine dreidimensionale Formgebung (z.B. Verpackung), eine Farbe, ein akustisches Zeichen, ein Geruch etc sein<sup>10</sup>. Das Markenrecht verleiht dem Rechteinhaber insbesondere das Recht, das geschützte Zeichen ausschliesslich zu gebrauchen, was aber nur den Gebrauch in der Funktion als Kennzeichen meint<sup>11</sup>; der Inhaber kann sich nur gegen Zeichen zur Wehr setzen, die mit seiner Marke verwechselbar sind<sup>12</sup>. Alle eingetragenen Marken werden

---

<sup>2</sup> Art. 2 Abs. 2 URG.

<sup>3</sup> Art. 2 Abs. 1 URG.

<sup>4</sup> Siehe Art. 5 URG, wonach Gesetzestexte, Gerichtsentscheidungen, Zahlungsmittel und Patentschriften etc. nicht urheberrechtlich geschützt sind.

<sup>5</sup> Siehe Art. 19 ff. URG.

<sup>6</sup> Art. 61 PatG; unter gewissen Voraussetzungen werden auch Patentanmeldungen publiziert (Art. 58a PatG).

<sup>7</sup> Vgl. z.B. die Datenbank des Europäischen Patentamts <https://worldwide.espacenet.com/>.

<sup>8</sup> Art. 5 lit. d URG.

<sup>9</sup> Art. 1 Abs. 1 MSchG.

<sup>10</sup> Institut für Geistiges Eigentum, Richtlinien in Markensachen, S. 62 ff. ([https://www.ige.ch/fileadmin/user\\_upload/schuetzen/marken/d/richtlinien\\_marken/Richtlinien\\_Marken\\_D\\_2024\\_01.pdf](https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/schuetzen/marken/d/richtlinien_marken/Richtlinien_Marken_D_2024_01.pdf)).

<sup>11</sup> Art. 12 MSchG.

<sup>12</sup> Art. 13 MSchG.

publiziert<sup>13</sup> und sind öffentlich zugänglich zu machen<sup>14</sup>. Markenregister sind heute über entsprechende Datenbanken öffentlich abrufbar<sup>15</sup>. In gewissen Fällen kann eine Marke, wenn die Schutzvoraussetzungen<sup>16</sup> erfüllt sind, urheberrechtlich geschützt sein (z.B. ein grafisch gestaltetes Logo oder ein Musikjingle). Ein solcher Urheberrechtsschutz führt dazu, dass die Marke auch nach urheberrechtlichen Kriterien zu beurteilen ist, denn eine Ausnahme vom urheberrechtlichen Schutz wie für Patentschriften<sup>17</sup> gibt es für urheberrechtliche Werke nicht.

## 2.1.2. Verwendung als Trainingsdaten

### 2.1.2.1. Urheberrecht

#### 2.1.2.1.1. Vervielfältigungsrecht

[7] Im Rahmen des Trainings von Anwendungen der künstlichen Intelligenz werden im Internet oder auf anderen Datenbanken vorgefundene Werke auf eigenen Medien abgespeichert und dabei vervielfältigt, sie werden analysiert und aufbereitet für Trainingszwecke, was die Anpassung der gefundenen Daten bzw. die Änderung der gefundenen Werke mit sich bringt sowie weitere partielle Vervielfältigungen von meist vorübergehender Dauer. Schliesslich erfolgt das Training, indem im Hinblick auf bestimmte Problemstellungen die aufbereiteten Daten auf statistische Wahrscheinlichkeiten von Buchstaben und Wörtern analysiert werden, was weitere Vervielfältigungen mit sich bringt.

[8] Als urheberrechtlich relevante Handlung gilt jede Verwendung des urheberrechtlich geschützten Werks<sup>18</sup>. Darunter fällt insbesondere auch das *Kopieren* von Werken<sup>19</sup>, was als umfassendes Vervielfältigungsrecht zu verstehen ist und körperliche wie unkörperliche sowie temporäre und dauerhafte Kopien dem Rechteinhaber vorbehalten<sup>20</sup>. Es fallen Vervielfältigungen in den Ausschliesslichkeitsbereich, die mittelbar oder unmittelbar dem Konsum des Werks dienen, mithin auch sämtliche Kopien, die beispielsweise im Rahmen der Internetnutzung eines Werks erstellt werden wie Upload, Kopien auf Servern, Download<sup>21</sup>. Urheberrechtlich frei ist demgegenüber der Werkgenuss, nämlich das Betrachten des Bildes, das Hören eines Musikstücks oder das Lesen eines Buchs<sup>22</sup>. Vervielfältigungen werden in der Regel erstellt, um einen Werkgenuss zu ermöglichen, sei es dass sie dafür erstellt werden (z.B. Aufzeichnung eines Musikstücks) oder dass sie bloss als «Zwischenstufe» dafür dienen (z.B. Vervielfältigungen auf Servern im Rahmen der Internetkommunikation). Ob eine Vervielfältigung den Genuss des Werks bezweckt oder nicht, spielt aus urheberrechtlicher Perspektive keine Rolle<sup>23</sup>, massgebend für die Beurteilung, ob eine

---

<sup>13</sup> Art. 38 MSchG.

