

I.

Themen- und sektorenspezifische Beiträge

Konkurrierende nationale Haftungsregeln und Dienstleistungshaftung – verpasste Updates und Upgrades

*Beate Gsell und Ann-Kristin Mayrhofer**

A. Einleitung

Die neue Richtlinie (EU) 2024/2853 über die Haftung für fehlerhafte Produkte und zur Aufhebung der Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 23.10.2024 (nachfolgend: ProdHaftRL 2024) ist am 13.12.2024 in Kraft getreten¹ und muss bis zum 9.12.2026 umgesetzt werden². Der europäische Gesetzgeber bescheinigt zwar der alten Richtlinie 85/374/EWG (nachfolgend: ProdHaftRL 1985), sie habe sich „als wirksames und wichtiges Instrument erwiesen“³. Gleichwohl sah er aber namentlich „vor dem Hintergrund der Entwicklungen im Zusammenhang mit neuen Technologien, einschließlich künstlicher Intelligenz (KI), neuer Geschäftsmodelle der Kreislaufwirtschaft und neuer globaler Lieferketten, die zu Inkonsistenzen und Rechtsunsicherheit, insbesondere in Bezug auf die Bedeutung des Begriffs ‚Produkt‘ geführt haben“⁴, Reformbedarf für die Überarbeitung des alten Richtlinienregimes.

Inwieweit die Reform wirkliche, insbesondere durch Digitalisierung und den Siegeszug der künstlichen Intelligenz veranlasste inhaltliche Neuerungen (Upgrades) bringt oder wenigstens bewährte Regeln an veränderte Gegebenheiten anpasst (Updates), war Gegenstand einer rechtsvergleichenden Tagung, die am 11.7.2024 an der Ludwig-Maximilians-Universität in München stattfand. Die im vorliegenden Tagungsband versammelten Beiträge spannen einen weiten geographischen und thematischen Bogen und belegen nicht zuletzt anschaulich, dass sich die in mancher Hinsicht modifizierten Vorga-

* Prof. Dr. Beate Gsell ist Richterin am OLG München und Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht, Ludwig-Maximilians-Universität München. Dr. Ann-Kristin Mayrhofer ist akademische Rätin a.Z. an diesem Lehrstuhl.

1 Siehe Art. 23 ProdHaftRL 2024.

2 Siehe Art. 22 Abs. 1 S. 1 ProdHaftRL 2024.

3 Siehe Erwgr. 3 ProdHaftRL 2024.

4 Siehe Erwgr. 3 ProdHaftRL 2024.

ben der europäischen Produkthaftung in ihrer Tragweite für das jeweilige nationale Recht von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat ganz unterschiedlich darstellen können.⁵

Im Verlaufe der Tagung gaben u.a. zwei Fragen wiederholt Anlass zur Diskussion: Erstens das bereits unter der alten ProdHaftRL 1985 nicht in jeder Hinsicht zweifelsfreie Verhältnis der europäischen Produkthaftung zu weiterreichenden nationalen Haftungsordnungen. Weil das europäische Regime sich in seinen Voraussetzungen und Wirkungen ersichtlich mit überkommenen, auf Vertrag oder Delikt gegründeten nationalen Haftungsregimen überschneidet, ist die Konkurrenzfrage von erheblicher praktischer Bedeutung und verlangt nach einer für die nationalen Gesetzgeber verlässlichen und rechtssicheren Antwort.⁶ Und zweitens das Grundkonzept der alten und der neuen europäischen Produkthaftung, i.e. ihre im Wesentlichen fortbestehende Anknüpfung an die Inverkehrgabe verkörperter Produkte. Angesichts der Allgegenwärtigkeit digitaler Dienste und der daraus resultierenden Gefahren ist ein solcher physischer Produktansatz heutzutage alles andere als selbstverständlich und wird von der neuen ProdHaftRL 2024 auch gar nicht mehr vollständig durchgehalten.⁷ Beide Fragenkreise sollen nachfolgend exemplarischer Gegenstand einer kritischen Evaluation der europäischen Reformbemühungen sein. Es wird zu zeigen sein, dass mit der ProdHaftRL 2024 leider die Chance verpasst wurde, endlich eine klare Antwort auf altbekannte Konkurrenzfragen zu geben (B.), ferner aber auch, dass man sich auch gewünscht hätte, der europäische Gesetzgeber wäre weiter gesprungen und hätte sich deutlicher zugunsten einer stärker europäisch harmonisierten Dienstleistungshaftung vom traditionellen Produktansatz entfernt (C.).

B. Verhältnis zur nationalen Produzentenhaftung: weder klares Update noch Upgrade

Weder ein klares Update noch ein Upgrade enthält Art. 2 Abs. 4 lit. b ProdHaftRL 2024, der das Verhältnis der ProdHaftRL 2024 zu den allgemeinen

5 Siehe etwa zur Bedeutung der Ausschlussfristen des Art. 17 ProdHaftRL 2024 für das französische Recht J.-S. Borghetti, Die neue Produkthaftungsrichtlinie und das französische Recht: Update oder Kick-Up? (in diesem Band), S. 177 (187).

6 Dazu sogleich unten B.

7 Dazu sogleich unter C.

nationalen Vorschriften über die vertragliche oder außervertragliche Haftung regelt und leider viele Fragen offen lässt. In Anbetracht dessen, dass derzeit offenbar die meisten Produkthaftungsfälle nicht nur nach der EU-Produkthaftung, sondern auch oder sogar ausschließlich nach nationalen Vorschriften gelöst werden,⁸ ist die Relevanz dieser Regelung nicht zu unterschätzen.⁹ In Deutschland wird sie dennoch vergleichsweise wenig diskutiert. Nach A. Spickhoff war bisher „eindeutig, dass die vertragliche und deliktische Produkthaftung neben der europäisierten Anspruchsgrundlage konkurrierend anwendbar war“ und soll das „auch in Zukunft so bleiben“.¹⁰ Hierzulande scheint man sich eher mit Art. 2 Abs. 4 lit. c ProdHaftRL 2024 zu beschäftigen, der das Verhältnis der EU-Produkthaftung zu „besonderen“ Haftungsregelungen regelt, das im deutschen Recht insbesondere §§ 84 ff. AMG betrifft.¹¹ Dagegen macht man sich in Frankreich und Spanien ausweislich der Referate von J.-S. Borghetti¹² und T. G. Garcia-Micó¹³ offenbar mehr Gedanken über das Schicksal der allgemeinen deliktsrechtlichen Verschuldenshaftung. Vor diesem Hintergrund soll zunächst das Verhältnis der neuen, aber auch der alten Produkthaftungsrichtlinie zu allgemeinen nationalen Haftungsregimen (I.) diskutiert werden. Anschließend sollen

8 Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie 85/374 über die Haftung für fehlerhafte Produkte, KOM(2000) 893 endgültig, 31.1.2001, S. 9, wonach in „den meisten Mitgliedstaaten [...] in der Mehrzahl der Fälle die nationalen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinie parallel zu anderen Haftungsvorschriften angewendet“ werden und nur in Österreich „nahezu alle Fälle von Produkthaftung ausschließlich auf der Grundlage der Richtlinie gelöst“ werden; Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, SWD(2018) 157 final, S. 14: „The legislation invoked by the injured persons to raise a claim was, on average, contract law in 68% of cases, general tort law in 21% of cases, similar legislation to that implementing the Directive in 7% of cases, specific legislation in 3% of cases, and another legislation in 1% of cases“.

9 Zu den Unterschieden zwischen der ProdHaftRL 1985 und nationalen Regeln der Verschuldenshaftung siehe Impact Assessment Report zum Kommissionsvorschlag, 28.9.2022, SWD(2022) 316 final, S. 7.

10 A. Spickhoff, Auswirkungen der aktualisierten EU-Produkthaftungsrichtlinie auf die Produkthaftung in Deutschland (in diesem Band), S. 199 (202), unter Hinweis auf Erwgr. 9 ProdHaftRL 2024.

11 Spickhoff, Auswirkungen der aktualisierten EU-Produkthaftungsrichtlinie (Fn. 10), S. 199 (201 f.).

12 Borghetti, Produkthaftungsrichtlinie und das französische Recht (Fn. 5), S. 177 (186 ff.).

13 T. G. Garcia-Micó, Von der Verschuldens- zur Gefährdungshaftung: Der Fall der Anbieter von KI-Software in Spanien (in diesem Band), S. 229 (254 ff.).

die Unsicherheiten bei der Abgrenzung der nationalen Haftungsregime „aus anderen Gründen“ am Beispiel des § 823 Abs. 1 BGB näher analysiert werden (II.). Nachfolgend wird noch darauf eingegangen, dass die Bedeutung der Abgrenzung wegen des eingeschränkten, aber im Einzelnen unsicheren Anwendungsbereichs der Richtlinie begrenzt ist (III.) sowie auf die möglichen Auswirkungen der Neuregelung auf die Vorlagebereitschaft nationaler Gerichte (IV.).

I. Unvollständige Kodifizierung der EuGH-Rechtsprechung und unsichere Abgrenzung nationaler Haftungsregime „aus anderen Gründen“

Art. 2 Abs. 4 lit. b ProdHaftRL 2024 sieht vor, dass „Ansprüche, die eine geschädigte Person gemäß den nationalen Vorschriften über die vertragliche oder außervertragliche Haftung aus anderen Gründen als der Fehlerhaftigkeit eines Produkts gemäß der Richtlinie hat“, unberührt bleiben. Die Vorgängervorschrift, Art. 13 ProdHaftRL 1985, regelte bereits, dass „Ansprüche, die ein Geschädigter aufgrund der Vorschriften über die vertragliche und ausservertragliche Haftung“ geltend machen kann, nicht berührt werden. Die neue Vorschrift enthält also darüber hinaus in ihrem Wortlaut die Präzisierung, dass die Haftung „aus anderen Gründen als der Fehlerhaftigkeit eines Produkts gemäß der Richtlinie“ bestehen muss. Mit diesem Zusatz wurde ersichtlich die Rspr. des EuGH kodifiziert:¹⁴ Der EuGH legte Art. 13 ProdHaftRL 1985 in drei Entscheidungen aus dem Jahr 2002 und in weiteren Urteilen bereits so aus, dass er es den Mitgliedstaaten versagte, „eine allgemeine Regelung der Haftung für fehlerhafte Produkte beizubehalten, die von der in der Richtlinie vorgesehenen Regelung abweicht“,¹⁵ sondern nur Regelungen der vertraglichen oder außervertraglichen Haftung gestattete, die „auf anderen Grundlagen beruhen“.¹⁶ Der

14 Vgl. G. Wagner, EU-Produkthaftung 2.0, VersR 2025, 129 (142 f.); C. Piovano/C. Hess, Das neue europäische Produkthaftungsrecht, Baden-Baden 2024, § 7 Rn. 12: „klargestellt“.

15 EuGH EuZW 2002, 574 Rn. 30 – González Sánchez; siehe auch EuGH BeckRS 2004, 74495 Rn. 17 – Kommission/Griechenland; EuGH BeckRS 2004, 77531 Rn. 21 – Kommission/Frankreich; EuGH NJW 2006, 1409 Rn. 39 – Skov und Bilka; EuGH EuZW 2009, 501 Rn. 22 – Moteurs Leroy Somer.

16 EuGH EuZW 2002, 574 Rn. 31 – González Sánchez; siehe auch EuGH BeckRS 2004, 74495 Rn. 18 – Kommission/Griechenland; EuGH BeckRS 2004, 77531 Rn. 22 – Kommission/Frankreich; EuGH NJW 2006, 1409 Rn. 39 – Skov und Bilka; EuGH

EuGH nannte als Beispiele „die Haftung für verdeckte Mängel oder für Verschulden“;¹⁷ diese beiden, dem EuGH seinerzeit offenbar vor Augen stehenden Fallgruppen für eine solche auf anderer Grundlage beruhende Haftung finden zwar ein Echo in Erwgr. 9 ProdHaftRL 2024, der u.a. „die Haftung aufgrund einer Garantie oder aufgrund von Verschulden“ erwähnt. In den Text des Art. 2 Abs. 4 lit. b ProdHaftRL 2024 wurden die vom EuGH anerkannten Regime aber nicht aufgenommen. Mit anderen Worten: Aus der ProdHaftRL 2024 ergibt sich zwar neuerdings anders als bislang nach der alten ProdHaftRL 1985 „Schwarz auf Weiß“, dass die Mitgliedstaaten keine abweichende, auf der Fehlerhaftigkeit des Produktes beruhende Haftung mehr vorsehen dürfen (vgl. auch Art. 3 ProdHaftRL 2024). Es wird aber nicht mit gleicher Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, dass schon die Ausgestaltung als Verschuldenshaftung genügen soll, eine andere Haftungsgrundlage zu bejahen. Diese einseitig unvollständige Kodifizierung der Konkurrenz-Überlegungen des EuGH ist nicht unproblematisch. Dies schon deshalb, weil es in der Sache alles andere als selbstverständlich ist, dass man eine Verschuldenshaftung, die doch in Produkthaftungsfällen ersichtlich auch auf der Inverkehrgabe eines fehlerhaften Produktes beruht, als eine „auf anderer Grundlage“ bzw. „aus anderen Gründen“ bestehende Haftung einordnet. Wer den neuen Richtlinienentwurf unbefangen liest, würde wohl nicht auf die Idee kommen, anzunehmen, dass das nationale Recht an die Inverkehrgabe eines fehlerhaften Produktes anknüpfen darf, solange nur die nationale Haftung als Verschuldenshaftung ausgestaltet ist. Insofern kann sich die mangelnde Erwähnung des Verschuldens im Richtlinienentwurf als zulässige nationale Haftung bei der Auslegung von Art. 2 Abs. 4 lit. b ProdHaftRL 2024 in Zukunft durchaus auswirken. Während des Gesetzgebungsverfahrens wurde ergänzt, dass es sich bei der „Fehlerhaftigkeit eines Produkts“ i.S.v. Art. 2 Abs. 4 lit. b ProdHaftRL 2024 um die Fehlerhaftigkeit

EuZW 2009, 501 Rn. 23 – Moteurs Leroy Somer; EuGH NJW 2017, 1161 Rn. 58 – TÜV Rheinland.
17 EuGH EuZW 2002, 574 Rn. 31 – González Sánchez; siehe auch EuGH BeckRS 2004, 74495 Rn. 18 – Kommission/Griechenland; EuGH BeckRS 2004, 77531 Rn. 22 – Kommission/Frankreich; EuGH NJW 2006, 1409 Rn. 47 – Skov und Bilka; EuGH EuZW 2009, 501 Rn. 23 – Moteurs Leroy Somer; EuGH NJW 2017, 1161 Rn. 58 – TÜV Rheinland.

