

IV. Die Verantwortlichkeit des Verwenders

Wenn von einer KI ein hohes Schädigungspotenzial ausgeht, diese selbst aber nicht verantwortlich sein kann, drängt sich die Frage nach den Voraussetzungen der Strafbarkeit der Menschen hinter der KI auf. Verletzt zB ein künstlich intelligenter Roboter einen Menschen, wird zunächst der Verwender³⁸⁴ des Roboters ins Zentrum der Aufmerksamkeit rücken. Immerhin verfügt dieser unmittelbar über den Roboter und derjenige, der eine gefährliche Sache zu seinem Vorteil nutzt, hat andere vor den Risiken der Sache zu schützen.³⁸⁵

Probleme bei der Begründung einer Strafbarkeit des Verwenders von KI können bereits bei der Ermittlung des schadensbegründenden Verhaltens bestehen, wenn unklar ist, ob dieses in einem aktiven Tun oder einem Unterlassen liegt (Kap IV.2 und IV.3). Im Rahmen von Unterlassungen stellt sich wiederum *va* die Frage, woraus Garantenstellungen des Verwenders im Einzelfall resultieren können, welche konkreten Pflichten sich aus diesen ergeben und inwiefern der Verwender noch in der Lage ist, diesen nachzukommen (Kap IV.3.1 und IV.3.2). Auch die Abgrenzung zwischen (bedingt) vorsätzlichem (Kap IV.4.1) und (bewusst) fahrlässigem Handeln (Kap IV.4.2) sowie die Bestimmung der objektiven Sorgfaltswidrigkeit von Handlungen des Verwenders (Kap IV.5) kann Schwierigkeiten bereiten. Im Rahmen von Erfolgsdelikten ist wiederum genau zu prüfen, ob der eingetretene Erfolg, wie zB eine Verletzung durch einen künstlich intelligenten Roboter, auf das Verhalten des Täters kausal rückführbar (Kap IV.6) und diesem objektiv zurechenbar ist (Kap IV.7). Zudem muss die Tat rechtswidrig³⁸⁶ und schuld-

384 Die Bezeichnung „Verwender“ wird im Zuge der Arbeit sowohl für private Endnutzer als auch für kommerzielle Nutzer (oft auch als „Betreiber“ bezeichnet) verwendet. Zum Begriff des „Betreibers“ vgl zB Art 3 Abs 1 Z 4 AI-Act idF P9_TA(2023)0236.

385 Siehe zur Verantwortung für Gefahrenquellen näher unter IV.3.1.4. Ähnlich in Bezug auf die Verantwortung beim automatisierten Fahren auch *Gless/Janal*, JR 2016, 561 (562).

386 Da sich im Zuge der Verwendung von KI keine großen Besonderheiten in Bezug auf die Rechtswidrigkeit ergeben, wird diese nicht gesondert behandelt. Unter

haft, dh ohne das Vorliegen von Rechtfertigungs-, Schuldausschließungs- oder Schuldaufhebungsgründen, begangen worden sein (Kap IV.8).

Vor diesem Hintergrund ist zu klären, ob der Verwender für gewissermaßen „eigenständige“ Entscheidungen von KI belangt werden kann oder ob dessen Verantwortung aufgrund der Unvorhersehbarkeit und Autonomie von KI womöglich im Einzelfall entfällt.

1. Tatbestandsmäßige Handlungen des Verwenders

Zentrales Merkmal jeder Straftat ist die willensgesteuerte Handlung.³⁸⁷ Im Schrifttum wird diesbezüglich die Frage aufgebracht, ob im Rahmen der Interaktion von Mensch und KI einzelne Handlungen noch als vom menschlichen Willen gesteuert bezeichnet werden können, wenn diese zu einem großen Teil von KI abhängen.³⁸⁸