<sup>14</sup> Art. 39 MSchG.

<sup>15</sup> Vgl. Schweiz : <https://www.swissreg.ch/srclient/faces/jsp/start.jsp>; WIPO: <https://rb.gy/v1hfch>.

<sup>16</sup> Vgl. vorne Rz. 4.

<sup>17</sup> Art. 5 lit. d URG.

<sup>18</sup> Art. 10 Abs. 1 URG.

<sup>19</sup> Art. 10 Abs. 2 Ziff. 1 URG.

<sup>20</sup> RETO HILTY, *Urheberrecht*, 2.A., Bern 2020, 301 ff.

<sup>21</sup> DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, *Das neue Urheberrechtsgesetz*, 4.A., Bern 2020, URG 10 N 16; MANFRED REHBINDER/LORENZ HAAS/KAI-PETER UHLIG, *Kommentar zum URG*, 4.A., Zürich 2022, URG 10 N 9 f.

<sup>22</sup> BARRELET/EGLOFF (Fn. 21), URG 10 N 8 ff.; HILTY (Fn. 20), 292 ff.

<sup>23</sup> Abzulehnen ist damit für das Schweizer Recht die Argumentation, wonach eine Vervielfältigung nur vorliege, wenn sie dazu dient, den Inhalt des Werks einem Dritten zugänglich zu machen und ihr in diesem Sinne ein wirt-

urheberrechtlich relevante Vervielfältigung vorliegt, ist einzig, ob sie einen Werkgenuss möglich macht, allenfalls auch unter Einbezug von technischen Hilfsmitteln<sup>24</sup>.

[9] Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Vervielfältigen von Werken zu Trainingszwecken in die Ausschliesslichkeitsrechte des Urhebers eingreift und dessen Erlaubnis voraussetzt. Anderes gilt nur für den Fall, dass eine *Schrankenregelung* des Urheberrechts greift und die Vervielfältigung zulässig werden lässt.

[10] Art. 19 URG sieht vor, dass der *Eigengebrauch* von Werken zulässig ist. Darunter fällt unter anderem der sogenannte *Privatgebrauch* von Werken, was eine Werkverwendung zu privaten Zwecken oder zugunsten der Familie oder eines engen Kreises von Freunden voraussetzt<sup>25</sup>. Ein solcher Privatgebrauch dürfte im Falle des Trainings von Lösungen künstlicher Intelligenz ausgeschlossen sein, da ein solches KI-Angebot regelmässig an eine Vielzahl von Personen adressiert ist und nicht bloss an einen kleinen Kreis von Freunden. Ebenso wenig wird der *schulische Gebrauch* als Variante des Eigengebrauchs anwendbar sein, da dieser auf schulische Unterrichtszwecke ausgerichtet ist<sup>26</sup>, was beim Training von Lösungen künstlicher Intelligenz nicht gegeben ist.

[11] Die dritte Unterform des Eigengebrauchs stellt der sog. *Gebrauch für betriebsinterne Zwecke* dar, der nur Vervielfältigungen, nicht aber andere Werknutzungen<sup>27</sup> umfasst, die für die betriebsinterne Information oder Dokumentation erstellt werden<sup>28</sup>. Dabei ist die Dokumentation dahingehend zu verstehen, dass Wissen, das in urheberrechtlichen Werken enthalten ist, zur allfälligen Wiederverwendung beispielsweise in einer Datenbank, auf welche nur Angehörige des Betriebs Zugriff haben, abgelegt wird, und Information meint, dass solches Wissen innerhalb des Betriebs weitergegeben werden kann<sup>29</sup>. Im Rahmen des Trainings von künstlicher Intelligenz sind diese Zwecksetzungen nicht erfüllt, vielmehr ist das Training auf das Anbieten der künstlichen Intelligenz und damit einer Dienstleistung gerichtet<sup>30</sup>. Abgesehen vom Zweck der Tätigkeiten ist zu beachten, dass nur betriebsinternes Handeln erlaubt ist. Mit anderen Worten wäre bloss ein Training einer künstlichen Intelligenz zulässig, wenn diese Lösung ausschliesslich betriebsintern verwendet, aber nicht betriebsexternen Dritten angeboten wird, was möglicherweise auf Grossunternehmen anwendbar sein könnte, aber selten der Fall sein wird<sup>31</sup>. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass auch bei zulässigem betriebsinternem Gebrauch ein Werk nicht vollständig oder