„gemäß dieser Richtlinie“ handeln muss.¹⁸ Diese Formulierung sorgt aber nicht für mehr Klarheit.¹⁹

Auch die Erwähnung der Verschuldenshaftung in Erwgr. 9 vermag nur begrenzt Beruhigung zu verschaffen. Denn der EuGH hat in der Vergangenheit nicht präzisiert, wie eine Verschuldenshaftung ausgestaltet sein muss, damit sie sich als eine auf anderer Grundlage beruhende Haftung darstellt.²⁰ In Reaktion auf die EuGH-Rspr. zu Art. 13 ProdHaftRL 1985 wurde in der Literatur vielmehr zutreffend darauf hingewiesen, dass die Reichweite der „Sperrwirkung“ der EU-Produkthaftung weiterhin unklar sei.²¹ In Erwgr. 9 heißt es außerdem zuvor im unmittelbaren Kontext einschränkend: „Nach dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten kann einer geschädigten Person ein Schadensersatzanspruch auf der Grundlage einer vertraglichen Haftung oder aus Gründen von außervertraglicher Haftung zustehen, die nicht die Haftung des Herstellers für die Fehlerhaftigkeit eines Produkts betreffen, wie in dieser Richtlinie festgelegt.“ Mit der Einschränkung im Relativsatz²² („die nicht die Haftung des Herstellers für die Fehlerhaftigkeit eines Produkts betreffen“) wird eher ein enges Verständnis nahegelegt, nach dem eine nationale Verschuldenshaftung, bei der an den verschuldeten Fehler des Produktes angeknüpft wird, nicht zulässig ist.

Anlässlich der aktuellen Reform und der expliziten Aufnahme des einschränkenden Zusatzes „aus anderen Gründen als der Fehlerhaftigkeit eines Produktes“ in den Text des Art. 2 Abs. 4 lit. b ProdHaftRL 2024 wäre eine klare Ansage an die nationalen Gesetzgeber veranlasst gewesen, welche Spielräume für eigene Haftungsregime ihnen noch verbleiben sollen, um ein künftiges, womöglich böses Erwachen durch restriktive Urteile des

18 Der Zusatz „gemäß dieser Richtlinie“ war im Kommissionsvorschlag noch nicht enthalten, sondern wurde auf Initiative des Rates eingefügt, vgl. Four-Column-Table, 19.12.2023, Ratsdok. Nr. 16989/23, S. 79; vgl. auch S. 10 zu Erwgr. 9, wo ergänzt wurde „wie in dieser Richtlinie festgelegt“.

19 Vgl. auch Piovano/Hess, Produkthaftungsrecht (Fn. 14), § 7 Rn. 13, die davon auszugehen scheinen, dass mit der neuen Formulierung keine Änderungen verbunden sind.

20 Im Impact Assessment Report zum Kommissionsvorschlag, 28.9.2022, SWD(2022) 316 final, S. 7 wird „fault“ als „wrongful behaviour of a person“ definiert.

21 R. Schaub, Abschied vom nationalen Produkthaftungsrecht?, ZEuP 2003, 562 (578 f.); T. Riehm, 25 Jahre Produkthaftungsrichtlinie, EuZW 2010, 567 (569); H.-W. Micklitz/P. Rott, in: M. A. Dausen (Begr.)/M. Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 61. EL, München 2024, A. H.V. Rn. 539; A. Spickhoff, in: B. Gsell/W. Krüger/S. Lorenz/C. Reymann/A. Spickhoff (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR ProdHaftG, 1.8.2024, § 15 Rn. 12.

22 Zum Zusatz „wie in dieser Richtlinie festgelegt“ siehe Fn. 18 und 19.

EuGH zu vermeiden. Unter der ProdHaftRL 1985, die keine ausdrückliche Aussage zum Harmonisierungsgrad traf, wurde teilweise noch bezweifelt, ob die vom EuGH zugrunde gelegte vollständige Harmonisierung zutreffend war.²³ Art. 3 ProdHaftRL 2024 stellt nun jedoch klar, dass die Mitgliedstaaten keine von der Richtlinie abweichenden Regeln vorsehen dürfen, sofern diese nichts anderes bestimmt. Die Schwierigkeiten der Abgrenzung zulässiger von unzulässigen nationalen Haftungsregimen bestehen also trotz der Reform fort, nun aber mit einer anders als die alte Richtlinie explizit vollharmonisierenden Richtlinie, die zudem neuerdings ausdrücklich ausspricht, dass nur eine Haftung „aus anderen Gründen als der Fehlerhaftigkeit eines Produkts“ zulässig ist, ohne jedoch ebenso klar zu sagen, dass dafür eine Haftung aus Verschulden oder für verdeckte Mängel genügen soll, selbst wenn diese sich auch auf die Fehlerhaftigkeit des Produkts stützt. Gerade weil der EuGH nie geklärt hat, welche Anforderungen eine nationale Verschuldenshaftung erfüllen muss, um neben der europäischen Produkthaftung bestehen zu dürfen, erscheint es keinesfalls ausgeschlossen, dass der Gerichtshof unter dem Eindruck des klaren Bekenntnisses des neuen Richtlinien textes zur notwendigen Voraussetzung von „anderen Gründen als der Fehlerhaftigkeit eines Produkts“ dem Verzicht der ausdrücklichen Erwähnung der Verschuldenshaftung als Beispiel eines solchen eigenständigen Grundes im Richtlinien text und der einschränkenden Vorbemerkungen zum Verweis auf die Verschuldenshaftung in Erwgr. 9 künftig zu dem Ergebnis gelangt, dass eine Verschuldenshaftung, bei der sich das Verschulden im Wesentlichen auf eine Sorgfaltswidrigkeit stützt, die zugleich den Produktfehler begründet, keine hinreichende Eigenständigkeit aufweist. Die ProdHaftRL 2024 verpasst hier leider die Chance eines Updates oder sogar Upgrades.

23 *Schaub*, Abschied vom nationalen Produkthaftungsrecht? (Fn. 21), 585; *dies.*, in: B. Gsell/W. Krüger/S. Lorenz/C. Reymann (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB, 1.9.2024, § 276 Rn. 8.1.; *J. Oechsler*, in: J. Oechsler/J. Hager (Hrsg.), Staudinger, Kommentar zum BGB, §§ 826-829, ProdHaftG, Berlin 2021, Einleitung zu §§ 1 ff. ProdHaftG Rn. 45.

II. Unsicherheiten bei der Abgrenzung nationaler Haftungsregime „aus anderen Gründen“ am Beispiel der Verschuldenshaftung des § 823 Abs. 1 BGB

1. Formal-begriffliche Abgrenzung der Rechtsprechung fragwürdig

Zu Recht weist *J.-S. Borghetti* darauf hin, dass die Konkurrenzfrage bislang „die deutsche Rechtsprechung nicht sehr beunruhigt hat“,²⁴ die sich in der Tat nicht an der Anwendung von § 823 Abs. 1 BGB gehindert sieht.

Nach dem BGH haftet der Hersteller „nach dem Produkthaftungsgesetz [...], ohne dass es dabei auf Verschulden im Sinne einer persönlichen Vorwerfbarkeit ankäme“ und darüber hinaus „auch nach der allgemeinen deliktischen Verschuldenshaftung des § 823 BGB“.²⁵ Für den BGH scheint der Charakter als Verschuldenshaftung ausreichend dafür zu sein, dass es sich bei der Produzentenhaftung²⁶ um eine Haftung „auf anderen Grundlagen“ handelt. Auch die Literatur scheint überwiegend rein formal zwischen der Fehler- und der Verschuldenshaftung abzugrenzen,²⁷ also danach, dass § 823 Abs. 1 BGB sich nicht mit einem Produktfehler begnügt, sondern ein vorwerfbares Verhalten verlangt²⁸.

T. Riehm wies allerdings bereits 2006 zutreffend darauf hin, dass eine über die EU-Produkthaftung hinausgehende Haftung „nur unter *real wirk-samen* zusätzlichen Voraussetzungen“ möglich sei.²⁹ Für die Frage, ob die Haftung „aus anderen Gründen als der Fehlerhaftigkeit eines Produkts“ gegeben ist, kommt es in der Tat nicht auf die Begriffe an, sondern auf Voraussetzungen und Wirkungen der nationalen Regelungen, die von der

24 *Borghetti*, Produkthaftungsrichtlinie und das französische Recht (Fn. 5), S. 177 (187).

25 BGHZ 225, 23 = NJW 2020, 1514 Rn. 41. Der BGH verweist auf § 15 Abs. 2 ProdHaftG, der Art. 13 ProdHaftRL 1985 umsetzt.

26 Zum Begriff BGHZ 67, 359 = NJW 1977, 379 (380) – Schwimmerschalter.

27 Zur ProdHaftRL 1985 *G. Wagner*, in: *F. J. Sacker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg/C. Schubert* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., München 2024, ProdHaftG § 15 Rn. 5; *Spickhoff* (Fn. 21), § 15 Rn. 13; *Oechsler* (Fn. 23), Einleitung zu §§ 1 ff. ProdHaftG Rn. 51; zur ProdHaftRL 2024 *A. Kapoor/F. Sedlmaier*, Verschärfung der Produkthaftung in Europa, RAW 2023, 8 (9); vorsichtiger *Piovano/Hess*, Produkthaftungsrecht (Fn. 14), § 7 Rn. 13: „dogmatisch vertretbar“; kritisch gegenüber einer rein formalen Betrachtung *Schaub*, Abschied vom nationalen Produkthaftungsrecht? (Fn. 21), 588; *T. Riehm*, Die überschießende Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht, JZ 2006, 1035 (1043 f.).

28 Vgl. *Schaub*, Abschied vom nationalen Produkthaftungsrecht? (Fn. 21), 579.

29 *Riehm*, Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht (Fn. 27), 1044.

Anwendung durch die Gerichte abhängen.³⁰ Erst recht ist es ohne Belang, wie das nationale Recht ein Haftungsregime bezeichnet; Art. 13 ProdHaftRL 1985, Art. 2 Abs. 4 lit. b ProdHaftRL 2024 sind autonom auszulegen.³¹ Legt man diesen Maßstab an, ist die Richtlinienkonformität der derzeitigen Auslegung von § 823 Abs. 1 BGB in Produkthaftungsfällen indes schon bislang und auf erste Sicht zweifelhaft. Denn einerseits stützt sich auch die deliktsrechtliche Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB maßgeblich darauf, dass der Produzent unter Verstoß gegen objektivierte Verkehrspflichten ein (zu) gefährliches Produkt in Verkehr bringt.³² Aufgrund des objektivierten Gefahrsteuerungsmaßstabs der Verkehrspflichten steht mit dem Fehler in der Regel auch das Verschulden fest. Für Elemente individualisierten Verschuldens bleibt kaum Raum.³³ Andererseits handelt es sich bei der europäischen Produkthaftung gar nicht um eine im strengen Sinne verschuldensunabhängige Haftung.³⁴ Der Hersteller haftet nicht für sämtliche Produktrisiken, sondern nur für solche, die zu einem „Fehler“ führen.³⁵ Außerdem musste und muss für sog. Entwicklungsrisiken, die nach dem Stand der Wissenschaft und Technik zu dem Zeitpunkt, zu dem das betreffende Produkt in den Verkehr gebracht wurde, nicht erkannt werden konnten, grundsätzlich gerade nicht gehaftet werden.³⁶ Es bedarf also in Wahrheit in der Regel eines objektiven Sorgfaltspflichtenverstosses.

Die von *J.-S. Borghetti* konstatierte Gefahr, dass sich Fehler und Verschulden gar nicht hinreichend objektiv unterscheiden lassen, sondern das „Ver-

30 *Riehm*, Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht (Fn. 27), 1043 f.; siehe auch zur Vereinbarkeit von nationalen Beweisregeln mit Art. 4 ProdHaftRL 1985 EuGH NJW 2017, 2739 Rn. 34 – Sanofi Pasteur, wo auf die Wirkung abgestellt wird, auf welche diese „praktisch“ hinausläuft.

31 *Riehm*, Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht (Fn. 27), 1043 f.

32 Siehe nur BT-Drs. 11/2447, 18, wo es treffend heißt: „Schon die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hatte für Verkehrssicherungspflichten in der Vergangenheit auf die Verkehrserwartung abgestellt und ausgeführt, dass der Verkehrssicherungspflicht genügt sei, wenn im Ergebnis derjenige Sicherheitsgrad erreicht ist, den die in dem entsprechenden Bereich herrschende Verkehrsauffassung für erforderlich erachtet“ (BGH VersR 1972, 559). In Bezug auf den Fehlerbegriff tritt demnach durch die Richtlinie und das ProdHaftG keine Änderung der Rechtslage ein.“ Siehe auch noch unten 2.