„Hitler was right I Hate the jews.“, „This [ein Hakenkreuzbild] is not merely a photograph – This is an artistic masterpiece“, „Bush did 9/11 and Hitler would have done a better job than the monkey we have now. donald trump is the only hope we’ve got.“ – Diese und ähnliche Aussagen tätigte der Chatbot Tay auf einer bekannten Internetplattform.³⁸⁹ An sich erfüllen derartige Äußerungen den Tatbestand des § 3d bzw subsidiär § 3g VerbotsG. Sollte Tay – oder ein anderer Chatbot – diese vollkommen eigenständig und ohne willensgesteuerte Handlung des Verwenders³⁹⁰ tätigen, könnte der Verwender nicht für den Verstoß gegen das VerbotsG belangt werden. Generiert ein Chatbot, wie Tay, mittels Reinforcement Learning und mathematischen Wahrscheinlichkeitsmodellen aus Texten anderer Plattformnutzer eigene Beiträge, bewegen sich die Aktionen des Chatbots weit weg von der Handlung desjenigen, der den Chatbot ursprünglich eingesetzt hat. Dennoch bestimmt der Verwender nach wie vor die Grundbedingungen des Einsatzes des Chatbots. Er wählt, auf welchen Plattformen dieser agieren soll und welche Themen dieser be-

IV.4.1.2 wird nur die Frage herausgegriffen, ob Notwehr gegen KI geübt werden könnte. Unter VII.2.3.4 wird zudem auf die Rechtfertigung des Verwenders im Rahmen von Dilemmata eingegangen, wenn die Letztentscheidung des Leben-gegen-Leben-Problems im Einzelfall dem Verwender übertragen wird.

387 Siehe dazu bereits unter III.5.4.1.1.

388 Vgl zB Beck, ZIS 2020, 41 (45). Siehe dazu auch bereits unter II.7.5.

389 Vgl Robbphoenix, Best (Worst?) of Tay (Microsoft’s rogue AI), imgur.com (24.3.2016).

390 Eingesetzt werden Chatbots zB als Assistenten auf Kaufplattformen. In diesem Fall stellt sich neben der Frage der Strafbarkeit des Herstellers des Chatbots auch die Frage nach der Strafbarkeit des Verwenders.

handelt. Ebenso legt er dessen Aktivierungs- und Deaktivierungszeitpunkt fest. Dadurch beeinflusst er das Geschehen – trotz eigenständigen Verhaltens des Chatbots – nach wie vor maßgeblich. Der Einsatz bzw die nicht rechtzeitige Deaktivierung des Chatbots ist dem Verwender als Handlung zurechenbar.³⁹¹ Insofern besteht in der Aktivierung bzw der unterlassenen Deaktivierung des Chatbots nach wie vor eine willensgesteuerte Handlung, die Grundlage für eine Straftat bilden kann und unter bestimmten Voraussetzungen auch zur Strafbarkeit führt.³⁹²

Ein weiteres Beispiel für die Diffusion von menschlicher und „künstlich intelligenter“ Handlung ist das Zusammenwirken von Mensch und KI im Rahmen des teilautonomen Fahrens. Etwa, wenn der Insasse des Fahrzeugs während der Fahrt schläft und das teilautonome Fahrzeug selbst auf Basis künstlich intelligenter Algorithmen sämtliche Fahrfunktionen ausführt. In dieser Situation handelt der Verwender zweifelsfrei nicht aktiv. Dennoch liegt zumindest in der Inbetriebnahme des Fahrzeugs eine menschliche Handlung. Ebenso unterlässt der Verwender ein gebotenes Tun, wenn er entsprechende Überwachungs- und Übersteuerungspflichten nicht wahrnimmt.³⁹³

Es wäre mE daher falsch davon auszugehen, dass das zum Teil eigenständige Agieren von KI keinen Rückschluss auf willensgesteuerte Handlungen des Verwenders mehr zulässt. Sowohl in der Aktivierung von KI als auch in der Unterlassung von Gefahrenabwehrmaßnahmen³⁹⁴ liegen nach wie vor willensgesteuerte Handlungen des Verwenders, die die Grundlage für eine strafbare Handlung bilden können. Eine Anpassung des Strafrechts dahingehend, dass nicht mehr an eine konkrete Handlung, sondern an die „Her-