---

schaftlicher Wert zukommt, was eine technische Vervielfältigung erlauben würde, denn weder die geforderte Zweckgebundenheit, noch der wirtschaftliche Wert sind Kriterien, für die im Schweizer Recht für das Vorliegen einer unerlaubten Vervielfältigung ein Anhaltspunkt gefunden werden kann (SANDRA MARMY/ISABELLE OEHRI, Das Training künstlicher Intelligenz, sic! 2023, 655 ff, 658 f. mit weiteren Hinweisen).

<sup>24</sup> MARMY-BRÄNDLI/ OEHRI (Fn. 23), 658, welche zu Recht darauf hinweisen, dass ansonsten die Einführung von bestimmten neuen Gesetzesbestimmungen nicht notwendig gewesen wäre, so beispielsweise Art. 24a URG, der für flüchtige Kopien ohne wirtschaftliche Bedeutung, die im Rahmen von technischen Vorgängen notwendigerweise erstellt werden, eine Schranke vorsieht, oder Art. 24d URG, der für Vervielfältigungen im Rahmen von Dataming zugunsten wissenschaftlicher Forschung eine Schranke vorsieht.

<sup>25</sup> Art. 19 Abs. 1 lit. a URG.

<sup>26</sup> Art. 19 Abs. 1 lit. b URG.

<sup>27</sup> Kommt man zum Schluss, dass im Rahmen des Trainings künstlicher Intelligenz urheberrechtlich relevante Änderungen an einem Werk vorgenommen werden, kann nicht die Schranke des betriebsinternen Gebrauchs zur Freistellung dieser Änderungen angerufen werden, da Art. 19 Abs. 1 lit. b URG ausschliesslich Vervielfältigungen von Werkverletzungen ausnimmt.

<sup>28</sup> Art. 19 Abs. 1 lit. b URG.

<sup>29</sup> CHRISTOPH GASSER, Der Eigengebrauch im Urheberrecht, Bern 1997, 94 f.

<sup>30</sup> PHILIPP KÜBLER, Wie generative KI-Systeme Rechte nutzen (<https://medialex.ch/beitraege/philip-kuebler/>).

<sup>31</sup> MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 23), 660.

fast vollständig kopiert werden darf<sup>32</sup>, was aber zu Zwecken des Trainings von künstlicher Intelligenz regelmässig erfolgen wird. Weiter bleibt die Vervielfältigung von Werken der bildenden Kunst sowie von Musiknoten unzulässig<sup>33</sup> und diese dürften nicht als Trainingsdaten verwendet werden.

[12] Eine weitere Schranke, welche möglicherweise auf das Training von künstlicher Intelligenz Anwendung finden könnte, ist diejenige betreffend *flüchtige Vervielfältigungen*, wie sie etwa bei der Kommunikation über mehrere Server auf jedem Server erstellt werden. Solche flüchtigen Kopien sind erlaubt, wenn sie von vorübergehender Dauer sind, Teil eines technischen Verfahrens bilden, ausschliesslich der Übertragung in einem Netz oder einer anderen rechtmässigen Nutzung dienen und ihnen keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zukommt<sup>34</sup>. Diese Schranke anzuwenden, um das Training von künstlicher Intelligenz ohne Zustimmung des Rechteinhabers zu ermöglichen, wird in erster Linie daran scheitern, dass es sich nicht um eine Nutzung betreffend Übertragung in Netzen handelt und auch sonst keine rechtmässige Handlung vorliegt<sup>35</sup>. Trainingsverwertungen stehen in keinerlei Zusammenhang mit der Kommunikation in Netzen und eine rechtmässige Handlung liegt eben gerade nicht vor, vielmehr geht es um die Prüfung, ob diese Schranke das Training rechtmässig macht<sup>36</sup>. Das (Nicht-)Vorliegen der Voraussetzung, ob die Vervielfältigung während nur kurzer Dauer existiert<sup>37</sup>, wird von den technischen Gegebenheiten des Trainingssystems abhängen<sup>38</sup>. Während die Vervielfältigungen im Rahmen des Trainings Teil eines technischen Verfahrens darstellen<sup>39</sup>, ist wiederum fraglich, ob den Vervielfältigungen keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung<sup>40</sup> zukommt. Bei dieser Voraussetzung geht es darum, ob die mittels der über die Schranke privilegierten Kopien die normale Auswertung des Werks beeinträchtigt wird, was dann der Fall ist, wenn die Kosten für die Beschaffung des Werks eingespart werden wollen<sup>41</sup>. Dieses Verständnis zugrunde gelegt, dürfte einer Vervielfältigung im Rahmen des Trainingsprozesses regelmässig eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zukommen, denn indem sie sich auf die Schranke berufen, wollen sie die Bezahlung einer Lizenzgebühr sparen und auch wenn sie ohne Einsparabsicht handeln sollten, sparen sie dennoch tatsächlich die Lizenzgebühr ein<sup>42</sup>.