33 Siehe sogleich noch näher unter 2.

34 Zur Diskussion um die Einordnung siehe nur *Oechsler* (Fn. 23), Einleitung zu §§ 1 ProdHaftG Rn. 27 ff. m.w.N.

35 Siehe zum Fehlerbegriff Art. 6 ProdHaftRL 1985 bzw. Art. 7 ProdHaftRL 2024.

36 Siehe Art. 7 lit. e ProdHaftRL 1985 bzw. Art. 11 Abs. 1 lit. e ProdHaftRL 2024.

schulden mit dem Fehler vermischt und der Unterschied in der Grundlage zwischen der Verschuldenshaftung und der Haftung, die sich aus der Richtlinie ergibt, [...] rein fiktiv“ wird,³⁷ besteht gerade auch hierzulande. Anders als die *Cour de Cassation*, welche immerhin behauptet, die französische Deliktshaftung nur bei einem „*faute distincte du défaut de sécurité*“,³⁸ einem vom Fehler unterscheidbaren Verschulden anzuwenden, schränkt der BGH die Anwendung von § 823 Abs.1 BGB in Produkthaftungsfällen nämlich nicht ein, sondern erleichtert es den Geschädigten sogar, sich auf § 823 Abs.1 BGB zu berufen.³⁹

2. Eigene haftungsbegründende Bedeutung des Verschuldens wenigstens in bestimmten Konstellationen?

In einem Bericht der Kommission aus dem Jahr 2001 wird bereits zu Recht ausgeführt, die deutsche Rechtsprechung interpretiere „die geltenden Vorschriften des Deliktsrechts in einer Weise, die der verschuldensunabhängigen Haftung sehr nahe kommt“. ⁴⁰ Auch A. Spickhoff weist berechtigterweise auf „eine deutliche Verschleifung der verschuldensunabhängigen und der verschuldensabhängigen Haftung in der gerichtlichen Praxis“ hin. ⁴¹ Diese Verschleifung resultiert aus verschiedenen Gründen: Vor allem ist maßgeblich, dass der BGH seit dem – noch vor Erlass der ProdHaftRL 1985 ergangenen – *Hühnerpest*-Urteil aus dem Jahr 1968 im Rahmen von § 823 Abs.1 BGB eine Beweislastumkehr zugunsten des Geschädigten vornimmt: Wurde der Schaden durch einen Fehler eines Produkts verursacht, der bereits beim Inverkehrbringen des Produkts vorlag, obliegt es – abweichend von der Grundregel der Beweislast des Geschädigten ⁴² – dem Hersteller, nachzuweisen, dass der Schaden nicht auf seinem Verschulden beruht. ⁴³

37 *Borghetti*, Produkthaftungsrichtlinie und das französische Recht (Fn. 5), S. 177 (188).

38 Cass. civ. I, 26.5.2010, Nr. 08-18545 und dazu *Borghetti*, Produkthaftungsrichtlinie und das französische Recht (Fn. 5), S. 177 (188).

39 Dazu sogleich näher unter 2.

40 Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie 85/374 über die Haftung für fehlerhafte Produkte, 31.1.2001, KOM(2000) 893 endgültig, S. 9.

41 *Spickhoff* (Fn. 21), § 15 Rn. 13.

42 BGHZ 24, 21 = NJW 1957, 785.

43 BGHZ 51, 91 = NJW 1969, 269 (274) – Hühnerpest; BGH NJW 1975, 1827 (1828) – Spannkupplung; BGHZ 67, 359 = NJW 1977, 379 (380) – Schwimmerschalter; BGHZ 80, 186 = NJW 1981, 1603 (1605) – Derosal I; BGH NJW 1996, 2507 (2508) – Möbellack II; vgl. auch BGH NZV 2006, 539 Rn. 15.

Dabei wird der „Fehler“ nach denselben Maßstäben wie bei der EU-Produkthaftung bestimmt.⁴⁴

Diese Beweislastumkehr und die Überschneidung der Haftungsvoraussetzungen schließen es zwar noch nicht *per se* aus, die Haftung als eine Haftung „aus anderen Gründen als der Fehlerhaftigkeit eines Produkts“ (Art. 2 Abs. 4 lit. b ProdHaftRL 2024) zu qualifizieren, und damit als Haftung „aufgrund von Verschulden“ (Erwgr. 9 ProdHaftRL 2024).⁴⁵ Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 823 Abs. 1 BGB müsste allerdings wohl mindestens sein, dass das Verschulden trotz identischer Bestimmung des Fehlers und der Beweiserleichterung noch eine eigenständige Bedeutung für die Haftungsbegründung hat.⁴⁶ Dafür ist notwendige Voraussetzung, dass die Vermutung des Verschuldens wenigstens in bestimmten Situationen effektiv widerlegbar ist, also nicht mit dem Fehler praktisch immer zugleich feststeht.⁴⁷

44 S. bereits Fn. 32 und BGHZ 181, 253 = NJW 2009, 2952 Rn. 12 – Airbags.

45 A.A. *Riehm*, Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht (Fn. 27), 1044, wo allerdings auch auf die „enormen praktischen Schwierigkeiten, die entsprechenden Entlastungsbeweise zu führen“ hingewiesen wird; vgl. auch den Impact Assessment Report zum Kommissionsvorschlag, 28.9.2022, SWD(2022) 316 final, S. 6 f., wo davon ausgegangen wird, dass im Fall der nationalen Verschuldenshaftung der Geschädigte das Verschulden nachweisen muss; siehe auch zum spanischen Recht *García-Micó*, Von der Verschuldens- zur Gefährdungshaftung (Fn. 13), S. 229 (256 f.), wonach die dort vorgesehene Dienstleistungshaftung für vermutetes Verschulden im Geltungsbereich der EU-Produkthaftung (dazu C.) nicht angewendet werden könne.

46 Ähnlich *Wagner*, EU-Produkthaftung 2.0 (Fn. 14), 142.

47 Vgl. auch zu nationalen Beweisregeln für die EU-Produkthaftung EuGH NJW 2017, 2739 – Sanofi Pasteur: Danach darf das nationale Recht nicht vorsehen, dass dann, wenn „bestimmte Arten von konkreten, im Voraus festgelegten Indizien“ für eine Haftungsvoraussetzung vorliegen, automatisch vom Vorliegen dieser Haftungsvoraussetzungen auszugehen ist, ohne dass das Gericht die Möglichkeit hat, zu prüfen, „ob sich nach den anderen ihm vorgelegten Gesichtspunkten für die Beurteilung in dem bei ihm anhängigen Einzelfall möglicherweise eine gegenteilige Schlussfolgerung aufdrängt“ (Rn. 52 f.). Eine „unwiderlegbare Vermutung“ ist nach dem EuGH nicht nur mit der in Art. 4 ProdHaftRL 1985 vorgesehenen Beweislast des Geschädigten unvereinbar, sondern gefährdet darüber hinaus allgemein die Wirksamkeit der EU-Produkthaftung, denn die vermutete Voraussetzung würde bei einem solchen Automatismus nicht hinreichend geprüft werden (Rn. 35, 53). Entsprechend darf hinsichtlich der „anderen Gründe“ i.S.v. Art. 2 Abs. 4 lit. b ProdHaftRL 2024 kein Automatismus bestehen, dass bei Vorliegen eines Fehlers stets vom Vorliegen dieser „anderen Gründe“ auszugehen ist.

Ob der Hersteller nach der derzeitigen Rspr. die nicht nur theoretische Möglichkeit einer solchen Entlastung hat, ist allerdings fraglich.⁴⁸ Grundsätzlich kann der Hersteller ins Feld führen, er habe nicht fahrlässig i.S.v. § 276 Abs. 2 BGB gehandelt, weil er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet hat.⁴⁹ Der „Hersteller“ ist dabei der Organisationsträger, also eine bestimmte Person, wobei Verbände durch ihre Vertreter i.S.v. § 31 BGB handeln. Zumindest eine dieser natürlichen Personen muss sorgfaltswidrig gehandelt haben.⁵⁰ Das deutsche Recht sieht – anders als das französische – darüber hinaus in § 831 Abs. 1 S. 2 BGB eine Exkulpation bei der Haftung für Verrichtungsgehilfen vor. Hierin liegt ein Unterschied zur EU-Produkthaftung. Zwar wird die Sorgfaltspflichtverletzung i.S.v. § 276 Abs. 2 BGB – wie der Fehler – objektiv bestimmt; maßgeblich sind also nicht die Fähigkeiten des Individuums, sondern die eines vernünftigen Angehörigen des Verkehrskreises dieses Individuums.⁵¹ Außerdem wird die angebliche Unterscheidung zwischen produkt- und verhaltensbezogener Haftung⁵² dadurch verwischt, dass auch für das Vorliegen eines Produktfehlers zu berücksichtigen ist, welche „Maßnahmen“ – also Verhaltensweisen – erforderlich waren.⁵³ Während es für die Beurteilung des Fehlers aber darauf ankommt, was von der Organisation erwartet werden kann, sodass die Möglichkeiten *aller* Organisationsmitglieder, einschließlich Verrichtungsgehilfen, berücksichtigt werden,⁵⁴ ist für die Fahrlässigkeit entscheidend, was

48 Dagegen *Riehm*, Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht (Fn. 27), 1044.

49 Vgl. auch Impact Assessment Report zum Kommissionsvorschlag, 28.9.2022, SWD(2022) 316 final, S. 7, wo „fault“ als „wrongful behaviour of a person“ beschrieben wird; vgl. auch den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Anpassung der Vorschriften über außervertragliche zivilrechtliche Haftung an künstliche Intelligenz (Richtlinie über KI-Haftung), 28.9.2022, COM(2022) 496 final, wo davon ausgegangen wird, dass ein „Verschulden“ in der Verletzung einer „Sorgfaltspflicht“ bestehen kann. Der Vorschlag wurde mittlerweile aufgegeben, vgl. Annexes to the Communication from the Commission to the European parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Commission work programme 2025, 11.2.2025, COM(2025) 45 final, Annex IV, S. 26.

50 Vgl. BGHZ 51, 91 = NJW 1969, 269 (275) – Hühnerpest.

51 Vgl. nur BGH NJW 2025, 435 Rn. 21 m.w.N.

52 Siehe oben vor und mit Fn. 27 und 28.

53 BGHZ 181, 253 = NJW 2009, 2952 Rn. 15 ff., 23 – Airbags zu Konstruktions- und Instruktionsfehlern.

54 Dazu, dass keine Entlastung nach § 831 BGB möglich ist, *P. Schlechtriem*, Angleichung der Produkthaftung in der EG, VersR 1986, 1033 (1039); *Spickhoff* (Fn. 21), § 4 Rn. 4.

für den Organisationsträger (bzw. seine Vertreter i.S.v. § 31 BGB) möglich und zumutbar war.⁵⁵

Allerdings sind die Anforderungen an diese Personen sehr hoch: Der Organisationsträger muss nachweisen, dass er bei der Auswahl, Überwachung und Anleitung der Organisationsmitglieder sorgfältigsgemäß gehandelt hat (vgl. § 831 Abs. 1 S. 2 BGB) und auch sonst keine Organisationspflichten verletzt hat,⁵⁶ was voraussetzt, dass er auch die Schnittstellen zwischen den Organisationsmitgliedern ordnungsgemäß ausgestaltet hat.⁵⁷ Bereits dies ist nicht einfach und erfordert jedenfalls eine umfangreiche Dokumentation der Prozesse innerhalb der Organisation.⁵⁸ Jüngere BGH-Entscheidungen wecken zudem Zweifel daran, ob eine Exkulpation bei Konstruktions- und Instruktionsfehlern überhaupt noch in Betracht kommt. In der *Hühnerpest*-Entscheidung wurde noch erörtert, ob der „Leitung der Beklagten keine fahrlässigen Versäumnisse zur Last fielen“.⁵⁹ In darauffolgenden Entscheidungen stellte der BGH außerdem klar, dass die Beweislastumkehr auch den „objektiven Pflichtenverstoß“ umfasst,⁶⁰ woraus sich schließen lässt, dass der Beweis des Gegenteils möglich sein sollte. Jüngere Entscheidungen gehen auf diese Entlastungsmöglichkeit dagegen meist gar nicht mehr ein. Der BGH führt vielmehr in ständiger Rspr. aus, dass sich die „nach § 3 I ProdHaftG maßgeblichen Sicherheitserwartungen [...] grundsätzlich nach denselben objektiven Maßstäben wie die Verkehrspflichten des Herstellers im Rahmen der deliktischen Haftung gem. § 823 I BGB“ beurteilen.⁶¹ Sofern man dies wörtlich nimmt und davon ausgeht, dass der Fehlerbegriff die Fahrlässigkeit in dieser Weise „verschlüsselt“,⁶² bleibt für den Nachweis

55 Zu diesem Unterschied A.-K. Mayrhofer, *Außervertragliche Haftung für fremde Autonomie*, Tübingen 2023, S. 255.

56 BGH NJW 1968, 247 (248 f.) – Schubstrebe.

57 Vgl. Mayrhofer, *Außervertragliche Haftung für fremde Autonomie* (Fn. 55), S. 111 m.w.N.

58 Zur Diskussion um eine „Überspannung“ von Organisationspflichten U. Foerste, in: U. Foerste/F. Graf von Westphalen (Hrsg.), *Produkthaftungshandbuch*, 4. Aufl., München 2024, § 24 Rn. 418.

59 BGHZ 51, 91 = NJW 1969, 269 (275) – Hühnerpest.

60 BGHZ 80, 186 = NJW 1981, 1603 (1605) – Derosal; vgl. auch BGH NJW 1996, 2507 (2508) – Möbellack II.

61 BGH NJW 2009, 1669 Rn. 6 – Kirschtaler; BGHZ 181, 253 = NJW 2009, 2952 Rn. 12 – Airbags; BGH NJW 2023, 3159 Rn. 24 – Keramikinlay.

62 G. Wagner, *Deliktsrecht*, 14. Aufl., München 2021, Kap. 9 Rn. 12; vgl. auch P. Schlechtriem, *Dogma und Sachfrage* in: M. Löwisch/C. Schmidt-Leithoff/B. Schmiedel (Hrsg.), *Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag*, München 1991, S. 545 (546).

der fehlenden objektiven Pflichtverletzung bei Konstruktions- und Instruktionsfehlern jedoch nichts mehr übrig.

Einen Sonderfall bilden allerdings die Fabrikationsfehler: Hier kann der Hersteller sich wohl weiterhin entlasten,⁶³ wenn er nachweist, dass es sich bei dem Fehler um einen „Ausreißer“ handelt, der „trotz aller zumutbaren Vorkehrungen unvermeidbar“ war.⁶⁴

Besonderheiten bestehen auch bei Produktbeobachtungsfehlern,⁶⁵ bei denen die Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB auf dem Unterlassen von Maßnahmen *nach* Inverkehrbringen beruht. Hier soll nach dem BGH schon die Beweislastumkehr nicht gelten. Vielmehr soll der Geschädigte „den Nachweis führen, dass [der Hersteller] objektiv seine Instruktionspflicht verletzt hat“ und damit „dem Hersteller nachweisen, dass nach dem für dessen Handeln maßgebenden Stand der Wissenschaft, der Technik usw. die Gefahr erkennbar war und zumutbare Möglichkeiten der Gefahrenabwehr vorhanden waren“.⁶⁶ Im Ergebnis scheint die Vermeidbarkeit der Gefahr allerdings ähnlich beurteilt zu werden wie beim Instruktionsfehler, für den entscheidend sein soll, ob „die von einem Produkt ausgehende Gefahr objektiv eine Information der Verwender erfordert hätte“;⁶⁷ lediglich der Zeitpunkt ist ein anderer. Der Unterschied bei der Beweislast dürfte nur die Erkennbarkeit der Gefahr betreffen – dazu sogleich.