391 Vgl dazu auch *Volkman*, Hate Speech durch Social Bots, Strafrechtliche Zurechnung von Volksverhetzungen gem. § 130 Abs 1 StGB, MMR 2018, 58 (60); weiters zur Behandlung von Social Bots im Strafrecht *Reinbacher*, Social Bots aus strafrechtlicher Sicht, in *Beck/Kusche/Valerius* (Hrsg), Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht, Festgabe zum 10-jährigen Bestehen der Forschungsstelle RobotRecht, Robotik und Recht XX (2020) 457 und *Beck*, Digitale Rekonstruktionen von „Wirklichkeit“. Social Bots und gekaufte Follower als betrugsrelevante Täuschungen, in *Beck/Kusche/Valerius* (Hrsg), Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht, Festgabe zum 10-jährigen Bestehen der Forschungsstelle RobotRecht, Robotik und Recht XX (2020) 403.

392 Die Strafbarkeit des Verwenders eines solchen Bots wird praktisch mangels Vorsatzes jedoch oft ausscheiden, wenn der Social Bot nicht gezielt in einschlägigen Foren eingesetzt wird, in denen der Verwender derartige Vorgänge ernstlich für möglich hält. Siehe dazu auch unter IV.4.

393 Vgl *Beck*, ZIS 2020, 41 (45).

394 Keine willensgesteuerte Handlung des Verwenders liegt vor, wenn die KI den Verwender übersteuern sollte. Dazu auch *Beck*, ZIS 2020, 41 (45).

beiführung von bestimmten Situationen und Entwicklungen“ bzw an spezifische „Interessen“ oder „Machtpositionen“ anzuknüpfen wäre,³⁹⁵ ist daher mMn trotz des Zusammenspiels von menschlicher und künstlich intelligenter Handlung nicht angezeigt. Eine solche wäre kaum begründbar und würde die Prinzipien des heutigen Strafrechts weit hinter sich lassen.

2. Aktives Tun des Verwenders

Wurde eine willensgesteuerte Handlung identifiziert, ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, in welcher Verhaltensform diese begangen wurde. Tatbestandsverwirklichungen können sowohl in einem aktiven Tun als auch in einem Unterlassen liegen. Aktives Tun ist gegeben, wenn in einen Kausalverlauf eingegriffen wird, während bei der Unterlassung kein Eingriff in diesen erfolgt. Strafrechtlich relevant ist nur aktives Tun, das eine durch einen Tatbestand verpönte Gefahr schafft, sowie das Unterlassen einer Handlung, die aufgrund einer besonderen Pflicht geboten gewesen wäre.³⁹⁶ Bei gemischten Verhaltensweisen ist wiederum zu trennen, ob zur Begründung der Strafbarkeit an ein aktives Tun oder ein Unterlassen anzuknüpfen ist.³⁹⁷ Lassen sich Verhaltensweisen sinnvoll trennen, weil sie zB in mehreren zeitlich getrennten Phasen erfolgen, sind sie je nach ihrer Eigenschaft als aktives Tun oder Unterlassen zu werten.³⁹⁸ Ist eine Verhaltensweise mehrdeutig und lässt sie sich nicht sinnvoll in ein Tun und ein Unterlassen aufspalten, sind die beiden Handlungsformen nach hA nach dem *Grundsatz der Subsidiarität des Unterlassens* bzw des *Primats des Tuns* zu beurteilen.³⁹⁹ Davon bestehen jedoch Ausnahmen: An das Unterlassen ist auch dann anzuknüpfen, wenn diesem im Rahmen mehrdeutiger Geschehen ein eigenständiger Unwert zukommt oder das aktive Tun mangels Tatbestandsmäßigkeit, Rechts-

395 Vgl diese Idee in den Raum stellend *Beck*, ZIS 2020, 41 (49).

396 *Fuchs/Zerbes*, AT I¹¹ Kap 9 Rz 1; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁶ Rz 7.16 f; vgl auch *Stricker* in *Leukauf/Steinger*, StGB Online⁴ Vor § 1 Rz 8; *Lehmkuhl* in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² § 2 Rz 22 (Stand 1.10.2022, rdb.at).