[13] Schliesslich kommt noch die Schrankenbestimmung der *Verwendung von Werken zum Zweck der wissenschaftlichen Forschung*<sup>43</sup> als Schranke zugunsten des Trainings von künstlicher Intelligenz in Frage. Wie schon im Titel der Bestimmung klar gemacht, geht es um den Zweck der wissenschaftlichen Forschung. Als wissenschaftliche Forschung im Sinne dieser Bestimmung qualifiziert nicht bloss Grundlagenforschung von Hochschulen, sondern auch von privatwirtschaftlichen Unternehmen getätigte wissenschaftliche Forschung, welcher kommerzielle Zwecke zu-

---

<sup>32</sup> Art. 19 Abs. 3 lit. a URG.

<sup>33</sup> Art. 19 Abs. 3 lit. b und c URG.

<sup>34</sup> Art. 24a URG.

<sup>35</sup> Art. 24a lit. c URG.

<sup>36</sup> MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 23), 661.

<sup>37</sup> Art. 24a lit. a URG.

<sup>38</sup> MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 23), 660 mit weiteren Hinweisen.

<sup>39</sup> Art. 24a lit. b URG.

<sup>40</sup> Art. 24a lit. d URG.

<sup>41</sup> BARRELET/EGLOFF (Fn. 21), URG 24a N 7; MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 23), 661.

<sup>42</sup> Ähnlich MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 23), 661 mit weiteren Hinweisen.

<sup>43</sup> Art. 24d URG.

grunde liegen<sup>44</sup>. Beim Training von künstlicher Intelligenz stellt sich somit die Frage, welche Zwecke im Vordergrund stehen. Das Training von künstlicher Intelligenz als solches qualifiziert nicht als wissenschaftliche Forschung. Wird auf den mit der Anwendung der künstlichen Intelligenz verfolgten Zweck abgestellt, dürfte bei vielen Angeboten künstlicher Intelligenz ebenso wenig der Zweck wissenschaftlicher Forschung im Vordergrund stehen. Erst wenn die Anwendung der wissenschaftlichen Forschung dient, kann die Schrankenbestimmung angewandt werden<sup>45</sup>. Ist der Zweck der wissenschaftlichen Forschung gegeben, dürfen Vervielfältigungen erstellt werden, soweit diese für ein technisches Verfahren notwendig sind<sup>46</sup>, was beim Training künstlicher Intelligenz der Fall sein wird. Schliesslich verlangt die Schranke, dass zu den Werken, die kopiert werden, ein rechtmässiger Zugang bestehen muss<sup>47</sup>. Ein solcher rechtmässiger Zugang besteht sicherlich vordergründig nicht, vielmehr soll die Verwendung über die Anwendung der Schrankenbestimmung urheberrechtlich freigestellt werden. Der verlangte rechtmässige Zugang könnte nur darüber konstruiert werden, dass der Zugang zu digitalen Inhalten, welche im Internet frei verfügbar sind, impliziert lizenziert werden<sup>48</sup>. Die Annahme, dass Rechteinhaber, die ihre Werke online zur Verfügung stellen, davon ausgehen, dass diese für das Training von künstlicher Intelligenz genutzt werden, erscheint zu ergebnisorientiert zu sein und ist daher abzulehnen<sup>49</sup>. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb nur für Verwendungen der wissenschaftlichen Forschung der rechtmässige Zugang über eine implizite Lizenz gewährt werden soll, diese Grenzen müssten aber klar sein, sonst würde mit Bezug auf sämtliche online zur Verfügung gestellten Inhalte eine implizite Lizenz zur Vervielfältigung und möglicherweise anderen Werkverwendungen bestehen. Aber auch, wenn ein rechtmässiger Zugang bestehen sollte, bleiben Verwendungen für ein Training von künstlicher Intelligenz unter dieser Schranke nur eingeschränkt auf den Zweck der wissenschaftlichen Forschung erlaubt.