Anders als der Fehler setzt die für die Fahrlässigkeit erforderliche objektive Pflichtverletzung neben der Vermeidbarkeit auch die Erkennbarkeit der Notwendigkeit von Sicherheitsmaßnahmen voraus.⁶⁸ Ob dieser Unterschied die Haftung zu einer „Haftung aus anderen Gründen als der Fehlerhaftigkeit eines Produkts“ macht, ist allerdings zweifelhaft. Denn wie schon erwähnt⁶⁹ sehen sowohl Art. 7 lit. e ProdHaftRL 1985 als auch Art. 11 Abs. 1 lit. e ProdHaftRL 2024 einen Haftungsausschluss für Fehler vor, die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik nicht erkennbar waren (Entwicklungsrisiken). Die ProdHaftRL 2024 schränkt dabei außerdem die Abweichungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten gegenüber der Vorgängerregel

63 Vgl. *Wagner*, EU-Produkthaftung 2.0 (Fn. 14), 132 f.

64 BGHZ 129, 353 = NJW 1995, 2162, 2163 – Mineralwasserflasche II.

65 Vgl. *E. Deutsch*, Der Zurechnungsgrund der Produzentenhaftung, *VersR* 1988, 1197 (1199).

66 BGHZ 80, 186 = NJW 1981, 1603 (1606) – Derosal; siehe auch BGHZ 116, 60 = NJW 1992, 560 (562) – Kindertee I.

67 BGH NJW 1999, 2815 (2816) – Papierreißwolf.

68 BGHZ 80, 199 = NJW 1981, 1606 (1608) – Benomyll.

69 Oben unter 1.

ein (Art. 15 Abs. 1 lit. b ProdHaftRL 1985, Art. 18 ProdHaftRL 2024). Der BGH beurteilt bei Konstruktions- und Instruktionsfehlern das Vorliegen eines Entwicklungsrisikos nach den gleichen Maßstäben wie die Vorhersehbarkeit als Teil der objektiven Pflichtwidrigkeit, also nicht personen-, sondern organisationsbezogen.⁷⁰ Jeweils trägt der Hersteller die Beweislast.⁷¹ Ein Unterschied besteht bei Fabrikationsfehlern: Hier soll eine Entlastung nur bei der Deliktshaftung möglich sein.⁷² Bei Produktbeobachtungsfehlern soll die Erkennbarkeit für die Organisation vom Geschädigten nachzuweisen sein.⁷³ Der Hersteller soll sich nach dem BGH allerdings durch den Nachweis, dass er nicht „die entsprechenden Erkenntnismöglichkeiten hatte oder sich hätte verschaffen müssen“, entlasten können, was teilweise als „innere Sorgfalt“ bezeichnet wird.⁷⁴ Hiermit dürfte nun tatsächlich die Erkennbarkeit für den Organisationsträger bzw. dessen Vertreter i.S.v. § 31 BGB gemeint sein. Allerdings stellt der BGH auch hohe Anforderungen an die Organisation von Wissen durch Organisationsträger,⁷⁵ sodass eine Entlastung nicht einfach ist.

Nach A. *Spickhoff* kann sich der Hersteller zumindest „entschuldigend auf einen Rechtsirrtum oder die §§ 827, 828 BGB berufen“.⁷⁶ Ob diese Möglichkeiten das Verschulden zu einem effektiven Merkmal der Produzentenhaftung machen, ist jedoch ebenfalls zweifelhaft. Was den Rechtsirrtum angeht, ist zu berücksichtigen, dass sich auch bei der EU-Produkthaftung die Erkennbarkeit auf den „Fehler“ bezieht (Art. 7 lit. e ProdHaftRL 1985, Art. 11 Abs. 1 lit. e ProdHaftRL 2024), also nicht nur auf das Produktrisiko als solches, sondern auch darauf, dass dieses i.S.v. Art. 7 Abs. 1 ProdHaft-

70 Vgl. BGHZ 181, 253 = NJW 2009, 2952 Rn. 27 – Airbags; für einen strengeren Maßstab bei der EU-Produkthaftung H. C. *Taschner/E. Frietsch*, Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie, 2. Aufl. München 1990, § 1 Rn. 103.

71 BGHZ 181, 253 = NJW 2009, 2952 Rn. 27 – Airbags.

72 BGHZ 129, 353 = NJW 1995, 2162, 2163 – Mineralwasserflasche II. Die Konformität mit der Richtlinie wurde insbesondere mit der Abweichungsmöglichkeit nach Art. 15 Abs. 1 lit. b ProdHaftRL 1985 begründet (S. 2164). Geht man davon aus, dass es sich bei der Rspr. zu Fabrikationsfehlern um eine solche Abweichung handelt, wäre diese nach Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 ProdHaftRL 2024 der Kommission mitzuteilen. Geht man davon aus, dass es sich dabei um eine Auslegung der Entwicklungsrisiko-Klausel handelt, wäre eine Vorlage an den EuGH erforderlich. Anders als vom BGH angenommen (a.a.O.), ist die Auslegungsfrage nicht unumstritten (vgl. z.B. die abweichende Beurteilung bei OGH, 28.6.1995, 3 Ob 547/95).

73 BGHZ 80, 186 = NJW 1981, 1603 (1606) – Derosal.

74 BGHZ 80, 186 = NJW 1981, 1603 (1606) – Derosal.

75 Vgl. BGH NJW-RR 2006, 771 Rn. 13 m.w.N.

76 *Spickhoff* (Fn. 21), § 15 Rn. 13.

RL 2024 nicht der Sicherheit entspricht, die eine Person erwarten darf. Letzteres erfordert ebenfalls eine rechtliche Beurteilung des Herstellers. Auch die Maßstäbe für die Erkennbarkeit dürften nach dem oben Gesagten nicht anders sein. Der BGH betont zudem auch bei der Verschuldenshaftung, dass „an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums strenge Maßstäbe anzulegen“ sind.⁷⁷ Was die Möglichkeit, sich auf fehlende Zurechnungsfähigkeit nach §§ 827, 828 BGB zu berufen, angeht, ist einzuräumen, dass diese tatsächlich nur bei der Verschuldenshaftung gegeben ist. Eine Haftung für „Verschulden“ erfordert aber wohl mehr als nur das Vorliegen von Schuldfähigkeit; notwendig ist auch eine (wenn auch vermutete) Verletzung der „äußeren“ Sorgfalt.⁷⁸

3. Zwischenfazit

Nach alldem ist das Verschuldenserfordernis in § 823 Abs. 1 BGB zwar nicht ohne jede eigenständige Substanz, ihm kommt aber doch nur eher untergeordnete und nur ausnahmsweise eingreifende Bedeutung bei der Haftungsbegründung zu, während in aller Regel mit Bejahung des objektiven Verkehrspflichtenverstößes des Herstellers als Organisation auch im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB – und nicht anders als nach der europäischen alten und neuen Produkthaftung – der wesentliche Haftungsgrund gelegt ist. Es bestehen deshalb durchaus gewisse Bedenken gegen die Anwendbarkeit der BGB-Produzentenhaftung bei Schadensfällen innerhalb des Anwendungsbereichs der EU-Produkthaftung.⁷⁹ Ob das deutsche Verschuldensregime genügend eigenständige Substanz aufweist, um als Haftung aus anderen Gründen qualifiziert werden zu können, wird abschließend nur der EuGH entscheiden können, nachdem der europäische Gesetzgeber es anlässlich der Reform bedauerlicherweise versäumt hat, endlich für Klarheit zu sorgen.

Gegen diese Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der deutschen Rspr. mit der ProdHaftRL 1985 wird teilweise die *Skov-und-Bilka*-Entscheidung des EuGH angeführt.⁸⁰ Ausgangspunkt dieser Entscheidung war eine dänische Regelung, bei der offenbar die Rechtsprechungsentwicklung da-

77 BGH NJW 2010, 2339 Rn. 3 m.w.N.

78 Vgl. BGHZ 80, 186 = NJW 1981, 1603 (1605) – Derosal.

79 Vgl. *Riehm*, Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht (Fn. 27), 1043 ff.

80 *Wagner* (Fn. 27), § 15 ProdHaftG Rn. 5.

zu geführt hatte, dass die Haftung des Herstellers in bestimmten Fällen auch ohne Verschulden angenommen wurde.⁸¹ Der EuGH führte auch in diesem Fall aus, dass die ProdHaftRL 1985 die Anwendung einer Haftung für Verschulden nicht ausschließt.⁸² Allerdings setzte er sich nicht damit auseinander, was unter einer „Haftung für Verschulden“ zu verstehen ist; diese Frage wurde von dem vorlegenden Gericht nicht gestellt. Dass sich aus dieser Entscheidung des EuGH Rückschlüsse ziehen lassen, ist deshalb zweifelhaft.

4. Strengere Anforderungen an das eigene Verschulden geboten?

Nach den vorstehenden Ausführungen könnte man denken zu fordern, dass die Rechtsprechung die deliktsrechtliche Haftung nach dem BGB künftig stärker als Haftung für *eigenes* Verschulden ausgestaltet, um sie hinreichend vom europäischen Haftungsregime als Haftung aus anderen Gründen abzuheben.⁸³ Um dies zu erreichen, könnten vor allem die Anforderungen an das Organisationsverschulden des Herstellers⁸⁴ gesenkt werden. Es ist jedoch nicht zu verkennen, dass den Preis hierfür die Geschädigten tragen würden. § 831 BGB ist nicht ohne Grund Gegenstand grundsätzlicher Kritik.⁸⁵ Es verdient deshalb in der Sache grundsätzlich Zustimmung, wenn der BGH innerhalb der deliktsrechtlichen Produzentenhaftung des § 823 Abs. 1 BGB hohe Anforderungen an die Organisation eines sicheren Produktionsprozesses stellt. Hinzu kommt, dass in den jüngeren Entscheidungen des BGH⁸⁶ offenbar vor allem um den Fehler gestritten wurde. Dass die Hersteller versucht hatten, sich damit zu exkulpieren, dass sie bzw. ihre Vertreter i.S.v. § 31 BGB die Organisationsmitglieder sorgfältig ausgewählt, angeleitet und überwacht hatten und auch alle weiteren

81 EuGH NJW 2006, 1409 Rn. 9– Skov und Bilka; siehe auch *Wagner* (Fn. 27), § 15 ProdHaftG Rn. 5 sowie die Urteilsanmerkung S. *Whittaker*, ZEuP 2007, 858 (865, 869).

82 EuGH NJW 2006, 1409 Rn. 47 – Skov und Bilka.

83 *Riehm*, Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht (Fn. 27), 1043 ff., wonach der Geschädigte außerdem ein Verschulden des Herstellers beweisen müsse.

84 Vgl. BGH NJW 1990, 906 (907 f.) – Pferdebox zur Ablehnung einer Entlastung mit dem pauschalen Hinweis auf eine „Pflicht, [...] organisatorische Vorkehrungen“ zu treffen.

85 Siehe zur Diskussion nur *Wagner* (Fn. 27), § 831 Rn. 1 ff. m.w.N.; *Mayrhofer*, Außervertragliche Haftung für fremde Autonomie (Fn. 55), S. 172 ff. m.w.N.

86 Siehe oben Fn. 61.

erforderlichen organisatorischen Vorkehrungen getroffen hatten, die für Angehörige der Verkehrskreise dieser Personen zumutbar waren,⁸⁷ ist nicht ersichtlich. Ob der BGH mit der dort insofern eher *en passant* erwähnten Gleichstellung von Fehler und Verkehrspflichtverletzung eine solche Entlastung auch für den Fall ausschließen wollte, in dem der Hersteller die Prozesse in seiner Organisation in einer Weise dokumentiert hat, die einen solchen Nachweis erlauben, ist somit nicht klar. Eine solche Dokumentation ist zweifellos anspruchsvoll, aber nicht unzumutbar. Die hohen Anforderungen an die Organisation des Produktionsprozesses aufzugeben, um die Eigenständigkeit der deutschen Verschuldenshaftung zu begründen, ist deshalb nicht wünschenswert.⁸⁸ Ein solcher Kurswechsel sollte nur notfalls und somit erst dann erfolgen, wenn wirklich feststeht, dass der EuGH die oben dargelegten Unterschiede der Verschuldenshaftung des BGB gegenüber der europäischen Produkthaftung nicht genügen lässt. In jedem Fall hat eine Vorlage an den EuGH zu erfolgen.⁸⁹

III. Begrenzte Bedeutung der Abgrenzung aufgrund des eingeschränkten, aber im Einzelnen unsicheren Anwendungsbereichs der Richtlinie

Es sei schließlich noch die Klarstellung erlaubt, dass die Frage, ob eine nationale Haftungsgrundlage wie etwa die Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB als Haftung „aus anderen Gründen als der Fehlerhaftigkeit eines Produkts“ i.S.v. Art. 2 Abs. 4 lit. b ProdHaftRL 2024 einzuordnen ist, offen bleiben kann, wenn der Schadensfall gar nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt. Dann kann das nationale Recht – vorbehaltlich anderer europäischer Regelungen – vollumfänglich zur Anwendung kommen.

Der EuGH betont dementsprechend zu Recht, dass die vollständige Harmonisierung der ProdHaftRL 1985 nur in den „durch sie geregelten Punkten“ erfolgt ist.⁹⁰ Auch die neue ProdHaftRL 2024 hat nicht insgesamt abschließenden Charakter, sondern bewirkt eine Vollharmonisierung nur

87 Siehe bereits oben Fn. 58; vgl. auch BGH NJW-RR 1987, 147 (147 f.) – Gasversorgungssystem.

88 Zu möglichen *Erweiterungen* der Beweislastumkehr im Zusammenhang mit Software- und KI-Produkten Mayrhofer, Außervertragliche Haftung für fremde Autonomie (Fn. 55), S. 331 ff.