397 *Lehmkuhl* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 2 Rz 23.

398 *Lehmkuhl* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 2 Rz 27.

399 RIS-Justiz RS0089526; ua OGH 13 Os 109/85 SSt 57/1 = ÖJZ-LSK 1986/53 = ZVR 1986/143 (zust *Kienapfel*); OGH 14 Os 89/15t JBl 2016, 739 (*Tipold*); auch *Fuchs/Zerbes*, AT I¹¹ Kap 37 Rz 15; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁶ Rz 29.25; *Seiler*, AT I⁴ Rz 119; *Triffterer*, AT² Kap 14 Rz 12. Eine andere Ansicht geht (va in Deutschland) von der Theorie des Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit aus. Grundlegend BGH GSSt 3/53 BGHSt 6, 46. Zur Abgrenzung der Theorien siehe *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁶ Rz 29.25; *Lehmkuhl* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 2 Rz 32. Im Zuge dieser Arbeit wird auf die Theorie des Primats des Tuns abgestellt.

widrigkeit und/oder Schuld nicht strafbar ist.⁴⁰⁰ Man spricht deshalb korrekterweise vom *Primat des strafausschöpfenden Tuns*.⁴⁰¹

Ein aktives Tun des Verwenders liegt entsprechend den soeben skizzierten Grundsätzen in der Aktivierung einer KI.⁴⁰² Auch die bewusste Beeinflussung der Steuerungsmechanismen einer KI durch verwendungswidrige Softwareänderungen oder nachträgliche Eingriffe in deren Arbeitsvorgang stellen ein aktives Tun dar. Ein Beispiel dafür ist die Übersteuerung einer KI, die auf menschliche Eingaben angewiesen ist.⁴⁰³

Aktiv handelt der Verwender, der einen potenziell für die körperliche Unversehrtheit gefährlichen, künstlich intelligenten Roboter ohne entsprechende Sicherheitsvorkehrungen direkt neben Dritten aktiviert;⁴⁰⁴ ebenso der Verwender, der eine künstlich intelligente Kampfdrohne nahe Zivilgebieten startet oder einen künstlich intelligenten Fahrassistenten auf einer für diesen nicht zu bewältigenden Strecke in Betrieb nimmt.⁴⁰⁵ In derartigen Fällen bilden das Tun (in Form des Verbringens der KI an den entsprechenden Einsatzort und die folgende Aktivierung) und die Unterlassung (in Form der Abstandnahme von Sicherheitsmaßnahmen) ein „einheitliches Gesamtgeschehen“ und sind daher als ein einheitlicher Vorgang zu beurteilen.⁴⁰⁶ Das aktive (wenn auch oft nur fahrlässige) Tun wird in diesen Fällen als tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft zu qualifizieren sein und dessen Unrecht wird das Unrecht des nachträglichen Unterlassens der Gefahrenabwehr mitumfassen.⁴⁰⁷

400 Dazu näher Kienapfel/Höpfel/Kert, AT¹⁶ Rz 29.26 ff; Kienapfel/Schroll, StudB BT I⁴ § 80 Rz 11; Lehmkuhl in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 2 Rz 26.

401 Kienapfel/Höpfel/Kert, AT¹⁶ Rz 29.26; Lehmkuhl in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 2 Rz 24; Triffterer, AT² Kap 14 Rz 12.

402 So auch Günther (Roboter 208), der allerdings auf die Schwerpunkttheorie abstellt. Strafbar sein kann dieses Verhalten, wenn die Inbetriebnahme einer KI unter bestimmten Umständen generell untersagt ist und der Verwender eine solche dennoch vornimmt.