[14] Greift keine Schrankenregelung, bleibt es dabei, dass der Rechteinhaber jeder Vervielfältigung, die zu Trainingszwecken gemacht wird, zustimmen muss. Eine solche *Zustimmung des Rechteinhabers* ist aufgrund der heutigen Rechtslage für jeden Einzelfall einzuholen. Diese Lösung dürfte von Anbietern von Lösungen der künstlichen Intelligenz als zu kompliziert und ineffizient beurteilt werden. Sollte der Gesetzgeber diese Ansicht aufnehmen, steht es ihm frei, eine *gesetzliche Lizenz* zugunsten des Trainings von künstlicher Intelligenz zu schaffen. Allerdings wäre damit erst die erste Hälfte der Lösung geschaffen. Die effiziente Regelung der Vergütungen, die im Rahmen der gesetzlichen Lizenz zu zahlen wären, setzte eine Lösung im Rahmen der kollektiven Verwertung von Urheberrechten voraus, was ebenfalls gesetzlich vorzusehen wäre. Auf diese Weise würde möglich gemacht, dass das Training künstlicher Intelligenz aus der rechtli-

---

<sup>44</sup> HILTY (Fn. 20), 514.

<sup>45</sup> IVAN CHERPILLOD, *Intelligence artificielle et droit d'auteur*, sic ! 2023, 446 ff., 447; REHBINDER/HAAS/UHLIG (Fn. 21), URG 24d N 6; MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 23), 662; weitergehend FLORENT THOUVENIN/PETER PICT, *AI & IP: Empfehlungen für Rechtssetzung, Rechtsanwendung und Forschung zu den Herausforderungen an den Schnittstellen von Artificial Intelligence (AI) und Intellectual Property (IP)*, sic! 2023, 515 ff., 516.

<sup>46</sup> Die Formulierungen in den drei Landessprachen weichen voneinander ab; vgl. HILTY (Fn. 20), 522.

<sup>47</sup> BARRELET/EGLOFF (Fn. 21), URG 24a N 7.

<sup>48</sup> So MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 23), 663. Die Autorinnen halten weiter dafür, dass auch AGB, die den Zugang zu Werken bzw. deren Verwendung als Trainingsdaten verbieten, als auch technische Schutzmassnahmen, welche einem Zugang oder einer Vervielfältigung entgegenstehen, den rechtmässigen Zugang nicht verhindern und damit die Anwendung der Schrankenbestimmung nicht ausschliessen.

<sup>49</sup> MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 23), 663, nehmen in diesem Zusammenhang Bezug, dass diese Werke auch frei konsumiert werden können. Dies ist richtig, weil der Werkgenuss per se frei ist. Diese Bezugnahme ist daher für die Konstruktion einer impliziten Lizenz nicht zulässig.

chen Unzulässigkeit gehoben und zugleich eine gesamtwirtschaftlich effizientere Lösung gefunden würde. Als Nachteil wäre eine weitere Kollektivierung von individuellen Rechten und ihrer Verwertung festzustellen.

#### 2.1.2.1.2. Änderungsrecht

[15] Das Trainieren künstlicher Intelligenz bringt auch die *Veränderung von urheberrechtlich geschützten Werken* mit sich<sup>50</sup>. Auch dieses Recht ist exklusiv dem Inhaber der Urheberrechte vorbehalten<sup>51</sup>. Der Schutzbereich eines Werks wird durch dessen individuellen Charakter bestimmt, den es im Gesamtzusammenhang des Werks zu beachten gilt. Erst wenn eine Umgestaltung durch einen Dritten den so verstandenen individuellen Charakter des vorbestehenden Werks verblasen lässt, liegt keine Urheberrechtsverletzung vor<sup>52</sup>. Ansonsten ist der Schutzbereich verletzt und vom Rechteinhaber die Erlaubnis zur Nutzung einzuholen.

[16] Da sich der Schutz eines urheberrechtlichen Werks auch auf einzelne Teile davon bezieht, soweit diesen Teilen individueller Charakter zukommt, ist die Frage nach der Zulässigkeit der Nutzung von Werken zu Trainingszwecken eine solche nach der Granularität der Teile der Werke, die genutzt werden. Je kleiner diese Teile sind, desto weniger dürfte ihnen individueller Charakter zukommen, weshalb ihre Verwendung und ihre Veränderung zulässig werden kann.