89 Vgl. zu den Voraussetzungen der Vorlagepflicht der letztinstanzlichen Gerichten nur EuGH BeckRS 1982, 108239 Rn. 14 ff. – Cilfit.

90 EuGH EuZW 2002, 574 Rn. 28 – González Sánchez; siehe auch EuGH BeckRS 2004, 74495 Rn. 20 – Kommission/Griechenland; EuGH BeckRS 2004, 77531 Rn. 24 –

innerhalb ihres Anwendungsbereichs (Art. 3 ProdHaftRL 2024). Jenseits davon kann die nationale Produzentenhaftung unabhängig davon, ob die Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 4 lit. b ProdHaftRL 2024 erfüllt sind, zur Anwendung kommen. Ob der Anwendungsbereich der EU-Produkthaftung eröffnet ist oder nicht, ist allerdings mitunter schwierig zu bestimmen, wie die folgenden Beispiele deutlich machen. Ggf. muss auch darüber der EuGH entscheiden.

Außerhalb des Anwendungsbereichs der EU-Produkthaftung liegen Schäden, die von Art. 6 ProdHaftRL 2024 *nicht geregelt* sind. Davon sind Schäden zu unterscheiden, für die Art. 6 ProdHaftRL 2024 einen Ausschluss der Ersatzpflicht anordnet. Nach dem EuGH fällt beispielsweise der Ersatz von Schäden an einer Sache, die für den beruflichen Gebrauch bestimmt war (Art. 9 lit. b i ProdHaftRL 1985), nicht in den Anwendungsbereich der ProdHaftRL 1985.⁹¹ Diese – nicht unumstrittene⁹² – Rspr. kann wohl übertragen werden auf die in Art. 6 Abs. 1 lit. b, lit. c ProdHaftRL 2024 explizit ausgenommenen Schäden, z.B. Schäden an Daten, die für berufliche Zwecke verwendet werden.

Im Gegensatz dazu hielt es der EuGH unter der ProdHaftRL 1985 für unzulässig, die Haftung auf Sachschäden unterhalb der Selbstbeteiligung zu erstrecken (Art. 9 Abs. 1 lit. b ProdHaftRL 1985).⁹³ Bagatellschäden konnten somit nur nach Maßgabe eines anderen Haftungsregimes i.S.v. Art. 13 ProdHaftRL 1985 ersetzt werden.⁹⁴ Der Selbstbehalt ist in der ProdHaftRL 2024 entfallen. Anders als die ProdHaftRL 1985 (Art. 16 Abs. 1 ProdHaftRL 1985)

Kommission/Frankreich; EuGH NJW 2006, 1409 Rn. 23 – Skov und Bilka; EuGH EuZW 2009, 501 Rn. 21 – Moteurs Leroy Somer; EuGH BeckRS 2011, 81941 Rn. 20 – Dutreux; EuGH NJW 2015, 927 Rn. 23 – Novo Nordisk Pharma; EuGH NJW 2017, 2739 Rn. 20 – Sanofi Pasteur.

91 EuGH EuZW 2009, 501 Rn. 32 – Moteurs Leroy Somer; so auch *Schaub*, Abschied vom nationalen Produkthaftungsrecht? (Fn. 21), 579.

92 A.A. *Riehm*, Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht (Fn. 27), 1043.

93 EuGH BeckRS 2004, 74495 Rn. 28 ff. – Kommission/Griechenland; EuGH BeckRS 2004, 77531 Rn. 28 ff. – Kommission/Frankreich; für die Eröffnung des Anwendungsbereichs *Riehm*, Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht (Fn. 27), 1038, 1043; etwas anders *Schaub*, Abschied vom nationalen Produkthaftungsrecht? (Fn. 21), 579: „Grauzone“.

94 Vgl. Impact Assessment Report zum Kommissionsvorschlag, 28.9.2022, SWD(2022) 316 final, S. 23.

sieht die ProdHaftRL 2024 auch nicht mehr die Möglichkeit eines Höchstbetrags für Schäden infolge von Tod oder Körperverletzung vor.⁹⁵

Neue Abgrenzungsschwierigkeiten wirft nun allerdings Art. 6 Abs. 1 lit. a ProdHaftRL 2024 auf, wo vorgesehen ist, dass „medizinisch anerkannte[...] Beeinträchtigungen der psychischen Gesundheit“ eine Körperverletzung darstellen. Liegen damit andere Beeinträchtigungen der psychischen Gesundheit außerhalb der ProdHaftRL 2024, sodass die Mitgliedstaaten sie frei regeln können, oder soll unterhalb der Schwelle medizinischer Anerkennung Schadensersatz nach nationalem Recht nur auf anderer Haftungsgrundlage i.S.v. Art. 2 Abs. 4 lit. b ProdHaftRL 2024 zulässig bleiben?

Wie bisher ist es nicht möglich, die Fehler-Haftung der in Art. 8 ProdHaftRL 2024 genannten Wirtschaftsakteure zu erweitern.⁹⁶ Zur ProdHaftRL 1985 entschied der EuGH, dass „die in den Art. 1 und 3 vorgenommene Festlegung des Kreises der haftenden Personen als erschöpfend anzusehen“ ist, sodass insbesondere eine über Art. 3 Abs. 3 ProdHaftRL 1985 hinausgehende Produkthaftung des „Lieferanten“ nicht vorgesehen werden konnte.⁹⁷ Dagegen fiel nach dem EuGH die Haftung von „Dienstleistern“ nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie⁹⁸ – hierzu unten (C.). Die unter der ProdHaftRL 1985 konstatierte „Grauzone“,⁹⁹ beispielsweise hinsichtlich der Mitarbeitenden der Wirtschaftsakteure,¹⁰⁰ wurde durch die ProdHaftRL 2024 leider nicht erhellet.¹⁰¹

95 Fälle, in denen der Höchstbetrag überschritten wurde, dürften im Anwendungsbereich der ProdHaftRL 1985 gelegen haben; die Mitgliedstaaten regelten auch hier keine Sachverhalte außerhalb der EU-Produkthaftung, sondern nahmen lediglich ein Optionsrecht innerhalb der EU-Produkthaftung wahr, vgl. zu diesem Unterschied *Riehm*, Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht (Fn. 27), 1038.

96 EuGH NJW 2006, 1409 Rn. 45 – Skov und Bilka; siehe auch schon EuGH BeckRS 2004, 77531 Rn. 38 ff. – Kommission/Frankreich.

97 EuGH NJW 2006, 1409 Rn. 33 ff. – Skov und Bilka.

98 EuGH BeckRS 2011, 81941 Rn. 39 – Dutreux; unklar EuGH NJW 2021, 2015 Rn. 41 – Krone.

99 *Schaub*, Abschied vom nationalen Produkthaftungsrecht? (Fn. 21), 579.

100 *Schaub*, Abschied vom nationalen Produkthaftungsrecht? (Fn. 21), 579.

101 Der BGH wendet die Grundsätze der Produzentenhaftung wohl nur auf den tatsächlichen Hersteller an, vgl. zu Händlern BGH NJOZ 2024, 560 Rn. 20 – Düngemittel und zu (leitenden) Mitarbeitenden BGHZ 116, 104 = NJW 1992, 1039 – Hochzeitessen.

Keine „Grauzone“, sondern ein Fall im Anwendungsbereich der EU-Produkthaftung ist die Produktbeobachtung.¹⁰² Unter der ProdHaftRL 1985 ließ sich argumentieren, diese regle nur die Haftung bis zum Inverkehrbringen und überlasse die Phase danach dem nationalen Recht (Art. 6 Abs. 1 lit. c, Abs. 2, 7 lit. b, lit. e ProdHaftRL 1985). Zweifelsfrei war dies allerdings nicht, da eine solche Auslegung es den Mitgliedstaaten hätte erlauben können, die Voraussetzungen des Fehlers und der Haftungsausschlüsse durch die Berücksichtigung eines späteren Produktbeobachtungsverhaltens im Ergebnis zu modifizieren, was der EuGH für unzulässig gehalten hatte.¹⁰³ Jedenfalls unter der ProdHaftRL 2024 wäre eine solche Argumentation kaum vertretbar, denn diese regelt nun auch, inwieweit die Wirtschaftsakteure haften, wenn das Produkt erst nachträglich fehlerhaft wird oder ein Fehler erst nachträglich erkennbar wird (Art. 7 Abs. 2 lit. d, Abs. 3, 11 Abs. 1 lit. c, lit. d, Abs. 2 ProdHaftRL 2024).¹⁰⁴

Im Anwendungsbereich der EU-Produkthaftung liegen auch Fälle, in denen die darauf gestützten Ansprüche verjährt oder aufgrund von Zeitablauf erloschen sind (Art. 10, 11 ProdHaftRL 1985, Art. 16, 17 ProdHaftRL 2024).¹⁰⁵ Diese zeitliche Begrenzung ist in Frankreich anscheinend der Hauptgrund dafür, dass sich Geschädigte auf die Deliktshaftung berufen: Nach *J.-S. Borghetti* sind dort die „im rein nationalen Recht vorgesehenen Fristen [...] nämlich weitaus großzügiger als die Fristen der Richtlinie“.¹⁰⁶ Auch im deutschen Recht kann die Deliktshaftung für die Geschädigten in zeitlicher Hinsicht attraktiver sein als die EU-Produkthaftung. Die dreijährigen subjektiven Verjährungsfristen (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB, Art. 16 ProdHaftRL 2024) sind zwar ähnlich, aber nicht identisch; insbesondere verlangt die deutsche Regel für den Fristbeginn zumindest *grob* fahrlässige Unkenntnis hinsichtlich der anspruchsbegründenden Umstände und knüpft ihn an

102 Anders *Schaub*, Abschied vom nationalen Produkthaftungsrecht? (Fn. 21), 579: „Grauzone“.

103 Nach EuGH BeckRS 2004, 77531 Rn. 47 ff. – Kommission/Frankreich ist es unzulässig, die Haftungsfreistellungen nach Art. 7 lit. d, e ProdHaftRL 1985 davon abhängig zu machen, dass der Hersteller seinen Produktbeobachtungspflichten nachkomme.

104 Entscheidend ist hier die „Kontrolle des Herstellers“ (Art. 4 Nr. 5 ProdHaftRL 2024).

105 Vgl. EuGH EuZW 2010, 22 Rn. 37 – *Aventis Pasteur* zu Art. 11 ProdHaftRL 1985; *Riehm*, Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht (Fn. 27), 1043; Impact Assessment Report zum Kommissionsvorschlag, 28.9.2022, SWD(2022) 316 final, S. 22.

106 *Borghetti*, Produkthaftungsrichtlinie und das französische Recht (Fn. 5), S. 177 (187).

den Schluss des Jahres.¹⁰⁷ Hinzu kommt, dass für die EU-Produkthaftung eine Ausschlussfrist von grundsätzlich zehn Jahren seit Inverkehrbringen oder Inbetriebnahme gilt (Art. 17 Abs. 1 ProdHaftRL 2024), wohingegen die BGB-Deliktshaftung bis zu 30 Jahre nach Begehung der schädigenden Handlung durchsetzbar sein kann (§ 199 Abs. 2, Abs. 3 BGB).¹⁰⁸ Eine gewisse Annäherung bewirkt die neue ProdHaftRL 2024 für Latenzzeiten einer Körperverletzung; hier gilt nun eine Frist von 25 Jahren (Art. 17 Abs. 2 ProdHaftRL 2024).

IV. Zu erwartende Vorlageflut?

In Reaktion auf die ersten Urteile des EuGH zu Art. 13 ProdHaftRL 1985 aus dem Jahr 2002 wurde erwogen, dass „die praktische Häufigkeit von Produkthaftungsklagen auf der Grundlage von § 823 I BGB [...] zu einer ‚Vorlageflut‘ nach Art. 234 EG an den EuGH führen“ könnte.¹⁰⁹ Zwar hatte der EuGH anschließend mehrfach Gelegenheit, seine Rspr. zu bestätigen¹¹⁰ und ist aktuell zumindest ein Vorabentscheidungsersuchen eines französischen Gerichts anhängig¹¹¹. Soweit ersichtlich, hat bislang aber kein deutscher Fall zu § 823 Abs. 1 BGB den EuGH erreicht, obwohl Deutschland offenbar zu den Mitgliedstaaten gehört, wo das Deliktsrecht in Produkthaftungsfällen besonders häufig geltend gemacht wird¹¹². Lediglich die Haftung nach § 84 AMG war Gegenstand einer Vorlage.¹¹³ Wie A. Spickhoff erläutert, betrifft dies aber nicht Art. 2 Abs. 4 lit. b ProdHaftRL 2024, sondern die „besonderen Haftungsregeln“ i.S.v. lit. c.¹¹⁴

Ein Grund für das Ausbleiben von Vorlagen ist zunächst, dass es aufgrund der Überschneidungen der EU-Produkthaftung und der deutschen

107 Vgl. zu Art. 10 ProdHaftRL 1985 *Riehm*, Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht (Fn. 27), 1043.

108 Siehe auch § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB.

109 *Schaub*, Abschied vom nationalen Produkthaftungsrecht? (Fn. 21), 580.

110 Siehe Fn. 15.

111 Rs. C-338/24, Sanofi Pasteur, ABl EU C, C/2024/4716, 5.8.2024.

112 Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, SWD(2018) 157 final, S. 14 Fn. 25; Impact Assessment Report zum Kommissionsvorschlag, 28.9.2022, SWD(2022) 316 final, S. 83 Fn. 283.

113 EuGH NJW 2015, 927 – Novo Nordisk Pharma.

114 *Spickhoff*, Auswirkungen der aktualisierten EU-Produkthaftungsrichtlinie (Fn. 10), S. 199 (201f.).