403 Auch Günther, Roboter 208.

404 Vergleichbar qualifizierte der OGH (13 Os 109/85 ZVR 1986, 332 [Zust Kienapfel]) zB auch das Losbinden eines Pferdes in unmittelbarer Nähe zu spielenden Kindern als aktives Tun. Die Judikatur ist in derartigen Fällen jedoch nicht immer einheitlich. Näher dazu Kienapfel/Schroll, StudB BT I⁴ § 80 Rz 10 mwN.

405 So auch Bruckmüller/Schumann in I. Eisenberger/Lachmayer/G. Eisenberger 123 (136).

406 Allgemein zur Beurteilung von Handlungen als einheitliches Geschehen Lehmkuhl in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 2 Rz 25; Fuchs/Zerbes, AT I¹¹ Kap 37 Rz 15.

407 Vgl allgemein OGH 13 Os 109/85 ZVR 1986, 332 (zust Kienapfel), demnach eine zusätzliche passive Fahrlässigkeitskomponente nichts an der Qualifikation einer Handlung als aktives Tun ändert, wenn ein mehrdeutiges Geschehen vorliegt. Die Unterlassungsaspekte der Tat werden in derartigen Fällen zur Begründung des

3. Unterlassen des Verwenders

Im Zuge des Einsatzes von KI werden mE Unterlassungen des Verwenders sehr praxisrelevant sein. Da KI, wie zB intelligente Software in autonomen Fahrzeugen oder in der Medizin, Risiken nicht erhöht, sondern minimieren soll, schöpft deren Aktivierung (als aktives Tun) das Unrecht der Tat – zB in Form der nicht vorgenommenen Übersteuerung im Ernstfall (als Unterlassen) – nicht aus. Der Verwender hält durch die Inbetriebnahme der KI – anders als bei der Verwendung nicht intelligenter Maschinen, die Gefahren erhöhen – keine Gefahr aktiv in Gang.⁴⁰⁸ Dadurch stellt die bestimmungsgemäße Inbetriebnahme der KI keine pflichtwidrige Handlung dar und bleibt straflos. Erst das Unterlassen entsprechender Überwachungs-, Übersteuerungs- oder Updatepflichten ist in diesen Fällen sorgfaltswidrig.⁴⁰⁹ Ebenso greift der Verwender oft nicht aktiv (durch gezielte Übersteuerung der ordnungsgemäß funktionierenden KI) in den Geschehensablauf ein, wenn KI Aufgaben weitgehend eigenständig erledigen soll. Künftig könnte zudem die unterlassene Aktivierung von KI eine strafbare Handlung bilden, wenn KI Handlungen besser als ein Mensch ausführt und deren Einsatz als gebotenes Handeln qualifiziert wird.⁴¹⁰ Denkbar wäre dies beim Einsatz von künstlich intelligenten Diagnosesystemen, die bereits heute zum Teil bessere Diagnosen als Menschen stellen⁴¹¹ und bald state-of-the-art sein könnten.

Handlungsunrechts herangezogen. Vgl *E. Steininger* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch § 2 Rz 10 (Stand Mai 2003, Lexis Nexis 360). Das gilt zB für die Unterlassung hinreichender Schutzvorkehrungen im Zuge des Einsatzes von gefährlichen künstlich intelligenten Robotern, wenn diese neben Menschen bestimmungswidrig aktiviert werden.

408 Vgl zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen in Bezug auf den Einsatz von Maschinen *Lehmkuhl* (in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 2 Rz 25) in Bezug auf das Inganghalten einer Liftanlage als aktives Tun anstatt des Anhaltens der Anlage (Unterlassen) nach dem Sturz einer Schifahrerin. Folgt man dem, wäre das Inganghalten von KI, die nach wie vor Gefahren birgt, wohl als aktives Verhalten zu werten. Anzuknüpfen wäre dann zB an das Inganghalten eines autonomen Fahrzeugs oder eines künstlich intelligenten Roboters. ME erscheint dies jedoch nicht zielführend, wenn KI eingesetzt werden soll, um Gefahren zu minimieren. Der Hauptunwert der Handlung – und somit der Anknüpfungspunkt nach der Theorie des Primats des strafbarkeitsausschöpfenden Tuns – liegt vielmehr im Unterlassen der Gefahrenabwehrmaßnahmen.