#### 2.1.2.2. Patentrecht

[17] Die Publikation von Patenten bezweckt die allgemeine Offenlegung der darin enthaltenen technischen Erfindung, weshalb sie im Hinblick auf die Förderung des technischen Fortschritts geradezu verwendet werden soll. Entsprechend ist sie auch des urheberrechtlichen Schutzes nicht teilhaftig<sup>53</sup>. Geschützt zugunsten des Patentinhabers ist die *gewerbliche Verwendung der im Patent wiedergegebenen Erfindung*<sup>54</sup>. Das Gesetz stellt klar, dass als benützen das «Herstellen, das Lagern, das Anbieten, das Inverkehrbringen, die Ein-, Aus- und Durchfuhr sowie der Besitz zu diesen Zwecken» qualifiziert<sup>55</sup>. Dem Patentinhaber ist somit insbesondere die Ausführung der Erfindung vorbehalten, nicht aber die Verwendung der Patentschrift.

[18] Daraus ergibt sich, dass künstliche Intelligenz auf Patentdatenbanken zugreifen und die dort vorhandenen Daten für Trainingszwecke verwenden darf. Die Patentinhaber können sich gegen eine solche Verwendung nicht zur Wehr setzen.

#### 2.1.2.3. Markenrecht

[19] Dem Markeninhaber ist die Verwendung seiner Marke zur *Kennzeichnung von Waren und Dienstleistungen im geschäftlichen Verkehr* vorbehalten<sup>56</sup>. Andere Verwendungen der öffentlich pu-

---

<sup>50</sup> Vorne, Rz. 15.

<sup>51</sup> HILTY (Fn. 20), 373.

<sup>52</sup> HILTY (Fn. 20), 376 ff.

<sup>53</sup> Art. 5 lit. d URG.

<sup>54</sup> Art. 8 Abs. 1 PatG.

<sup>55</sup> Art. 8 Abs. 2 PatG.

<sup>56</sup> Art. 12 MSchG.

blizierten Marken sind dem Markeninhaber nicht vorbehalten. Mit anderen Worten kann künstliche Intelligenz auf Markenregister zugreifen, um sich zu trainieren. Die einzige Einschränkung, welche gemacht werden muss, ist, dass dies nicht zutrifft, wenn eine Marke urheberrechtlich geschützt ist. Mit Bezug auf solche Marken gilt, was für urheberrechtlich geschützte Werke ausgeführt worden ist<sup>57</sup>.

## 2.2. Prompt

[20] Ab und an wird angesprochen, ob die Eingabe in das System künstlicher Intelligenz im Zusammenhang mit der immaterialgüterrechtlichen Beurteilung von Relevanz sei. Dieser Input, der vom Nutzer der künstlichen Intelligenz eingegeben wird, kann immaterialgüterrechtlich geschützte Inhalte aufweisen. Insbesondere kann es sich um urheberrechtlich geschützte Texte, Bilder, Melodien etc. handeln. Der Nutzer sollte die Erlaubnis haben, solche urheberrechtlich geschützten Werke zu verwenden, ansonsten er sich gegenüber den Rechteinhabern sowie allenfalls gegenüber dem Anbieter der künstlichen Intelligenz haftbar machen kann.

[21] Was den Output der künstlichen Intelligenz angeht, hat der Prompt nach der hier vertretenen Ansicht grundsätzlich keinen Einfluss. Wird der Prompt im Sinne eines Auftrags an das System verstanden, einen Output zu liefern, ist dieser Auftrag nur dann von Einfluss auf die immaterialgüterrechtliche Situation, wenn er so detailliert ist, dass er den Outcome in wesentlichen Punkten bestimmt und beispielsweise den individuellen Charakter eines urheberrechtlichen Werks (mit)prägt. In der Regel werden aber Prompts auf einer höheren Abstraktionsebene bleiben, so dass der Nutzer am Output keine Immaterialgüterrechte hält.

## 3. Outputseite

[22] Nachfolgend geht es um die Prüfung, ob Systeme der künstlichen Intelligenz an dem von ihnen produzierten Output Immaterialgüterrechte erhalten können. Die Inhalte des Outputs sind grundsätzlich immaterialgüterrechtsfähig. Es handelt sich um Texte, Melodien, Bilder etc., die urheberrechtsfähig sein können, eine technische Weiterentwicklung, die Gegenstand eines Patents bilden kann, oder um ein Logo, das als Marke hinterlegt werden kann.

### 3.1. Formelle Neuheit

[23] Damit Immaterialgüterrechte entstehen, ist Voraussetzung, dass das Neue nicht identisch ist mit allem Vorbestehendem. Im *Patentrecht* ist dies ausdrücklich im Gesetz festgehalten<sup>58</sup>; gleiches gilt für das *Markenrecht*<sup>59</sup>. Für das *Urheberrecht* lässt sich keine vergleichbare Bestimmung finden,

---

<sup>57</sup> Vgl. vorne, Rz. 7 ff.