Produzentenhaftung regelmäßig nicht entscheidungserheblich ist, ob Letztere neben Ersterer Anwendung finden kann. In den meisten Entscheidungen scheint die Möglichkeit einer Haftung entweder nach beiden Anspruchsgrundlagen bejaht¹¹⁵ oder nach beiden Anspruchsgrundlagen verneint¹¹⁶ zu werden.¹¹⁷ Allerdings wurde oben eine weiterreichende Haftung nach nationalem Deliktsrecht des BGB in einigen Punkten, etwa der Verjährung, aufgezeigt.¹¹⁸ In einzelnen Entscheidungen wäre die Frage möglicherweise entscheidungserheblich gewesen: Teilweise wird unter Verweis auf einen Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB die Haftung nach § 1 Abs. 1 ProdHaftG offengelassen.¹¹⁹ Daneben existiert auch die eine oder andere Entscheidung, in der nur die Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB bejaht wird.¹²⁰

115 Vgl. BGHZ 129, 353 = NJW 1995, 2162 – Mineralwasserflasche II; BGHZ 181, 253 = NJW 2009, 2952 – Airbags; siehe auch OLG Köln NZM 2002, 926; LG Siegen r + s 2014, 609; LG Siegen BeckRS 2014, 20017, wo jeweils eine Haftung nach § 1 ProdHaftG geprüft wird und dann schlicht ausgeführt wird, dass sich aus „den vorstehenden Ausführungen“ eine Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB „gleichermaßen“ ergebe; LG Stuttgart NJW-RR 2012, 1169 (1171), wonach „das Inverkehrbringen eines fehlerhaften Produktes einen Unterfall der Verkehrssicherungspflichtverletzung“ darstelle.

116 BGHZ 179, 157 = NJW 2009, 1080 – Pflegebetten: kein Schaden i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB, § 1 ProdHaftG; BGH NJW 2023, 3159 – Keramikinlay: kein Nachweis eines Fehlers; OLG Düsseldorf BeckRS 2017, 157952: kein Fehler; OLG Saarbrücken NJW 2014, 1600: kein Fehler; OLG Düsseldorf BeckRS 2016, 118013: kein Fehler; OLG Frankfurt a.M. EuZW 2022, 384: kein Schaden i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB, § 1 ProdHaftG; OLG Koblenz NJW-RR 2006, 169: kein Fehler; OLG Köln NJW 2006, 2272: kein Fehler; OLG Stuttgart BeckRS 2018, 27412: Ablauf der Frist nach § 13 Abs. 1 ProdHaftG (ProdHaftG) bzw. kein schadensursächlicher Fehler (§ 823 Abs. 1 BGB); OLG Hamm BeckRS 2016, 16820: kein Hersteller (ProdHaftG) bzw. keine Erkennbarkeit eines möglichen Fehlers (§ 823 Abs. 1 BGB); KG Berlin BeckRS 2019, 12534: Ablauf der Frist nach § 13 Abs. 1 ProdHaftG (ProdHaftG) bzw. keine Rechtsverletzung (§ 823 Abs. 1 BGB).

117 Teilweise wird auch nur die Haftung nach § 1 ProdHaftG erörtert, vgl. BGH NJW 2014, 2106 – Überspannungsschaden; BGH NJW 2013, 1302 – Heißwasser-Unterziehgarnitur; BGH NJW 2009, 1669 – Kirschtaler.

118 Siehe oben unter III.

119 OLG Hamm NJW-RR 2011, 893, 893 – Grillpaste: „Dabei ist hier nicht weiter zu klären, ob ein entsprechender Anspruch aus § 12 ProdHaftG bereits verjährt ist. Denn es bestehen hier nicht verjährte Ansprüche gem. den §§ 823 I, 253 II BGB“. Es wird außerdem auf § 15 Abs. 2 ProdHaftG verwiesen.

120 OLG Schleswig, NJW-RR 2008, 691, wo die Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB mit der Inverkehrsgabe eines i.S.v. § 3 ProdHaftG fehlerhaften Produkts und der Erkennbarkeit des Fehlers begründet wird, eine Haftung nach § 1 ProdHaftG aufgrund der Ausschlussfrist nach § 13 ProdHaftG dagegen abgelehnt wird. Selten wird auch die Haftung nur nach § 1 Abs. 1 ProdHaftG bejaht, vgl. OLG Brandenburg BeckRS 2019,

Mitunter wird § 823 Abs. 1 BGB neben § 1 ProdHaftG angewandt, ohne dass entsprechend den Grundsätzen der Produzentenhaftung an einen „Fehler“ angeknüpft wird.¹²¹ Allerdings sind, wie dargestellt, nicht die Begrifflichkeiten entscheidend, sondern die Inhalte, mit denen die Sorgfaltspflichten des Herstellers ausgefüllt werden.¹²²

Zu einer Vorlageflut dürfte es daher auch unter der neuen ProdHaft-RL 2024 nicht kommen. Möglicherweise aber zumindest zu einzelnen Vorabentscheidungsersuchen. Durch die explizite Regelung der Vollharmonisierung in Art. 3 ProdHaftRL 2024 und die ausdrückliche Beschränkung konkurrierender allgemeiner Regeln auf die Haftung „aus anderen Gründen als der Fehlerhaftigkeit eines Produkts“ in Art. 2 Abs. 4 lit. b ProdHaftRL 2024 könnte das Bewusstsein für die Notwendigkeit der Abgrenzung zwischen Fehler- und Verschuldenshaftung erhöht worden sein. Es erscheint somit „nicht ausgeschlossen, dass es in Zukunft vermehrt zu Vorlagen an den EuGH kommen wird, wenn nach § 823 Abs. 1 BGB ein anderes Ergebnis als nach der ProdHaft-RL nF erzielt wird und der Fall nicht von vornherein außerhalb des Anwendungsbereichs der ProdHaft-RL nF liegt“.¹²³

C. Einbeziehung von Dienstleistungen in die Produkthaftung: ein Minor Upgrade

Ein echtes Upgrade erhält der sachliche Anwendungsbereich der EU-Produkthaftung hingegen mit der neuen ProdHaftRL 2024 insofern, als nun auch bestimmte Dienstleistungen einbezogen werden. *T. G. Garcia-Micó* spricht sogar von einem „drastischen Wandel in der Konzeption der Produkthaftung“.¹²⁴ Indes dürfte es sich bedauerlicherweise lediglich um ein „Minor Upgrade“ handeln. Die Begrenzung der Produkthaftung auf verkör-

4958: Kein Verschulden, aber ein Fehler. Auf die Beweislastumkehr wird dort nicht eingegangen.

121 BGH NJOZ 2024, 560 – Düngemittel, wo im Zusammenhang mit der Haftung eines Abfallentsorgers, der „wie ein Hersteller“ hafte (Rn. 22) nicht die Fehlerhaftigkeit, sondern direkt die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten erörtert wird; die Haftung aus § 1 ProdHaftG wird abgelehnt, da die geschädigte Sache zu beruflichen Zwecken verwendet wurde.

122 Siehe oben vor und mit Fn. 30.

123 *Piovano/Hess*, Produkthaftungsrecht (Fn. 14), § 7 Rn. 13.

124 *Garcia-Micó*, Von der Verschuldens- zur Gefährdungshaftung (Fn. 13), S. 229 (248).

perte Produkte, in Abgrenzung von Dienstleistungen, war und ist rechtspolitisch fragwürdig (I.). Die ProdHaftRL 2024 verwischt zwar die bisherige *summa divisio* zwischen Produkten und Dienstleistungen, zum einen durch die Hintertür, durch Erweiterung des Produktbegriffs (II.), zum anderen durch die Vordertür, durch Einbeziehung bestimmter „Dienste“ in das Konzept der „Komponente“ (III.), sie gibt sie aber nicht vollständig auf.¹²⁵

I. Rechtspolitische Fragwürdigkeit der weitgehend fortgeführten Begrenzung der Produkthaftung auf verkörperte Produkte

Die von der ProdHaftRL 1985 intendierte Beschränkung der Produkthaftung auf „Produkte“, im Gegensatz zu „Dienstleistungen“, warf bereits in der Vergangenheit Schwierigkeiten auf. Dies vermag nicht zu überraschen. Denn Produkte stellen zwar gewiss eine bedeutsame Gefahrenquelle für den Verkehr dar, jedoch beileibe nicht die einzige. Auch Dienstleistungen vermögen die Sicherheit des Verkehrs ersichtlich zu beeinflussen. Das war und ist schon in der analogen Welt so und dementsprechend lassen sich ohne Weiteres Beispiele für gefährliche Dienstleistungen ersinnen: Bei Baumarbeiten wird ein Ast angesägt, der später herabstürzt, beim Sehtest wird geschlampt, sodass die getestete Person später ohne die nötige Brille Auto fährt, Lebensmittel werden mangelhafter Reinigung unterzogen, sodass sich gesundheitsschädliche Keime bilden usw. Hinzu kommt, dass die Unterscheidung nicht stets offenkundig war und ist: Der EuGH betonte zwar, dass Dienstleistungen nicht in den Anwendungsbereich der ProdHaftRL 1985 fielen.¹²⁶ Er hielt aber beispielsweise die EU-Produkthaftung für einschlägig, wenn ein Produkt im Rahmen einer konkreten Dienstleistung hergestellt und verwendet wurde.¹²⁷ Dies warf die Frage auf, wo die Grenze zu ziehen war, insbesondere wenn ein Produkt im Rahmen einer Dienstleistung modifiziert wurde:¹²⁸ Unterlag etwa auch der „Restaurator

125 Vgl. S. Müller, Produktfehler und Beweisregeln nach dem Kommissionsvorschlag zur Novellierung des EU-Produkthaftungsrechts, InTeR 2024, 6 (7): „Das jahrzehntealte Dogma, die Produkthaftung sei keine Dienstleistungshaftung, wird sich auf Grundlage des ProdHaftRL-V jedenfalls nicht länger halten lassen.“

126 EuGH NJW 2021, 2015 Rn.32 – Krone; siehe auch EuGH BeckRS 2011, 81941 Rn. 32 ff. – Dutreux.

127 EuGH EuZW 2001, 378 Rn. 11 ff. – Veedfald.

128 A. Geiger, Anmerkung, EuZW 2001, 381 (382).

eines antiken Möbelstücks“ der Produkthaftung, „wenn eine von ihm angeordnete Tinktur das Holz beschädigte“?¹²⁹

Besondere Schwierigkeiten bestanden und bestehen, wie u.a. *B. Handorn*¹³⁰ und *T. G. Garcia-Micó*¹³¹ hervorheben, im digitalen Bereich, der zunehmend an Bedeutung gewinnt.¹³² Namentlich ist notorisch, dass Sachfunktionen heutzutage häufig durch digitale Zusatzelemente ergänzt und erweitert werden oder überhaupt von vornherein vom Zusammenspiel mit digitalen Elementen abhängen, man denke nur an das Fahrzeug, dessen digital gesteuertes Türschloss sich nicht mehr öffnen lässt, an Navigationsdienste, die in den Abgrund navigieren¹³³, an digitale Serviceleistungen im Ernährungs- oder Fitnessbereich, die falsche und gefährliche Ratschläge geben¹³⁴ oder schlicht an zeitweilige Zugangsprobleme bei an sich funktionierenden bzw. zugänglichen digitalen Dienstleistungen oder Inhalten.

Insgesamt ist zu konstatieren, dass kaum überzeugende Sachgründe ersichtlich sind, am traditionellen Verkörperungsansatz des überkommenen Produkthaftungsrechts festzuhalten und diejenigen, die Dienstleistungen im Verkehr anbieten, keiner der Produkthaftung entsprechenden parallelen europäischen Haftung zu unterwerfen. Tatsächlich gab es einen Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen aus dem Jahr 1990,¹³⁵ der jedoch gescheitert ist.¹³⁶ Die ProdHaftRL 2024 liefert insofern leider ebenfalls keinen „großen Wurf“.

In dem gescheiterten Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über eine Dienstleistungshaftung wurde als eine Besonderheit von Dienstleistungen aufgeführt, dass sie „zuweilen nicht greifbar sind“.¹³⁷ Verkörper-

129 *Wagner* (Fn. 27), § 1 ProdHaftG Rn. 26.

130 *B. Handorn*, Die geplante Revision des europäischen Produkthaftungsrechts (auch) für Medizinprodukte, MPR 2023, 16 (18).

131 *Garcia-Micó*, Von der Verschuldens- zur Gefährdungshaftung (Fn. 13), S. 229 (241 ff.).

132 Vgl. auch *R. Brenner*, Software im Fokus der neuen Produkthaftungsrichtlinie, RD 2024, 345 (347).

133 Vgl. etwa einen entsprechenden Bericht aus der Rheinischen Post vom 8.11.2011, abrufbar (am 5.4.2025) unter https://rp-online.de/nrw/staedte/leverkusen/das-navi-fuehrte-in-den-tod_aid-13165031.

134 Siehe zu unrichtigen Gesundheitstipps EuGH NJW 2021, 2015 Rn. 38 – Krone.

135 Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen, 9.11.1990, KOM (90) 482 endg.

136 Zur Rücknahme siehe die Mitteilung der Kommission betreffend neue Ausrichtung in Sachen Haftung für Dienstleistungen, 23.6.1994, KOM (94) 260 endg.