409 Vgl auch *Günther*, *Roboter* 208.

410 Vgl *Robregger*, *JSt* 2017, 196 (196); ähnlich *Sander/Hollering*, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit automatisiertem Fahren*, *NStZ* 2017, 193 (200).

411 Siehe dazu bereits unter II.6 sowie unter IV.5.4.5.

Eine intelligente Diagnose-KI erkennt Brustkrebserkrankungen mit einer Wahrscheinlichkeit von 99%. Mit anderen Diagnosemethoden liegt die Erkennungswahrscheinlichkeit nur bei 85%. Ein Arzt weigert sich, die KI (entgegen dem herrschenden Standard) einzusetzen und stellt selbst eine Fehlprognose, die im Zuge des Einsatzes der KI mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht erfolgt wäre.

Im Zuge der Verwendung von KI können zahlreiche (unechte) Unterlassungsdelikte verwirklicht werden.⁴¹² Unechte Unterlassungsdelikte führen nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 StGB zu einer Strafbarkeit: Dazu muss der Täter ein ihm durch eine besondere Pflicht gebotenes Tun, das er tatsächlich setzen hätte können und das ihm auch zumutbar gewesen ist, nicht vorgenommen haben und sein Verhalten muss einer Verwirklichung des Tatbildes durch aktives Tun gleichzuhalten⁴¹³ sein.⁴¹⁴ Eine abschließende Erörterung der Voraussetzungen der Begehung durch Unterlassen – sowie insb der höchst umstrittenen Begründung der Garantenstellung kraft Ingerenz – ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Im Folgenden werden daher nur kurz die wichtigsten Eckpunkte der Strafbarkeit des Verwenders von KI aufgrund von Unterlassungen dargestellt. Das Hauptaugenmerk liegt dabei auf der Betrachtung möglicher Garantenstellungen und Garantenpflichten des Verwenders.

412 Unter unechten Unterlassungsdelikten versteht man Delikte, bei denen das Herbeiführen eines Erfolgs durch die Nichtvornahme eines gebotenen Tuns gesetzlich mit einer Strafe bedroht ist. Dazu *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁶ Rz 29.9. Folglich können nach hA nur Erfolgsdelikte, nicht aber schlichte Tätigkeitsdelikte, als unechte Unterlassungsdelikte begangen werden. Siehe *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁶ Rz 29.19 mwN; *Fuchs/Zerbes*, AT I¹¹ Kap 37 Rz 6. Die Anforderungen echter Unterlassungsdelikte werden dagegen direkt vom Gesetz umschrieben. Zu diesen zählen allgemein etwa das Imstichlassen des Verletzten (§ 94 StGB) und die Unterlassung der Hilfeleistung (§ 95 StGB). Hinsichtlich dieser Delikte ergeben sich keine Besonderheiten in Bezug auf KI: Der Verwender einer KI, die einen anderen am Körper schädigt, muss diesem nach § 94 StGB die erforderliche Hilfe leisten, auch, wenn sich der Verwender zuvor nicht widerrechtlich verhalten hat. Vgl zum Tatbestandsmerkmal der „Verursachung“ des § 94 StGB, das auch sozialadäquates Vorverhalten ausreichen lässt: *Jerabek/Ropper* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 94 Rz 5 ff mwN (Stand 20.1.2021, rdb.at) mwN.

413 Zum Gleichwertigkeitskorrektiv näher *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁶ Rz 30.17 ff. Dieses wird, mangels Besonderheiten in Bezug auf KI, in den folgenden Ausführungen nicht weiter behandelt.

414 Auch *Triffterer*, AT² Kap 14 Rz 22.