<sup>58</sup> Art. 1 Abs. 1 PatG, wonach Patente für «*neue gewerblich anwendbare Erfindungen*» erteilt werden. Neuheit wird definiert als alles, was nicht dem Stand der Technik zuzurechnen ist (Art. 7 Abs. 1 PatG).

<sup>59</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. a MSchG schliesst mit älteren Marken identische Zeichen vom Schutz aus, allerdings nur im Rahmen der relativen Ausschlussgründe, die vom Inhaber des älteren Zeichens geltend gemacht werden müssen.

die Rechtsprechung scheint aber eine solche über das Kriterium der Einmaligkeit zu verlangen, was in der Lehre aber nicht unumstritten ist<sup>60</sup>.

[24] Für Anwendungen künstlicher Intelligenz dürfte es keine Herausforderung darstellen, den Output so darzustellen, dass er sich vom Input unterscheidet.

### 3.2. Materielle Neuheit

[25] Relevanter dürfte die Prüfung des Kriteriums der materiellen Neuheit sein. Für das *Urheberrecht* stellen die für den Schutz verlangte *geistige Schöpfung* und der *individuelle Charakter* die materielle Neuheit dar<sup>61</sup>. Das Werk muss von einem menschlichen Geist geschaffen sein und muss sich gegenüber dem Fundus des Vorbekanntes in einer Art unterscheiden, dass gesagt werden kann, ein anderer Mensch hätte das Werk anders geschaffen<sup>62</sup>. Während der individuelle Charakter anhand des von der künstlichen Intelligenz gelieferten Outputs beurteilt werden muss, was nur im Einzelfall beurteilt werden kann, wirft die Voraussetzung der geistigen Schöpfung gerade im Zusammenhang mit dem Einsatz von Computern bei der Werkschaffung grössere Probleme auf. Ist ein Werk ohne oder nur mit geringem menschlichem Input von einem Computer geschaffen worden («computer-generated work»), liegt keine menschliche Schöpfung vor. Demgegenüber führt der Einsatz von Computern als Hilfsmittel bei der Schöpfung von Werken («computer-aided works») noch nicht zum Wegfall eines möglichen Urheberrechtsschutzes (z.B. Einsatz von Computerprogrammen beim Zeichnen einer Grafik oder dem Erstellen eines Textes). Massgebend für das Vorliegen einer geistigen Schöpfung ist, dass ein Mensch das fragliche Werk geprägt und ihm individuellen Charakter verliehen hat<sup>63</sup>. Dieses Erfordernis dürfte beim Output von künstlicher Intelligenz in den meisten Fällen nicht erfüllt sein. Der Output ist von Computerprogrammen geprägt, die aufgrund eines Posts selbständig ablaufen. Es sind demnach diese Programme, welche den individuellen Charakter prägen, so denn ein solcher vorliegt. Der Post ist auf den Output von nur geringem Einfluss, weshalb nicht dieser bzw. der den Post verfassende Nutzer den Output prägt<sup>64</sup>. In der Regel wird daher dem Output von künstlicher Intelligenz kein Urheberrechtsschutz zukommen.

[26] Mit Bezug auf das *Patentrecht* gilt, dass nur die Erfindungen geschützt sind, die sich *nicht in nahe liegender Weise aus dem Stand der Technik ergeben*<sup>65</sup>. Im Anmeldezeitpunkt des Patents darf die Erfindung aufgrund des Standes der Technik für einen Fachmann nicht nahe gelegen haben. Ob diese Voraussetzung mit Bezug auf den Output von künstlicher Intelligenz gegeben ist, muss in jedem Einzelfall beurteilt werden. Es ist nicht ersichtlich, weshalb künstliche Intelligenz nicht patentierbare Erfindungen schaffen können soll.

[27] Eine *Marke* darf nicht mit vorbestehenden Marken *verwechselbar* sein, sonst kann sie vom Inhaber des älteren Zeichens für ungültig erklärt werden<sup>66</sup>. Auch hier gilt, dass der Output von

---

<sup>60</sup> HILTY (Fn. 20), 157 mit weiteren Hinweisen.

<sup>61</sup> Art. 2 Abs. 1 URG.

<sup>62</sup> Ähnlich HILTY (Fn. 20), 158 f.

<sup>63</sup> HILTY (Fn. 20), 152.

<sup>64</sup> Vorne, Rz. 20 f.