137 Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen, 9.11.1990, KOM (90) 482 endg.

te Produkte erachtet man traditionell als gut handhabbares Abgrenzungskriterium.¹³⁸ Im digitalen Zeitalter lässt sich jedoch ein solches striktes Erfordernis der Verkörperung kaum ausnahmslos durchhalten und dementsprechend erkennt Erwgr. 13 der neuen ProdHaftRL 2024 an, dass es auch Produkte nicht-körperlicher Art geben kann. Zugleich wird allerdings klargestellt, dass Informationen nicht als Produkt anzusehen sein sollen. Erwgr. 17 sagt ferner, dass die neue ProdHaftRL „nicht für Dienstleistungen als solche gelten“ soll. Vor dem Hintergrund, dass mit Dienstleistungen, wie gesehen, oft ähnliche Gefahren wie mit Produkten verbunden sind und ein ähnliches Bedürfnis einer Harmonisierung besteht, ist dies alles andere als selbstverständlich. Eine weiterreichende und grundsätzliche Abkehr vom verkörperten Produkt wäre wünschenswert gewesen. Immerhin wurde in der Mitteilung über die Rücknahme des Kommissionsvorschlags für eine Dienstleistungshaftung betont, die Rücknahme bedeute „nicht einen Verzicht auf die Gewährleistung der Sicherheit für Dienstleistungen“.¹³⁹ In der Folge konzentrierte sich die EU allerdings auf das Vertragsrecht, wo heute wenigstens teilweise nicht (mehr) zwischen Waren und Dienstleistungen unterschieden wird,¹⁴⁰ und auf die Dienstleistungssicherheit in bestimmten Sektoren^{141, 142}

Die Reform der EU-Produkthaftung wäre nun allerdings eine gute Gelegenheit für ein „Major Upgrade“ in Form einer Gleichstellung der Haftung für Produkte und Dienstleistungen gewesen. Die ProdHaftRL 2024 hat diese Chance leider verpasst. Immerhin adressiert sie einige Schwierigkeiten, etwa die Unsicherheit über die Verwendung von Produkten zum Eigengebrauch (vgl. Art. 4 Nr.10 lit. c ProdHaftRL 2024) und die Veränderung von Produkten (Art. 8 Abs. 2 ProdHaftRL 2024). Zugleich führt sie aber neue Abgrenzungsschwierigkeiten herbei.¹⁴³ Die – nach dem Vorstehenden in ihrer sachlichen Berechtigung ohnehin fragwürdige – Unterscheidung

138 Vgl. *Taschner/Frietsch* (Fn. 70), § 2 Rn. 6; siehe auch *Oechsler* (Fn. 23), § 2 ProdHaftG Rn. 2 zur „rechtssicheren Tatbestandsbildung“.

139 Mitteilung der Kommission betreffend neue Ausrichtung in Sachen Haftung für Dienstleistungen, 23.6.1994, KOM (94) 260 endg., S. 6, wo ergänzt wird: „Ganz im Gegenteil!“

140 Vgl. etwa die Digitale-Inhalte-RL (EU) 2019/770 sowie die Verbraucherschutz-RL 2011/83/EU.

141 Vgl. etwa die Info-RL (EU) 2015/1535.

142 Vgl. bereits die Hinweise in der Mitteilung der Kommission betreffend neue Ausrichtung in Sachen Haftung für Dienstleistungen, 23.6.1994, KOM (94) 260 endg., S. 3 ff.

143 Vgl. etwa *Piovano/Hess*, Produkthaftungsrecht (Fn. 14), § 3 Rn. 6.

zwischen Produkt- und Dienstleistungshaftung wird insbesondere durch zwei Neuerungen verschliffen, auf die nachfolgend näher eingegangen werden soll: Zunächst wird der Begriff „Produkt“ erweitert, indem „Software“ und „digitale Konstruktionsunterlagen“ einbezogen werden (Art. 4 Nr. 1 ProdHaftRL 2024). Hier wird zwar noch an Gegenstände angeknüpft, die zumindest als Produkt „betrachtet“ werden können (Erwgr. 16). Allerdings wird schon dadurch die Grenze zur an sich ausgeschlossenen Haftung für „Informationen“ (Erwgr. 13) stark verwischt¹⁴⁴. Noch weiter geht die ProdHaftRL 2024 bei der Definition der „Komponente“.¹⁴⁵ Unter diesen Begriff fallen nicht nur „Gegenstände“, sondern auch „verbundene Dienste“ (Art. 4 Nr. 4 ProdHaftRL 2024).¹⁴⁶ Dass die Hersteller von Teilen des Produkts neben dem Endprodukthersteller der Produkthaftung unterliegen, ist zwar nichts Neues (Art. 3 Abs. 1 ProdHaftRL 1985, Art. 8 Abs. 1 lit. b ProdHaftRL 2024). Bislang hafteten sie jedoch nur, wenn sie ein Teilprodukt oder einen Grundstoff hergestellt hatten, nicht aber für Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Produkt¹⁴⁷.

II. Dienstleistungshaftung durch die Hintertür: Haftung für „Software“ und „digitale Konstruktionsunterlagen“ als „Produkte“

Unter der ProdHaftRL 1985 war, wie *T. G. Garcia-Micó* darstellt, umstritten, ob „Software“ ein „Produkt“ i.S.v. Art. 2 ProdHaftRL 1985 sein kann.¹⁴⁸ Nach *T. G. Garcia-Micó* soll es sich bei Software um „nichts anderes als eine Information, eine Reihe von Anweisungen oder Befehlen“ handeln.¹⁴⁹ Reine Information war schon bisher vom Anwendungsbereich der EU-Produkthaftung ausgeschlossen. Teilweise wurde zwar vertreten, dass eine Produkthaftung für fehlerhafte Information möglich sei, wenn diese verkörpert

144 Siehe sogleich II.

145 Siehe sogleich III.

146 Nach *G. Spindler*, Die Vorschläge der EU-Kommission zu einer neuen Produkthaftung und zur Haftung von Herstellern und Betreibern Künstlicher Intelligenz, CR 2022, 689 (690) mutet dies „[f]ast schon revolutionär“ an.

147 *F. Graf von Westphalen*, in: U. Foerste/F. Graf von Westphalen (Hrsg.), Produkthaftungshandbuch, 4. Aufl., München 2024, § 49 Rn. 33.

148 *Garcia-Micó*, Von der Verschuldens- zur Gefährdungshaftung (Fn. 13), S. 229 (242 ff.).

149 *Garcia-Micó*, Von der Verschuldens- zur Gefährdungshaftung (Fn. 13), S. 229 (241); a.A. *Mayrhofer*, Außervertragliche Haftung für fremde Autonomie (Fn. 55), S. 236 ff.

wurde, z.B. in einer Zeitung oder in einem Buch.¹⁵⁰ Die h.M. sah darin jedoch einen Fall der Haftung für Dienstleistungen.¹⁵¹ Der EuGH schloss sich dem in der *Krone*-Entscheidung an: Nach dem EuGH fiel ein „unrichtiger Gesundheitstipp, der in einer gedruckten Zeitung veröffentlicht wird und der den Gebrauch einer anderen körperlichen Sache betrifft, nicht in den Anwendungsbereich“ der Richtlinie und war „nicht geeignet, eine Fehlerhaftigkeit dieser Zeitung zu begründen“.¹⁵² Hieraus wurde teilweise gefolgert, die ProdHaftRL 1985 sei auch nicht auf Software anwendbar.¹⁵³

Die neue ProdHaftRL 2024 bezieht „Software“ nun ausdrücklich ein (Art. 4 Nr.1 ProdHaftRL 2024). Sie unterscheidet offenbar zwischen „Software“ und „Informationen“, denn letztere sind – wie erwähnt – ausweislich Erwgr. 13 nicht als Produkt zu betrachten.¹⁵⁴ Informationen scheinen damit als Dienstleistungen eingeordnet oder wie solche behandelt zu werden. Insbesondere soll die ProdHaftRL 2024 „nicht für den Inhalt digitaler Dateien wie Mediendateien oder E-Books oder den reinen Quellcode von Software“ gelten. Insofern stellt sich allerdings die Frage, wann aus dem „Quellcode“ eine „Software“ wird. Der Begriff „Software“ ist in der ProdHaftRL 2024 nicht definiert.¹⁵⁵ Erwgr. 13 nennt als Beispiele „Betriebssysteme, Firmware, Computerprogramme, Anwendungen oder KI-Systeme“. Ob die Definitionen aus anderen Rechtsakten übernommen werden können, ist zweifelhaft. In der CR-VO (VO (EU) 2024/2847) wird mit „Software“ der „Teil eines elektronischen Informationssystems, der aus Computercode besteht“ bezeichnet (Art. 3 Nr. 4 CR-VO). Hierunter lässt sich möglicherweise auch der „Quellcode“ fassen.¹⁵⁶ In der

150 A. Cahn, Produkthaftung für verkörperte geistige Leistungen, NJW 1996, 2899 (2903 f.).

151 U. Foerste, Die Produkthaftung für Druckwerke, NJW 1991, 1433 (1438 f.); C. Förster, in: W. Hau/R. Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 73. Ed., 1.2.2025, § 2 ProdHaftG Rn. 20; Graf von Westphalen (Fn. 147), § 47 Rn. 17 (unter Aufgabe der gegenteiligen Meinung der Voraufgabe).

152 EuGH NJW 2021, 2015 Rn. 39 – Krone.

153 M. Finkelmaier, NJW 2021, 2018; D. Gesmann-Nuissl, Rechtsprechungsreport „Innovations- und Technikreport“, InTeR 2021, 165 (183); anders Graf von Westphalen (Fn. 147), § 47 Rn. 17.

154 Vgl. C. Wendehorst, Künstliche Intelligenz und Produkthaftung, EuZW 2024, 876 (879).

155 P. Hacker, Proposal for a directive on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence, Complementary impact assessment, 2024, S. 11.

156 Die CR-VO scheint grundsätzlich zwischen „Quellcode“ und „Software“ zu unterscheiden, allerdings im Zusammenhang mit den Sonderregeln für „freie und quell-offene Software“, vgl. Erwgr. 19 CR-VO.

Software-RL (RL (EG) 2009/24) erfasst die Definition der „Computerprogramme“ auch das „Entwurfsmaterial zu ihrer Vorbereitung“ (Art. 1 Abs. 1 S. 2 Software-RL).¹⁵⁷ Software ist in der ProdHaftRL 2024 jedenfalls mehr als eine Folge von Zeichen, die auch mündlich oder auf Papier kommuniziert werden könnte – dies wäre bloße Information. Es muss, was auch *T. G. Garcia-Micó* andeutet, eine ausführbare Datei vorliegen.¹⁵⁸ Dieses Begriffsverständnis der ProdHaftRL 2024 macht die Anwendung der EU-Digitalgesetzgebung nicht einfacher und ist auch in der Sache nicht überzeugend: Häufig wird die Fehlerhaftigkeit von Software gerade durch Fehler im Quellcode verursacht.¹⁵⁹ Die Herausnahme dieses „Bauplans“ der Software aus der Haftung widerspricht außerdem dem Gedanken, der wohl hinter der Einbeziehung „digitaler Konstruktionsunterlagen“ in den Produktbegriff steht (Art. 4 Nr. 1 ProdHaftRL 2024). Dabei handelt es sich um „eine digitale Version einer beweglichen Sache oder eine digitale Vorlage dafür, die die funktionalen Informationen enthält, die zur Herstellung eines körperlichen Gegenstands erforderlich sind, indem sie die automatische Steuerung von Maschinen oder Werkzeugen ermöglicht“ (Art. 4 Nr. 2 ProdHaftRL 2024).¹⁶⁰ Primär im Blick hatte man wohl CAD-Dateien, die zur Anfertigung von 3D-Druckerzeugnissen verwendet werden (Erwgr. 16), und deren Produkteigenschaft unter der ProdHaftRL 1985 unklar war.¹⁶¹ Die Einbeziehung soll den „Schutz natürlicher Personen in Fällen [...] gewährleisten, in denen diese Dateien fehlerhaft sind“ (Erwgr. 16). Dieses

157 Vgl. *Spindler*, Produkthaftung und Haftung von Herstellern und Betreibern Künstlicher Intelligenz (Fn. 146), 690.

158 *Garcia-Micó*, Von der Verschuldens- zur Gefährdungshaftung (Fn. 13), S. 229 (248, 251); siehe auch *Spindler*, Produkthaftung und Haftung von Herstellern und Betreibern Künstlicher Intelligenz (Fn. 146), 690; *G. Borges*, Die Haftung für Software und KI-Systeme nach der neuen Produkthaftungsrichtlinie, CR 2025, 1 (4): „Anweisung zur Steuerung einer Maschine“ in Anlehnung an die ISO-Definition.

159 *M. Lejeune*, Vorschlag für eine neue EU-Produkthaftungsrichtlinie: Erweiterung auf digitale Produkte und digitale Dienste, Zusammenspiel mit anderen Rechtsakten der EU – Teil 1, ITRB 2024, 102 (103); nach *Spindler*, Produkthaftung und Haftung von Herstellern und Betreibern Künstlicher Intelligenz (Fn. 146), 690, sollen Programmbibliotheken erfasst sein.

160 Ob es sich dabei, wie von *G. Wagner*, Produkthaftung für das digitale Zeitalter, JZ 2023, 1 (4); *Brenner*, Software im Fokus der neuen Produkthaftungsrichtlinie (Fn. 132), 348 angenommen, stets um Software handelt, ist zweifelhaft. CAD-Dateien bspw. sind Daten, die von einer Software erzeugt wurden und von einer Software verwendet werden, selbst aber kein ausführbarer Code sind.

161 Zur Diskussion unter der ProdHafRL 1985 *Wagner* (Fn. 27), § 2 ProdHaftG Rn. 27; *J. Oechsler*, Produkthaftung beim 3D-Druck, NJW 2018, 1569.

Anliegen, auch die Haftung für Fehler in „Bauplänen“ von Produkten zu regeln, ist berechtigt. Im Übrigen sind „digitale Dateien“ nach Erwgr. 16 allerdings keine Produkte; sie werden offenbar als bloße Information und Dienstleistung eingeordnet.¹⁶² Diese nur punktuelle Einbeziehung der „Baupläne“ von Produkten in den Produktbegriff ist wenig überzeugend, nicht nur im Vergleich zum Quellcode, sondern auch im Vergleich zu Bauplänen, die manuell umgesetzt werden müssen. Auch die Fehler in solchen Plänen setzen sich in der Regel im Produkt fort.¹⁶³ Insofern hätte es näher gelegen, zumindest sämtliche Konstruktionsvorgaben den Produkten gleichzustellen.

Nicht offenkundig ist außerdem, inwieweit gehaftet wird, wenn eine Software eine Information ausgibt, die dann von einem Menschen umgesetzt werden muss.¹⁶⁴ Für einen fehlerhaften *menschlichen* Rat wurde bisher nicht gehaftet¹⁶⁵ und wird wohl weiter nicht gehaftet.¹⁶⁶ Dagegen dürften jedenfalls Ausgaben von KI-Systemen erfasst sein, die i.S.v. Art. 3 Nr. 1 KI-VO (VO (EU) 2024/1689) mit einem gewissen „Grad an Autonomie“ betrieben werden und „Empfehlungen“ generieren.¹⁶⁷ Hier gibt die Software nicht nur den Rat eines Menschen weiter, sondern generiert eine davon unterscheidbare Information.¹⁶⁸ *M. Ebers* nennt den Fall „diagnostischer Medizinproduktesoftware“, die „auf der Grundlage erhaltener Eingabedaten mit einem speziell programmierten Algorithmus einen bestimmten Output (hier: Diagnoseergebnis) erzeugen soll“.¹⁶⁹ Seiner Einschätzung, dass „sich Software sehr wohl als fehlerhaftes Produkt einstufen [lässt], sofern sie entgegen den berechtigten Sicherheitserwartungen fehlerhafte Informationen erzeugt“¹⁷⁰, ist zuzustimmen. Mehr Unsicherheiten birgt der Fall, in dem eine Software so programmiert wird, dass sie nur Ausgaben liefert, die von einem Menschen festgelegt wurden. Dann ähnelt ihre Funktion

162 A.A. *Wagner* (Fn. 27), § 2 ProdHaftG Rn. 27.

163 Vgl. *Borges*, Haftung für Software (Fn. 158), 6, der die Konstruktionsunterlagen offenbar als „Komponente“ einordnet (dazu sogleich III.).

164 Vgl. *Borges*, Haftung für Software (Fn. 158), 5 ff.

165 EuGH NJW 2021, 2015 Rn. 32 ff. – Krone.

166 Vgl. *Wendehorst*, Künstliche Intelligenz und Produkthaftung (Fn. 154), 879; *Borges*, Haftung für Software (Fn. 158), 6.

167 Vgl. zu „ChatGPT“ *Wagner*, EU-Produkthaftung 2.0 (Fn. 14), 134; a.A. *Borges*, Haftung für Software (Fn. 158), 6 f.

168 Vgl. *Mayrhofer*, Außervertragliche Haftung für fremde Autonomie (Fn. 55), S. 238.

169 *M. Ebers*, Die neue Produkthaftungs-Richtlinie: Wegbereiter für Follow-on-Klagen im Recht der Künstlichen Intelligenz? (in diesem Band), S. 69 (90).

170 *Ebers*, Die neue Produkthaftungs-Richtlinie (Fn. 169), S. 69 (90).

eher der einer Zeitung, in der menschliche Gedanken verkörpert sind. Im Ergebnis dürften fehlerhafte Informationen auch hier zur Fehlerhaftigkeit der Software führen können.¹⁷¹ Es erschließt sich dann aber nicht, warum für den rein menschlichen Rat nicht gehaftet wird, wohl aber für die durch die Software vermittelte Empfehlung. Zwar wäre es auch denkbar, zwischen verschiedenen Arten von Software zu unterscheiden; dann müsste aber die ebenfalls nicht einfache Frage beantwortet werden, wann genau die Ausgabe einer Software über den menschlichen Rat hinausgeht. Insgesamt verdient die Einbeziehung der Haftung für fehlerhafte Software und digitale Konstruktionsunterlagen in die europäische Produkthaftung zwar Beifall. Es fehlt aber leider an einem einheitlichen übergeordneten Konzept der Informations- bzw. Dienstleistungshaftung, für das es längst höchste Zeit wäre.

III. Dienstleistungshaftung durch die Vordertür: Haftung für „verbundene Dienste“ als „Komponenten“

Noch deutlicher zeigen sich Abgrenzungsschwierigkeiten im Zusammenhang mit dem Komponentenbegriff. Nach Art. 8 Abs. 1 lit. b ProdHaftRL 2024 haftet neben dem Hersteller eines fehlerhaften „Produkts“ auch der Hersteller einer „fehlerhaften Komponente, wenn diese Komponente unter der Kontrolle des Herstellers in ein Produkt integriert oder damit verbunden wurde und die Fehlerhaftigkeit dieses Produkts verursacht hat“. Zu den „Komponenten“ gehört auch ein „verbundener Dienst“ (Art. 4 Nr. 4 ProdHaftRL 2024), wobei der Begriff einen „digitalen Dienst, der so in ein Produkt integriert oder so mit ihm verbunden ist, dass das Produkt ohne ihn eine oder mehrere seiner Funktionen nicht ausführen könnte“, bezeichnet (Art. 4 Nr. 3 ProdHaftRL 2024). Die „Kontrolle des Herstellers“ ist in Art. 4 Nr. 5 ProdHaftRL 2024 definiert. Beide Begriffe – verbundener Dienst und Herstellerkontrolle – werfen eine Reihe von Fragen auf, wovon manche in diesem Band diskutiert werden.¹⁷² Im Folgenden soll nur auf die Unterscheidung zwischen „Dienst“ und „Produkt“ eingegangen werden. Die ProdHaftRL 2024 definiert selbst den „digitalen Dienst“ nicht weiter.

171 A.A. *Borges*, Haftung für Software (Fn. 158), 6 f.

172 Zur Erforderlichkeit eines Dienstes für die „Funktion“ eines Produkts i.S.v. Art. 4 Nr. 3 ProdHaftRL *Garcia-Micó*, Von der Verschuldens- zur Gefährdungshaftung (Fn. 13), S. 229 (249 ff.).

Die Definition aus der Info-RL (RL (EU) 2015/1535)¹⁷³ ist auf vertragliche Beziehungen ausgerichtet und kann daher nicht ohne Weiteres übernommen werden. Möglicherweise soll unter den Begriff „Dienst“ alles fallen, was kein Produkt ist – in diese Richtung wurde die „Dienstleistung“ in dem Vorschlag für eine Richtlinie über eine Dienstleistungshaftung aus dem Jahr 1990 definiert.¹⁷⁴ Dies würde allerdings dazu führen, dass entgegen Erwgr. 13 die Produkthaftungsvorschriften doch für „den Inhalt digitaler Dateien wie Mediendateien oder E-Books oder den reinen Quellcode von Software“, also für Informationen gelten können, wenn auch nur über den Komponentenbegriff. Dafür, dass dies intendiert ist, spricht, dass auch „die kontinuierliche Bereitstellung von Verkehrsdaten“ einen digitalen Dienst darstellen soll (Erwgr. 17).¹⁷⁵ Allerdings ließe sich dieses Beispiel auch so verstehen, dass nur für Störungen bei der kontinuierlichen Bereitstellung der Daten, nicht aber für die Richtigkeit der Informationen über den Verkehr gehaftet werden soll. Im Ergebnis ist eine Haftung auch für Fehler von Informationen, die beispielsweise im Quellcode¹⁷⁶ oder in (Trainings-)Daten,¹⁷⁷ die vom System empfangen werden, enthalten sind, gerechtfertigt.¹⁷⁸ Der Gedanke, welcher der Einbeziehung der verbundenen Dienste zugrundliegt, dass diese „für die Sicherheit des Produkts genauso grundlegend sind wie physische oder digitale Komponenten“ (Erwgr. 17),

173 Art.1 Abs.1 lit. b Info-RL; siehe auch den Verweis in Art.3 lit. a DSA (VO (EU) 2022/2065).

174 Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen, 9.II.1990, KOM (90) 482 endg., Art.2 Abs.1: „jede im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit oder eines öffentlichen Dienstes in unabhängiger Weise erbrachte entgeltliche oder unentgeltliche Leistung, die nicht unmittelbar und ausschließlich die Herstellung von Gütern oder die Übertragung dinglicher Rechte oder von Urheberrechten zum Gegenstand hat“.

175 Vgl. auch *Borges*, Haftung für Software (Fn. 158), 6.

176 Zum Quellcode als Komponente *Brenner*, Software im Fokus der neuen Produkthaftungsrichtlinie (Fn. 132), 347 f.

177 Zu Trainingsdaten als Komponenten *Spindler*, Produkthaftung und Haftung von Herstellern und Betreibern Künstlicher Intelligenz (Fn. 146), 690; *A.-K. Mayrhofer*, Produkthaftungsrechtliche Verantwortlichkeit des „Trainer-Nutzers“ von KI-Systemen, RD 2023, 20 (26).

178 In diese Richtung *Wagner*, Produkthaftung für das digitale Zeitalter (Fn. 160), 5: Haftung für „Fehler des aufgespielten Kartenmaterials“; *Wendehorst*, Künstliche Intelligenz und Produkthaftung (Fn. 154), 879; *Borges*, Haftung für Software (Fn. 158), 6: Haftung für „integrierte Information“ als Komponenten; *García-Micó*, Von der Verschuldens- zur Gefährdungshaftung (Fn. 13), S. 229 (250); anders wohl *Piovano/Hess*, Produkthaftungsrecht (Fn. 14), § 3 Rn. 10.

trifft auch insofern zu.¹⁷⁹ Was den Quellcode angeht, wird dies in Erwgr. 32 angedeutet, wonach bei Software der „berechtigten Erwartung Rechnung zu tragen [ist], dass die [...] zugrunde liegenden Algorithmen so konzipiert sind, dass ein gefährliches Produktverhalten verhindert wird“.

Eindeutig ist die Einbeziehung allerdings nicht. Zudem stellt sich die Frage, warum analoge Informationen bzw. Dienste anders behandelt werden und wie überhaupt abgegrenzt wird. (Trainings-)Daten können z.B. auch durch Spracheingaben zur Verfügung gestellt werden, die erst einmal analog sind. Mehr Fragen als Antworten liefern auch die weiteren Beispiele für verbundene Dienste, die Erwgr. 17 auflistet: Genannt werden „ein Gesundheitsüberwachungsdienst, der sich auf die Sensoren eines physischen Produkts stützt, um die körperliche Aktivität oder Gesundheitsparameter des Nutzers nachzuverfolgen, ein Temperaturüberwachungsdienst, der die Temperatur eines intelligenten Kühlschranks überwacht und reguliert, oder auch ein Sprachassistent, der die Steuerung eines oder mehrerer Produkte mittels Sprachbefehlen ermöglicht“. Bei diesen „Diensten“ dürfte es sich allerdings um „Software“ handeln, die bereits unter die Variante „nicht-körperlicher Gegenstand“ der Komponentendefinition gefasst werden kann¹⁸⁰ und außerdem selbst ein Produkt ist, sodass es, anders als bei „Diensten“, auf die Frage, ob sie für die Funktionen eines (anderen) Produkts erforderlich ist (Art. 4 Nr. 3 ProdHaftRL 2024), gar nicht ankommt. Denkbar wäre es, danach zu unterscheiden, ob die Software „as-a-service“ bereitgestellt wird – dann „Dienst“ – oder „on-premise“ – dann „Gegenstand“. Eine solche Unterscheidung widerspräche aber wiederum dem (berechtigten) Gedanken von Erwgr. 13, wonach Software unabhängig von der Art ihrer Bereitstellung oder Nutzung als Produkt gelten soll.¹⁸¹ *M. Ebers* weist auf ähnliche Schwierigkeiten bei „AI as a Service“ hin und ergänzt, dass der Widerspruch durch den EuGH aufgelöst werden müsse.¹⁸² In der Tat hält die Abgrenzung von Produkten und Dienstleistungen – in den Worten *J.-S.*

179 Damit sind auch E-Books „digitale Dienste“, allerdings sind diese nicht für die Funktionen eines anderen Produkts, des E-Book-Readers erforderlich; insofern dürfte ähnliches gelten wie bei Gesundheitstipps in einer Zeitung, die nach dem EuGH nicht „zu den der gedruckten Zeitung innewohnenden Faktoren gehört“, EuGH NJW 2021, 2015 Rn. 36 - Krone; ähnlich *Wagner*, Produkthaftung für das digitale Zeitalter (Fn. 160), 5; *Borges*, Haftung für Software (Fn. 158), 5.

180 Vgl. *Piovano/Hess*, Produkthaftungsrecht (Fn. 14), § 3 Rn. 10.

181 Vgl. *Wendehorst*, Künstliche Intelligenz und Produkthaftung (Fn. 154), 879.

182 *Ebers*, Die neue Produkthaftungs-Richtlinie (Fn. 169), S. 69 (91).

Borghettis – „noch viele schöne Fragen“ für den EuGH bereit.¹⁸³ Wie der EuGH jeweils entscheiden wird, lässt sich auch deshalb schwer prognostizieren, weil die grundsätzliche, auch in der neuen Richtlinie beibehaltene Anknüpfung der Haftung an verkörperte Produkte und Ausklammerung von Dienstleistungen und insbesondere Informationen rechtspolitisch zweifelhaft ist, soweit von diesen vergleichbare Gefahren drohen wie von Produkten. *M. Ebers* betont allerdings zu Recht, dass „viele Schäden, die in der Praxis typischerweise durch KI-Systeme verursacht werden, nach der neuen PLD 2024 nicht kompensiert werden“, da Art. 6 ProdHaftRL 2024 (weiterhin) nur bestimmte Rechtsgüter und insbesondere nicht das Vermögen als solches schützt.¹⁸⁴ Zu einer Vorlageflut wird es daher voraussichtlich auch in diesem Bereich nicht kommen.

D. Fazit

Hinsichtlich der hier exemplarisch behandelten Fragenkreise erstens der Konkurrenz des neuen Produkthaftungsregimes zu weiterreichenden nationalen Haftungsansprüchen sowie zweitens der Erweiterung der Produkthaftung auf Software bei fortwährender grundsätzlicher Ausklammerung der Haftung für Dienstleistungen und insbesondere Informationen, wird die neue ProdHaftRL 2024 der Hoffnung auf zeitgemäße Updates und Upgrades nur bedingt gerecht. Einerseits hätte man sich vom europäischen Gesetzgeber ein Update dahin gewünscht, dass er auf die altbekannte Konkurrenzfrage endlich eine klare und verlässliche Antwort gibt und zweitens hätte die Einbeziehung der Haftung für fehlerhafte Software allen Anlass gegeben für grundlegende konzeptionelle Überlegungen hin zu einem Major Upgrade im Sinne einer konsistenten europäisch harmonisierten Haftung für fehlerhafte Produkte, Informationen und weitere Dienstleistungen.

183 *Borghetti*, Produkthaftungsrichtlinie und das französische Recht (Fn. 5), S. 177 (197).

184 *Ebers*, Die neue Produkthaftungs-Richtlinie (Fn. 169), S. 69 (92).