<sup>65</sup> Art. 1 Abs. 2 PatG.

<sup>66</sup> Art. 3 MSchG.

künstlicher Intelligenz durchaus ein solches Zeichen schaffen kann, das einen genügenden Abstand zu den vorbestehenden Marken einhält; es bleibt jeweils der Einzelfall zu prüfen.

### 3.3. Schöpferprinzip

[28] Das Schöpferprinzip besagt, dass die natürliche Person, die ein Werk schafft, daran aufgrund ihres Schöpfungsaktes Rechte hält. Die Rechte unterscheiden sich, ob es um das Urheberrecht oder um Registerrechte geht.

[29] Im *Urheberrecht* steht von Gesetzes wegen der natürlichen Person, die ein Werk schafft, die originäre Rechteinhaberschaft zu<sup>67</sup>. Andere natürliche oder juristische Personen erwerben Rechte am Werk nie originär, sondern bloss derivativ vom Urheber. Wirken mehrere Personen zusammen und prägen je den individuellen Charakter des Werks, werden sie beide Miturheber, aber auch in einem solchen Fall muss es sich um natürliche Personen handeln<sup>68</sup>. Was Werke angeht, die von der künstlichen Intelligenz geschaffen werden, ist mangels der Schöpfung durch eine natürliche Person ein Urheberrechtsschutz nicht möglich<sup>69</sup>.

[30] Im *Patentrecht* wird verlangt, dass die natürliche Person des Erfinders ins Patentregister einzutragen ist<sup>70</sup>, ausser der Erfinder hätte auf diesen Eintrag verzichtet<sup>71</sup>. Weitere Rechtsfolgen werden an diesen Eintrag nicht geknüpft, weshalb auch eine andere natürliche Person eingetragen werden kann. Ohnehin ist es aufgrund der heutigen arbeitsteiligen Welt selten noch eine natürliche Person, die eine patentierbare Erfindung macht, insofern hat sich dieses Erfordernis etwas überlebt. Was die Patentierung des Outputs von künstlicher Intelligenz angeht, könnte der Patentinhaber<sup>72</sup> jemanden als Erfinder eintragen lassen, der massgeblich mitgewirkt hat.

[31] Im *Markenrecht* findet sich keine Regel mehr, welche das Schöpferprinzip abbildet und damit die Involvierung natürlicher Personen voraussetzt. Der Output von künstlicher Intelligenz kann als Marke hinterlegt werden.

### 3.4. Fazit

[32] Was den Output von künstlicher Intelligenz angeht, zeigt sich, dass ein Urheberrechtsschutz nicht möglich ist, ein Patent- und Markenschutz hingegen schon. Für viele Outputs würde aber ein Urheberrechtsschutz im Vordergrund stehen, was die Frage nach der Anpassung der Rechtslage aufwirft. Demgegenüber darf zu bedenken gegeben werden, ob der Output künstlicher Intelligenz tatsächlich des urheberrechtlichen Rechtsschutzes bedarf. Das Urheberrecht schützt Leistungen der Literatur und Kunst zugunsten der Schöpfer dieser Leistungen, damit diese ein Aus-

---

<sup>67</sup> Art. 6 URG.

<sup>68</sup> Art. 7 URG.

<sup>69</sup> HILTY (Fn. 20), N 255.

<sup>70</sup> Art. 5 PatG.

<sup>71</sup> Art. 6 PatG.

<sup>72</sup> Relevanter als die Frage nach dem Erfinder dürfte die Frage sein, wer *Patentinhaber* wird: Der Nutzer mit einem detaillierten Prompt oder der Anbieter der Anwendung der künstlichen Intelligenz. Es ist davon auszugehen, dass diese Frage in den Nutzungsbedingungen der künstlichen Intelligenz geregelt wird. Ansonsten ist die Frage danach zu beurteilen, wer den nicht-naheliegenden Schritt für sich beanspruchen kann, was abgesehen von detaillierten Prompts der Anbieter der künstlichen Intelligenz sein dürfte.

kommen generieren können. Die Anbieter von Anwendungen künstlicher Intelligenz halten Urheberrechte mit Bezug auf die von ihnen geschriebenen Computerprogramme und können diese verwerten. Angesichts dieser Situation erscheint es fragwürdig, ob auch der Output dieser Computerprogramme zusätzlich urheberrechtlich geschützt werden muss.

---

Dr. iur. MATHIS BERGER, LL.M., Lehrbeauftragter an der Uni Zürich, Vorsitzender Herausgeber der Zeitschrift sic!, Partner bei Nater Dallafior Rechtsanwälte AG, Zürich.